

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

Número 4, Época I, Enero – Junio 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).

IURELICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2340-4647

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

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 EDITORIAL REDACCIÓN Y CIENTÍFICO

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

Profesora de Derecho Civil.

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

MARIA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional

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

ANGEL 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-EZNARRAGA

Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente 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

JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN

**JCBBO como Magistrado Especialista Social TSJPV y Profesor Asociado Universidad
Pública Vasca (UPV)**

**COMPOSICIÓN DEL COMITÉ
CIENTÍFICO INTERNACIONAL**

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

**Catedrático de Derecho Penal y Ex rector
de la Universidad de Granada**

Universidad de Granada

Vocales:

CARME CHACÓN PIQUERAS

**ExMinistra de Defensa y Vivienda.
Professor in Residence en Miami Dade
College**

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

**Fiscal Antimafia de la República de
Italia. (Procurador Nacional Antimafia de
Italia)**

LEOPOLDO CALVO- SOTELO IBAÑEZ-
MARTIN

**Licenciado en Derecho por la Universidad
Complutense de Madrid, Master en The
Fletcher School of Law and Diplomacy,
Tufts University. Ex Secretario General
del Centro de Estudios Avanzados en
Ciencias Sociales del Instituto Juan
March de Estudios e Investigaciones. Ex
Subsecretario del Ministerio del Interior,
Letrado Mayor de la Sección Cuarta del
Consejo de Estado.**

CAMILO CELA CONDE

**Director del Laboratorio de Sistemática
humana**

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

**Doctor y actual Decano de la Facultad de
Derecho de Camerino, Catedrático de
Derecho Civil y miembro de la "escuela
civilística" que agrupa a los más
prestigiosos catedráticos de derecho civil
italiano.**

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

**ExDecano de la Facultad de Derecho de la
Universidad de París XII. Profesor de
Derecho Público en la Universidad de
Sciences Po Paris y director de la Acción
mutaciones de l'Publique Pública Droit et
du (cambios en el gobierno y Derecho
Público, MADP) de Sciences Po Paris.**

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

**Juez Honorario en el Tribunal de Perugia
. Miembro del Consejo Superior de la
Magistratura. Catedrático Derecho Civil
y coordinador de la actividades de
investigación de derecho civil de la
Universidad de Perugia.**

Universidad de Perugia

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

VASCO PEREIRA DA SILVA

Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa . Doctor Honoris Causa por UNIPLAC (Catedrático de Derecho Constitucional

Universidade de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Presidente de la Junta 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.

Universidade de Lisboa

RAÚL CERVINI

Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados e Investigaciones Internacionales

Universidade Católica del Uruguay

ARNEL MEDINA CUENCA

Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Expresidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Máster en Derecho Público por la Universidad de Valencia (España). Miembro de número de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

MAYDA GOITE PIERRE

Profesora Titular de Derecho Penal, Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias penales de la Unión Nacional de juristas de Cuba, Jefa de la Disciplina docente de Ciencias penales y Decana de Postgrados, investigaciones y relaciones internacionales de la Universidad de La Habana

Universidade de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario.

Universidade de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Bogotá.

Universidade Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

Abogada en el Despacho Suarez y Sanche. Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil

Universidade de Costa Rica y Universidade Latina

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad. Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

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

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Catedrático de Derecho Civil. Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

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

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.

Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Directora del Instituto Universitario de Investigación en Mediación y Gestión de conflictos de la UCM (IMEDIA). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad 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 y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

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 LOPEZ

**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 Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora Social
en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la
Administración de Justicia Junta de
Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial de
Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

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

Universidad de Islas Baleares

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001-2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

INDICE

TRABAJOS MONOGRAFICOS

1.- NIELSON SÁNCHEZ STEWART

- Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales del Consejo General de la Abogacía Española.

LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL Y EL BLANQUEO DE CAPITALS.

2.- ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

- Socio Director de Gomez-Acebo & Pombo de Bilbao. Catedrático de Derecho Constitucional –acreditado-. Consejero General del Poder Judicial.

LA MAYORIA SIMPLE EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

3.- JESÚS DIEZ ALCALDE

- Teniente Coronel (Artilería). Diplomado de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas de España y del Ejército de Tierra de Chile. Analista Principal del Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa de España.

ÁFRICA: AVANCES, DESAFÍOS Y SU ALIANZA ESTRATÉGICA CON LA UNIÓN EUROPEA.

4.- MARI CRUZ ÁLVARO LÓPEZ

- Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid

UNA VISIÓN PRÁCTICA SOBRE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO Y EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO.

5. – CAMILO CELA CONDE Y ATAHUALPA FERNANDEZ

- Profesor de Antropología y director del Laboratorio de Sistemática Humana de la Universidad de las Islas Baleares, “Fellow” de la American Association for the Advancement of Science” (sección de Biología) 1999 y miembro del Center for Academic Research and Teaching in Anthropogeny, Salk Institute & University of San Diego.

- Profesor Doctor colaborador honorífico (Miembro honorario) del Laboratorio de Sistemática Humana; Fiscal de la Fiscalía General del Estado de Brasil (Ministério Público da União).

¿ES NECESARIA (Y POSIBLE) UNA NUEVA NATURALIZACIÓN DEL DERECHO?

6.- FRANCESC TORREDEFLOT FREIXES

- Director de la Asociación UNESCO para el Diálogo Interreligioso

DIVERSIDAD Y DIÁLOGO GRACIAS A LA SOFT RELIGION

7.- JUAN MARÍA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

- Licenciado en Filología Inglesa por la Universidad de Lincoln (U.K.); licenciado en Derecho -con Diploma en derecho Anglo-Americano-, por la Universidad de Navarra. Abogado en CORRAL SALAS ABOGADOS

OBRA DE ARTE APLICADO Y EL DIÁLOGO DE LAS FUENTES.

8.- EMMA CALDERÓN ARIAS

- Profesora de Derecho Penal General, Especial y Criminalística de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (CUBA).

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y TEÓRICOS DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL PROCESO PENAL CUBANO.

9.- JOSE IGNACIO CARNERO

- Abogado Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto, Diploma en la especialidad Jurídico-Económica y especialista en las áreas de Derecho "Mercantil, Concursal, y Bancario".

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA COMERCIALIZACIÓN O ASESORAMIENTO EN LA INVERSIÓN EN HEDGE FUNDS.

10.- ANA ISABEL HERRÁN ORTIZ

- Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

NUEVOS TIEMPOS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS. BREVES NOTAS AL ESPERADO REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

11.- RICARDO AGUADO Y JABIER MARTINEZ

- Doctor en Economía Aplicada (UPV/EHU). Profesor en la Deusto Business School. Coordinador del departamento de economía de la Universidad de Deusto en el campus de Bilbao y miembro de la Comisión de Doctorado de la Universidad de Deusto.

- Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales (Universidad de Deusto). Profesor en la Deusto Business School. Adjunto al Administrador Provincial de la Provincia Jesuítica de Loyola

PROPUESTA DE UNA NUEVA METODOLOGÍA PARA MEDIR LA SOSTENIBILIDAD Y LA COMPETITIVIDAD. APLICACIÓN A LOS PAÍSES DE LA OCDE DURANTE LA GRAN RECESIÓN

12.- SAIOA ARTIACH CAMACHO

- Doctora en Derecho por la Universidad de Deusto, Premio Leizaola en el año 2013. Técnica de Cooperación Internacional y Derechos Ciudadanos en la Diputación Foral de Bizkaia

LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO EN LA LEY 49/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE.

13. – *ÁREA DE INNOVACIÓN Y CONTRIBUCIÓN INVESTIGADORA:* INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

- Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

EL OBSERVATORIO EUROPEO DEL MERCADO HIPOTECARIO (HIMEROB)

RECENSIONES

1.- ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

- Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA. ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL

2.- ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

- Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

EL CONSTITUCIONALISMO FRUSTRADO. PROYECTOS ESPAÑOLES DE 1834 A 1976

3.- INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

- Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Profesora Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: UN DRAMA SOCIAL Y UN PROBLEMA LEGAL

4.- INMACULADA VIVAS- TESÓN

- Profesora titular de Derecho civil Universidad de Sevilla

PROTECCIÓN FISCAL DE LA FAMILIA EN UNA SOCIEDAD ENVEJECIDA. EQUIDAD Y EFICIENCIA EN LA GESTIÓN DEL GASTO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE INTERÉS EN TORNO AL DEBATIDO TEMA “DE LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA” (A TENOR DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA L.O. DE 5 DE ABRIL DE 2014)

Nos recuerda XIOL RIOS, las certeras palabras de DÍEZ PICAZO, para quien la eterna discusión acerca de si la jurisprudencia es fuente del Derecho sólo tiene sentido en un sistema normativista y debe contestarse negativamente. En un sistema como el nuestro, en que los pensadores se avienen a una concepción que centra el poder de creación jurídica en la producción de disposiciones escritas de carácter general e imperativo (en la producción de normas), resulta comprensible que trate de justificarse el valor vinculante del precedente judicial emanado del Tribunal Supremo, que la realidad jurídica impone ostensiblemente, en la asimilación de la jurisprudencia a la norma, esto es, en la concepción de la jurisprudencia como una de las fuentes, por peculiar que se quiera, del Derecho. Al menos, así se consigue dotar (malamente) de cobertura teórica a la realidad, sin temor a ser tachado de «realista».

En esta línea argumental, el debate de la reforma cuestionada se centra como dice BUENDÍA CÁNOVAS, en introducir cambios en la casación para dar el carácter de vinculante a la jurisprudencia del TS, y de forma explícita se establece que los tribunales inferiores están obligados a seguir la doctrina que los presidentes de las Salas Jurisdiccionales del TS remitan al Consejo General del Poder Judicial para su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y su posterior difusión entre los miembros de la carrera judicial.

El legislador indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, que se trata con ello de dotar de mayor seguridad jurídica a nuestro ordenamiento, coadyuvando al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional y garantizando el principio de unidad jurisdiccional.

El reconocimiento del valor vinculante del “precedente” es un estímulo para reconsiderar el valor vinculante de la jurisprudencia. Invita a sentar como pilar básico de una teoría de la jurisprudencia, como dice Díez-Picazo, el «respeto del precedente judicial como respeto a la idea de justicia a través de la igualdad». Y es por ello por lo que de consumarse esta reforma, sus sentencias como acertadamente explica BUENDÍA CÁNOVAS, serán de obligado cumplimiento recordándonos con ello el sistema empleado en países de *Common Law*.

Y ello comporta inmediatas consecuencias a nuestro juicio. Se relativiza la idea de reiteración o repetición de decisiones. La reiteración se convierte en una reafirmación del precedente. Se relativiza la idea de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Los precedentes de todos los tribunales, incluso de los inferiores, son dignos de ser tenidos en cuenta, en proporción siempre a su propio valor intrínseco, argumental, y al lugar que ocupe en la organización judicial el tribunal de que procedan. Se relativiza la fuerza vinculante del precedente: es lícito separarse motivadamente de los precedentes propios y ajenos; es lícito, incluso, con respecto al precedente jurisprudencial, tratar de sentar las bases para su superación o evolución fundando debidamente la resolución.

La palabra «jurisprudencia», en su acepción original derivada de los términos prudentia y iuris, significó para los romanos «conocimiento del Derecho», saber proyectado a la realización de lo justo. En las fuentes romanas se definía como «noticia de las cosas divinas y humanas» ciencia de lo justo y de lo injusto (D. 1.1.10.2).

Para Pérez Prendes y Muñoz de Arraco, se entiende por jurisprudencia el conjunto de las doctrinas jurídicas contenidas en las decisiones de los Tribunales. El Código Civil, reformado en su Título Preliminar (artículo 1.º, 6), ha zanjado la discusión sobre si era o no R.E.D.S. núm. 4, enero-junio 2014

fuerza de Derecho (ya se ha dicho que en la práctica lo venía siendo), dándole la función de completar el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; en función que, más que establecida ex novo, ha sido reconocida a nivel legal. Se añade el requisito, también existente con anterioridad, de que esa doctrina haya sido constante («de modo reiterado»), y por eso hablamos aquí de “precedentes judiciales” para referirnos a ella.

En nuestra opinión, esta forma de reflexionar el “pre legislador” en su Anteproyecto, concibe la jurisprudencia como una “fuente del Derecho” lo que en técnica jurídica aplicada en el estudio de la dogmática del Derecho Civil no puede ser. Así en acertada opinión del ilustre maestro de juristas MANUEL ALBALADEJO, no sería fuente del Derecho entre otras razones (que compartimos plenamente) por lo siguiente.

“De serlo, el T.S. tendría poder legislativo, lo que es inaceptable, ya que su función es interpretar y aplicar el Derecho y defender las normas, pero no crearlas. De serlo, cuando hubiese jurisprudencias contradictorias (al haber cambiado el T.S. de criterio) habría dos normas opuestas (ya que, como se dijo antes, no es que la jurisprudencia posterior deroga a la anterior), lo que no se concibe (y sí dos interpretaciones diferentes). De serlo, el T.S. no podría cambiar su jurisprudencia, como puede, cuando lo estima oportuno, cambiar la interpretación que haya venido dando antes de la norma que sea. De serlo, cada dos sentencias (que crean jurisprudencia) serían como una nueva ley, y se legislaría así a diario sobre todos los puntos del Derecho Civil.

Como dijo la sentencia de 24 de abril de 1970, considerando 6º: “En el motivo segundo se denuncia la violación de la doctrina legal que proclama que la jurisprudencia no puede servir de base existiendo Ley que resuelva expresamente el caso controvertido; pero lo real y verdadero es que no existe norma que disponga lo contrario de lo que la Sala sentenciadora ha resuelto, sino antes bien, la norma aplicada dispone lo que tal Sala ha entendido, haciendo una correcta exégesis de ella y supliendo su poco afortunada redacción y conectándola con la de otras normas que la complementan”.

En conclusión, “la jurisprudencia no vincula”, desde luego, ni al propio Tribunal Supremo, que, como sabemos, puede cambiarla para casos sucesivos; ni tampoco, como nos recuerda el maestro ALBALADEJO, a los “Tribunales inferiores, que en el cumplimiento de su misión están sometidos sólo a la ley, y no a seguir una u otra interpretación de ésta, sino a la que a su entender proceda, aunque ciertamente en la búsqueda de la preferible deben de orientarse teniendo en cuenta la jurisprudencia”.

Así, debería tener en cuenta el redactor del Anteproyecto, que no debe confundir, “orientación y no vinculación”, porque (como una vez más nos enseñaba ALBALADEJO), la jurisprudencia no se aplica mecánicamente, sin más, al nuevo caso, sino que sólo sirve de guía a los Tribunales inferiores para formar un criterio de cuál debe de ser la solución preferible en el caso que se juzga ahora, a la vista de dicha (o dichas, si es que el Tribunal Supremo cambió de opinión en el tema una o más veces) jurisprudencia y habida cuenta de cualesquiera otros datos que en el momento en que se juzga el actual caso sirvan juntamente con aquella para permitir formar tal criterio.

Podría decirse que tal como ha quedado configurada esta fuente, el legislador se ha limitado a recoger las ideas fundamentales sentadas durante mucho tiempo y continuamente por el Tribunal Supremo. Una sentencia de este organismo decía al respecto que entendida y practicada la jurisprudencia como queda dicho era el «recurso único que evita la anarquía y el desconcierto de cuantos intervienen en la administración de justicia», lo que no quiere decir que la doctrina jurisprudencial sea absolutamente inalterable, pero sí que es ineludible mantenerla y obligado acatarla en tanto que las circunstancias, exponen muy bien Aparisi y López, el valor evolutivo del porqué de la jurisprudencia como fuente de Derecho y así concluyen, que en la actualidad también en nuestro ámbito jurídico se advierten importantes signos de evolución. Así, alejándose de sus precedentes históricos, el

Código Civil español, en su reforma de 1974, concedió un cierto valor a la jurisprudencia al asignarle un papel complementador del ordenamiento jurídico. En el artículo 1.6 del Código Civil se establece que:

«la jurisprudencia complementara el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

En la misma línea se admite el recurso de analogía (artículo 4.1) y de la equidad, (artículo 3.2) y se postula una interpretación y aplicación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1).

Todos estos razonamientos nos demuestran que en nuestro sistema existe un relativo acercamiento al sistema del precedente judicial vinculatorio anglosajón. Incluso no podemos sino admitir que la realidad jurídica ha acabado por erigir a la doctrina del Tribunal Supremo en pieza clave del Derecho español.

También el propio Tribunal Constitucional, y a partir del reconocimiento del principio de igualdad en la Constitución, ha elaborado una doctrina que supone la introducción en nuestro sistema del modelo del precedente, si bien de una forma mucho más débil. En su sentencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que, cuando una decisión se aleja de lo dispuesto en otra dictada en un caso igual, el juez deberá justificar tal fallo, ya que de otro modo se lesionaría el principio de igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1984, de 21 de mayo, sostiene que, como expresa LATORRE, la importancia evidente que tiene la jurisprudencia hace que se pueda pensar, en algunos casos, en una aproximación entre los sistemas jurídicos continentales y los anglosajones. Es cierto que un estudio comparativo de la jurisprudencia en ambos tipos de Derecho puede ser sumamente útil para iluminar ciertas similitudes de fondo, ocultas a veces por la diversidad de las técnicas. Sin embargo, existen diferencias importantes que conviene no olvidar. La principal no estriba, como a veces se suele señalar, en el hecho de que los Derechos anglosajones consideren vinculante una sola sentencia, mientras que los continentales requieran una doctrina continuada en varias de ellas, sino en la distinta función que tiene esa vinculación. En Inglaterra, su función fue sobre todo limitar la libertad del juez, dar fortaleza a un Derecho que de otro modo reposaría en criterios muy vagos, como la «costumbre general del reino». En los países continentales, en cambio, el valor de la jurisprudencia ha estribado precisamente en lo contrario: en dar elasticidad a Derechos demasiado rígidos por derivar de leyes escritas poco flexibles. En ambos casos la jurisprudencia ejerce lo que pudiera llamarse una función «compensadora» en el sistema jurídico, pero con finalidades opuestas, según las necesidades de cada sistema. En este punto, como muy bien razona GREGORCZYK, el sistema jurídico anglosajón, responde a una mentalidad que toma cuerpo en la estructura del «Common law», contraria a disociar el trabajo de la doctrina y la actividad del juez. Resulta notorio en este sentido, cómo en este sistema de Derecho se atribuye al juez una competencia que no se limita a la mera interpretación, sino que alcanza la creación misma de Derecho (lo que es imposible en nuestro sistema jurídico, en donde como nos recuerda BUENDÍA CÁNOVAS), “los jueces no pueden hallarse plenamente vinculados a la jurisprudencia del Alto Tribunal. Si como hemos dicho, la Constitución establece que los jueces se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley, nada debe impedir que, a la hora de resolver, y existiendo fundadas razones para decidir de forma distinta, puedan y deban apartarse de la misma. No se trata con ello de que el juez pueda separarse ad libitum o en virtud de su independencia, del precedente asentado por el TS, sino en virtud de razones suficientes y motivadas que justifiquen el cambio. También, y por las mismas razones, el propio Tribunal de Casación puede apartarse de sus propios precedentes cuando considere que un cambio de circunstancias así lo aconseje”.

Ahora bien, esta creación, entendemos por nuestra parte, que se encontraría sometida de inmediato al examen crítico de los representantes de la doctrina de la ciencia jurídica, que analizan cualquier decisión innovadora u original, con el propósito de constatar si tiene valor “de precedente”, es decir, si se le ha de atribuir la condición de criterio vinculante en decisiones posteriores.

Y como nos recuerda SERRA DOMÍNGUEZ o el propio BUENDÍA CÁNOVAS (y la mejor doctrina civilista) la uniformidad de la jurisprudencia no tiene valor en sí misma, sino como expresión del Derecho en lo concreto.

A nuestro juicio y para concluir, sería contrario a la seguridad jurídica incluir el “Derecho Judicial” en el círculo o grupo de las fuentes del Derecho. El carácter de “plenitud” de nuestro ordenamiento jurídico, cierra el vacío que se abre entre la doctrina de las fuentes del Derecho y la práctica jurídica. El hecho que la jurisprudencia fuera “vinculante” supondría un retroceso a concepciones jurídicas ya superadas, contrarias a la tradición histórica de nuestro Derecho y a la propia práctica jurídica. La tentativa de integrar la jurisprudencia vinculante (el Derecho judicial) en la clásica doctrina de las fuentes del Derecho, supondría otorgar a aquella una función legislativa que no le compete. De convertirse en ley esta visión conceptual errónea del Anteproyecto, supondría otorgar a la jurisprudencia vinculante el carácter de fuente principal, que incluso definiría el propio concepto de “Derecho”. Haría de la actividad del juez el centro del sistema, de manera que podría afirmarse que no existiría Derecho fuera del proceso. Es más, la noción de lo “jurídico” se vincularía a la resolución que adoptase el juez ante una determinada situación. Se daría la paradoja contradictoria que frente a la prevalencia del Derecho judicial, la legislación sería considerada como una fuente secundaria.

Fdo: Francisco Lledó Yagüe
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Deusto
Abogado

Fdo: Oscar Monje Balmaseda
Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Deusto
Abogado

Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL Y EL BLANQUEO DE CAPITALS.

Nielson Sánchez Stewart

Abogado

Doctor en Derecho

Presidente de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales del Consejo General de la Abogacía Española

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2014

Fecha de aceptación: 13 de marzo de 2014

SUMARIO: 1.- LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL DE 2012. 2.- EL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA COMO ANTECEDENTE DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.

RESUMEN: El artículo se refiere a dos temas conectados con el blanqueo de dinero. El primero analiza la extraordinaria medida adoptada por el Gobierno Español en 2012 donde a los contribuyentes que no habían declarado bienes o beneficios en el pasado, les estaba permitido regularizar su situación con las Autoridades y además las dificultades que esa regulación sufrió debido a su colisión con la Ley de Prevención del Blanqueo y Financiación del Terrorismo, la cual produjo una especie de amnistía respecto a la evasión fiscal con una posible imputación por blanqueo de dinero.

La segunda parte, después la argumentación que parece no tener fin sobre el alcance del delito que castiga más y más actividades y que podría ser reprimido a través de otros métodos, referidos a la relación entre delito fiscal y blanqueo de dinero, cuestionando la posibilidad de que la mera "no declaración" de la cuota defraudada a la Hacienda Pública podría considerarse "actividad delictiva" en el sentido previsto en el artículo 301 del CP.

ABSTRACT : The article refers to two separate issues both connected with money laundering. The first one reviews the extraordinary measure adopted by the Spanish Government in 2012 whereby taxpayers who had not declared assets or income in the past were allowed to regularize their situation vis a vis the Authorities as well as the difficulties that this regulation suffered due to the collision with AML legislation which could produce a sort of amnesty in respect of tax violations but possible indictment for ML.

The second part, after insisting on what appears to be a never ending augmentation of the scope of crime law to punish more and more activities which could be reprimanded through other methods, refers to the relation between tax evasion crimes and money laundering questioning the possibility that the mere non declaration of income derived from a legitimate source could be considered a "criminal activity" in the sense foreseen in paragraph 301 of the Spanish Criminal Code

PALABRAS CLAVE: Evasión fiscal, Disposición adicional única L.O 7/2007 sobre Transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social; "amnistía fiscal" del Gobierno español hasta el 31 de diciembre de 2012, actividades criminales en el artículo 301 del CP; todo tipo de delitos entran dentro del tipo de blanqueo de dinero y la cuota defraudada del delito fiscal incluida en el blanqueo de dinero.

KEYWORDS: Tax evasion,, Unique additional willingness from O.L 7/2007 about Transparency and fight against Tax Frauds and Social Security;"Tax amnesty" by Spanish Government till 31 december 2012, criminal activities in the article 301 of the Spanish criminal code ; all kind of crimes being money laundering, and money laundering including tax evasión income.

1.- LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL DE 2012.

El 31 de marzo de 2012, un sábado, nos sorprendía el BOE con la publicación del real decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público que contenía una disposición adicional primera bajo el epígrafe "Declaración tributaria especial", anunciada en su exposición de motivos que inmediatamente recibió el nombre en la prensa y en la doctrina de "amnistía fiscal". Podía estimarse así ya que no sólo permitía el afloramiento de capitales ocultos con la no exigibilidad de sanciones, intereses y recargos tributarios, sino también de responsabilidad penal.

Los problemas se hicieron patentes de inmediato. El principal partido de oposición recurrió ante el Tribunal Constitucional discutiendo la pertinencia de una auténtica amnistía mediante el extraordinario recurso del decreto-ley.¹ El artículo 62 i) de la Constitución prohíbe efectivamente los indultos generales pero no necesariamente todas las amnistías.

Se discutió la naturaleza jurídica de esta exención de responsabilidad criminal: mientras unos consideraban que se trataba de una especie de la excusa absolutoria del artículo 305.4 del Código penal, otros piensan que se trata de una supresión de la punibilidad o regularización tributaria diferente.

La iniciativa se "vendió" mal. Tratándose de una medida de carácter excepcional y moralmente discutible era muy previsible que sería recibida con resistencia por la opinión pública. La crisis económica la justificaba pero faltó una explicación completa sobre su necesidad. Es natural que el que ha cumplido con sus obligaciones tributarias oportunamente y ha soportado tipos impositivos muy superiores se rebele contra el tratamiento que se depara a los incumplidores, mucho más benigno. Se estimó, además, que era una constatación evidente de la incapacidad de la autoridades para perseguir eficazmente a los defraudadores. Se anticiparon ambiciosas cifras de recaudación que después, por las contingencias, a las que luego me referiré no se alcanzaron.²

Y no se puso el acento donde resultaba más beneficiosa la llamada amnistía: el hecho que los capitales hasta entonces opacos y sus rendimientos comenzarían a pagar impuestos y que al "legalizarse" podrían entrar sin cortapisas al tráfico habitual.

La cantidad recaudada, estimada inicialmente en varios miles de millones de euros no se alcanzó pero si se suma ese importe a las cantidades abonadas como consecuencia de las declaraciones complementarias por renta y patrimonio del año 2011 y los incrementos que esos contribuyentes han visto experimentar en sus declaraciones de los años siguientes se puede apreciar la conveniencia de la regularización.

¹ El real decreto-ley fue convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados de 12 de abril de 2012 en virtud de lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, acuerdo que fue publicado en el BOE de 19 de abril de 2012

² Las amnistías son a veces imprescindibles para equilibrar un presupuesto pero, según el comisario europeo de fiscalidad no son eficientes en la lucha contra el fraude y la evasión al crear "expectativas de que cuando estos problemas crezcan en el futuro, habrá otra amnistía".

No era la primera vez que una medida de este tipo se ponía en marcha en España. En 1984 se permitió la adquisición de pagarés del tesoro y en 1991 se creó una categoría de deuda pública especial con un interés bajo. También se ha recurrido a sistemas similares en Alemania, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido.

La norma permitía regularizar la situación tributaria a los contribuyentes de los impuestos sobre la renta de las personas físicas, de no residentes y de sociedades respecto a sus rentas no declaradas con anterioridad al 31 de diciembre de 2010 en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, al 5 de septiembre de 2011 en el impuesto de sociedades o al 30 de marzo de 2012 en el caso del impuesto sobre la renta de no residentes, mediante la presentación de una declaración y el pago del 10% del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos, sin sanciones, intereses o recargos.

El mismo decreto-ley, en su disposición final primera modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria para facultar a la administración tributaria a estimar la regularización de la situación tributaria mediante “el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria” por parte del obligado “antes de que se haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación” exonerándose en tal caso de responsabilidad criminal aunque la infracción pudiese ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública.

A las pocas semanas de aprobarse el real decreto-ley, el Secretario General del Tesoro y Política Financiera emitió una comunicación bajo el título de “Declaración tributaria especial y prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo” que lleva fecha de 11 de mayo de 2012 y que creó no poco revuelo. De acuerdo con esa comunicación, la declaración tributaria especial tenía una “naturaleza y finalidad (...) estrictamente tributaria y no afecta, limita o excepciona en modo alguno las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril.

Agregaba la circular que los sujetos obligados debían continuar aplicando las medidas de diligencia debida que establece la ley y, especialmente, identificar al titular real, determinar el origen de los bienes y derechos declarados prestando especial atención a los activos repatriados (sic) desde las jurisdicciones de alto riesgo. En caso de que existiesen indicios o certeza de blanqueo de capitales, debían cumplir con sus obligaciones de comunicación al SEPBLAC y cooperación con la unidad financiera.

Esta comunicación desalentó a los posibles interesados en acogerse a las medidas de gracia acordadas ya que de su tenor aparecía que por mucho que quedasen exentos de responsabilidad administrativa y penal por el posible delito fiscal quedarían expuestos a responsabilidad por el delito de blanqueo de capitales y a las sanciones administrativas que ello puede conllevar.³

Reconociéndose “las dudas interpretativas planteadas por diversas entidades”, la misma Secretaría General del Tesoro y Política Financiera trece días después aprobó una nueva circular con el mismo título que la anterior en la que se manifestaba que “La presentación de (la) declaración tributaria especial, al igual que ocurre con el resto de declaraciones tributarias, resulta plenamente compatible con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.”

Siguiendo con este tortuoso y contradictorio conjunto de normas, el real decreto-ley en cuestión fue objeto de modificación por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, publicado en el BOE del día siguiente, también sábado, la modificación consistió en la agregación de dos nuevos apartados para facilitar la declaración de aquellos titulares reales con bienes a nombre de titulares jurídicos no residentes en territorio español concediéndoles un plazo que terminó el 31 de diciembre de 2013 para acceder a dicha titularidad jurídica. Quizá era precisa esta aclaración ya que lo habitual era que quienes ostentaban bienes en el extranjero no apareciesen como propietarios formales.

³ La idea parecía ser no seguir el ejemplo de Italia, donde se había aprobado el decreto-ley 194/2009 que admitió repatriar fondos desde el extranjero manteniendo el anonimato y sin declarar su origen o procedencia abonando una reducida cuota.

La Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, por la que se desarrolla la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, se aprueban cuantas medidas resultan necesarias para su cumplimiento, así como el modelo 750, declaración tributaria especial, y se regulan las condiciones generales y procedimiento para su presentación⁴ vino a complicar un poco más la ya confusa normativa porque, además de aprobar el imprescindible impreso para cumplimentar la declaración, introdujo algunas matizaciones que constituyen auténticas modificaciones al texto primitivo dando pie a regularizar sin pago alguno rentas percibidas durante ejercicios prescritos lo que redujo notablemente las perspectivas recaudatorias de la administración.

Esta interpretación vino a ser refrendada por un “Informe sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial” que emitió la Dirección General de Tributos con fecha 27 de junio de 2012 en la que se abordaron una pléyade de situaciones tales como la posibilidad de presentar la declaración por un contribuyente que no fuese el titular jurídico de los bienes o derechos sobre los que recaía, la declaración de dinero en efectivo, la determinación del importe a declarar respecto de cada bien o derecho, la posibilidad de declarar bienes o derechos adquiridos en un ejercicio respecto del cual hubiese prescrito el derecho de la Agencia Tributaria para revisarlo, el alcance de la regularización en relación con las rentas no declaradas que corresponda a la adquisición de bienes o derechos objeto de la declaración especial, el alcance de la regularización en relación con ganancias de patrimonio no justificadas, la reinversión del producto de bienes o derechos ocultos, la incidencia de la declaración tributaria especial en otros impuestos, cuestiones relativas al valor de adquisición de los bienes o derechos objeto de la declaración, la incidencia de la existencia de procedimientos de comprobación o investigación, la compatibilidad de la declaración tributaria especial con la regularización a través de autoliquidaciones complementarias, , su naturaleza y efectos en relación a la prescripción, su no consideración como gasto fiscalmente deducible, la posibilidad de presentación de declaraciones complementarias, la imposibilidad de solicitar aplazamientos o fraccionamientos y la comprobaciones aisladas por parte de la Administración tributaria. Un segundo informe le sucedió unos pocos meses después, el 11 de octubre de 2012 y versó sobre la cotitularidad de bienes, fallecimiento del titular, rentas imputadas, una necesaria aclaración sobre la prescripción y respecto de bienes consumidos.

La orden antes aludida fue objeto de recurso contencioso-administrativo instado por el Partido Socialista Obrero Español que solicitó la suspensión de sus efectos que fue denegada por la Audiencia Nacional.

La disposición adicional única de la LO 7/2012, de 27 diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social dispuso que “Se entenderán declaradas dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo respecto de cada período impositivo en el que deban imputarse, las rentas inicialmente no declaradas regularizadas a través de la declaración tributaria especial prevista en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/ 2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público”.

Por último, el vigente art. 305.4 del Código Penal, no exonera de responsabilidad penal una regularización de la situación tributaria realizada por una persona frente a la que se hubiese iniciado ya un proceso penal por delito. Tal y como dispone dicho precepto “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes ala determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de

⁴ Publicada en el BOE de 4 de junio de 2012

que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”.

Durante el mes de noviembre de 2012 se presentaron la mayor parte de las declaraciones tributarias especiales.

2.- EL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA COMO ANTECEDENTE DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.

El delito de blanqueo de capitales es el exponente característico de lo que SILVA SANCHEZ denomina “la expansión del derecho penal”⁵ Desde su inclusión en el elenco de tipos penales en el Código Penal de 1973, en las sucesivas reformas se ha ido extendiendo desde las conductas muy vinculadas a ciertos delitos considerados graves; luego se pasó a incluir a todos los delitos graves. En una tercera etapa, a todos los delitos, graves y menos graves, como actividad subyacente capaz de originar una conducta tendente a blanquear capitales, y por último se incluyó entre las actividades, la mera actividad delictiva.

La evolución ha sido pues:

- a) bienes procedentes del tráfico de drogas (LO 8/1992)
- b) bienes procedentes de un delito grave (LO 10/95)
- c) bienes procedentes de cualquier delito (LO 15/2003)
- d) bienes procedentes de la actividad delictiva (LO 7/2010)

No es imposible que en un futuro se extienda meramente a los:

- bienes de procedencia sospechosa⁶
- bienes de procedencia desconocida.

El fenómeno antes referido se debe a causas diversas no siendo ajenas la repulsa social y la importancia que para la economía tiene este delito que si bien no tiene víctimas concretas, produce perniciosos efectos tales como el empobrecimiento general, el posible cohecho de las autoridades y el encarecimiento artificial de los bienes. También contribuye

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Atelier, Barcelona, 2006, p. 250

⁶ En la STS, Sala Segunda, de 11 de diciembre de 2013 se declara “... como bien señala el fiscal en su informe, es la existencia misma del dinero y el modo en que fue hallado. Se trata de una cantidad enorme, conservada por Gabino de una forma que es la habitual en supuestos de dinero sucio, o cuando menos de oscura procedencia: bolsas de plástico, billetes de 500 euros enrollados y sujetos mediante anillos de goma, mantenidos en un lugar y de una manera por completo impropios. Se trata de una modalidad de presencia de efectivo tan fuertemente sugestiva de ilegalidad como la tenencia de pequeños billetes arrugados hallados, junto a alguna papelina, en el bolsillo del pequeño traficante de drogas ilegales, en un contexto propio para la venta de sustancias de esta clase. Así las cosas, no es que, en contra de lo afirmado por el impugnante, la imputación de Gabino tenga como fundamento algunas conclusiones débilmente fundadas del tribunal, ocupando el lugar que correspondería a los datos probatorios, no. Es que lo que directamente, ya en principio, le imputa, es esa importantísima suma de dinero mantenida en las a típicas -aquí, mejor, típicas- condiciones descritas. Pues, en términos de experiencia corriente, pero también jurisdiccional, y, además, debida a casos con una reiterada incidencia estadística, precisamente, en el entorno geográfico de localización de los hechos de que se trata, los billetes (y de ese importe) conservados de semejante manera, suelen tener una procedencia no regular. Esto es lo que regularmente sucede; y lo que, a tenor de esa máxima de experiencia de calidad explicativa bien contrastada, permite, en virtud de una inferencia por demás racional, tomar tal circunstancia como una consistente prueba de cargo, cuya eficacia convictiva cuenta con el refuerzo de otros elementos de juicio de indudable relieve.

Así, este supuesto, no se trata del silencio del inculpado frente a una hipótesis construida a partir de elementos de prueba indirectamente relacionados con el objeto de la imputación, pero en sí mismos no concluyentes y, por eso, no subsumibles en un precepto penal y no aptos para dar fundamento a una condena. El silencio de esta índole, en buena lógica probatoria sería, valga la expresión, igual a cero. Pero lo que concurre en esta causa es una masa de efectivo que, a tenor del id quod plerumque accidit, es decir, de lo que habitualmente sucede y de otros datos a los que se aludirá, forma, al fin, el verdadero cuerpo de un delito.”

las facilidades para establecer los elementos de imputación, habiéndose llegado a hablar de una auténtica inversión de la carga de la prueba, la posibilidad de decretar la prisión provisional y la prolongación del plazo de prescripción de la responsabilidad penal. Con todo, es preciso poner coto a esa expansión especialmente después de la última reforma que, además de extender el delito subyacente a la actividad delictiva para recalcar que no era precisa la condena previa y que dio lugar a discusiones doctrinales respecto a si la comisión de una falta pudiese ser antecedente del blanqueo, incluyó otras conducta y otros actores.

En relación a las faltas, se ha concluido mayoritariamente por la doctrina que quedan excluidas del concepto de actividad delictiva por diversas razones de índole gramatical e histórico. La polémica se reabrirá si se aprueba el proyecto de Ley de Modificación del Código Penal que deroga el Libro III, de “Las faltas y sus penas” cuyo procedimiento de modificación es tan simple que consiste en trasladar la mayor parte de los tipos al Libro II, con lo que adquieren el rango de delito pero para mantener el rango, se convierten en delitos leves con lo que pueden entenderse incorporados a la actividad delictiva.

Esta reforma, en caso de ser aprobada, ampliará aún más el campo de aplicación del delito de blanqueo de capitales sin que el legislador se lo proponga expresamente y pasará a incluir delitos no sólo leves sino insignificantes como el hurto de un bien de un valor inferior a 400 euros, o del vendedor al por menor de productos falsificados, incluyendo, en este caso, al cliente.

El Código Penal castiga ya no sólo la introducción al mercado de bienes de procedencia ilícita para darles apariencia de licitud, conducta que era la típica del blanqueo sino otras dos nuevas: la posesión y la utilización de tales bienes. La posesión, y en algunos casos la utilización, son actividades continuadas y por esta circunstancia, mientras se siguen produciendo, el delito no prescribe transformándose en un delito permanente.

Igualmente, la nueva redacción del artículo 301 castiga de manera expresa el llamado “autoblanqueo”, el que comete el autor del delito subyacente, una figura que era discutida en la doctrina aunque se decantaba por su admisión en determinados casos.⁷

La concurrencia de la punición del autoblanqueo con la de la utilización como *modus operandi* del blanqueo puede llevar a situaciones absurdas. Piénsese en el hurto de un vehículo a motor o de una bicicleta de valor superior a 400 euros.

El artículo 305 del Código Penal tipifica el delito contra la Hacienda Pública, comúnmente llamado “delito fiscal” que reviste diversas modalidades: la defraudación por acción u omisión “a la Hacienda Pública... eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros...”.

Si bien está claro que determinadas acciones típicas como el no ingreso de retenciones o la obtención indebida de subvenciones pueden perfectamente encuadrarse dentro de la figura del blanqueo de capitales. Sin embargo, la comisión del delito por mera omisión resulta difícilmente encajable en el blanqueo de capitales si bien el delito contra la Hacienda Pública no está expresamente excluido y donde la ley no distingue no es lícito distinguir.

⁷ El Tribunal Supremo, en Pleno, en un acuerdo no jurisdiccional de 2005 había resuelto que no era incompatible el concurso entre el delito subyacente y el delito de blanqueo.

El tema se ha discutido por la doctrina desde que se modificó el Código Penal para incluir a cualquier delito como antecedente del de blanqueo de capitales.⁸

El tema reviste aún más interés cuando se trata de un autoblanqueo. Y la discusión no se produce sólo en España.⁹

Para llegar a la conclusión que el delito contra la Hacienda Pública no es idóneo para ser antecedente del de blanqueo de capitales se barajan los siguientes argumentos.

En la reforma de la ley preventiva, se definió el blanqueo de capitales (artículo 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril) incluyéndose específicamente “la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.” pero “a los efectos de esta Ley”.

Como puede apreciarse de su lectura, la relación de las actividades que se consideran blanqueo de capitales coincide muy sensiblemente con la contenida en el artículo 301 del Código Penal pero una mención se omite en este último: “con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”. No es casual esa omisión ya que se trata de dos normas muy cercanas en el tiempo (la ley preventiva es de abril de 2010) y la nueva redacción del Código de junio del mismo año.

Si bien el GAFI, especialmente desde la última versión de sus Cuarenta recomendaciones de febrero de 2012 incluye el delito fiscal dentro de las categorías de delitos subyacentes¹⁰ dentro del que denomina “Glosario”, se apresura a incluir una cláusula de salvaguardia: “Al decidir sobre la gama de delitos que se tratarán como tales en cada una de las categorías enumeradas anteriormente, cada país podrá decidir, de conformidad con su derecho interno, cómo va a definir los delitos y la naturaleza de los elementos particulares de aquellos delitos calificados como graves.”

Por ello, no es posible sostener que se trata de una obligación impuesta desde ámbitos internacionales sino de recomendaciones en las que se respeta la autonomía de cada estado y haciendo uso de tal autonomía, el legislador no lo ha incluido en el artículo 301 cuando podría haberlo hecho y tenía muy fresca la redacción contenida en la ley preventiva.¹¹

⁸ Ver, por ejemplo CHOCLAN MONTALVO, j.a., “¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales?” Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, número 37, septiembre de 2007, páginas 157-174 que aboga por la negativa y MALLADA FERNANDEZ, Covadonga, Blanqueo de capitales y evasión fiscal, Thompson Reuters, septiembre de 2012.

⁹ En Alemania, el fraude tributario es infracción subyacente al delito de blanqueo. (parágrafo 261 StGB remitiéndose a determinadas disposiciones referidas a gastos ahorrados por ese procedimiento (die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen), a compensaciones o devoluciones tributarias ilegítimas y, en su caso, a los bienes en relación a los cuales se hayan defraudado los impuestos. Y, en todo caso, se excluye el autoblanqueo.

¹⁰ Categorías establecidas de delitos – Las categorías asignadas a los delitos significa: - ...

- delitos fiscales (relacionados con los impuestos directos e impuestos indirectos);

¹¹ El texto de la recomendación 3 y de su nota interpretativa es el siguiente:

“3. El delito de blanqueo de capitales.*

Los países deben tipificar como delito el blanqueo de dinero sobre la base de la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos.

Nota interpretativa de la recomendación 3:

2. Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos. Delitos previos se pueden definir por referencia a todos los delitos o a un umbral vinculado con la categoría de delitos graves o penados con la prisión aplicable al delito previo (criterio del umbral) o bien a una lista de delitos determinados o una combinación de estos enfoques.”

El segundo argumento que permite sostener que la modalidad del delito fiscal de mera omisión, el dejar de ingresar la cuota correspondiente a los ingresos obtenidos es de pura lógica. Para que exista blanqueo, es necesario que el delito antecedente produzca dinero, bienes o capitales y que, por eso, tales bienes, dinero o capitales tengan un origen ilegítimo. El que obtiene dinero o bienes con el ejercicio de su trabajo o profesión o por cualquier otro medio legítimo y luego no abona el impuesto que se ha devengado no obtiene una ganancia, en el mejor de los casos, un ahorro y ese ahorro no es un incremento patrimonial por lo que mal puede blanquearse. Basta un repaso al artículo 301 para observar que el elemento gramatical parece difícil de sortear a la hora de intentar penar por blanqueo de capitales en estos casos: "encubrir su origen ilícito" dice el apartado primero, "bienes (que) tengan su origen", dicen el segundo y el tercero. En el cuarto, se repite el "origen" de los bienes o propiedad de los mismos (sic) "a sabiendas de que proceden de... delitos..."

Es evidente que el origen de las cantidades que no se abonaron a la Hacienda Pública cuando se debió hacerlo no es la evasión fiscal por lo que tal dinero no "procede", ni "proviene" ni está "generado" por la comisión de ese delito. El delito fiscal, en esa modalidad, no es un delito de enriquecimiento como el hurto, el robo, la estafa, la apropiación indebida, el cohecho y los que tradicionalmente se han considerado bajo esa denominación.

Un tercer argumento se encuentra precisamente en la fungibilidad del dinero y la imposibilidad de determinar con certeza cuál sería el producto de la evasión tributaria. La falta de ingreso de la cuota tributaria podría contaminar, en el caso de que fuese punible por la vía del blanqueo de capitales, todo el patrimonio del sujeto con las consecuencias que tal situación produciría a los efectos de un posible comiso. Todo ello agravado con las dificultades prácticas que implicaría su determinación cuando el sujeto ha dispuesto de esos bienes antes de cometer el delito ya que los ha obtenido en una fecha evidentemente anterior a la del día en que debía cumplir con sus obligaciones fiscales.

Un cuarto argumento, más bien un contraargumento es que el artículo 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo no es un elemento interpretativo de la norma penal, ni es siquiera una ley orgánica y su propio texto es suficientemente explícito ya que define el blanqueo de capitales "a los efectos de la presente ley" una autolimitación que tampoco puede servir para tratar de llenar un vacío inexistente porque no puede entenderse que la norma penal sea una de las conocidas como "en blanco".

Pero cuando ya no debería haber ninguna duda sobre la no punibilidad por blanqueo de capitales del defraudador es cuando concebimos la situación que se produciría en el llamado autoblanqueo. El quinto argumento.

Debido a la amplitud del campo de las acciones típicas del delito de blanqueo, puede afirmarse que todo el que comete un delito contra la Hacienda Pública cometería también el delito de blanqueo de capitales porque utilizaría y, en todo caso, poseería la cuota defraudada lo que, en este último caso, sin verificar ninguna otra acción sería penado dos veces por el mismo hecho el fenómeno prohibido expresamente por la normativa más esencial del derecho penal: el bis in idem.

El autoblanqueo fue una aportación aparentemente novedosa del legislador de 2010 sin necesidad.¹²

¹² En la última versión de la 40 Recomendaciones del GAFI se lee: "Los países pueden establecer que el delito de blanqueo de capitales no se aplica a las personas que hayan cometido el delito, cuando así lo requieran los principios fundamentales de su derecho interno."

El tema no ha terminado de resolverse. De momento, dos sentencias del Tribunal Supremo han condenado por delito de blanqueo al que había sido en su día condenado por delito fiscal.¹³ antes, otras sentencias habían incidido sobre el mismo tema.¹⁴

¹³ SSTS de 5 de diciembre de 2012 (Aranzadi 2013/217) que contiene un notable voto particular del Magistrado don Antonio del Moral García y otra anterior de 20 de marzo de 2007 (Aranzadi RJ 2007/7295)

¹⁴ SSTS de 2 de diciembre de 2004 (Aranzadi 2004/8117) y 20 de septiembre de 2005 (Aranzadi 2005/7501) si bien se trataba de delitos de tráfico de estupefacientes.

LA MAYORÍA SIMPLE EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*Enrique Lucas Murillo de la Cueva
Socio Director de Gómez-Acebo & Pombo de Bilbao
Catedrático Derecho Constitucional –acreditado–
Consejero General del Poder Judicial*

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2014

Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2014

SUMARIO: I) INTRODUCCIÓN. II) LA MODIFICACIÓN DE LA REGLA ORDINARIA DE LA MAYORÍA PREVISTA EN LA LOPJ. III) LA MAYORÍA SIMPLE EN LA LOPJ Y EN LAS NORMAS REGULADORAS DE LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR LOS DEMÁS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES. A) VARIEDAD DE ENUNCIADOS SOBRE MAYORÍAS. B) SIGNIFICADO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN MAYORÍA SIMPLE. C) MAYORÍA SIMPLE EN LA CONSTITUCIÓN. D) MAYORÍA SIMPLE EN EL DERECHO PARLAMENTARIO. E) MAYORÍA SIMPLE EN LA LEGISLACIÓN SOBRE RÉGIMEN LOCAL. F) MAYORÍA EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LA ADMINISTRACIÓN. G) MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV) MAYORÍAS PREVISTAS EN EL LIBRO VIII LOPJ. A) ENUNCIADO DEL ARTÍCULO 630.1 LOPJ. B) ARTÍCULO 137.1 LOPJ DE 1985. C) ARTÍCULOS 43 Y 44 ROFCGPJ. V) A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Mayoría y democracia son dos ideas que van de la mano, junto con la libertad y la autodeterminación individual. La libertad democrática ha de ser representativa para todos los ciudadanos y precisamente por ello se rige por un sistema de mayorías simples, salvo casos concretos y excepcionales que requieren de un refuerzo añadido (mayoría absoluta). En este entresijo de mayorías se encuentra el Consejo General del Poder Judicial, que ha visto modificadas sus formas de toma de decisión, tanto en aras de reforzar el consenso como para evitar el bloqueo del órgano. Son precisamente estos cambios los que han dado lugar a interpretaciones divergentes en torno a esta idea.

ABSTRACT: Majority and democracy are normally linked to each other, together with freedom and self-determination. Democratic freedom must be representative for all citizens, therefore is ruled by means of a simple majority system except for some specific situations when additional support is required (absolute majority). The Consejo General del Poder Judicial is in the midst of this majority ins and outs, which has adapted its decision procedures, in order to increase consensus as well as to prevent obstructions. It is in these changes where divergent interpretations have emerged.

PALABRAS CLAVE: Mayoría, Consejo General del Poder Judicial, toma de decisiones.

KEY WORDS: Majority, Consejo General del Poder Judicial, making decisions.

D) INTRODUCCIÓN

El principio mayoritario es consustancial a la democracia. Es una exigencia de la libertad y autodeterminación individual que se predica de todos y cada uno de los ciudadanos y de la igualdad de todos ellos en su derecho a participar en los asuntos públicos.

Como dice BÖCKENFÖRDE, si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos los ciudadanos, y no sólo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido del ordenamiento vigente resulta necesario, al menos y justamente, el asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan. A idéntico resultado se llega, dice el autor citado, desde la igualdad ya que, si todos los ciudadanos han de disponer de los mismos derechos, para que tengan las mismas oportunidades de influir políticamente, su opinión debe pesar lo mismo. Partiendo de la igualdad democrática, los votos –considerados desde una perspectiva jurídica– sólo pueden ser contados, no ponderados. Y según, ambos principios, para llegar a una decisión es necesaria la mayoría de los votos e incluso es suficiente¹.

Cuestión distinta es si para adoptar determinadas decisiones se ha de obtener el respaldo de una mayoría cualificada (absoluta, de dos tercios o de tres quintos). Problema que se suscita cuando se quiere proteger el derecho de las minorías y las bases sobre las que se sustenta el propio sistema constitucional frente a cambios de criterio que no estén soportados por un amplio consenso. Mayorías cualificadas que son, por tanto, excepcionales y suelen reservarse para la reforma constitucional y las decisiones de especial gravedad o trascendencia. Sin embargo, fuera de esos casos especiales en los que está justificado el reforzamiento de las mayorías, la regla general en las democracias pluralistas de nuestro tiempo es que las decisiones se adopten por mayoría simple. De ese modo, se impide, en primer lugar, que una mayoría absoluta contingente pretenda congelar o petrificar el ordenamiento exigiendo que sus acuerdos sólo puedan revocarse o modificarse por otra de la misma entidad (STC 5/1981). En segundo lugar, también se evita, que una minoría pueda bloquear el proceso de toma de decisiones impidiendo que la mayoría ejerza su derecho a tomarlas. En tercer y último lugar, se facilita la alternancia en el poder pues quien es hoy minoría puede tomar el relevo de la mayoría si consigue ampliar el apoyo que le brindan los ciudadanos y plasmar su programa en la legislación y en la acción de los poderes públicos.

La Constitución de 1978 es coherente con este planteamiento y tras proclamar en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico no sólo la libertad y la igualdad sino, también, la justicia y el pluralismo político. El apartado 2 del mismo precepto constitucional establece que la soberanía nacional reside en el pueblo del que emanan los poderes del Estado, precisando que la única fuente de legitimación política que acepta la Constitución y de la que ella misma es la máxima expresión es la democrática. Por eso, además de constitucionalizar los partidos como instrumentos fundamentales de participación política (artículo 6), ordenar a los poderes públicos que hagan lo necesario para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y que faciliten la participación en todos los ámbitos (artículo 9.2), declara la igualdad de todos (artículo 14), reconoce el derecho de participación en condiciones de igualdad (artículo 23), consagra la libertad e igualdad del voto en las elecciones y en el referéndum consultivo (artículos 68.1, 69.2, 92) y determina que, por regla general, los acuerdos parlamentarios se adopten por mayoría simple de los presentes (artículo 79.2). Son excepciones de esa regla algunas decisiones relevantes, como las relativas a la reforma constitucional (artículos 167 y 168), la aprobación de algunas leyes (artículos 81 y 150.2 y 3), nombramientos (artículos 99.3, 114.2, 122.3 y 159.1), la declaración del estado de sitio (artículo 116.4) o la aprobación de las medidas previstas por el artículo 155.

¹ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 92 y 93.

Las salvedades citadas tienen en común estar referidas a las Cortes Generales pues la Constitución no se pronuncia sobre las mayorías exigibles en los demás órganos constitucionales los cuáles, por otra parte, al no disponer de la potestad legislativa ni, por supuesto, de la de reforma constitucional, tampoco tienen a su alcance la posibilidad de alterar las reglas del juego sobre las que se asienta el sistema democrático. Corresponde, por tanto, a los reglamentos parlamentarios en el caso de las Cámaras y al legislador orgánico en los demás, determinar, en ejercicio de la libertad de configuración que les confiere la norma fundamental, el régimen de las mayorías aplicable en cada uno de dichos órganos.

Ahora bien, si en el ámbito parlamentario la función representativa de las Cámaras y la garantía de la función de oposición obligan a tener en cuenta el papel de las minorías y a dar cauce para la expresión matizada de las distintas posiciones que aquellas mantienen por imperativo del valor superior del pluralismo político, antes citado, no ocurre lo mismo, al menos en cuanto a su intensidad, en los demás órganos constitucionales. En estos, supuesta su legitimidad democrática *ex Constitutione* y en la medida que no desempeñan funciones representativas, la problemática de las mayorías tiene una dimensión más funcional o técnica que política. De lo que se trata es de procurar el acierto a través de una solución eficaz y justa que esté dentro de los márgenes que ofrezcan las leyes. Acierto que se fia al aval que proporciona la coincidencia en el criterio a adoptar por parte de un número suficiente de integrantes del mismo. Una mayoría que en este caso no cumple, insistimos, una función representativa de intereses colectivos, sino que se encamina exclusivamente a determinar la mejor solución o respuesta al problema planteado y se gradúa en atención a la importancia del asunto a decidir. De ahí que las regulaciones sobre la formación de su voluntad sigan criterios específicos en cada uno de los poderes, ejecutivo y judicial.

Pues bien, como veremos a continuación, la regulación de las mayorías para adoptar los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial ha sido objeto de notables cambios, unos dirigidos a reforzarla en aras del consenso y otros, más recientes, a rebajarla para evitar el bloqueo del órgano. Cambios que han provocado, también, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 238/2012, de 13 de diciembre, que ha declarado que corresponde al legislador decantarse por una u otra opción si bien ha dejado claro que la exigencia de una mayoría de 3/5 para decisiones importantes, no sólo está amparada por la norma fundamental sino que, incluso, está cargada de razonabilidad.

Con todo, lo peculiar de la situación actual es que el enunciado legal que establece la regla ordinaria para la toma de acuerdos en los órganos del Consejo General del Poder Judicial; es decir, la mayoría simple de los miembros presentes, se presta a interpretaciones divergentes debido a los avatares que esa fórmula ha tenido en nuestro ordenamiento. Interpretaciones que pudieran llegar a considerar obtenida dicha mayoría con un tan exiguo número de votos que quepa plantearse seriamente la constitucionalidad de las mismas.

II) LA MODIFICACIÓN DE LA REGLA ORDINARIA DE LA MAYORÍA PREVISTA EN LA LOPJ

Una de las principales modificaciones introducidas en la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio (LO 4/2013), ha sido el establecimiento en su artículo 630 de una regla general sobre la mayoría exigida para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados del Consejo General del Poder Judicial.

En su virtud, salvo que la LOPJ disponga expresamente otra cosa, las decisiones del Pleno y de las Comisiones se han de adoptar con el voto favorable de “la mayoría simple de los presentes”. Esta modificación supone el abandono del reforzamiento de la mayoría necesaria para tomar determinadas decisiones que se había introducido en el artículo 127.1 LOPJ por la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre (LO 2/2004). Como es sabido, esta requería los tres quintos de los miembros del Consejo para la aprobación, entre otros, de los acuerdos sobre los nombramientos de los Presidentes de Sala y de Magistrados del Tribunal Supremo, así como de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.

Si en 2004 se había estimado necesario elevar la mayoría para que esas decisiones contaran con un amplio respaldo acorde con la importancia de las mismas, el preámbulo de la LO 4/2013 justifica la opción contraria señalando que ese cambio “concierna a uno de los mayores problemas que ha venido padeciendo el Consejo General del Poder Judicial: el bloqueo en la toma de decisiones”. Por ello –continúa– “en la nueva regulación, salvo que la Ley Orgánica específicamente exija otra cosa, todas las decisiones se tomarán por *mayoría simple*”. Entre, esas excepciones se encuentran algunos acuerdos sobre nombramientos, como, por ejemplo, los del Presidente en primera votación (artículo 586.3 LOPJ), del Vicepresidente del Tribunal Supremo (artículo 589.2 LOPJ) y del Promotor de la Acción Disciplinaria en primera vuelta (artículo 606.3 LOPJ). En estos tres supuestos es precisa una mayoría cualificada (de tres quintos en el primer caso y absoluta en el segundo y en el tercero).

Es importante señalar que la STC 238/2012, de 13 de diciembre, recaída sobre la LO 2/2004, declaró que el establecimiento de uno u otro tipo de mayoría se inscribe en la libertad de configuración del legislador que puede decantarse por la que en cada momento considere más adecuada en la medida que la Constitución no establece límite alguno al respecto. En tal sentido, el Fundamento Jurídico (FJ) 7 de la STC citada aclaró que “la mayoría exigida para proceder a los nombramientos queda a criterio del legislador orgánico, sin que la opción por una u otra mayoría pueda considerarse contraria a la Constitución”. Puntualización que no impide al supremo intérprete de la Constitución, matizar, a renglón seguido, que, de acuerdo con su jurisprudencia (STC 146/1993, FJ 4), “no cabe aducir que ‘la exigencia de mayorías excesivas’ pudiera ‘bloquear el funcionamiento del órgano’ porque, ya se ha dicho que la finalidad de la mayoría cualificada, legalmente dispuesta, no puede ser otra que abocar a los miembros del Consejo a la razonable búsqueda del consenso”. Y no sólo eso sino que la exigencia de mayorías reforzadas “es necesaria cuando las decisiones o acuerdos que han de ser tomados lo justifican”. Refiriéndose ya al caso específico de los nombramientos que ha de efectuar el Consejo General del Poder Judicial, la STC que seguimos dice que la imposición de una mayoría cualificada “contribuye a estimular un amplio consenso en el seno del órgano de gobierno del Poder Judicial respecto de los elegidos, que habrán de desempeñar importantes funciones en el seno del poder judicial. Ello justifica la búsqueda de una mayoría cualificada, mayoría cualificada que refuerza la legitimidad de los nombramientos, lo que interesa particularmente habida cuenta del contenido de esas funciones que los cargos nombrados habrán de desempeñar”.

Corresponde, por tanto, a las Cortes Generales fijar el régimen de mayorías por el que se han de regir los órganos colegiados que integran el Consejo General del Poder, tal y como ahora hace el artículo 630.1 LOPJ sin perder de vista, obviamente, lo declarado por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, cuando lo hagan, deben emplear unos términos lo más claros y precisos posibles a fin de evitar que una cuestión tan importante como esta pueda ser objeto de discusión y de conflicto.

Sin embargo, como veremos a continuación, la propia LOPJ y sus reglamentos utilizan enunciados diversos para referirse a las distintas clases de mayorías abriendo la puerta a la confusión de unas con otras. El problema que nos ocupa no es, por tanto, de índole meramente académica o doctrinal sino de interpretación y aplicación en la realidad de las normas en vigor.

Por otra parte, el artículo 642 LOPJ dice que en todo lo no previsto en esta y en los Reglamentos del Consejo General de Poder Judicial, se observarán en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General del Poder Judicial, *en cuanto les sean aplicables*, las disposiciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Una remisión que, tal y como se formula, es dudoso que incluya el funcionamiento y la adopción de acuerdos de los órganos colegiados ya que, según la STC 50/1999, FJ 6, la regulación de éstos aspectos se encuadra en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y no en el del procedimiento administrativo común.

La STC 50/1999 hace esta precisión para deslindar las competencias estatales de las autonómicas, ya que mientras en el primer caso el Estado fija las bases y a las Comunidades Autónomas corresponde su desarrollo legislativo, en el segundo la regulación es enteramente estatal. Ahora bien, más allá de esa finalidad, delimitadora del ámbito competencial en ambas

materias, la distinción que la STC 50/1999 efectúa entre una y otra dejaría fuera de la remisión del artículo 642 el régimen de adopción de acuerdos de los órganos colegiados que se encuentra en el Título II LRJPAC.

Hemos de advertir, igualmente, que la llamada del artículo 642 LOPJ a sus reglamentos de desarrollo se ve matizada por la Disposición Transitoria Primera 2 de la Ley Orgánica 4/2013, en cuya virtud, “el Consejo General del Poder Judicial procederá en el plazo de seis meses a dictar un nuevo Reglamento de Organización y Funcionamiento y un nuevo Reglamento de Personal, a fin de acomodarlos a las previsiones de esta Ley Orgánica.”

Este mandato de acomodación de los reglamentos es necesario habida cuenta de los cambios introducidos por la LO 4/2013. Es de notar que, pese a ser una norma de derecho transitorio, la Disposición que nos ocupa no mantiene expresamente la vigencia de dichos reglamentos durante el plazo que concede para llevar a cabo la acomodación a la nueva regulación legal sino que, en coherencia con el propósito de que el cambio previsto en esta tenga efectos inmediatos; es decir, nada más constituirse el nuevo Consejo (Disposición Final tercera), deja que sea la sucesión temporal de las normas la que despliegue sus efectos derogatorios de acuerdo con el artículo 2.2 del Código Civil.

En consecuencia, sólo hay que entender derogado el Reglamento 1/1986, de 22 de Abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial (ROFCGPJ) y, en particular, sus artículos 43 y 44, en lo que se opongan a lo dispuesto en el nuevo artículo 630 LOPJ y plenamente vigentes los que no lo contradigan. Circunstancia esta que relativiza la utilidad de la remisión que a ellos hace el citado artículo 642 LOPJ.

Pues bien, aunque ya se han iniciado los trabajos de elaboración del nuevo ROFCGPJ, como quiera que su culminación llevará su tiempo y habida cuenta que el Pleno del Consejo tiene que adoptar los acuerdos correspondientes para la designación de Presidentes de Sala y de Magistrados del Tribunal Supremo y de otros cargos judiciales, propuestas de resolución de recursos, así como diversos dictámenes sobre anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos, se hace preciso aclarar el significado concreto de la regla del artículo 630.1 LOPJ y si es necesario o no acomodar a sus previsiones la disciplina del ROFCGPJ sobre la mayoría necesaria exigida para la adopción de acuerdos.

La necesidad apuntada no admite discusión ya que de la recta aplicación de la norma depende la salvaguardia del principio constitucional de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE, que se vería seriamente comprometido si por la falta de una interpretación bien fundada las decisiones del Consejo fueran objeto de impugnación por una razón tan elemental como el haber dado por aprobadas propuestas que no hubieran logrado la mayoría legalmente exigida.

Por todas estas razones consideramos justificado analizar seguidamente las previsiones sobre la mayoría simple contenidas en la LOPJ, que contrastaremos con las normas aplicables a demás los órganos constitucionales para comprobar si de las mismas puede extraerse un concepto o significado de validez general que podamos utilizar para determinar el sentido del artículo 630.1 LOPJ.

III) LA MAYORÍA SIMPLE EN LA LOPJ Y EN LAS NORMAS REGULADORAS DE LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR LOS DEMÁS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

A) VARIEDAD DE ENUNCIADOS SOBRE MAYORÍAS

El repaso del preámbulo de la LO 2/2013 y del nuevo Libro VIII de la LOPJ que esta introduce muestra una variedad de enunciados normativos sobre la mayoría necesaria para adoptar ciertos acuerdos que, excepto en los casos en los que se refuerza o cualifica claramente (mayoría de tres quintos y mayoría absoluta) guardan cierta similitud entre sí (mayoría simple, mayoría simple de los miembros presentes, mayoría de votos, los dos más votados). No queda claro, sin embargo, si son todos ellos equivalentes.

Por tales motivos haremos un breve repaso de cada una de las expresiones.

Según se ha adelantado, el preámbulo de la LO 4/2013 utiliza la expresión *mayoría simple* sin más aditivos para referirse a la nueva regla ordinaria para la adopción de acuerdos, pero no dice si esa mayoría lo es de votos o de votantes que apoyen la propuesta de que se trate. También el artículo 630.1 LOPJ introduce la palabra *simple* en el enunciado del artículo 137.1 del texto de la LOPJ de 1985. De la lectura de ambas menciones parece desprenderse que el legislador no ha entendido necesaria ninguna referencia ni explicación en tal sentido sino que la ha dado por sobreentendido al considerar que dicha expresión (*mayoría simple*) tiene un significado propio y que es suficiente con aludir a ella.

Sin embargo, como iremos viendo a lo largo de estas páginas, esa presunción queda en entredicho pues los enunciados sobre mayorías que emplea el ordenamiento en vigor y la interpretación que se hace de algunos de ellos empañan, cuando no oscurecen por completo, el sentido aparentemente claro de esa expresión.

Es necesario aproximarse a su significado lingüístico para ver, a continuación, cómo lo manejan las normas jurídicas.

B) SIGNIFICADO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN MAYORÍA SIMPLE

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE) ² comprobaremos que en él aparecen distintas acepciones de la palabra mayoría y que entre sus clases no se menciona siquiera la mayoría simple.

Así, según el DRAE, mayoría significa: “3. f. Mayor número de **votos** conformes en una votación. Manuel tuvo seis votos de mayoría.” En cuanto a sus clases, estas son, la *absoluta*: “1. f. La que consta de más de la mitad de los votos” y la *relativa*: “1. f. La formada por el mayor número de votos, no con relación al total de estos, sino al número que obtiene cada una de las personas o cuestiones que se votan a la vez.”

Mayoría también es, según el DRAE: “4. f. Parte mayor de las **personas** que componen una nación, ciudad o cuerpo.” Acepción que es útil cuando se define el marco en el que se ha de producir la mayoría resultante de una votación.

Por su parte, el Diccionario de MARÍA MOLINER dice que la mayoría es el conjunto de los **votantes** que suman el mayor número en una asamblea. Con respecto a la *mayoría relativa [o simple]* en una votación, dice que es la que expresa el “número de **votos** inferior a la mayoría absoluta, pero superior a los votos conseguidos por el resto de las candidaturas u opciones”. La mayoría *absoluta* es “el total de votos superior a la mitad de los sufragios válidos” ³.

² Diccionario de la Lengua española, 22ª edición, 2008, <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

³ El *Diccionario del uso del español*, edición abreviada, ed. Gredos, 2008, p. 47.

Ambos diccionarios distinguen un plano *subjetivo*, orgánico o corporativo que apela directamente al número de miembros o integrantes de un colectivo, asamblea o colegio, y otro *objetivo* que alude a los votos que dichos componentes emiten. La mayoría puede ser, por tanto, de miembros o de votos. Cuando se hable de estos últimos, será absoluta si consta de más de la mitad de los mismos que, según la precisión de MARÍA MOLINER ha de ser de los sufragios válidos. Una matización que excluiría del cómputo tanto a los votos nulos como a las abstenciones y que, habría que considerar, también, implícita en las acepciones del DRAE.

Donde la coincidencia se diluye es en lo que atañe a la *mayoría relativa*, pues mientras el DRAE precisa que el carácter mayoritario de una alternativa no lo es con relación al total sino a cada una de las restantes opciones, MARÍA MOLINER, que equipara esa clase de mayoría a la *simple*, no lo especifica de ese modo, aunque la calificación de relativa de esa mayoría puede entenderse que tiene el mismo significado que el DRAE da a la segunda.

A primera vista la conclusión que se extraería de esta aproximación al sentido propio de las palabras empleadas por el preámbulo de la LO 4/2013 es que:

- Habrá *mayoría simple de los miembros* cuando la mayor parte de estos se decanten favorable o desfavorablemente por una determinada opción.

- La *mayoría simple de votos* se obtendría cuando se emita una mayoría de sufragios válidos en favor de una determinada propuesta o candidatura independientemente del número de miembros que compongan el órgano, de cuántos de ellos estén presentes y de las abstenciones que se produzcan.

- Por último, la *mayoría relativa de votos* se produce siempre que hay que pronunciarse entre varias opciones, es decir, en una votación múltiple, y la consigue la opción que tenga más sufragios favorables. Aunque su proporción sea exigua con respecto al total de votos emitidos, será la relativamente mayoritaria. En este tipo de votaciones es suficiente con que una opción tenga un solo voto más que la siguiente, lo que en realidad conduce que triunfe la que no será sino la minoría más votada.

- Por contraposición a la simple, la *mayoría absoluta* requiere superar la mitad de los miembros o de los votos computables.

Dado que el artículo 630.1 LOPJ habla de mayoría simple de los miembros presentes es evidente que se decanta por el criterio subjetivo y que, por tanto, esa mayoría existe cuando el número de votos válidos emitidos es mayor que el de la mitad de los miembros presentes en la misma.

Ahora bien, comoquiera que en nuestro ordenamiento hay normas cuyo enunciado es idéntico al que emplea el artículo citado pero que se interpretan de distinta manera, debemos indagar en el Derecho vigente para ver si consagra un concepto de mayoría simple que resuelva las dudas planteadas. Una indagación que limitaremos al Derecho Público y al ámbito de los órganos constitucionales pues esa es la naturaleza del Consejo General del Poder Judicial⁴.

⁴ También en el Derecho privado existen dificultades interpretativas sobre las mayorías. Así, en lo que se refiere al Derecho de Sociedades, ver JUSTE MENCÍA, Javier, en ROJO-BELTRÁN (dirs.) *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Civitas, Madrid 2011, pp. 1390 a 1399. El artículo 198 de la Ley de Sociedades de Capital cuyo texto refundido se aprobó por el Real Decreto Legislativo 1/2012, de 2 de julio, dice, bajo la rúbrica de “mayoría ordinaria”, que “En las sociedades de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por la mayoría de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco.”

Señala JUSTE MENCÍA que la ley se inclina aquí claramente por el criterio de la mayoría simple. Eso quiere decir que pueda tenerse por tomada una decisión de socios si los votos contrarios superan a los votos afirmativos. La definición legal impide que sean tenidos en cuenta los votos correspondientes a los socios ausentes o los de aquellos que, presentes o representados no llegan a emitir voto alguno (abstenciones).

Aunque la terminología no está suficientemente asentada, la norma apuesta por el criterio de la mayoría simple (por oposición a mayoría absoluta, ambos conceptos distintos del de mayoría reforzada): basta con que los votos favorables

C) MAYORÍA SIMPLE EN LA CONSTITUCIÓN

El artículo 79.2 CE también define la *mayoría simple* de las Cámaras que forman las Cortes Generales como *mayoría de los miembros presentes* por lo que, en principio, su consecución, requiere que haya un número de votos a favor de una opción superior a la mitad de los parlamentarios presentes en la votación.

En contraposición a la anterior, la *mayoría absoluta* de cada Cámara se define por relación al número legal de miembros que la integran y es, por tanto, la formada con el voto favorable de la mitad más uno de los mismos.

Dos ejemplos de lo dicho son los supuestos previstos en los artículos 81.2 y 99.3 CE, para la aprobación de las leyes orgánicas por el Pleno del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto y la investidura en primera votación del Presidente del Gobierno, respectivamente. En ambos casos se precisan 176 votos favorables ya que, de acuerdo con los artículos 68 y 81.1 CE, el artículo 162.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), ha fijado el número de Diputados en 350.

Sin embargo, los reglamentos parlamentarios, aunque son fieles a la definición de la mayoría absoluta en los términos que acabamos de indicar no lo son con respecto a la simple.

D) MAYORÍA SIMPLE EN EL DERECHO PARLAMENTARIO

El citado artículo 79.2 CE dice que “los acuerdos para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras.” Regla en la que deben subsumirse las previsiones sobre la exigencia de la mayoría simple del Congreso o de los Diputados como, por ejemplo, las que efectúan el artículo 99.3 CE para la segunda votación de investidura o el 112 para que prospere la cuestión de confianza.

superen a los contrarios, aunque estos últimos, sumados a abstenciones, votos en blanco o inválidamente emitidos, fueran más que aquéllos.

El artículo 199 se ocupa de la mayoría absoluta que equivale al cincuenta por ciento de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Con este criterio, resulta irrelevante si la minoría está compuesta íntegramente por votos en contra, nulos, en blanco, o son meras abstenciones.

En el caso de las sociedades anónimas el artículo 201 se limita a indicar que se calcula sobre los votos de los accionistas presentes o representados, que son los que han debido ser tenidos en cuenta para la válida constitución de la junta. Pero calla, advierte JUSTE, cuando el mismo texto se ha preocupado de aclararlo respecto del otro tipo social capitalista (pues el tema estaba resuelto para la limitada), acerca del valor que ha de otorgarse a los votos en blanco, abstenciones o votos nulos.

De esta forma, cabe la duda acerca de si los votos afirmativos deben superar sólo a los votos contrarios (como sin duda, sucede en la sociedad limitada), o han de configurar un número más alto que el de éstos, sumados a las abstenciones, votos en blanco o incluso votos nulos.

En definitiva -dice JUSTE-, desconocemos si en nuestro Derecho la mayoría (ordinaria, según el nuevo texto) es una mayoría simple o absoluta, aunque siempre respecto de los votos correspondientes a los accionistas presentes o representados en la Junta general. Observa, a continuación, que la doctrina científica ha discutido esta cuestión, y se ha inclinado, por entender que la mayoría necesaria en la sociedad anónima debe ser la mayoría absoluta, entendiéndose por tal la que resulta superior a los votos contrarios, más los nulos, en blanco y abstenciones. Criterio, en consecuencia, radicalmente contrario al previsto para el régimen de las sociedades limitadas. Ha de añadirse -concluye JUSTE- que no han faltado opiniones distintas, unas y otras razonadamente fundamentadas.

Por su parte, las normas sobre asociaciones establecen sus propias reglas. En concreto, el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece que: “**d**) Los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de las personas presentes o representadas, cuando los votos afirmativos superen a los negativos. No obstante, requerirán mayoría cualificada de las personas presentes o representadas, que resultará cuando los votos afirmativos superen la mitad, los acuerdos relativos a disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación.

También el artículo 171.5 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) habla sólo de *mayoría simple*, si bien hay que entender que esa mención se integra con lo dispuesto con carácter general en el artículo 79. 1 RCD donde se establece en unos términos muy similares, casi idénticos, a los del artículo 79.2 CE, que

“1. Los acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por la *mayoría simple de los miembros presentes del órgano correspondiente*, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución, las Leyes orgánicas o este Reglamento.”

De conformidad con la secuencia normativa expuesta, habría que pensar que, cumpliéndose los requisitos de los artículos 79.1 CE y 78 RCD para que exista quórum, una propuesta resulta aprobada en el Congreso de los Diputados cuando obtiene un número de votos favorables superior a la mitad del número de Diputados presentes sin importar las abstenciones, los votos en blanco o nulos que se produzcan. En las votaciones públicas por llamamiento se sigue la misma regla por más que el artículo 86 RCD solo permita que se vote “sí”, “no” o “abstención”, como ocurre, por ejemplo, con la investidura del Presidente del Gobierno.

Por lo tanto, de la literalidad del artículo 79.2 CE, al que, insistimos, se deberían reconducir todas las previsiones constitucionales que exigen la mayoría simple de las Cámaras, se deduce que para su obtención, supuesto que existe el quórum exigido en el apartado 1 del mismo artículo (al menos la mitad de los miembros de la Cámara), hay que atender al número de Diputados presentes y no al de votos válidos emitidos de modo que estos han de superar a la mitad de aquellos.

La mayoría simple así configurada en la norma fundamental y en el RCD se contrapone, como ya hemos dicho, a la *mayoría absoluta* ya que esta se predica del número total *de los miembros* del Congreso de los Diputados que, con arreglo a los artículos 68.1 CE y 162.1 LOREG, se sitúa en 176 votos favorables. Ahora bien, puede darse el caso de que estén presentes la totalidad de los Diputados de modo que en ese supuesto el número de votos necesarios para aprobar por mayoría simple el asunto de que se trate será, también, de 176.

En el mismo sentido se expresan el citado artículo 171.5 RCD, el artículo 177.6 RCD para la moción de censura, el artículo 35 RCD para la elección del Presidente de la Cámara en primera vuelta o el artículo 131.2 RCD que exige “el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara” para la aprobación de las leyes orgánicas.

Puede concluirse, por lo tanto, que, según la CE, lo que diferencia a la mayoría absoluta de la simple en el ámbito parlamentario es el colegio tenido en cuenta en cada caso: en el primero (al igual que en el resto de las mayorías especiales o reforzadas), es el del número legal de miembros y, en el segundo, el de miembros presentes.

Sin embargo, el RCD, la práctica parlamentaria y parte de la doctrina se separan de esta interpretación y se refieren a los *votos* y no a los *presentes* debido a los condicionamientos que impone la realidad política y a la influencia que tuvo en esta materia la doctrina italiana.

En ese contexto VÍRGALA FORURIA sostiene que la mayoría simple, “si no hay más especificaciones”, ha de entenderse referida a la mayoría de votantes, haciendo abstracción de las abstenciones, votos en blanco y votos nulos porque “no existe un consenso unánime sobre algunas de estas cuestiones”, siendo el principal punto de discrepancia, en lo que al ámbito parlamentario se refiere, el del cómputo de las abstenciones⁵.

⁵ VIRGALA FORURIA, Eduardo, “Sobre el concepto de mayoría en el ordenamiento parlamentario español”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 37, pp. 43 a 63 ofrece un completo repaso crítico y bien documentado de las diferentes posiciones en el Derecho Comparado y español. Por mi parte, me ocupé de esta problemática en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El Lehendakari. Análisis orgánico-funcional*. Madrid, Civitas, 1ª edición 1991, pp. 164 a 171.

Es este un problema importante en la dinámica de unos órganos representativos formados por un gran número de componentes que expresan el pluralismo político y que han de garantizar la función de oposición y los derechos de las minorías. Cámaras parlamentarias en las que, dependiendo de la correlación de fuerzas existente en su seno, no son infrecuentes maniobras obstruccionistas diversas como puede ser asistir pero no votar de modo que al tomarse como referencia el número de los presentes también suba el umbral de los votos necesarios para aprobar la propuesta.

Este tipo de acciones profusamente empleadas en sistemas multipartidistas polarizados, del que el caso italiano ha sido siempre el ejemplo más extremo, han provocado no sólo que la práctica parlamentaria se haya conducido en contra de la letra de las Constituciones⁶ sino que, incluso, se haya asumido en los reglamentos parlamentarios, en las leyes y en la jurisprudencia.

Llegados a este punto, ha de reconocerse que, al igual que en Italia, los artículos 122 y 123 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) sustituyen la mención a la mayoría simple *de los miembros presentes* utilizada por el artículo 79.2 CE por la de mayoría simple de los *votos emitidos*.

Tal alteración de texto constitucional que invierte la relación entre los que hemos llamado planos subjetivo y objetivo de la mayoría, ha sido denunciada, entre otros, por RECODER DE CASO⁷ y RIPOLLÉS SERRANO, que se apoyan no sólo en el tenor del artículo 79.2 CE sino, también, en los antecedentes de nuestra historia parlamentaria. Posición que VÍRGALA FORURÍA no comparte apuntando que los reglamentos parlamentarios españoles obligaban a votar a todos los presentes con lo que, en realidad, implicaba que el cómputo se hacía teniendo en cuenta el número de votos emitidos, aunque estos debían coincidir con el de votantes. Es decir, no

⁶ El artículo 64 de la Constitución Italiana de 1947 dice en su párrafo segundo: “No serán válidas las deliberaciones de cada una de las Cámaras del Parlamento sino estuviera presente la mayoría de sus respectivos componentes y si no se adoptan por la mayoría de los presentes, a menos que la Constitución exija una mayoría especial.” Sobre esta norma existe un amplio debate doctrinal con opiniones para todos los gustos. Así, por ejemplo, P. BISCARETTI, en *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, 3ª ed., p. 366, identifica mayoría simple con mayoría de los presentes, que está determinada por “algo más de la mitad de votos válidamente expresados”. La mayoría absoluta se consigue con la mitad más uno de los componentes de la Asamblea. Este autor observa que, en Italia, a pesar de que el Reglamento de la Cámara no considera computables las abstenciones para determinar la mayoría, en la práctica sí se cuenta.

Por su parte, P. VIRGA en *Diritto Costituzionale*, ed. Giuffrè, Milán, 1979, p. 141, afirma que la regla de la mayoría requiere la mitad más uno de los votantes (mayoría relativa), salvo en el caso en el que la Constitución o el Reglamento mismo establezcan una mayoría cualificada. En el cómputo se tienen en consideración las abstenciones.

A. PIZZORUSSO, en *Lecciones de Derecho Constitucional*, C.E.C. 1984, vol. I, pp. 108 y 109 dice que el criterio de decisión por mayoría, el más utilizado con mucho, se plasma, a su vez, en una diversidad de aplicaciones según se entienda por mayoría la de quienes tengan derecho a expresar su opinión o la de quienes hayan efectivamente participado en la votación y en virtud de que, tanto en un caso como en otro, se requiera la “mayoría relativa” – es decir, la votación más alta – o la mayoría “absoluta” – la mitad más uno de quienes tenga derecho a voto o, en otro caso, de los votantes, entendiéndose que, cuando se habla de mayoría absoluta, sin mayor especificación, se está haciendo referencia al conjunto de los primeros – o, en fin, una mayoría “cualificada”, vale decir, una fracción de los votantes potenciales o de los votos efectivos superior a la mitad más uno. Conviene añadir, dice PIZZORUSSO, que los criterios aptos para adoptar la decisión colegiada sólo valen en parte cuando de lo que se trata es de elegir al titular de un cierto cargo. En tanto en el primer caso será posible alcanzar oposiciones binarias entre las varias propuestas y llegar a la decisión por vía de la obtención de mayorías sucesivas, en el supuesto de la elección esta técnica no puede ser usada sino mediante el recurso al “*ballotage*”, por el que se contraponen en una última votación los dos candidatos que ya hubieren alcanzado al mayor número de votos.

C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1976, vol. I, p. 512, tomando como referencia el artículo 64 de la Constitución italiana distingue la mayoría “simple” de la “relativa”. La primera consiste en la obtención de la mitad más uno de los votos de los presentes, y la segunda se produce cuando algunas de las opciones obtiene más votos que las demás, es decir, es relativamente mayoritaria respecto a ellas. La mayoría “simple”, por consiguiente, puede exigirse en votaciones entre dos o más alternativas, mientras que la “relativa” presupone que éstas siempre son varias.

Otros autores identifican mayoría simple y mayoría relativa, como T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 5ª ed., 1988, p. 220, entendiéndose que se obtiene, salvo que se establezcan reglas especiales en cuanto al *quórum*, por el voto favorable de la mitad más uno de los presentes, excluyéndose del cómputo las abstenciones.

Finalmente, GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, 5ª ed., CEDAM, Padua, 2006, p. 455, observa que la asunción por los reglamentos parlamentarios de la práctica de no computar las abstenciones hace dudar de su constitucionalidad si bien la Sentencia 78/1984 de la Corte Constitucional la ha considerado una expresión de la autonomía de las Cámaras.

⁷ RECODER DE CASO, Emilio, “Artículo 79”, en *Comentarios a la Constitución*, en GARRIDO FALLA, Fernando y otros, Civitas, Madrid, 2ª ed., p. 1205 y RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa, “Artículo 79”, en *Comentarios a las Leyes Políticas* (ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Dir.), EDESA, Madrid, Vol. VI, pp. 747 y 748.

se tenían en cuenta las abstenciones⁸. Si a ese antecedente se une el hecho de que en el parlamentarismo español tampoco se han computado históricamente ni los votos en blanco ni los votos nulos se concluye que la mayoría simple ha de consistir siempre en la emisión de un número mayor de votos válidos en un sentido que en otro u otros.

A nuestro juicio, el argumento de VÍRGALA si bien pudiera servir para fundamentar *de Constitutione ferenda* una nueva redacción del artículo 79.2 CE, no justifica por sí mismo la modificación del contenido del precepto, una auténtica mutación constitucional, a manos del RCD. Y ello por muy loables que sean los propósitos de favorecer la adopción de los acuerdos. No debemos pasar por alto a estos efectos la advertencia del Tribunal Constitucional que señala que no cabe deducir de un enunciado legal ninguna norma contraria al posible sentido lingüístico del precepto, “al sentido propio de sus palabras” (artículo 3.1 del Código Civil). Según el supremo intérprete de la Constitución, esa actividad interpretativa no puede “ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos (SSTC 22/1985, 222/1992 y 341/1993)” ni “reconstruir una norma que no está suficientemente explicitada en el texto” (STC 11/1981). Y si eso es lo que dice el Tribunal Constitucional cuando se discute sobre la interpretación de una disposición legal, con mayor motivo habrá que tenerlo en cuenta en los supuestos que, como el presente, lo que acaba tergiversándose es nada menos que un enunciado constitucional.

Debe llamarse la atención, asimismo, sobre el importante dato de que la aludida alteración de la norma sólo se refiere al procedimiento legislativo en cuya disciplina se insertan los artículos 122 y 123 RCD, marco específico en el que han de aplicarse como excepciones que son a la regla general del artículo 79.1 RCD, cuyo enunciado es idéntico al del artículo 79.2 CE.

Tal y como hemos dicho más arriba, basta con atender al artículo 171.5 RCD para verificar que, en concordancia con el 99.3 CE, utiliza la expresión mayoría simple como contraria a la absoluta de los artículos 99.2 CE y del propio artículo 17.1 5 RCD, existiendo total acuerdo doctrinal en cuanto a que esta última (la absoluta) se refiere al número total de miembros de la Cámara. Y, dado que en este caso el RCD no introduce precisión adicional alguna, lo lógico es acogerse no sólo a la regla general del artículo 79.2 CE que expresamente se refiere a la mayoría simple de los miembros *presentes* sino, también, como decimos, a la del artículo 79.1 RCD que la reproduce fielmente.

En definitiva, puede sostenerse que, más allá de la existencia de normas infraconstitucionales, señaladamente los artículos 122 y 123 RCD, y de una práctica parlamentaria que se separan llamativamente del enunciado del artículo 79.2 CE, la mayoría simple habría de tomar en consideración el número de miembros presentes y no el de votos válidos emitidos.

Sea como fuere, el ejemplo o, más bien, el mal ejemplo, que nos ofrece el Derecho Parlamentario no es extrapolable al Consejo General del Poder Judicial que no es un órgano representativo sino de garantía.

E) MAYORÍA SIMPLE EN LA LEGISLACIÓN SOBRE RÉGIMEN LOCAL

Con la legislación local sucede algo parecido a lo expuesto con respecto a la parlamentaria pero sin llegar a violentar la letra de la CE. Así, es la propia Ley 7/1985 del 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), la que tras establecer en su artículo 47.1 que “los acuerdos de las corporaciones locales se adoptan, como regla general, por *mayoría simple de los miembros presentes*”, aclara, acto seguido, que “existe mayoría simple cuando los votos afirmativos sean más que los negativos.”

La contradicción entre el primer y segundo inciso es, a nuestro juicio, clamorosa. Ahora bien, en la medida que este precisa el significado del inicial, lo vacía de contenido y se impone sobre él, hay que estar a lo que dice pues lo que importa, a fin de cuentas, es que es el propio artículo examinado el que, con mayor o, en este caso, menor corrección determina el contenido de

⁸ VIRGALA FORUIRIA, E., op. cit., pp. 48 a 50.

la regla de mayoría y garantiza su aplicación uniforme. Que sepamos esta extraña manera de decir una cosa y después la contraria no ha sido cuestionada ni por la jurisprudencia constitucional ni por la ordinaria.

La primera se ha referido al artículo 47.1 LBRL pero sin entrar a analizar su contenido sino tan sólo su carácter de regla general en un una democracia pluralista. Como explica la STC 33/1993, FJ 1, citando la STC 5/1981, se trata de un sistema acabado de mayorías precisas en donde la regla general, es la mayoría simple siendo las excepciones la mayoría absoluta, recogida en el artículo 47.3 LBRL, configurada por una relación no cerrada de supuestos, y la mayoría de dos tercios limitada a otros cuatro (artículo 47.2 LBRL).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha respaldado la exclusión del cómputo de las abstenciones consagrada en el artículo 47 LBRL y concretada en el 99.1 del Reglamento de Ordenación, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), según el cual, lo determinante para el cómputo de la mayoría simple son los votos afirmativos frente a los negativos con independencia del número legal de los miembros de la Corporación que hayan asistido y participen sin olvidar que a estos efectos no se tienen en cuenta las abstenciones⁹.

Es necesario advertir que aquellos miembros que se hubiesen ausentado del salón de sesiones una vez iniciada la deliberación de un asunto y no estuviesen presentes en el momento de la votación se entiende que se abstienen (artículos 46.2.d LBRL y 100.1 ROF).

Por lo tanto, en el caso de las Corporaciones locales, la abstención no sólo está permitida sino que se presume en determinadas situaciones. Se considera un voto indiferente que no sirve ni para rechazar ni para aceptar la propuesta pues los acuerdos se adoptan por mayoría de votos a favor. En tal sentido, la STS de 18 de septiembre de 1990 declaró que los votos no emitidos por concejales presentes se computan como abstenciones y no como votos negativos.

En suma, dado que las abstenciones, como venimos advirtiendo, no computan para la adopción de acuerdos pero sí para la formación del quórum, cuando la aprobación de un acuerdo no requiere mayoría cualificada es perfectamente posible que se adopte por un solo voto, siempre que todos los demás miembros del Pleno se abstengan, ya que en este caso serán más los votos positivos que los negativos.

El hecho de que se admita que los Plenos decidan asuntos importantes, como la aprobación de ordenanzas e, incluso, el presupuesto municipal, con un escaso número de votos a favor del acuerdo correspondiente ha merecido la crítica de la doctrina¹⁰. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, la abstención, que es un voto indiferente, no permite ni rechazar ni aceptar la propuesta pues los acuerdos se adoptan por mayoría de votos a favor y se rechazan por mayoría de votos en contra. El ordenamiento jurídico persigue que el órgano colegiado resuelva y, para ello, debe pronunciarse y no mostrarse indiferente. Por lo tanto, si un Pleno cuyo número legal de miembros es 13, celebra una votación con la presencia de 11 miembros cuyo resultado es 2 en contra, 3 a favor y 6 abstenciones, los votos a favor son más que los emitidos en contra, luego se ha aprobado la propuesta. Al respecto la STS de 18 de septiembre de 1990 (Ar.7093) subraya que:

“No cabe admitir por último la tesis sostenida por el actor de que en el acuerdo denegatorio de la licencia no existió mayoría a favor de la denegación, porque fueron seis los concejales que se negaron a votar la propuesta del Alcalde y sólo cinco los que votaron afirmativamente la denegación de la solicitud. En primer lugar hay que señalar que a la sesión celebrada el 25 de octubre sólo asistieron diez miembros de la Corporación y que por tanto sólo fueron cinco los concejales que se negaron a votar, como se desprende del Acta de la sesión aportada. Hecha esta salvedad, hay que reseñar que con arreglo a lo dispuesto por

⁹ Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, 13.12.1995, rec.4733/1991.

¹⁰ Ver CARBONELL PORRAS, Eloísa, “Artículo 47” en REBOLLO PUIG, Manuel (Dir.) e IZQUIERDO CARASCO, Manuel (Coord.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, Tomo II, p. 1181, con cita a F. MERCADAL VIDAL, “Organización municipal” en *Tratado de Derecho Municipal*, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, 1ª ed. I, Cívitas, Madrid, 1988, p. 906, F. LLISSET BORREL, *Manual de Derecho Local*, 2ª ed, Abella-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 1986, p. 313.

el art. 46-2d) de la Ley 7/85, los votos no emitidos por concejales presentes en una votación se computan como abstenciones y no como votos negativos, y que por tanto habiendo votado afirmativamente la denegación de la licencia cinco miembros de la Corporación y no habiéndose producido ningún voto contrario a los mismos, ha de entenderse que el acuerdo de denegación fue adoptado por mayoría simple tal y como expresa el Acta de la sesión”.¹¹

Vemos, así, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo llama a la responsabilidad de los corporativos para evitar resultados tan absurdos como el que relata la última STS citada pero no cuestiona la regla de la que es aplicación ni la contradicción interna del artículo 47.1 LBRL. Nuevamente pesa aquí la naturaleza representativa y participativa de la institución y, al menos, no se infringe la CE.

F) MAYORÍA EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LA ADMINISTRACIÓN

En el ámbito del poder ejecutivo y, concretamente, del órgano constitucional que está al frente del mismo, el Gobierno (artículo 97 CE), no encontramos una referencia de utilidad ya que si bien el artículo 5.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), dice que este es un órgano colegiado no establece regla alguna en cuanto a las mayorías requeridas para la adopción de los acuerdos por el Consejo de Ministros lo cual es lógico dada la naturaleza política de este órgano.

Por su lado, la Disposición Adicional Primera LRJPAC excluye expresamente al Gobierno de la aplicación de las disposiciones del Capítulo II de su Título II, sobre órganos colegiados. Previsión cargada de sentido ya que, aunque el Gobierno, más concretamente el Consejo de Ministros, culmina con sus acuerdos algunos procedimientos administrativos poniendo fin a los mismos, es un órgano constitucional de naturaleza jurídico política cuya colegialidad es muy relativa. Ello es debido a la posición preeminente que la CE confiere al Presidente del Gobierno en el marco de un sistema parlamentario fuertemente racionalizado. Una posición que se manifiesta desde el inicio del proceso de formación del órgano gubernamental, articulado en dos fases bien diferenciadas (investidura del Presidente y posterior nombramiento de los ministros) y se prolonga durante toda la vida del gabinete merced a las atribuciones que sobre la composición del Gobierno, la dirección y coordinación de su acción o el cuestionamiento y, en su caso, la ruptura de la relación de confianza que le une al Congreso de los Diputados, le atribuye la CE. Posición, en fin, que sólo queda matizada por los condicionamientos de la realidad política y los difíciles equilibrios que esta impone dentro de la fuerza política que sostenga parlamentariamente al Gobierno o en el seno de la coalición gobernante.

No obstante, aunque no sean aplicables al Gobierno las previsiones sobre los órganos colegiados administrativos, haremos una breve referencia a los mismos por las notas que puedan compartir con el Consejo General del Poder Judicial como órgano colegiado que es y, en particular, la prohibición de abstenerse en las votaciones, excepto cuando concurra una causa de las previstas en el artículo 28.2 LRJPAC.

Pues bien, según el artículo 26.4 LRJPAC, los acuerdos de los órganos colegiados administrativos “serán adoptados por mayoría de votos.”

De este enunciado se desprende sin dificultad que sólo se computan los votos válidamente emitidos pues los nulos no pueden producir efecto alguno. No importan, tampoco, las abstenciones ya que no son votos en sentido estricto. Además, están prohibidas para las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas [artículo 24 c) *in fine* LRJPAC].

El fundamento de la prohibición de abstenerse radica en el deber de quien está integrado en la organización administrativa de decidir aportando su criterio personal, el de la Administración o el del órgano de quien dependa, contribuyendo así a la formación de la voluntad

¹¹ CARBONELL PORRAS, Eloísa, “Artículo 47”, ob. cit. *Ibidem*.

administrativa del órgano colegiado sobre el que proyecta directamente el ejercicio del cargo¹². Su participación activa en el seno del órgano colegiado es, por tanto, una proyección de sus funciones que, por definición, son irrenunciables (artículo 12.1 LRJPAC). Sin olvidar que el artículo 89.4 LRJPAC es taxativo cuando dice que “(e)n ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso.” Según el Tribunal Supremo, el deber de pronunciarse mediante la emisión del voto es especialmente exigible cuando el miembro ha sido nombrado para emitir un parecer o realizar una valoración y no una simple adhesión a una propuesta ya formulada, como ocurre en las comisiones de selección de personal en las que, además, las opciones de voto se ciñen a votar a favor de un candidato o la no provisión, lo que es tanto como decir sí o no (STS 20 de abril de 1998; rec. 162/1996).

Las obligaciones de asistir a las sesiones del órgano y de votar y la habitual designación de titular y suplente conducen a que la mayoría de los votos que establece el artículo 26.3 LRJPAC coincidan en lo sustancial si no totalmente. Se garantiza de esa manera una adecuada formación de la voluntad del órgano.

Queda sin resolverse, en cambio, el problema de los votos en blanco sobre los que nada dice el precepto.

En el voto en blanco concurre un problema similar al que causan las abstenciones pues, al igual que estas, manifiesta indiferencia y puede constituir una inhibición del deber de contribuir activamente a la adopción de los acuerdos. La solución podría ser, entonces, considerar que el voto en blanco se asimila a la abstención prohibida con sus mismas consecuencias.

También cabría pensar en que la norma reguladora de la adopción de acuerdos permita expresamente el voto en blanco, supuesto en el que se computaría como válido, pero en esta hipótesis la norma permisiva tendría que tener rango de ley pues materialmente no dejaría de ser una excepción, en lo que a autoridades y personal al servicio de la Administración se refiere, a la repetida prohibición de abstención del artículo [artículo 24 c) *in fine* LRJPAC].

Sin perjuicio de las dudas planteadas en torno al voto en blanco, nos parece evidente que la opción legal por la mayoría de los votos válidos es acorde con la naturaleza de la Administración como organización servicial de los intereses generales que ejerce sus funciones de acuerdo con los principios constitucionales que enuncia el artículo 103.1 CE, entre los que se encuentra el de eficacia, además del recordatorio de su plena sumisión a la ley y al Derecho.

G) MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El último órgano constitucional a tener en cuenta es el Tribunal Constitucional. Este no dispone de una regulación específica de las votaciones que hayan de realizar su Pleno, Salas y Secciones sino que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), se rige por las previstas en la LOPJ.

Como es sabido, el artículo 255.1 LOPJ establece que los autos y sentencias “se dictarán por *mayoría absoluta de votos*, salvo que expresamente la ley señale una mayor proporción.”¹³.

Ha de aclararse que aunque el artículo 255.1 LOPJ habla de *votos*, se interpreta unánimemente que es necesario que estos correspondan a la más de la *mitad de los magistrados* que participen en la votación¹⁴. Intervención a la que todos ellos están obligados pues, si no votan

¹² CARBONELL PORRAS, Eloísa, “Capítulo II, Órganos colegiados, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel y MAURANDI GILLÉN, Nicolás (Dirs.), *Comentarios a la Ley 30/1992*, Lex Nova, Madrid 2013, pp. 197 y 198.

¹³ Idéntico enunciado tiene el artículo 201.1 de la Ley 7/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y muy similar el 153 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

¹⁴ Ver VACAS GARCIA-ALOS, Luis y MARTIN MARTÍN, Gervasio, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, ARANZADI, S.A., 2008, p.703.

sin mediar causa legal de abstención o recusación, pueden incurrir en responsabilidad criminal conforme al artículo 448 del Código Penal. Por todo ello, aunque el enunciado sobre la mayoría absoluta que contiene el artículo 255.1 LOPJ es distinto del que la CE emplea para el otorgamiento de la investidura del Presidente del Gobierno en primera votación o para la aprobación de la leyes orgánicas en el Congreso de los Diputados (artículos 99.3 y 81.2 CE), que lo es del número legal de miembros de la citada Cámara, conduce indirectamente al mismo resultado que este.

En nuestra opinión, la garantía de la recta aplicación de las leyes de acuerdo con la Constitución y la tutela judicial efectiva de los derechos que han de prestar los tribunales explican sobradamente la imposición de un deber especial a sus miembros de pronunciar su voto. También es necesario, que, para mejor acierto y seguridad jurídica, la mayoría haya de ser la absoluta como regla general y sin perjuicio de otras más reforzadas.

En coherencia con esa finalidad garantista, el apartado 2 del artículo 255 LOPJ sale al paso del riesgo de alteración artificial de la mayoría exigida y prohíbe cualquier maniobra o interpretación en tal sentido.

La regla general de la mayoría absoluta para la adopción de acuerdos que entrañan el ejercicio de la función jurisdiccional contrasta con la mayoría simple que prevén para los que no tienen esa naturaleza. Dos ejemplos son los artículos 166.1 LOPJ sobre la elección de los Jueces Decanos en segunda vuelta y 170.4 LOPJ relativo a la toma de decisiones por las Juntas de Jueces. Una mayoría simple que ninguno de estos preceptos explica con claridad cómo se consigue. Es decir, si lo es de votos o de votantes.

Con respecto a los acuerdos de las Salas de Gobierno, el artículo 157 LOPJ no precisa qué tipo de mayoría es la necesaria, pero entendemos que será esta última cuya definición, insistimos, brilla por su ausencia.

IV) MAYORÍAS PREVISTAS EN EL LIBRO VIII LOPJ

El rápido repaso que hemos hecho de las previsiones constitucionales y legales que establecen la regla de la mayoría simple pone de manifiesto que es necesario atenerse a la configuración concreta que de la misma hace cada norma, atendiendo a su enunciado específico, al sentido propio de las palabras, y a la naturaleza del órgano al que se aplique. Aun así no faltan, como hemos visto, determinadas interpretaciones claramente desviadas o, incluso contrarias, al tenor literal de algunos preceptos, siendo la más llamativa la expuesta sobre el artículo 79.2 CE.

En consecuencia, creemos que las claves para la interpretación del artículo 630.1 LOPJ hay que buscarlas en el nuevo Libro VIII LOPJ donde se desarrollan las previsiones del artículo 122 CE. Es decir, en el contexto normativo e institucional en el que se inscribe y partiendo de las concretas palabras que emplea y de las demás previsiones sobre mayorías sobre los acuerdos de los órganos colegiados del Consejo General del Poder Judicial ayudándonos, cuando proceda de la importante doctrina del Tribunal Constitucional vertida en la ya citada STC 238/2012.

A) ENUNCIADO DEL ARTÍCULO 630.1 LOPJ

El artículo 630.1 LOPJ que dice así:

“1. Los acuerdos de los órganos colegiados del Consejo General del Poder Judicial serán adoptados *por mayoría simple de los miembros presentes*, salvo cuando esta Ley Orgánica disponga otra cosa. Quien presida tendrá voto de calidad en caso de empate.

El apartado transcrito, por contraste con el preámbulo de la Ley 4/2013, añade a mención a la mayoría simple la precisión de que esta lo debe ser “de los miembros presentes”. Una adición, que no altera en lo más mínimo la referencia claramente subjetiva para computar la mayoría que siempre ha de ser de *miembros presentes*, cuya inclusión en el artículo 630.1 LOPJ tiene como

finalidad alejarse lo más posible de la mayoría reforzada de los tres quintos que había introducido la LO 2/2004.

Sin ignorar ese antecedente y aunque la vocación de la Ley 4/2013 no fuera incorporarla como una mera cláusula de estilo, de la introducción de ese adjetivo no cabe deducir, a nuestro juicio, que el artículo deba interpretarse en el sentido de que el legislador orgánico ha optado por la *mayoría de votos* en lugar de por la *mayoría de los miembros presentes*. A ello se une que el apartado 2 del mismo artículo 630 LOPJ dice en unos términos categóricos que los Vocales tienen el deber inexcusable de asistir, participar, y emitir voto válido, que únicamente podrá ser en blanco cuando la naturaleza del acuerdo lo permita y en ningún caso en materia disciplinaria y en las decisiones sobre recursos. Mandato que persigue, sin lugar a dudas, garantizar que todos los miembros del Consejo (del Pleno y de las comisiones) estén presentes y contribuyan activamente con su voto válido a la formación de la voluntad del órgano de modo que la mayoría de votos lo sea, también, de votantes. Todo ello en atención a la función constitucional que, en garantía de la independencia del Poder Judicial, le encomienda el artículo 122 CE. De esa suerte, insistimos, la mayoría simple de los presentes del artículo 630.1 LOPJ tenderá a ser, cuando concurren todos sus miembros, al menos de la mitad más uno de los mismos y, por tanto, a coincidir numéricamente con la absoluta.

La preocupación del legislador de 2013 es coherente con lo declarado en la STC 238/2012, FJ 7, cuando, al reflexionar sobre la mayoría cualificada prevista en la LO 2/2004, dijo que “existen razones que justifican el recurso a la misma”, de igual modo “que en la Constitución se prevén mayorías de este tipo en diversos supuestos cuando así lo recomienda el tipo de decisión que debe ser adoptada (así, arts. 74.2, 81.1, 90.2, 99.3, 113.1, 150.3, 155.1 y 159.1, entre otros, tal y como se recuerda en la STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 7).” Un pronunciamiento este que en el contexto de una reforma legal que rebajó la mayoría necesaria para decisiones de ese tipo se erige en un obstáculo de entidad frente a interpretaciones que pretendan reducirla hasta extremos como los que antes vimos en el ámbito municipal.

B) ARTÍCULO 137.1 LOPJ DE 1985

Por otra parte, según se explicó al comienzo de estas notas, el artículo 137.1 LOPJ, en su versión original de 1985, al regular como el 630 LOPJ actual el régimen de los actos del Consejo General del Poder Judicial, utilizaba una fórmula muy parecida a la que usa el apartado 1 de este último. La única diferencia entre ambos es, precisamente, la introducción por el artículo 630.1 LOPJ del adjetivo *simple* que se añade a la mayoría de los presentes.

Pues bien, el artículo 137.1 LOPJ siempre se interpretó en el sentido que venimos defendiendo. Es decir, como mayoría de los presentes y no como mayoría de votos.

Pese a ello, la repetida adición vuelve a plantear la duda sobre el alcance de la modificación efectuada por la LO 4/2013. En definitiva, si es lo mismo decir la *mayoría de los presentes* que la *mayoría simple de los miembros presentes*. De cómo se resuelva esa incógnita depende, a su vez, el juicio que haya de hacerse sobre la conformidad con el nuevo enunciado de los artículos 43 y 44 ROFCEGPJ aprobados bajo la vigencia del artículo 137.1 LOPJ.

Según hemos visto a lo largo de estas notas, las diferentes clases de mayoría se distinguen entre sí atendiendo a la dimensión subjetiva (miembros) u objetiva (votos) que se toma como referencia para establecer la proporción o relación de superioridad numérica que refleja el apoyo expresado a una determinada decisión con respecto a otra u otras. También hemos reiterado que la mayoría simple, en cualquiera de sus acepciones, se distingue de la absoluta en que el colegio o número de votos que le sirve de base es siempre más reducido que el de esta.

Lo que plantea la comparación de los artículos 137.1 LOPJ de 1985 y 630.1 LOPJ de 2013 no afecta, sin embargo, ni a la dimensión o plano tomado en consideración, ya que en ambos preceptos es el subjetivo (los presentes y miembros presentes, respectivamente), ni a su clase (simple o absoluta) pues, a falta de mayor precisión, cuando se habla de mayoría se presume que no se cualifica y que, por tanto, es simple.

Dicho más claramente, no vemos diferencia alguna en la mayoría requerida en las dos normas dado que en ambas viene determinada por la existencia de un número de votos en un mismo sentido sobre la propuesta sometida a votación que sea superior a la mitad del número de miembros presentes. Para que haya mayoría simple de los presentes no es suficiente, por lo tanto, que una propuesta reciba más votos que la contraria, no basta con que sea la más votada de las dos, sino que, además, ha de superar el umbral indicado de la mitad del número de miembros presentes.

La equivalencia de los enunciados de los dos artículos citados es, a nuestro modo de ver, plena y total y no queda desmentida por el hecho de que los artículos 589.2, 606.3 y 5 LOPJ, exijan la mayoría absoluta sin especificar si es de los miembros presentes o de los que integran el órgano, como sí ocurre cuando se prevé la de tres quintos (artículos 586.3, 588.1.3º y 589.5 LOPJ). Silencio que alguien podría interpretar que significa que la razón por la que el artículo 630.1 LOPJ introduce el adjetivo simple es porque del mismo modo que hay una mayoría *simple* de los presentes también puede haber una mayoría *absoluta* de los presentes. De acuerdo con esta lectura, mientras esta última mayoría (la absoluta) vendría representada por la mitad más uno de los asistentes la simple estaría formada por la mayoría de los votos emitidos no siendo computables los que estén en blanco.

Frente a tal despropósito habría que dejar bien claro, en primer lugar, que esa interpretación retuerce hasta el extremo la literalidad del enunciado normativo del artículo 630.1 LOPJ y, en segundo lugar, que a lo largo de la LOPJ no hay ninguna mención ni directa ni indirecta a la mayoría absoluta de los miembros presentes. Mayoría que, si llegara a existir, se confundiría con la simple prevista en el precepto de constante cita.

Tampoco mejorarían las cosas si se aceptara que la mayoría absoluta se refiere a los votos pues podría llegar a ser incluso inferior que la simple si se emitieran votos en blanco y estos no se consideraran computables. Por eso, la única lectura coherente es la que entienda que la mayoría absoluta se predica del número legal de miembros del Consejo.

Reiteramos que el tenor literal del artículo 630.1 LOPJ remite a la mayoría simple de los miembros presentes y no, como otras normas que hemos examinado, a la mayoría de votos. Un ejemplo de esto último está en el artículo 586.3 LOPJ, que determina que en segunda votación resultará elegido Presidente el candidato que reciba el “mayor número de *votos*” entre los dos candidatos más votados en una primera vuelta. La misma norma se prevé en el artículo 606.3 LOPJ para la elección del Promotor de la Acción Disciplinaria. Sin embargo, para el nombramiento del Vicepresidente del Tribunal Supremo, sólo se contempla una votación por mayoría absoluta por lo que si el candidato propuesto no la consiguiera el Presidente debería realizar una nueva propuesta (artículo 589.4 LOPJ).

En el supuesto de los artículos 586.3 y 606.3 LOPJ, la principal consecuencia de que en la segunda vuelta se pueda lograr la investidura por una mayoría de votos podría ser que no se computaran los emitidos en blanco ya que los nulos están expresamente prohibidos (artículo 630.2 LOPJ), aunque tampoco, parece admisible el voto en blanco en una decisión de ese calibre. La razón de ser de esta relajación de la mayoría será probablemente garantizar la elección incluso cuando se produzcan ausencias de los Vocales y, en definitiva, que se dificulte hasta el extremo su nombramiento con el negativo efecto que ello tendría para el órgano constitucional.

En cualquier caso, los dos artículos comentados muestran la voluntad de la LOPJ de simplificar el proceso de elección, designación o nombramiento cuando concurren varios candidatos. A ese fin, para evitar la dispersión del voto y favorecer el consenso, se busca reducir las opciones a dos y decantarse por una de ellas en una ulterior votación (*ballotage*) y, de ese modo, garantizar que quien salga triunfador lo haga con el máximo respaldo posible, con la máxima legitimación alcanzable.

C) ARTÍCULOS 43 Y 44 ROFCGPJ

Una vez que hemos confirmado que no existe diferencia entre el contenido normativo del antiguo artículo 137.1 LOPJ y el del nuevo artículo 630.1 LOPJ, queda, también despejada la duda sobre la vigencia de los artículos 43 y 44 del ROFCGPJ.

El artículo 43 ROFCGPJ dice en su tercer párrafo que:

“(…) Los restantes acuerdos deberán adoptarse mediante votación bastando el voto favorable de la mayoría de los miembros presentes, salvo que la Ley disponga otra cosa.”

Aunque falta la mención a la mayoría simple, la norma es, como se ha razonado, la misma que contenía el repetido artículo 137.1 LOPJ y, por tanto, la regla general es que los acuerdos necesitan para adoptarse el respaldo de la mitad más uno de los miembros del Pleno o de las Comisiones del Consejo General del Poder Judicial que estén presentes, los cuales, como sabemos, tienen el deber inexcusable de asistir, participar y emitir voto válido y sólo excepcionalmente pueden votar en blanco (artículo 630.2 LOPJ). Un voto en blanco que, obviamente, no cuenta como favorable ni permite rebajar el umbral exigido.

Por su parte, el artículo 44 ROFCGPJ contempla el supuesto de que:

“(…) en las votaciones para la provisión de cargos judiciales u otros cuyo nombramiento compete al Consejo ninguno de los votados alcance la mayoría de los miembros presentes, se celebrará una nueva votación entre los dos que hubieren obtenido mayor número de votos en la primera. Si ninguno de ambos alcanzare la mayoría antes expresada, después de tres votaciones consecutivas, se entenderá denegada la propuesta, que se devolverá al órgano competente para que formule otra nueva. Si la Ley exigiere una mayoría cualificada, el Pleno establecerá los trámites de la votación.”

La concordancia entre ambos artículos está fuera de toda duda. Los dos hablan de mayoría de los miembros presentes si bien los supuestos que contemplan son distintos:

- El artículo 43 ROFCGPJ atiende a la hipótesis de que esa mayoría deba obtenerse con respecto a una propuesta concreta sobre la que los miembros del órgano colegiado han de pronunciarse a favor o en contra; es decir lo que se llama una elección binaria que sólo admite un sí o un no y, eventualmente, el voto en blanco.
- Sin embargo, el artículo 44 ROFCGPJ se sitúa ante otra realidad: que las opciones sean más de dos, es decir, que la elección haya de realizarse sobre varias propuestas o, en el caso de elección de personas, de candidaturas múltiples de modo tal que pueda darse una dispersión de votos y ninguna obtenga la mayoría exigida que sigue siendo la de los miembros presentes.

En estos casos, para evitar el fracaso de la votación y propiciar el acuerdo, la norma fija su atención en los dos candidatos que hayan obtenido el *mayor número de votos*, que serán los *relativamente mayoritarios*, pero sin llegar a conseguir la mayoría de los presentes. Una vez reducidas las opciones a dos, se prevén tres nuevas votaciones, para que alguno de ellos reciba el respaldo de la mayoría exigida. Si tras tres intentos no se consigue, la plaza queda vacante.

La alusión a los artículos 43 y 44 ROFCGPJ es útil ya que pone de manifiesto que el concepto de mayoría acogido por el artículo 630 LOPJ, como regla general para la adopción de acuerdos, ha de aplicarse tanto a votaciones binarias como a múltiples y que, en ningún caso, se identifica con la mayoría relativa.

Pero lo más importante es que, tanto el artículo 43 como el 44 ROFCGPJ, dejan bien claro que para la aprobación de un acuerdo no es suficiente con que haya un mayor número de votos a favor que en contra sino que ha de superarse la mitad de los miembros presentes.

La naturaleza del Consejo General del Poder Judicial como órgano de garantía de la independencia del Poder Judicial, de cada uno de los jueces y tribunales que lo forman, justifica plenamente un régimen de mayorías para la adopción de los acuerdos que le competen que conjugue un alto grado de consenso con la necesaria flexibilidad que reclama la eficacia en su funcionamiento. Ese equilibrio se logra exigiendo que todos sus miembros asistan a las sesiones, participen en las deliberaciones y emitan su voto válido, prohibiéndoles abstenerse, salvo cuando concurra causa legal, y limitando la posibilidad de que voten en blanco. Exigencia, prohibición y limitación que son compatibles con la fijación de un *quorum* para la celebración de las sesiones que evite la paralización del órgano cuando por motivos graves este justificada la ausencia de uno o más Vocales.

V) A MODO DE CONCLUSIÓN

La claridad y sencillez de la regla de la mayoría simple de los presentes que ha adoptado la reforma de la LOPJ de 2013, y que mantiene el anteproyecto que acaba de hacer público el Ministerio de Justicia, es más aparente que real. Tal y como hemos explicado, ese mismo enunciado ha dado lugar a interpretaciones normativas que pugnan abiertamente con el sentido literal de la expresión, en particular en el seno de los órganos representativos como los parlamentarios, que cuentan con el antecedente italiano, y, también, en los locales.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el repetido enunciado se ha introducido por la LO 4/2013 como una reacción al reforzamiento de las mayorías y al consiguiente bloqueo en la toma de decisiones que, según su preámbulo de aquella, supuso la LO 2/2004, se acrecienta el riesgo de que la nueva regla de mayoría se interprete en un sentido tan extremo que se abra el camino a la adopción de acuerdos con muy escaso apoyo de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Ese peligro es especialmente grave en materia de nombramientos en la que las alternativas objeto de votación normalmente son múltiples de modo que la dispersión de los votos puede conducir a que la más votada cuente con el apoyo de muy pocos sufragios.

De ahí la necesidad de precisar con la máxima claridad el sentido de esa regla. Máxime a la vista de las consideraciones vertidas por la importante STC 238/2012 en la que el supremo intérprete de la Constitución no solo no vio injustificada la exigencia de una mayoría cualificada (de 3/5) para el nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo y otros importantes cargos judiciales sino que, incluso, la calificó de necesaria, habida cuenta de la trascendencia de las funciones que aquellos han de desempeñar en la cúspide de nuestro sistema judicial y la garantía que ello supone para reforzar su independencia.

Por todo ello, considero que el nuevo ROFCGPJ ha de acoger la misma fórmula que el de 1985 que, a mi juicio, no ha sido derogado por la LO 4/2013, si bien la referencia a la mayoría necesaria para la probación de los acuerdos será ahora la que arroje un número de votos favorable a la propuesta que sea superior a la mitad del número de miembros presentes. Asimismo, creo necesario que en dicho ROFCGPJ se reproduzca la previsión que contiene el artículo 44 del de 1986 relativa a los supuestos en los que la votación se realice sobre tres o más candidatos según la cual, si ninguno obtuviera la mayoría requerida en primera vuelta, se debería repetir la votación entre los dos candidatos o propuestas que hayan recibido más sufragios. Si tras tres intentos ninguno obtuviera la mayoría precisa, se declararía la no provisión de la vacante o rechazada la propuesta.

En definitiva, al menos en este punto, las cosas deberían mantenerse como estaban por más que la mayoría exigida sea ahora la simple de los presentes en lugar de la anterior de tres quintos de los miembros del Consejo.

Sería deseable, no obstante, que se supere de una vez por todas la pugna partidista para lograr el control político sobre el Consejo General del Poder Judicial o impedir el del adversario, modificando a ese propósito la regla de la mayoría exigible para adoptar sus acuerdos como vía que les permita incidir en sus decisiones y, muy en particular, en los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Supremo y de los altos cargos judiciales. Ese juego es perverso y atenta gravemente contra la autonomía constitucional del Consejo debilitando hasta el extremo su

autoridad. Urge por ello, hallar una solución definitiva que solo será válida si se sustenta en el consenso, que no es lo mismo, obviamente, que disponer de la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados. Un consenso sobre el conjunto de la LOPJ dada la trascendencia de su regulación para la consolidación y perfeccionamiento del Estado Social y democrático de Derecho que proclama como objetivo esencial de la Constitución su artículo 1.1. Un consenso que garantice que la alternancia política que exige la democracia pluralista no se traduzca, como desgraciadamente ocurre en el ámbito de la educación, en constantes modificaciones de la LOPJ que no obedezcan a una finalidad integradora y perfeccionadora del sistema judicial en beneficio de todos sino a las prioridades del equipo ministerial de turno.

Desde esa perspectiva, considero que la regla de la mayoría necesaria para la adopción de los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial debe ser tal que exprese suficientemente el consenso formado en su seno y, sinceramente, creo que ese objetivo se consigue mejor con una mayoría absoluta o, incluso más cualificada, que con una simple y que, en todo caso, es incompatible con una interpretación de esta que la haga insignificante.

ÁFRICA: AVANCES, DESAFÍOS Y SU ALIANZA ESTRATÉGICA CON LA UNIÓN EUROPEA

*Jesús Díez Alcalde
Teniente Coronel (Artilería)
Diplomado de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas
de España y del Ejército de Tierra de Chile.
Analista Principal del Instituto Español de Estudios Estratégicos.
Ministerio de Defensa de España.*

Fecha de recepción: 27 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 4 de julio de 2014

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AFRICA AVANZA, CON IMPORTANTES DESAFÍOS. 3. AMENAZAS A LA SEGURIDAD: PRINCIPAL OBSTÁCULO PARA EL PROGRESO AFRICANO. 3.1. EXPANSIÓN DE LA LACRA YIHADISTA. 3.2. EL INCREMENTO DEL CRIMEN ORGANIZADO. 3.3. NUEVOS CONFLICTOS ARMADOS. 4. LA ALIANZA ESTRATÉGICA UNIÓN EUROPEA-ÁFRICA. 4.1. LA CUMBRE DE BRUSELAS 2014: AVANZAR EN LA SEGURIDAD Y EL DESARROLLO COMPARTIDOS. 5. ESTRATEGIAS REGIONALES Y MISIONES DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ÁFRICA. 5.1. MISIONES EUROPEAS EN ÁFRICA. 6. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN: África progresa, pero al mismo tiempo sufre el flagelo de la desigualdad social, la pobreza endémica y la inseguridad. Hoy conviven dos Áfricas, una caracterizada por el crecimiento económico y los avances democráticos; frente a otra donde el terrorismo yihadista, el crimen organizado y los conflictos impiden cualquier progreso hacia la paz, la democracia y el desarrollo. África debe acometer una profunda transformación que fortalezca las oportunidades y supere los desafíos; y en este camino, la Unión Europea debe ser, por solidaridad y por su propia seguridad, un aliado cada vez más firme y determinante.

ABSTRACT: Africa is rising, but also suffers the scourge of social inequality, endemic poverty and insecurity. Today two Africa live together: one is characterized by economic growth and democratic progress; and another one where jihadist terrorism, organized crime and conflict impede any progress towards peace, democracy and development. Africa must undertake a profound transformation that strengthens the opportunities and meet the challenges; and, in this way, the EU should become, for solidarity and for its own safety, an increasingly strong and decisive ally.

PALABRAS CLAVE: África, Unión Europea, amenazas, oportunidades, Alianza Estratégica, misiones civiles y militares, seguridad, democracia y desarrollo.

KEY WORD: Africa, European Union, threats, opportunities, Strategic Alliance, civilian and military missions, security, democracy and development.

1. INTRODUCCIÓN

África es una región emergente, y su importancia en el escenario geopolítico internacional es hoy incuestionable. Hacia el exterior, se ha convertido en el epicentro de la reorientación estratégica mundial; y, dentro de sus fronteras continentales, cobra fuerza el movimiento y la narrativa “*Africa Rising*”¹ que, desde muy diversos foros africanos e internacionales, subraya los grandes avances registrados en los últimas décadas, en especial económicos y sociales, como principal fundamento de un futuro más próspero y estable para el continente. Sin embargo, y frente aquellos que destacan el auge africano, se sitúan otros muchos –tanto dentro como fuera de la región– que denuncian que, sin minusvalorar los significativos avances en algunos ámbitos, la desigualdad social, la mala gobernanza o la conflictividad siguen dinamitando la estabilidad, la seguridad y el desarrollo africanos.

En el ámbito económico, su crecimiento continuado en los últimos diez años y su ingente riqueza natural están llamados a garantizar el progreso social de sus poblaciones. En la esfera política, la democracia gana fuerza en muchos países africanos, y están previstos más de 30 procesos electorales hasta finales de 2015. Sin embargo, estos parámetros positivos no consiguen esconder, ni frenar, los numerosos conflictos y amenazas que asolan muchos regiones de África; ni tampoco el auge económico o de los procesos democráticos se ha traducido en una reducción notable de las desigualdades sociales o de los niveles de pobreza, que siguen situando al continente africano como la región del mundo con menores índices de desarrollo humano².

En este escenario de contrastes, la conflictividad también adquiere un dramático protagonismo, y sigue lastrando el progreso y la paz de África. Hoy, muchos países se ahogan en la violencia, los conflictos armados y el mal gobierno, lo que provoca elevadas cifras de muerte y destrucción, y obliga a cientos de miles de africanos a emigrar, tanto dentro del Continente como hacia Europa. Otros países sucumben ante el crimen organizado y la sinrazón yihadista, que se expanden sin freno por los “agujeros de soberanía”, donde el poder del Estado no ha podido o nunca ha pretendido llegar; o transitan libremente por las porosas fronteras nacionales, que están fuera del control de las precarias fuerzas de seguridad y defensa de muchas naciones africanas. Consecuencia de todos estos factores, y según el Índice de Paz Global 2014³, la seguridad en la región subsahariana se ha deteriorado de forma alarmante en los últimos años y, entre otros aspectos negativos, este informe señala que los países del Sahel y norte de África se encuentran hoy entre las 50 naciones con más incidencia del terrorismo yihadista a nivel mundial.

Desde Europa, los altos índices de conflictividad en África preocupan cada vez más, y ya pocos dudan de que la seguridad, la mala gobernanza y el subdesarrollo africanos sean también problemas europeos. De hecho, sus consecuencias son cada vez más evidentes: desde el incremento de la inmigración irregular hasta la creciente captación de yihadistas en suelo europeo. La realidad es que, desde su fundación, la Unión Europea (UE) ha

¹ “*Africanising*” se ha convertido en un fenómeno, dentro y fuera de África, que proporciona un contexto importante para discutir los beneficios potenciales que puedan derivarse de la relación entre el crecimiento del sector privado, las estrategias y los objetivos de desarrollo, sin olvidar que estos avances también pueden exacerbar la inseguridad, la desigualdad o la radicalización. Aunque *Africa Rising* es una organización fundada en Sudáfrica por los nietos de Nelson Mandela en 2009 (<http://arfoundation.co>), su narrativa –contribuir al desarrollo de África– ha sido adoptada por muchos países y organizaciones internacionales, y ha dado lugar a diversas conferencias internacionales.

² Según el Índice de Desarrollo Humano 2013, entre los 45 países del mundo con un Desarrollo Humano Bajo, 37 son africanos. Disponible en <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-2013> Fecha de consulta: 05/06/14.

³ Global Peace Index 2013. <http://www.visionofhumanity.org/#/page/our-gpi-findings>

destinado importantes ayudas económicas para África, dentro de la iniciativa de los Fondos Europeos al Desarrollo. Sin embargo, parece que esta financiación, a tenor de los niveles actuales de desarrollo, no ha cumplido, al menos de forma generalizada, con el objetivo esperado: elevar el bienestar social y económico de los pueblos africanos. Por ese motivo, en los albores del siglo XXI, comenzó a gestarse una nueva relación intercontinental –marcada por el desarrollo de la Estrategia Conjunta UE-África, aprobada en la Cumbre de Lisboa de 2007–, y que hoy se centra en el asociacionismo y la cooperación como base para consolidar un futuro común de prosperidad y estabilidad.

La última Cumbre Unión Europa-África, celebrada en Bruselas el pasado mes de abril, ha supuesto un hito importante para buscar soluciones que permitan adaptar la alianza estratégica a los nuevos desafíos, pero también a las nuevas oportunidades. Ahora, el nuevo Parlamento Europeo, salido de las últimas elecciones de mayo, deberá reconsiderar y redefinir las relaciones de la Unión Europea con África, para que estas se asienten sobre nuevos proyectos políticos, económicos y de seguridad. No obstante, el esfuerzo europeo desplegado en el terreno –en el momento actual, nuevas misiones civiles y militares en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa– seguirá constituyendo la aportación más firme para la estabilidad, la paz y el desarrollo del continente africano.

2. AFRICA AVANZA, CON IMPORTANTES DESAFÍOS

África es un continente plural y diverso, formado por 54 naciones con sus singularidades específicas y con realidades muy distintas en todos los ámbitos, desde el político hasta el económico y social. Todo ello hace que, a pesar de los mensajes que se extienden dentro y fuera de África, no sea adecuado hablar de un continente homogéneo, y cualquier reduccionismo puede llevarnos a cometer importantes errores. Por el contrario, para analizar la situación actual con exactitud, resultaría imprescindible abordar cada realidad nacional, con sus avances y desafíos específicos, algo que se escapa del propósito de este trabajo. Hoy, las cifras globales nos presentan un escenario que, en muchos ámbitos, permiten referirse a África con cierto optimismo y, sin duda, como un continente emergente y determinante en el contexto internacional. Sin embargo, debe afrontar muchas y sustanciales transformaciones estructurales –desde reformas económicas hasta la mejora generalizada de la gobernanza democrática–, para consolidar un futuro estable y pacífico, del que pueda disfrutar, aún a largo plazo, toda la población africana.

En su conjunto, África es un continente extremadamente rico. Algunas de esas riquezas –en especial, sus recursos naturales– han impulsado el rápido crecimiento económico, que ha ascendido a un 5% de media anual en la última década y que sitúa al continente como la región del mundo más próspera en la actualidad. Una destacada progresión económica que –según el *AfricaProgressReport* 2014, elaborado por el Panel para el Progreso de África⁴– «ha estado impulsado por la demanda interna, la inversión extranjera, el alza de los precios de las materias primas y la mejora de la gobernanza económica». En este ámbito, destaca la creciente irrupción de potencias emergentes en África –en especial, China, Brasil, India y Sudáfrica–, cuyas relaciones comerciales con los países de esta región son cada vez más importantes y tienen una impronta determinante en el desarrollo económico continental⁵.

⁴*AfricaProgressReportes* una publicación anual del Panel para el Progreso de África (APP, por sus siglas en inglés), que recoge investigaciones y análisis para promover la transformación en África, así como recomendaciones para los responsables políticos africanos, los organizaciones internacionales y la sociedad civil APP se compone de diez personalidades, lideradas por el ex secretario general de Naciones Unidas Kofi Annan, que abogan por un desarrollo equitativo y sostenible para África. *AfricaProgressReport 2014*. Disponible en <http://africaprogresspanel.org/publications/policy-papers/2014-africa-progress-report/> Fecha de consulta: 24/05/14.

⁵Tjonneland, E. *Rising powers in Africa: what does this mean for the African peace and security agenda?* Norwegian Peacebuilding Resource Centre, March 2014. Disponible

Otras cifras macro económicas también subrayan el auge africano. Así, entre otras, la renta per cápita se ha incrementado en más de un 30% en los últimos diez años, mientras que en los 20 años anteriores se había reducido en casi un 10%. Y, aunque esta ola de prosperidad es innegable, las principales críticas se basan en que todo el comercio se ha concentrado en sectores como la minería y el petróleo, que tienen poco efecto en el desarrollo de las zonas rurales, donde vive la mayoría de la población pobre de África. Por ello, son necesarias reformas profundas de los sistemas económicos: por un lado, para diversificar la explotación de las fuentes de riqueza —con especial atención al sector primario: agricultura, pesca y ganadería—; y, por otro, para asentar y extender la industria manufacturera y las nuevas tecnologías, con el objetivo de reducir la actual dependencia del exterior, que en el continente africano alcanza a la mayoría de los bienes de consumo.

En cuanto al desarrollo social, el Banco Africano para el Desarrollo⁶ también refleja una evolución positiva. La esperanza de vida en África ha aumentado en un 10% y las tasas de mortalidad infantil han descendido de forma muy significativa. Además, el acceso a la educación ha experimentado un destacado ascenso, y han disminuido bruscamente las muertes provocadas por la malaria y las infecciones por VIH. Por otro lado, registra el crecimiento de la clase media más rápido del mundo, la cual actualmente representa un 34% de la población; y la proporción de personas que viven en la pobreza (por debajo del umbral de 1,25 dólares al día) se ha reducido de más de 50% en 1981 a menos del 45% en 2012.

Por último, el avance en el terreno político es igualmente significativo, aunque los procesos electorales sean, por lo general, frecuentemente cuestionados. Como señala el diplomático español Sánchez-Benedito⁷, «Tan sólo en 2012, se celebraron 22 elecciones multipartidistas en el continente africano, pero rara vez se desarrollan sin incidentes y de manera completamente pacífica (...)». Sin embargo, y como también subraya Sánchez-Benedito, aún permanece una «vieja guardia de dirigentes» aferrados al poder, o «la enfermedad crónica de los golpes de estado» (Madagascar, Guinea Bissau, Mauritania, Mali y República Centroafricana) sigue muy presente. En el horizonte, y hasta 2015, más de 30 procesos electorales volverán a poner a prueba la estabilidad política y la gobernanza democrática en África, que es el sustento ineludible para la consolidación del progreso africano.

Sin duda, todos estos índices económicos, sociales y políticos dibujan un panorama esperanzador para el continente, pero este progreso africano no se ha traducido en una reducción notable de la pobreza, en la mejora generalizada de la salud y la educación, o en el afianzamiento de regímenes democráticos reales y efectivos. Además, como señala el analista Jolyon Ford, «la prosperidad y la fragilidad están claramente vinculadas: un crecimiento no inclusivo e insostenible puede aumentar el riesgo de conflicto grave (...). Crecimiento irregular y sin trabajo puede exacerbarla inseguridad, la desigualdad, la fragmentación y radicalización. El crecimiento por sí solo no hace más capaces a los sistemas estatales de respuesta: la formación de capital humano, la reducción del déficit en infraestructuras o la gestión sostenible de los recursos naturales. El progreso en estos frentes es vital para el desarrollo a largo plazo de los países africanos»⁸.

en <http://www.peacebuilding.no/Themes/Emerging-powers/Publications/Rising-powers-in-Africa-what-does-this-mean-for-the-African-peace-and-security-agenda>. Fecha de consulta: 07/06/14.

⁶ *Tracking Africa's Progress in Figures, 2014*. African Development Bank Group. Disponible en <http://www.afdb.org/en/knowledge/publications/tracking-africa%E2%80%99s-progress-in-figures/>. Fecha de consulta: 14/06/14.

⁷ Sánchez-Benedito, A. *África. Luces y sombras de un continente emergente. Panorama Estratégico 2014*, IEEE, pág. 117. Disponible en <http://www.ieee.es/documentos/panorama-estrategico/>. Fecha de consulta: 07/06/14.

⁸ Ford, J. *Engaging the private sector in Africa's peaceful development*, Institute for Security Studies, 04/06/14. Disponible en <http://www.issafrica.org/publications/policy-brief/engaging-the-private-sector-in-africas-peaceful-development>. Fecha de consulta: 10/06/14.

En la misma línea parece situarse la sociedad africana, que no aprecia con tanto optimismo los avances que proyectan los datos reflejados en muchos análisis y, de forma somera, también este documento. Así al menos lo manifiesta el *Afrobarometer*2014⁹, un proyecto de investigación que mide el ambiente social, político y económico del continente a través de una macro encuesta realizada en 35 países africanos. En su informe sobre esta macroencuesta, JanHofmeyr subraya que la percepción de los africanos sobre sus economías nacionales, o la eficacia de los gobiernos para gestionar sus vidas, dista mucho del escenario que dibuja la comunidad económica mundial. «El crecimiento económico –señala– parece beneficiar sólo a unos pocos (...). Las economías crecen, pero no están creando suficientes puestos de trabajo, o no mejoran el bienestar social de los países más pobres (...). La opinión popular esta cada vez más fuera de sintonía con la narrativa "*AfricaRising*", que ha ido ganando terreno entre los funcionarios gubernamentales y los inversores internacionales»¹⁰.

3. AMENAZAS A LA SEGURIDAD: PRINCIPAL OBSTÁCULO PARA EL PROGRESOAFRICANO

Con todo, es indudable que África registra hoy las mejores perspectivas de avance económico y democrático de toda su historia, pero el principal obstáculo para mantener esta progresión siguen siendo los altos niveles de conflictividad que azotan a muchas zonas del continente. Según el Índice de Paz Global 2014¹¹, la región subsahariana es la segunda zona del mundo donde más se ha deteriorado la seguridad en 2013, y cuatro de los diez países con mayor descenso a nivel global pertenecen a esta región africana, encabezados por Sudán del Sur y República Centroafricana. Así, en lo que podríamos calificar como un “ciclo pernicioso”, el incremento de la desigualdad social, la ausencia de sistemas efectivos de seguridad y defensa, y las rebeliones armadas han acrecentado aún más la debilidad de los Estados. En el sentido contrario, la mala gobernanza, la ausencia del poder estatal en amplias zonas de soberanía nacional, la porosidad de las fronteras o la incapacidad estatal de monopolizar del uso de la fuerza, han generado un terreno fértil para la proliferación del terrorismo yihadista, el crimen organizado o los conflictos armados. Unas amenazas que se perfilan como el principal obstáculo para la seguridad africana y, por ende, para su desarrollo.

3.1. Expansión de la lacra yihadista

Desde el norte de África, el terrorismo yihadista se ha extendido por amplias zonas del Sahel y del África Subsahariana. Tras convertirse en una “filial” de Al Qaeda en 2007, el grupo terrorista Al Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI) se ha hecho fuerte en el norte de Mali¹², desde donde proyecta el terror islamista y yihadista a toda la región. Desde su nuevo santuario, consiguió monopolizar el crimen organizado para lucrarse y financiar sus

⁹*Afrobarometer*; según recoge en su página web, es un «proyecto de investigación independiente y no partidario», que mide distintos aspectos del desarrollo político, social y económico de países africanos y también de todo el continente. Además de encuestas, publica distintos trabajos de análisis e investigación. El núcleo principal de esta organización está formado por: *Center for Democratic Development*(CDD-Ghana), *Institute for Empirical Research in Political Economy* (IREEP) Benin, *Institute for Development Studies* (IDS), y *University of Nairobi Institute for Justice and Reconciliation in South Africa* (IJR). Además, cuenta con el respaldo y la colaboración de 33 centros africanos y, desde fuera de África, de la Universidad del Estado de Michigan. Página web: <http://www.afrobarometer.org/>

¹⁰Hofmeyr, J. *Africa Rising? Popular Dissatisfaction with Economic Management Despite a Decade of Growth*, *Afrobarometer, Policy Brief n° 2, October 2013*. Disponible en http://www.afrobarometer.org/files/documents/policy_brief/ab_r5_policybriefno2.pdf. Fecha de consulta: 04/06/14.

¹¹Global Peace Index 2013.Op.cit.

¹²Para más información sobre la incursión de AQMI en el norte de Mali y la devastación creada en la región, muy recomendable leer la crónica de Mayte Carrasco: *Mali, la nueva guarida de Al Qaeda*, publicada en el Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), en diciembre de 2010. Disponible en <http://www.ieee.es/documentos/areas-tematicas/retos-y-amenazas/2010/detalle/DIEEEO27-2010.html>. Fecha de consulta: 17/06/14.

actividades¹³, aprovechó las consecuencias del conflicto de Libia en 2011 e incrementó su potencial con el expolio de los recónditos arsenales de armas del dictador Gadafi. Además, este grupo ha demostrado su capacidad para integrarse en un escenario donde coexisten con distintos movimientos rebeldes tuareg y escisiones yihadistas de su propio grupo, como el Movimiento por la Unidad de la Yihad en el África Occidental (MUYAO) o AnsarDine.

En Somalia, la franquicia más reciente de Al Qaeda (2012), el grupo yihadista Al-Shabaab, también ha extendido su área de acción en los últimos años, y desde 2010 ha comenzado a atacar fuera de territorio somalí, con especial incidencia en Kenia. Aunque, durante 2013, las fuerzas de la Misión de la Unión Africana (AMISOM, por sus siglas en inglés) han conseguido reducir notablemente a este grupo yihadista y expulsarlo de las principales ciudades; este sigue imponiendo el terror y la *sharia* (ley islámica) en algunas zonas rurales. Si bien Al Shabaab sigue teniendo una fuerte orientación local y actualmente está muy debilitado por divisiones internas, todo indica que ha aumentado su captación de acólitos fuera de Somalia y que continuará siendo una importante lacra para la seguridad regional.

Por último, Nigeria es el tercer foco yihadista en África. Allí se refugia y actúa el grupo islamista más sanguinario, Boko Haram, y su escisión Ansaru. A pesar de que el gobierno de Nigeria ha reiterado el éxito de las operaciones contra los yihadistas del norte del país, sus últimas acciones terroristas—entre ellas, el masivo secuestro de niñas en mayo de 2013— demuestran su fortaleza y capacidad para continuar socavando el poder estatal y masacrando a la población civil, a pesar de las acciones de un ejército nacional incapaz de detener la violencia terrorista.

3.2. El incremento del crimen organizado

En los últimos años, el crimen organizado despunta como la amenaza más devastadora a la estabilidad del África Subsahariana, y también del norte de África. El tráfico de drogas, de armas y de seres humanos está dinamitando el poder estatal, y ha hecho aumentar de forma tan alarmante los niveles de corrupción que, en ocasiones, esta también alcanza a los gobiernos nacionales. Además, han surgido con fuerza nuevas actividades ilícitas, como la piratería en el golfo de Guinea, que afecta de forma creciente al tráfico marítimo y al comercio internacional de hidrocarburos, con especial incidencia para la Unión Europea.

Por otro lado, toda esta red de criminalidad organizada está estrechamente vinculada al terrorismo yihadista, lo que incrementa la gravedad de la amenaza y dificulta aún más su erradicación. Cada vez más, el vínculo entre terroristas y narcotraficantes ayuda a ambos círculos delictivos a persistir en sus actividades criminales, y su alianza aumenta su potencial desestabilizador dentro y fuera del África subsahariana. Ante este alarmante escenario, la comunidad internacional intenta buscar vías de cooperación con los países del África Occidental, pues, como señalaba Yury Fedotov—director ejecutivo de la Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen (UNODC, por sus siglas en inglés)—, «simplemente no podemos darnos el lujo de permanecer al margen mientras las drogas, el crimen, la corrupción y el terrorismo devastan esta región, ya de por sí muy vulnerable, y poner en peligro la paz y la seguridad internacionales»¹⁴.

El narcotráfico en África subsahariana, como en el resto del mundo, se ha convertido en el negocio ilícito más lucrativo, y su continuidad parece garantizada: mientras

¹³ Sobre las actividades ilícitas de AQMI y su vinculación con las redes de crimen organizado, se recomienda leer: Mesa, B. *La falsa yihad. El negocio del narcotráfico en el Sahel*. Editorial Dalya. Cádiz, 2013.

¹⁴ *Drugs and crime threat mobilizes international support for West Africa Coast Initiative*. UNODC, 22/05/14. Disponible en <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2014/May/drugs-and-crime-threat-mobilizes-international-support-for-west-africa-coast-initiative.html?ref=fs4>. Fecha de consulta: 05/06/14.

la demanda permanezca, las redes criminales seguirán buscando rutas de tránsito fuera de control para sus actividades delictivas. Esta circunstancia está muy patente en el África Occidental, que ha registrado el mayor incremento del tráfico de drogas en la última década. Según señala la UNODC¹⁵, entre 2004 y 2007, en esta región surgieron al menos dos centros distintos de transbordo: uno en Guinea-Bissau y Guinea, y otro en el golfo de Benín. En ambos enclaves, los buques procedentes de Sudamérica cargados de cocaína alcanzan las costas africanas. Parte de la droga queda como pago a los traficantes africanos, que la usan para enviarla por sus propios medios o venderla en el mercado local, mientras que la gran mayoría de la cocaína se dirige hacia el continente europeo. A esta creciente lacra delictiva en el Golfo de Guinea, se une el tráfico de heroína desde las costas del Cuerno de África, que comenzó en la década de los ochenta y que ha repuntado en los últimos años.

3.3. Nuevos conflictos armados

En África, los enfrentamientos violentos y el poder de los grupos armados no estatales siguen definiendo las prioridades de seguridad en el siglo XXI. En los últimos años, los conflictos han experimentado un alarmante ascenso, y todos ellos presentan algunos rasgos comunes. En primer lugar, son de carácter interno, pero tienen una importante repercusión desestabilizadora a nivel regional y una gran capacidad de contagiar el caos y la violencia –por la porosidad y el descontrol de las fronteras– a los países limítrofes. Además, en esos conflictos participan distintos actores no estatales –grupos rebeldes, terroristas o criminales, o una amalgama de todos ellos– que luchan por el poder, por la imposición del rigorismo islámico o por el control de los recursos naturales, y que son capaces de poner en jaque a unos gobiernos débiles y sin fuerzas eficaces de seguridad. Por último, la incapacidad de los respectivos Estados para frenar la violencia ha motivado que la comunidad internacional despliegue operaciones militares en todos los países azotados por la conflictividad.

Así, en Somalia, la lenta evolución política liderada por el Gobierno Federal se enfrenta a los continuas ofensivas yihadistas de Al Shabaab¹⁶, principalmente fuera de las ciudades; y a la piratería marítima en sus aguas territoriales, a pesar del progresivo descenso de los hostigamientos desde el despliegue de las fuerzas internacionales en 2009. En la actualidad, en esa zona, despliega la Misión de la Unión Africana para Somalia¹⁷ (AMISOM, por sus siglas en inglés), para colaborar en la proyección de la autoridad gubernamental y erradicar la amenaza yihadista. Además, la Unión Europea está formando –desde 2010 en Uganda, y a partir de finales de 2013 en Mogadiscio– al nuevo ejército somalí (misión EUTM Somalia¹⁸); y está luchando contra la piratería marítima en las aguas del Golfo de Adén (EU NAVFOR Atalanta), junto a una fuerza naval de la Otan (Operación *OceanShield*) y otros buques internacionales.

¹⁵Fuente UNODC: <http://www.unodc.org/unodc/index.html?ref=menuto>. Informes 2013: *Transnational Organized Crime in West Africa: A Threat Assessment* y *Transnational Organized Crime in Eastern Africa: A Threat Assessment*. Disponibles en <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/TOC-threat-assessments.html>.

¹⁶Martín Martín-Peralta, C. 2013: Somalia y el Cuerno de África en la encrucijada. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE). Madrid, enero 2013. Disponible en <http://www.ieee.es/documentos/areas-tematicas/retos-y-amenazas/2013/DIEEEO12-2013.html>. Fecha de consulta: 21/05/14.

¹⁷La Misión de la Unión Africana para Somalia (AMISOM) es una misión de mantenimiento de la paz regional y operada por la Unión Africana, con la aprobación de las Naciones Unidas. Fue creada por el Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana el 19 de enero de 2007 común mandato inicial de seis meses, que ha ido prorrogando hasta la fecha actual. En 2013, la Resolución 2124 del Consejo de Seguridad de la ONU de 2124 autorizó una ampliación del contingente hasta el despliegue de 21586 soldados, además de 540 agentes de policía, y amplió el mandato de la misión hasta el 31 de octubre de 2014. Actualmente, el componente militar está compuesto por tropas procedentes de Uganda, Burundi, Djibouti, Sierra Leona, Kenia y Etiopía que están desplegadas en seis sectores que cubren el sur y el centro de Somalia. Página oficial de la Misión: <http://amisom-au.org/mission-profile/military-component/>

¹⁸Más información sobre EUTM Somalia, su mandato y desarrollo, en Díez Alcalde, J. España en EUTM Mali: compromiso con la estabilidad del Sahel. Grupo de Estudios en Seguridad Internacional. Granada, 27/02/2014. Disponible en <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/espa%C3%B1a-en-eutm-mali-compromiso-con-la-estabilidad-del-sahel>. Fecha de consulta: 04/05/14. Además, página oficial de la Misión: <http://www.eutmmali.eu/>

Por su parte, el norte de Mali soporta una volátil estabilidad marcada por los atentados de AQMI, mientras el aún fallido proceso de reconciliación nacional sigue condicionando cualquier avance político. A principios de 2012, la rebelión iniciada por los tuaregs junto con los grupos yihadistas (AQMI, MUYAO y AnsarDine), junto con el posterior golpe de estado contra el poder central, hundieron al país en el caos y quebrantaron la integridad territorial. Meses después, los grupos islamistas expulsaron a los rebeldes tuaregs, ocuparon todo el norte del país e impusieron la *sharia* a una población indefensa. En esta tesitura, en enero de 2013, la ofensiva de los terroristas hacia Bamako alarmó a la comunidad internacional y provocó la reacción inmediata de Francia (Operación Serval)¹⁹.

Gracias a la intervención francesa y a las operaciones militares internacionales – inicialmente una fuerza internacional liderada por África (AFISMA) y, desde septiembre de 2013, de Naciones Unidas (MINUSMA) –, Mali ha recuperado una cierta estabilidad, la integridad territorial y el orden constitucional. Sin embargo, el repunte de la violencia yihadista y tuareg, junto con las continuas crisis políticas, amenazan con revertir todos los avances conseguidos hasta el momento. Por su parte, la Unión Europea ha asumido – con el despliegue de la misión EUTM Mali en mayo de 2013 – la formación de las fuerzas nacionales de seguridad, que deberán garantizar, en un futuro aún incierto, la estabilidad y la paz de todo el país.

En otros países africanos, las luchas por el poder político o el control ilícito de los recursos naturales están avivando los enfrentamientos sectarios y religiosos, lo que ha dado lugar a grandes matanzas y a desplazamientos forzados de millones de ciudadanos indefensos. Así, en Sudán del Sur, desde diciembre de 2013, la antigua rivalidad entre los dos máximos dirigentes políticos: el presidente Salva Kiir y el ex vicepresidente Riek Machar, ha exacerbado el latente enfrentamiento tribal y está dinamitándola viabilidad del país más joven del mundo, que alcanzó su independencia en 2011. En el terreno, con más de 10.000 víctimas y un millón de desplazados y refugiados, las fuerzas de la Misión de Naciones Unidas para Sudán del Sur (UNMISS, por sus siglas en inglés) fueron incapaces de frenar la violencia, lo que provocó que el Consejo de Seguridad ampliase significativamente la entidad del contingente y fortaleciese el mandato de la fuerza para proteger a la población civil²⁰.

Mientras, en la República Centroafricana, las diferencias religiosas se han convertido en un factor instigador de conflictividad, cuando lo que verdaderamente subyace en este enfrentamiento es la lucha por el poder político y por el control ilícito de los recursos naturales²¹. En marzo de 2013, tras el golpe de Estado de Djotodia al frente de los grupos rebeldes Seleka – de mayoría musulmana –, se desató, la violencia y la represión contra la población cristiana, principalmente en la capital Bangui. Como reacción, los antiguos grupos de autodefensa, de mayoría cristiana, se reorganizaron en las milicias “Anti Balaka” (anti machete, en la lengua local), que comenzaron a desplegar sus ansias de venganza contra los Seleka, por extensión, contra “todo lo musulmán”.

¹⁹ Más información sobre la reacción militar francesa en Mali ante la ofensiva yihadista en enero de 2013 en Díez Alcalde, J. *Mali: Decisiva y contundente reacción militar de Francia para frenar el avance yihadista*. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 23/01/13. Disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA06-2013_Reaccion_de_Francia_en_Mali_JDA.pdf. Fecha de consulta: 27/05/14.

²⁰ Díez Alcalde, J. *Sudán del Sur, y llegó la guerra por el poder*. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 14/03/14. Disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA17-2014_SudanSur_Guerra_al_Poder_JDA.pdf. Fecha de consulta: 18/06/14.

²¹ Deiros, T. *República Centroafricana: La invención de un conflicto religioso*. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 16/06/14. Disponible en <http://www.ieee.es/contenido/noticias/2014/06/DIEEE067-2014.html> Fecha de consulta: 17/06/14.

Ante el cariz que iban tomando los acontecimientos, en diciembre de 2013, el Consejo de Seguridad aprobó el despliegue de una misión militar africana (MISCA), apoyada por una fuerza francesa (Operación Sangaris). La llegada de las fuerzas internacionales coincidió con el mayor repunte de la violencia: los “anti balaka” se impusieron a los Seleka, y desde entonces están masacrando brutalmente a la población musulmana, que ha huido masivamente de la capital y del país. El último apoyo exterior ha llegado desde la Unión Europea, la misión militar EUFOR RCA, que comenzó su despliegue a finales de abril y cuyo cometido es pacificar los dos principales distritos de Bangui. Además, a partir de septiembre, esta deberá facilitar el relevo de la operación africana MISCA por otra de Naciones Unidas: la Misión de Naciones Unidas para la República Centroafricana (MINUSCA²²).

Por último, en la República Democrática del Congo, y a pesar del acuerdo de paz firmado con el movimiento rebelde M23 en diciembre de 2013, el lento proceso de desarme y desmovilización de todos los grupos armados no invita a un excesivo optimismo en un futuro pacífico y estable. Este nuevo acuerdo de paz ha sido posible gracias a la acción coordinada del ejército nacional y las fuerzas de la Misión de Estabilización de Naciones Unidas para la República Democrática del Congo (MONUSCO²³, 2010), que ha reforzado su mandato, a partir de marzo de 2013, para convertirse en una verdadera fuerza internacional de imposición de la paz. Ahora, y tras ratificar en el terreno la veracidad del cese de las hostilidades, el gobierno nacional deberá extender el poder estatal a todo el país y contribuir, así, a la estabilidad de toda la región de los Grandes Lagos.

4. LA ALIANZA ESTRATÉGICA UNIÓN EUROPEA-ÁFRICA

Europa y África están unidas por su historia, pero también por sus intereses, su seguridad y su desarrollo. Con un pasado y un presente comunes, los dos continentes –sus gobiernos y sus poblaciones– deben enfrentarse a un futuro común desde el convencimiento de que es necesario aprovechar las oportunidades y, al mismo tiempo, superar los desafíos. Desde el inicio del siglo XX, el Acuerdo de Cotonou de 2000²⁴–centrado en las ayudas económicas a través de los Fondos Europeos para el Desarrollo²⁵– ha sido el eje central de la cooperación europea con África. Además, y de forma paralela, la relación específica UE-África se ha ido consolidando a través de cumbres y estrategias, que son hoy el soporte fundamental de la asociación intercontinental.

En 2000, la Cumbre de El Cairo fue el punto de partida de un diálogo político más estructurado institucionalmente y más integrado en sus objetivos. Siete años después, en diciembre de 2007, Lisboa fue el escenario en el cual se consensuó la primera Estrategia Conjunta África –Unión Europea²⁶, que supuso un punto de inflexión en las relaciones en ambos continentes, tanto por sus objetivos como por su ámbito de aplicación. A través de la

²² Página oficial de MINUSCA en <http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/minusca/>

²³ Página oficial de MONUSCO en <http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/monusco/>

²⁴ El Acuerdo de Cotonou 2000 es un acuerdo de asociación entre los Estados del África, del Caribe y del Pacífico (Estados ACP) por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros por otra: firmado en Cotonou (Benín), el 23 de junio del 2000 y conocido como Acuerdo de Cotonou o Acuerdo de Asociación UE-ACP. Este Acuerdo de Cooperación Económica y Comercial es sucesor del Acuerdo de Lomé IV, que se firmó en 1995. Principalmente, regula el comercio de los ACP a la Unión Europea libre de aranceles, y establece las normas para asignar el Fondo Europeo de Desarrollo.

²⁵ El Acuerdo de Cotonou se adoptó en el año 2000, y ha reemplazado a los Acuerdos de Lomé para los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP) de 1975. En la actualidad, es el acuerdo de asociación más amplio y global de la Unión Europea con 79 países en vías de desarrollo. Su objetivo principal es reducir e erradicar la pobreza, a través del desarrollo sostenible y la integración de países ACP en la economía mundial. En la actualidad, la financiación de los programas y las iniciativas derivadas de este Acuerdo provienen de los 10º Fondos Europeos para el Desarrollo (FED 2008-2013). El nuevo FED, para el periodo 2014-2020, tiene un presupuesto previsto de 34,2 billones de euros.

²⁶ *The Africa-EU strategic partnership. A Joint Africa-EU Strategy*, Lisbon 2007. Disponible en http://www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/documents/eas2007_joint_strategy_en.pdf.

Asociación UE-África 2007²⁷, el desarrollo pleno de la Estrategia Conjunta sigue siendo hoy, junto con el Acuerdo de Cotonou, el marco principal y el mayor reto de la cooperación intercontinental²⁸. Por otro lado, este acuerdo estratégico sitúa a la Unión Europea como el principal socio y aliado de África, y fija sus principales objetivos en el refuerzo de la asociación política; en la promoción de la paz y la seguridad, de la gobernanza democrática y del desarrollo económico sostenible; y en el fomento conjunto de un sistema de multilateralismo efectivo, basado en instituciones legítimas y representativas.

En noviembre de 2010, la tercera Cumbre celebrada en Trípoli (Libia) –bajo el lema "Inversión, crecimiento Económico y creación de empleo"– sirvió para reafirmar los compromisos alcanzados en Lisboa, y para subrayar que la instauración de la paz y la seguridad, así como la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio²⁹, debían marcar el nivel de ambición en el marco de la Estrategia Conjunta 2007, a través de la coordinación y una cooperación más concreta³⁰. Sin embargo, la crisis económica mundial, las revoluciones árabes en el norte de África durante 2011, y los nuevos conflictos en el Sahel cambiaron el escenario estratégico. El documento conjunto "Dos Uniones, una visión"³¹, presentado en mayo de 2013, subraya que estos importantes cambios y desafíos han influido de forma determinante tanto en África como en Europa, y hacen aún más necesario reforzar la relación entre ambos continentes: «Evidentemente–señala en su introducción– queda mucho por hacer, y el nuevo contexto africano, europeo y mundial puede requerir una revisión de nuestras prioridades. Sin embargo, la experiencia hasta ahora es alentadora y debe orientar futuras iniciativas».

4.1. La Cumbre de Bruselas 2014: avanzar en la seguridad y el desarrollo compartidos

Bruselas acogió, los pasados 2 y 3 de abril, el nuevo encuentro entre la Unión Europea y África³². La cuarta Cumbre reunió a más de sesenta líderes nacionales –40 africanos y 20 europeos–, y a un total de 90 delegaciones, para discutir el futuro de las relaciones y reforzar los vínculos entre los dos continentes. Como refería el presidente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy, días antes de dar comienzo este encuentro internacional: «tanto África como la Unión Europea se reúnen para abordar los desafíos que tenemos en nuestros continentes, y también a los que se enfrenta el mundo. El lema de nuestra Cumbre ("Invertir en las personas, en la prosperidad y en la paz") responde a las preocupaciones cotidianas de nuestros ciudadanos: su seguridad, sus perspectivas laborales, y su futuro como familias e individuos. Vamos a reforzar aún más nuestra asociación y contribuiremos a incrementar la esperanza de nuestra población»³³.

²⁷ Página oficial de la Asociación UE-África: <http://www.africa-eu-partnership.org/>

²⁸ La Estrategia Conjunta UE África 2007 contempla ocho ámbitos de actuación: Paz y Seguridad; Gobernanza Democrática y Derechos Humanos; Infraestructuras, Integración Regional y Comercio; Objetivos de Desarrollo del Milenio; Energía; Medio Ambiente y Cambio Climático; Migraciones, Movilidad y Empleo; y Ciencia, Sociedad de la Información y Espacio.

²⁹ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the consolidation of EU Africa relations 1.5 billion people, 80 countries, two continents, one future.* Bruselas, 10/11/10. Disponible en https://webgate.ec.europa.eu/multisite/devco/communication-commission-european-parliament-and-council-consolidation-eu-africa-relations-15_en Fecha de consulta: 15/06/14.

³⁰ Tripoli Declaration 3rd Africa EU Summit, 29/30 November 2010. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release-MEMO-10-604_es.htm?locale=en Fecha de consulta: 21/05/14.

³¹ Los informes titulados *The African-EU Partnership 2 Unions, 1 Vision* –fechados en 2013 y 2014– recogen los avances en el desarrollo de la Estrategia Conjunta UE-África, así como las actividades pendientes en cada uno de los objetivos que la conforman. Estos documentos, junto con todos aquellos que configuran esta asociación intercontinental, están recogidos en el sitio web *African-EU Partnership*: <http://www.africa-eu-partnership.org/>

³² Información detalla sobre la 4ª Cumbre Unión Europea-África en <http://www.european-council.europa.eu/eu-africa-summit-2014>

³³ *Speech by President of the European Council Herman Van Rompuy during the opening session of the fourth EU-Africa summit, European Council 02/04/14.* Disponible en <http://www.european-council.europa.eu/eu-africa-summit-2014>

Así, África y la Unión Europea volvían a sentarse para reafirmar su mutua dependencia y la necesidad de avanzar juntos para superar los desafíos propios y comunes. «No nos engañemos –señalaba el presidente Rompuy en la sesión inaugural³⁴–, hay aspectos en los que Europa necesita la ayuda de África. Necesitamos su ayuda para abordar el cambio climático, que nos amenaza a todos, para encauzar la migración, de manera que nos beneficie a todos, y para mejorar la seguridad de nuestros dos continentes».

Con estos parámetros, los debates se centraron en la necesidad de fortalecer los programas de educación y de formación, especialmente de las mujeres y de los jóvenes; en gestionar, de forma eficiente, las migraciones regulares e irregulares que fluyen a ambos lados del Mediterráneo (invertir en las personas); en la búsqueda de formas para estimular el crecimiento y la creación de puestos de trabajo (invertir en la prosperidad); en las aportaciones para alcanzar la paz y en el apoyo de la Unión Europea a las capacidades africanas para gestionar la seguridad en África (invertir en la paz).

En todos estos ámbitos, los avances han sido muy significativos en los últimos siete años, desde la puesta en marcha la Asociación Unión Europea-África³⁵. En primer lugar, se ha incrementado el apoyo financiero europeo a múltiples programas de desarrollo africanos, como recoge el detallado informe de la Cumbre *EU-Africarelations*³⁶. También Europa ha respaldado los esfuerzos de África en sus procesos nacionales de democratización (38 misiones de observación electoral desplegadas desde 2007); ha fortalecido el comercio entre ambos continentes – la UE se mantiene como la fuente principal de las importaciones de África (34% del total), así como su principal mercado de exportación (con un 40%)–; o ha financiado la transformación de la agricultura africana, como punto de partida para incrementar la seguridad alimentaria. Por último, en el ámbito de la paz y la seguridad, la Unión Europea ha colaborado, a través del Fondo para la Paz de África, en el desarrollo de la capacidad africana de gestión, resolución y prevención de las crisis, y ha destinado ayuda económica (más de mil millones de euros) a todas las misiones africanas desplegadas en Somalia, Mali, República Centroafricana y Sudán.

En cuanto a las acciones futuras, la Cumbre acordó que la aplicación de la Estrategia Conjunta –referente político y estratégico de la asociación– debe revisarse y mejorar a la luz de las experiencias y los avances registrados en África y Europa; y que la cooperación debe orientarse a la consecución de resultados concretos y perceptibles para las poblaciones de ambos continentes. Por ello, se aprobó una nueva hoja de ruta (tercer Plan de Acción) para el periodo 2014-2017, que fija cinco áreas prioritarias de actuación: Paz y Seguridad; Democracia, buena gobernanza y Derechos Humanos; Desarrollo humano; Desarrollo y crecimiento sostenibles e inclusivos, y la integración continental; y Asuntos globales y emergentes (las negociaciones internacionales, los desafíos mundiales, y la reforma del sistema de gobernanza mundial).

5. ESTRATEGIAS REGIONALES Y MISIONES DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ÁFRICA

Como hemos visto hasta ahora, la Estrategia Conjunta de 2007, junto con el Acuerdo de Cotonou de 2000, es hoy el marco principal y específico para las relaciones Unión Europea y África. Sin embargo, también la Unión Europea ha promulgado, a instancias de su Servicio de Acción Exterior, tres estrategias regionales para África, con el propósito de coordinar y optimizar los esfuerzos europeos en pro de la seguridad y el desarrollo del continente africano, además de las misiones civiles y militares que despliegan en la actualidad y aquellas que puedan acordarse en el futuro.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Página oficial de la Asociación África-UE en <http://www.africa-eu-partnership.org/>

³⁶ *Factsheet – EU-Africarelations. EU-Africa Summit*. Bruselas, 28/03/14. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-246_en.htm Fecha de consulta: 21/05/14.

En 2011, el Consejo de la Unión Europea acordó el establecimiento de dos nuevas estrategias regionales dentro de África. En marzo, aprobó la **Estrategia por la Seguridad y el Desarrollo en el Sahel**³⁷, cuyo objetivo fundamental es colaborar en la resolución de la crisis política, de seguridad y humanitaria que sufre la región, en especial en Mauritania, Níger y Mali; aunque desde el convencimiento de que este grave problema requiere, como estado final, que los respectivos países y la región asuman su estabilidad y seguridad de forma autónoma. Por otro lado, el **Marco Estratégico para el Cuerno de África**³⁸, adoptado en noviembre de ese mismo año, pretende dar más coherencia y cohesión a los esfuerzos ya desplegados en la región (las ya referidas EU NAVFOR Atalanta y EUTM Somalia), así como coordinar las futuras misiones para hacerlas más efectivas. El objetivo prioritario de esta Estrategia es fomentar la creación de estructuras políticas democráticas que puedan mitigar las amenazas y prevenir los conflictos.

Por último, la tercera estrategia de la Unión Europea se centra en el golfo de Guinea, que se perfila como la región africana donde más se está deteriorando la seguridad, cuyos efectos –como ya se ha destacado– son muy negativos para los intereses europeos. En ese sentido, el pasado marzo, el Consejo de la Unión Europea adoptó la **Estrategia de la Unión Europea para el Golfo de Guinea**³⁹, que pretende apoyar los esfuerzos regionales y de los estados costeros para superar los muchos desafíos que plantean la inseguridad marítima y el crimen organizado. Esta reciente Estrategia, como componentes esenciales de todas las actividades futuras, señala la necesidad de atender al control de las fronteras, a la reforma del marco legal y de seguridad, a la consolidación de sistemas judiciales o a la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, con especial énfasis a la inmigración irregular.

5.1. Misiones europeas en África

Desde 2003, cuando desplegó la Operación Artemis en la República Democrática del Congo (Operación Artemis), la Unión Europea ha desarrollado 16 misiones⁴⁰ (nueve civiles y siete militares) en África, todas ellas con el objetivo de preservar la paz y prevenir los conflictos, y previo requerimiento de los países donde despliegan. En la actualidad, y en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa, hay nueve misiones desplegadas en países africanos (en total, la UE mantiene abiertas 15 misiones⁴¹), y en ellas más de 2.300 hombres y mujeres están apoyando, bajo bandera de la UE, los esfuerzos de África para mantener la paz y la estabilidad.

Así, en el Marco Estratégico para el Cuerno de África se coordinan las misiones militares Operación EU NAVFOR (lucha contra la piratería) y EUTM Somalia (formación del ejército nacional) y, desde 2012, la misión EUCAP Nestor, dirigida a asesorar en el desarrollo de la capacidad marítima a cuatro países del Cuerno de África (Kenia, Yibuti, Somalia y Seychelles). Por su parte, la aplicación de la Estrategia por la Seguridad y el Desarrollo en el Sahel determinó la aprobación de la misión civil EUCAP Sahel Níger, que, desde agosto de 2012, proporciona asesoramiento y capacitación a las autoridades nigerinas para fortalecer las capacidades estatales (sector de seguridad) en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado.

³⁷ *EU Strategy for Security and Development in the Sahel*. Foreign Affairs Council, 23/03/2011. En http://www.eeas.europa.eu/africa/docs/sahel_strategy_en.pdf. Fecha de consulta: 17/05/14.

³⁸ *A Strategic Framework for the Horn of Africa*. EU Foreign Affairs Council Brussels, 14/11/11. En http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/126052.pdf. Fecha de consulta: 17/05/14.

³⁹ *EU Strategy on the Gulf of Guinea*, Council of the European Union, 17/03/14. Documento anexo. Disponible en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/141582.pdf. Fecha de consulta: 18/03/14.

⁴⁰ Para información detallada sobre las misiones finalizadas y las que despliegan en la actualidad, ver la página oficial del Servicio Exterior de la Unión Europea (Política Común de Seguridad y Defensa): http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/index_en.htm

⁴¹ Información esquemática, y actualizada permanentemente, de las misiones, su localización y sus plazos en *International Security Information Service (ISIS) Europe*. Página oficial en <http://www.isis-europe.eu/>.

Más recientemente, el pasado mes de abril, la Unión Europea ha acordado una nueva misión civil, EUCAP Sahel Mali⁴², cuyo objetivo es asesorar y entrenar a las tres fuerzas de seguridad malienses: la policía, la Gendarmería y la Guardia Nacional. Aunque todavía no ha desplegado en el terreno, EUCAP Sahel Mali supondrá una contribución adicional a la estabilidad y al pleno restablecimiento de la autoridad estatal en todo el país. Esta se unirá a la misión EUTM Mali que, como hemos visto anteriormente, está instruyendo a las fuerzas armadas malienses.

Además de estas operaciones en el Cuerno de África y el Sahel, la UE mantiene otras dos misiones de carácter civil en la República Democrática del Congo: EUSEC RD Congo⁴³ (junio 2005) y EUPOL RD Congo⁴⁴ (julio 2007), que apoyan al gobierno de Kinshasa en la reforma de las fuerzas armadas y de la policía, respectivamente, con el objetivo de que estas puedan garantizar la seguridad en todo el país. Por su parte, y desde mayo de 2013, EUBAM Lybia⁴⁵ –de carácter civil– es la primera misión que la Unión Europea despliega en el norte de África, y su objetivo es apoyar a las autoridades libias en el control efectivo de sus frágiles fronteras nacionales. Por el momento, la ya citada EUFOR RCA cierra la lista de las misiones europeas en África, y se convierte además –por sus cometidos en un escenario extremadamente convulso– en la operación más exigente y complicada, en el aspecto militar, que despliega la Unión Europea en la actualidad.

6. REFLEXIONES FINALES

Desde inicios del presente siglo, África ha experimentado un rápido crecimiento económico, mientras muchas partes del mundo sufrían una profunda crisis financiera; ha incrementando su comercio exterior, gracias a su ingente riqueza en recursos naturales; y ha multiplicado el número de procesos electorales encaminados a dar paso a embrionarios sistemas democráticos. Al mismo tiempo, África soporta una enorme desigualdad social y unos intolerables niveles de pobreza; aguanta la lacra de la mala gobernanza y la corrupción; y sufre el azote de la violencia y del conflicto. En el mismo espacio geográfico, hoy conviven dos Áfricas muy diferenciadas, y unir las en la paz, la democracia, y el desarrollo exige grandes transformaciones estructurales –políticas, económicas, sociales y de seguridad–, que permitan asentar su incipiente progreso y, sobre todo, que los beneficios de este lleguen a todos los africanos.

En el ámbito político, la instauración de la democracia a través de procesos electorales, no puede ser nunca la meta, sino el inicio de la construcción de un proyecto nacional inclusivo, del que toda la población –tras afrontar complejos procesos de reconciliación– se sienta partícipe. Además, evitar los enfrentamientos, fomentar las identidades nacionales y fortalecer la cohesión social –unos desafíos aún quiméricos– son indispensables para consolidar gobiernos realmente democráticos y representativos, y para que estos asuman su responsabilidad ante el futuro de sus países y sus poblaciones.

Por otro lado, son estos gobiernos democráticos, representativos y responsables los que deben protagonizar las reformas económicas que África requiere. En este ámbito, es imprescindible diversificar la producción y las fuentes de riquezas; es urgente emprender una profunda transformación del sector agrícola y ganadero; y, sobre la base de estas reformas económicas, hay que fomentar la formación y la creación de empleo cualificado, desarrollar las infraestructuras y mejorar el acceso a los servicios básicos: todo ello

⁴² *EUCAP Sahel Mali: EU support mission for internal security in Mali established*. Consejo de la Unión Europea, 15/04/14. Disponible en http://www.eu-un.europa.eu/articles/en/article_14908_en.htm. Fecha de consulta: 07/05/14.

⁴³ Página oficial de EUSEC RD Congo en <http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eusec-rd-congo/>

⁴⁴ Página oficial de EUPOL RD Congo en http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eupol-rd-congo/index_en.htm

⁴⁵ Página oficial de EUPOL RD Congo en http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eubam-libya/index_en.htm

contribuirá a reducir la desigualdad y la frustración social, la pobreza y, de forma significativa, también la conflictividad.

Sin duda, las reformas políticas y económicas coadyuvarán a erradicar las profusas amenazas a la seguridad –en especial, el terrorismo yihadista, la criminalidad organizada y los conflictos armado– que enfrenta el continente africano. En la actualidad, la comunidad internacional tiene un papel determinante en la neutralización de las amenazas y de los conflictos, pero deben ser los gobiernos y la Unión Africana quienes asuman, aún a largo plazo, el protagonismo en la estabilización y la pacificación del continente. Con este objetivo, es preciso, entre otras reformas, transformar los sectores nacionales de seguridad, para que sean capaces de monopolizar el uso de la fuerza y de controlar todo su territorio de soberanía.

En esta coyuntura de profunda transformación en la que se encuentra África, la Unión Europea debe ser un aliado cada vez más firme y determinante. Hoy, las relaciones y la cooperación entre ambos continentes están más asentadas que nunca, aunque todavía queda mucho camino por andar. Para recorrerlo juntos, es necesario mantener la ayuda económica para el desarrollo africano, fortalecer la Asociación Estratégica de UE-África y, sobre todo, vigilar que los beneficios que se deriven de su aplicación lleguen a todos los africanos. Además, Europa, por solidaridad y por su propia seguridad, deberá mantener, e incluso extender, sus misiones civiles y militares en el continente africano; y, al mismo tiempo, constatar que los réditos de la paz se traduzcan en más democracia, seguridad y desarrollo para África.

África se encuentra hoy en una encrucijada trascendental para definir su futuro. En el horizonte, las decisiones y las políticas acertadas de sus gobiernos –con el necesario apoyo de la comunidad internacional cuando sea necesario– serán determinantes para afianzar los logros alcanzados: sus errores o su inacción permitirán que las amenazas a la seguridad, la pobreza y la desigualdad social sigan lastrando las esperanzas de millones de africanos.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS, M. et al. *Panorama geopolítico de los conflictos 2012*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid, 2012.

BALLESTEROS, M. et al. *Panorama geopolítico de los conflictos 2013*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid, 2013.

CSERNATONI, R. Y RADIA, A.: *Securitising Migration: The EU's Approach to Illegal Immigration and the implications on Labour Trafficking*. International Security Information Service (ISIS) Europe. *European Security Review*, 71. Bruselas, mayo 2014. <http://www.isis-europe.eu/>.

HERRERO, A (dir.) *Revista de Estudios Europeos N°61*. Valladolid, enero-febrero, 2013. Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid.

MARTOLELL, J. et al. *“Area of strategic interest: risks and opportunities”*. Quadrilateral Conference C4 Meetings. CESEDEN, Madrid, 2014. Disponible en <http://www.iesm.pt/s/index.php/pt/Categorias/home/93-uncategorised/805-quadrilateral-conference-c4-2014>

MESA, B. *La falsa yihad. El negocio del narcotráfico en el Sahel*. Editorial Dalya. Cádiz, 2013.

MUGGAH, R y SANG, F. *The enemy within: rethinking arms availability in sub-Saharan Africa*. *Conflict, Security and Development*, Vol.13, No.4, pp. 417-447. Igarapé Institute, September 2013. Disponible en <http://pt.igarape.org.br/the-enemy-within-rethinking-arms-availability-in-sub-saharan-africa/>

ROLDAN, J. (coord.) *La nueva política de seguridad de la Unión Europea*. Editorial Universidad de Granada. Granada, 2013.

SAHAGÚN, F. (coord.) *Panorama estratégico 2013*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid, 2013.

WILLIAMS, P. *Peace operations in Africa: Lessons learned since 2000*. Africa Center for Strategic Studies, July 2013. Disponible en <http://reliefweb.int/report/world/africa-security-brief-no-25-peace-operations-africa-lessons-learned-2000>

UNA VISIÓN PRÁCTICA SOBRE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO Y EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO

Mari Cruz Álvaro López
Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid

Fecha de recepción: 3 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 13 de junio de 2014

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1) CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO. 2) ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN FUNCIÓN DE LOS ESPACIOS Y LUGARES. 3) PRESUPUESTOS DE LA ENTRADA Y REGISTRO. 4) RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ACUERDA LA MEDIDA: MOTIVACIÓN. 5) PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE RESPECTO AL CONTENIDO DEL AUTO DE ENTRADA Y REGISTRO: A) MOTIVACIÓN POR REMISIÓN B) MOTIVACIÓN SUSTENTADA EN INFORMACIÓN POLICIAL DE CARÁCTER CONFIDENCIAL C) OMISIÓN DEL DÍA Y HORA EN QUE DEBE PRACTICARSE EL REGISTRO D) OMISIÓN DEL NOMBRE DEL TITULAR DEL DOMICILIO 6) INCIDENCIAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO: A) REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL IMPUTADO, NO DETENIDO B) REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL INTERESADO, DETENIDO (INELUDIBLE PRESENCIA) C) EXCEPCIÓN A LA PRESENCIA DEL INTERESADO DETENIDO CUANDO SE EFECTÚAN A LA VEZ DOS REGISTROS DOMICILIARIOS D) ASISTENCIA LETRADA DURANTE EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO AUTORIZADA JUDICIALMENTE E) AUSENCIA DEL SECRETARIO JUDICIAL DURANTE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO F) HALLAZGOS CASUALES O DIVERGENTES EN EL CURSO DE LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO G) INTERVENCIÓN DE ORDENADORES O TELÉFONOS MÓVILES EN EL CURSO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO 7) DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO CON CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO: REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO 8) CUESTIONES QUE PUEDEN SUSCITARSE EN TORNO A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. 9) CONCEPTO DE “FLAGRANCIA DELICTIVA” COMO SUPUESTO EN QUE CEDE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO 10) FORMAS DE INCORPORACIÓN DEL RESULTADO DEL REGISTRO AL PROCESO PENAL 11) LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

RESUMEN: introducción. 1) Concepto constitucional de domicilio. 2) Alcance de la protección constitucional en función de los espacios y lugares. 3) Presupuestos de la entrada y registro. 4) Resolución judicial que acuerda la medida: motivación. 5) Problemas que pueden plantearse respecto al contenido del auto de entrada y registro: a) motivación por remisión b) motivación sustentada en información policial de carácter confidencial c) omisión del día y hora en que debe practicarse el registro d) omisión del nombre del titular del domicilio 6) Incidencias que pueden plantearse en el desarrollo de la diligencia de entrada y registro: a) registro efectuado sin la presencia del imputado, no detenido b) registro efectuado sin la presencia del interesado, detenido (ineludible presencia) c) excepción a la presencia del interesado detenido cuando se efectúan a la vez dos registros domiciliarios d) asistencia letrada durante el desarrollo de la diligencia de entrada y registro autorizada judicialmente e) ausencia del secretario judicial durante la diligencia de entrada y registro f) hallazgos casuales o divergentes en el curso de la práctica de la diligencia de entrada y registro g) intervención de ordenadores o teléfonos móviles en el curso de la diligencia de

entrada y registro 7) Diligencia de entrada y registro con consentimiento del interesado: requisitos del consentimiento 8) Cuestiones que pueden suscitarse en torno a la prestación del consentimiento. 9) Concepto de “flagrancia delictiva” como supuesto en que cede la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio 10) Formas de incorporación del resultado del registro al proceso penal 11) La diligencia de entrada y registro en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal.

ABSTRACT: Introduction. 1) Constitutional concept of 'domicile'. 2) Scope of constitutional protection according to spaces and places. 3) Estimates of the “Search Warrant”. 4) Judicial decision according the measure: cause . 5) Problems that may arise with respect to the content of the “Search Warrant”: a) Motivation by reference b) Motivation based on confidential police information c) Omission of the date and time that should be noted in the “Search Warrant” d) Omission of the name of the title-holder of the domicile 6) Incidents that may arise in the development of the “ Search Warrant”: a) Registration made without the presence of the accused, not detained b) Registration made without the presence of the person concerned, (arrested (inescapable presence) c) Exception to the presence of the person concerned, when the arrested is carried out at the same time in two homes searched simultaneously d) Legal assistance during the development of the “Search Warrant”, legally authorized e) Absence of the judicial clerk during the procedure of “Search Warrant” f) Unintended or divergent findings in the course of the practice of the diligence of “ Search_Warrant”. g) Intervention of computers or mobile phones in the course of the “ Search Warrant” 7) “Search Warrant” with the consent of the person concerned: consent requirements 8) Issues that may arise around the provision of consent 9) Concept of "Flagrant crime", so-named in that it yields the constitutional protection of the right to the inviolability of the domicile 10) Forms of incorporation of the outcome of the criminal proceedings 11) The “Search Warrant” in the draft of the Spanish “Law on Criminal Procedure”.

PALABRAS CLAVE: “Diligencia de Entrada y Registro en Domicilio”, concepto constitucional de domicilio, presupuestos, consentimiento, problemas y excepciones de la Diligencia de Entrada y Registro, delito flagrante, inviolabilidad de domicilio.

KEYWORDS: “Search Warrant”, Constitutional concept of domicile, Estimation, consent, problems, exceptions of the search warrant, flagrant crime, inviolability of the domicile.

INTRODUCCIÓN.-

Uno de los derechos fundamentales que aparecen reconocidos en la Constitución Española de 1978, es el que garantiza la inviolabilidad del domicilio en el artículo 18.2: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*.

Teniendo en cuenta que el propio artículo 10.2 de la Constitución establece que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, debo indicar que aparte de la referida y universal declaración de 1948, *es referente al respecto el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 19 de diciembre de 1966, “el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” de 4 de noviembre de 1950, y de forma más reciente “la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*, publicada en el BOUE el día 30 de marzo de 2010. Todos estos textos constituyen un parámetro y una guía esencial en la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas y, por tanto, también del derecho fundamental cuya posible restricción es objeto de este trabajo.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él, constituyen una manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar. La relación entre ambos derechos fue puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional al estimar que *«El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.»*

No obstante, la inviolabilidad como manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar, no aparece configurada como un derecho absoluto, pero los límites al ámbito fundamental de la privacidad tienen un carácter taxativo y es el propio texto constitucional el que abre la posibilidad de que ceda ante una resolución judicial que permita la intromisión o ante el supuesto de “flagrante delito”.

Por ello, conforme a la doctrina constitucional *“la protección constitucional del domicilio se concreta en dos reglas distintas, la primera se refiere a la protección de su “inviolabilidad” en cuanto garantía de que dicho ámbito especial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte exento de cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública. La segunda regla viene a establecer una excepción frente a esa prohibición, cual es el supuesto en que la entrada o registro se lleven a cabo en caso de flagrante delito, y en aquellos supuestos en que se cuenta con el consentimiento de su titular o con autorización judicial, de tal manera que dichas excepciones admitidas constitucionalmente tienen un carácter taxativo.”*

De esta forma, la garantía judicial aparece como mecanismo preventivo destinado a proteger el derecho: mediante la resolución judicial se efectúa una ponderación previa para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer la inviolabilidad del domicilio u otros valores o intereses constitucionalmente protegidos, antes de proceder a cualquier entrada o registro y como condición ineludible para realizar éste cuando falta el consentimiento del titular.

La regulación actual de esta materia viene recogida en los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero su insuficiencia ha determinado que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional, a la luz de la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

hayan ido perfilando y estableciendo una serie de criterios para que las restricciones al derecho puedan considerarse válidas, y para que, de esta forma, el resultado de un registro domiciliario pueda ser utilizado en un proceso penal.

Este trabajo no pretende efectuar un análisis exhaustivo y profundo de esta materia, sino ofrecer a los profesionales del derecho, especialmente a los abogados, una visión práctica de aquellas cuestiones que pueden surgir en torno al concepto constitucional de domicilio, a la propia resolución judicial que acuerda la injerencia, a las diversas incidencias que pueden producirse en el curso de la práctica de la diligencia de “entrada y registro”, y a la incorporación de su resultado al proceso penal, recogiendo las respuestas y soluciones que en este sentido viene ofreciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional a través de sus resoluciones.

CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO.-

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido manteniendo, y así lo ha vuelto a reiterar en su Sentencia 444/2012 de 21 de mayo, que el domicilio es *"cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar"*, o lo que es lo mismo, *"el que "sirve de habitación o morada a quien en él vive"*, estimando que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional considera que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública, y define el domicilio como *"espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima"*, y *"no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella"*

ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN FUNCIÓN DE LOS ESPACIOS Y LUGARES.-

- Las chabolas, tiendas de campaña, e incluso las habitaciones de un hotel u hospedería en la que se viva gozan de la consideración de domicilio y de la protección de su inviolabilidad.(STS 444/2012 de 21 de mayo)

- Sin embargo, los garajes y trasteros no tienen esa consideración porque no albergan espacios en los que se desarrolle la vida privada de las personas. En el caso de los garajes la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en Sentencia 143/2013 de 28 de febrero en el sentido de considerar, que puesto que se trata de un lugar *"cuyo uso se comparte con numerosas personas, todos los titulares de otras plazas y en el que solamente se dispone de un espacio para el aparcamiento de un vehículo, no reúne las condiciones precisas para que sea considerado ámbito de privacidad, por lo que si no consta en el registro que en el garaje se desarrollara atisbo alguno de vida privada, no puede considerarse domicilio ni se le puede atribuir la protección que a éste dispensa la Constitución en el art. 18.2"*. En el mismo sentido, respecto a los trasteros, se ha vuelto a pronunciar recientemente la Sala Segunda en su Sentencia 279/13 de 6 de marzo, porque cuando solo están destinados a guardar objetos y no tienen comunicación directa con la vivienda, su registro no se encuentra amparado por las mismas reglas derivadas de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

- Tampoco las NAVES, OFICINAS, ALMACENES Y LOCALES COMERCIALES gozan de la protección que otorgan los apartados 1 y 2 del art. 18 de la Constitución, porque tampoco integran un espacio de privacidad necesario para el libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, como nos indica la Sentencia TS 849/2013 de 12 de noviembre, cuando no constituyan morada no pueden estar incluidos dentro del ámbito de protección de la inviolabilidad del domicilio y su registro no impone las mismas formalidades que el de este último.

- Precisamente porque, de alguna forma el DESPACHO PROFESIONAL DE UN ABOGADO participa de la consideración de oficina, en la Sentencia 165/2013 de 26 de marzo, la Sala Segunda analiza un supuesto en el que concluye que tampoco estos despachos profesionales tienen la protección de domicilio a efectos del artículo 18.2 de la CE, al señalar que lo que dispone el artículo 32.2º del Estatuto de la Abogacía es que el Decano u otro letrado que le representen, si se le avisa, ha de acudir al registro que se pueda llevar a cabo en un despacho profesional de un Letrado, pero no que ese espacio goce de la protección constitucional de un domicilio.

- Tampoco los LOCALES DE ESPARCIMIENTO, entre los que se encuentran los BARES, TABERNAS, PUBS, RESTAURANTES, ni las TIENDAS y LOCALES DE EXPOSICIÓN, tienen el concepto de domicilio constitucionalmente protegido, porque están esencialmente destinados a estar abiertos al público y “*el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución protege la "intimidad" como valor esencial que no se proyecta sobre bienes materiales en sí, ni en defensa de su propiedad*”. Así lo indica la citada Sentencia 444/2012 que extiende la anterior consideración a las habitaciones reservadas de un club de libre acceso al público y a las cocinas y aseos privados ubicados en los referidos locales.

- A los BARCOS se refiere la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 58/2014 de 6 de febrero que establece una distinción entre las zonas privadas que puede tener una embarcación, y otras como la bodega, cubierta, zona de máquinas o zonas de esparcimiento, a las que por su destino, según la experiencia, a otros fines distintos de los propios del domicilio no se les puede extender indiscriminadamente la misma protección que a este otorga la Constitución. Con cita de la STS núm. 1200/1998 de 9 de octubre, precisa que “*en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros*”.

- Finalmente, como recuerda la jurisprudencia en STS 963/2013 de 18 de diciembre, los VEHÍCULOS que se utilizan exclusivamente como medio de transporte tampoco encierran un espacio en cuyo interior se desenvuelva el ámbito privado de un individuo, por lo que su registro no precisa de autorización judicial. No obstante, al registro de los vehículos se refiere la STS 334/2013 de 15 de abril, en el sentido de considerar que la no presencia del interesado ya detenido o de su Abogado en el registro de un vehículo podría determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitar la garantía de contradicción, pero admite que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso a través de las declaraciones, prestadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción, por los funcionarios de policía que practicaron el registro.

PRESUPUESTOS DE LA ENTRADA Y REGISTRO.

La jurisprudencia más reciente que recoge la Sentencia TS 112/2014 de 3 de febrero, vuelve a recordar los requisitos esenciales que deben concurrir para restringir el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria con motivo de una investigación delictiva, y se refiere en primer lugar a los indicios que la policía debe ofrecer al Juez acerca de la existencia del delito para cuyo esclarecimiento solicita la práctica de una diligencia de entrada y registro. La Sentencia considera que el indicio viene a integrar la piedra angular de la justificación de la medida lesiva del derecho fundamental del ciudadano, y mantiene que no integran la categoría de indicios las meras sospechas o hipótesis subjetivas que no cuenten con un cierto fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. *“El indicio de delito que aporte al juez la solicitud policial es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito. Se necesita que la sospecha sea “fundada”, es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata”*

Pero igualmente—como dicen las SSTs. 1019/2003 de 10.7 y 1393/2005 de 17.11—no debe olvidarse que el sustento de la resolución no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión de un delito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan solo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro.

La doctrina constitucional recogida en Sentencias como la 14/2001 de 29 de enero, o la 202/2001 entre otras muchas, señala que *“la restricción de los derechos fundamentales solo podrá entenderse constitucionalmente legítima si se autoriza judicialmente para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando la medida restrictiva se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles o graves.”*

RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ACUERDA LA MEDIDA. MOTIVACIÓN

La autorización judicial de entrada y registro, según indica la ya referida Sentencia 112/2014, debe indicar las razones por las que acuerda la medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados. Mantiene que no es necesaria la concurrencia de *“un indicio racional de comisión de un delito”*, bastando una *“notitia criminis”* que se apoye en una sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión.

Es preciso que la medida resulte idónea para el fin perseguido, y así lo será cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o cuando éstas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtenerlas acudiendo a otros medios alternativos menos gravosos.

Finalmente, también requiere que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro. Por tanto, los únicos límites que expresa que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad y resulta imprescindible que la resolución judicial deje constancia de la conexión existente entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- y las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho.

En términos de la doctrina constitucional que recuerda la misma reciente sentencia, el auto que acuerda la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria *“debe expresar*

con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo”. Por otra parte es necesario que el órgano judicial precise con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión).

PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE RESPECTO AL CONTENIDO DEL AUTO DE ENTRADA Y REGISTRO.-

MOTIVACIÓN POR REMISIÓN.- Debemos de partir de que ni la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ni la doctrina constitucional han considerado precisamente modélica la técnica de la “*motivación por remisión*” y ambas coinciden en que lo deseable es que la resolución judicial habilitante exprese los indicios objetivos que justifican la intervención en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no obstante lo cual la admiten cuando determinados datos que no figuran en la resolución judicial aparecen sin embargo reflejados en el oficio policial al que se remite el auto.

Como nos recuerda la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 17/2014 de 28 de enero, “*del oficio policial deberá desprenderse de forma suficiente las razones que se invocan para solicitar la autorización judicial, y aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifican la intervención en el derecho fundamental queden recogidos en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida impone.*”

El propio Tribunal Constitucional ha venido reconociendo cánones de suficiencia razonadora en autos con motivación “*lacónica*” e incluso cuando se extiende la resolución sobre impresos estereotipados mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional.

MOTIVACIÓN SUSTENTADA EN INFORMACIÓN POLICIAL DE CARÁCTER CONFIDENCIAL

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Tribunal Constitucional impiden que la mera referencia a informaciones confidenciales puedan servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo).

En la misma línea discurre la reciente STS 442/2013 de 23 de mayo al indicar que “*es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. (...) Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación. (...)*”

Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales.”

OMISIÓN DEL DÍA Y HORA EN QUE DEBE PRACTICARSE EL REGISTRO.- Al respecto de esta cuestión se pronuncia la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 77/2014 de 11 de febrero en el sentido de señalar que la ausencia de la fecha de la entrada y registro en el mandamiento no es causa de nulidad, por entenderse que debe practicarse el día de la entrada, el mismo día en que se dictó el auto habilitante.

OMISIÓN DEL NOMBRE DEL TITULAR DEL DOMICILIO.- El art. 558 LECrim no requiere que el auto que habilita la entrada y registro recoja el nombre del titular del domicilio, pero si que exprese de forma concreta el edificio o lugar en el que ha de practicarse la diligencia, lo que en términos de la más reciente jurisprudencia recogida en Sentencia 17/2014 de 28 de enero *“parece hacerse en función de la titularidad dominical o arrendataria o bien mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda”*. La sentencia considera suficiente que no haya duda sobre la localización material de la vivienda, *“de tal manera que la descripción de su ubicación en el callejero, la numeración que le corresponde y la planta y letra que lo identifica, son elementos que no deben faltar en el mandamiento judicial. Por tanto la plena identificación del titular de la vivienda no resulta imprescindible para excluir la legitimidad de la medida que recayendo sobre sospechosos relacionados en el domicilio, se orienta a una completa identificación, u otorgar relevancia constitucional a cualquier error sobre la identidad del titular.”*

Finalmente, y como señala la Sentencia 17/2014 de 28 de enero, cuando un mandamiento de registro de una vivienda no establece límites ni restricciones, la autorización abarca a la totalidad de la vivienda, sin compartimentos estancos, *“por lo que, tanto desde el punto de vista de la flagrancia delictiva, como de la necesidad de realizar el registro con la celeridad que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impide que pueda alegarse por los demás ocupantes de la vivienda la restricción de su derecho fundamenta 18.2 CE.”*

INCIDENCIAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

La última resolución citada nos recuerda la constante y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional al señalar, *“que una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practique, las incidencias que en su curso puedan producirse, y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, no trascienden al plano constitucional, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no afectan al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), para entrar en el cual basta la orden judicial, ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) en sus diferentes facetas, sino en su caso a la validez y eficacia de los medios de prueba”*.

“el único requisito necesario y suficiente por sí solo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro de un domicilio, fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en que se incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria.

REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL IMPUTADO NO DETENIDO.- La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo parece mostrarse cada vez más contundente a la hora de exigir, salvo situaciones excepcionales, la presencia de la persona afectada por una diligencia de entrada y registro en el desarrollo de la misma.

En este sentido señala la Sentencia 865/2013 de 13 de noviembre: *“Es bien conocido que la jurisprudencia de esta sala, interpretando el artículo 569 de la Ley de E. Criminal es reiterada y tajante, en el sentido de exigir esa presencia del afectado por la injerencia en el domicilio y señala de forma inequívoca que solo puede prescindirse de tal requisito en los supuestos en que aquel “no fuera habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante”. Este criterio tiene, por lo demás, la relevancia que regularmente le atribuye el Tribunal Constitucional al declarar que se lesiona el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) cuando se traen a la causa pruebas que provienen de un registro domiciliario autorizado mediante la oportuna y motivada resolución judicial pero practicado sin observar las condiciones previstas al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 566 y ss. y en particular el art. 569”.*

Respecto a esta cuestión resulta también de interés la Sentencia del Tribunal Supremo 143/2013 de 28 de febrero al indicar que: *“El fundamento de exigencia referida a la presencia del interesado en el registro domiciliario radica en que la diligencia de entrada y registro afecta a un derecho personalísimo de relevancia constitucional, la intimidad personal, por lo que la Ley procesal en el desarrollo de una legítima injerencia en el domicilio prevé como requisito de su práctica la presencia del titular del domicilio, inquilino o morador de la vivienda al tiempo que establece un régimen de sustituciones a esa presencia a través de personas con las que se pretende la asistencia del titular, por sí o representado (art. 569), a una diligencia ordenada en averiguación de un hecho delictivo porque lo relevante de la injerencia es la afectación del derecho a la intimidad, bien jurídico afectado por la medida de investigación. Al tiempo la capacidad jurídica del acta que al efecto se levante asegura, a través de la presencia del interesado o su representante, la efectiva contradicción en su práctica.”*

No obstante, la todavía más reciente Sentencia 17/2014 de 28 de enero no deja de suponer una cierta contradicción, sobre todo con la primera de las resoluciones dictadas, al señalar que *“ El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda (titular del domicilio registrado) la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim. Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 552, 566 y 570 LECrim. (...) Por lo que, en definitiva el interesado cuya presencia exige el art. 569 es el titular del domicilio registrado, que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en la condición de tal de intervenir en la diligencia de registro (..) Son numerosas las sentencias de esta Sala Segunda en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presentes el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente con la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado, en un supuesto en que el acusado no estuvo presente, pero sí lo estuvo su compañera sentimental, la titular del domicilio en que fue localizada la droga, declaró que aquella ausencia es constitucionalmente, irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio.”*

REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL INTERESADO DETENIDO.-

Este supuesto ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recientemente ha recordado la ineludible necesidad de la presencia del interesado que se encuentre detenido, incluso en el caso de que éste último sea una persona distinta del titular del domicilio o este se halle presente o rehúse su presencia en la diligencia.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Segunda 143/2013 de fecha 28 de febrero, en el sentido de que en aquellos casos en que el “interesado” esté a disposición judicial en situación de detenido será inexcusable su presencia en la práctica de la diligencia de entrada y registro, dado el carácter irrepetible de la misma y que la garantía

de contradicción de la prueba sólo puede efectuarse en el mismo momento de su realización, de ahí la insubsanable exigencia de la presencia del interesado que está detenido en la policía. *“Por tanto, de encontrarse detenido el interesado, su presencia en el registro es obligada, no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos 2 y 3 del art. 569 LECrim.”*

“Y la doctrina de esta Sala tiene sentado -sentencias de 15/05/2003 y anteriores que cita- que la ausencia en el registro del detenido-morador encierra la nulidad de la diligencia, a salvo las excepciones de autorización o flagrancia; pues no sólo resulta infringido el art. 569 LECr. sino también el derecho a la inviolabilidad del domicilio que reconoce el art. 18.2 CE, y el derecho a la defensa recogido en el art. 24.1 CE.”

EXCEPCIÓN A LA PRESENCIA DEL INTERESADO DETENIDO CUANDO SE EFECTÚAN A LA VEZ DOS REGISTROS DOMICILIARIOS.

Aunque, como he señalado, la presencia del interesado que se encuentra detenido es ineludible en la práctica de la diligencia de entrada y registro, la jurisprudencia ha admitido un supuesto excepcional en que puede practicarse sin su presencia, cuando se están practicando dos registros simultáneos y el detenido se encuentra presente en uno de ellos. De esta forma, la Sentencia 442/2013 de 23 de mayo dispone que *“estos supuestos en los que deben practicarse varios registros simultáneamente constituyen una de las excepciones al requisito de la presencia del interesado ya detenido, admitidas por nuestra jurisprudencia, (...) lo que, obviamente, imposibilitaría la presencial simultánea del “interesado” en varios domicilios a la vez”*.

ASISTENCIA LETRADA DURANTE EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO AUTORIZADA JUDICIALMENTE.-

Tanto la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como la doctrina constitucional han venido pronunciándose de forma coincidente en el sentido de considerar que la intervención de un letrado en la práctica de la diligencia de entrada y registro no constituye una exigencia constitucional.

Esa es la línea seguida en la Sentencia 77/2014 de 11 de febrero al indicar que: *“la no asistencia letrada a la práctica de un registro no constituye una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se ha dado cumplimiento a las exigencias constitucionales de resolución judicial motivada, así como a las de la legislación ordinaria que la desarrollan. “El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimiento de identidad y declaraciones de aquel, pero sin referencia alguna a la entrada y registro (...) la intervención de Letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el artículo 17.3 de la Constitución ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, estando circunscrita como obligatoria tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto”*.

AUSENCIA DE SECRETARIO JUDICIAL DURANTE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

El artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *“el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del Juzgado de Guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes.”*

La doctrina científica ha destacado que la presencia del Secretario judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos

legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro, y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos, y como garantía judicial, en la medida que el Secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial. No obstante, la jurisprudencia ha venido manteniendo en reiteradas Sentencias como la 17/2014 de 28 de enero, que la ausencia del Secretario Judicial en la práctica de la diligencia de entrada y registro no determina la nulidad de la misma desde el punto de vista de las garantías constitucionales, aunque provoca determinados efectos en cuanto a su valor probatorio.

En este sentido señala que *“la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1. LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial (...) pudiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en el registro en dicho acto, por ejemplo, funcionarios de policía”*

HALLAZGOS CASUALES O DIVERGENTES EN EL CURSO DE LA PRACTICA DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

El hecho de hallar en un registro domiciliario efectos u objetos distintos de los correspondientes al delito inicialmente investigado no convierte en ilegal la práctica de la diligencia, de tal manera que si la resolución judicial autorizante cumplía con todos los requisitos exigibles los hallazgos producidos como resultado de la misma tienen pleno valor probatorio.

Cuando en alguna resolución la jurisprudencia reprochaba que no se hubiera suspendido el curso de una diligencia de entrada y registro cuando se producía un hallazgo novedoso, a fin de informar al Juez de tal circunstancia y, en su caso, para que dictara una resolución distinta que diera cobertura a la investigación del nuevo delito, se trasladaba a la diligencia de entrada y registro la llamada *“teoría de los hallazgos divergentes”* que podían producirse en el desarrollo de una intervención telefónica, en la que el principio de especialidad solo justifica la intervención al delito investigado. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido estableciendo las diferencias que existen entre la diligencia de intervención telefónica y la de entrada y registro en domicilio respecto de aquellos supuestos en que en cualquiera de ellas se descubre un objeto delictivo distinto al que las motivó.

De esta forma la reciente sentencia anteriormente citada (17/2014 de 28 de enero) fija de esta forma las diferencias entre la intervención telefónica y la entrada y registro: *“La autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieran a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. Se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. (...) no se puede seguir (...) el mismo criterio que cuando se trata de una intervención telefónica. En esta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite, en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante. No sucede lo mismo con las*

entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que sí en su práctica aparecieran objetos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.”

INTERVENCIÓN DE ORDENADORES O TELÉFONOS MÓVILES EN EL CURSO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

En los supuestos en los que, con ocasión de un registro, se intervienen ordenadores o teléfonos móviles, es relevante tener en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia 342/13 de 17 de abril, porque la mera autorización para el acceso y registro de un domicilio no implica por sí misma el libre acceso a todos los contenidos de cualquier ordenador o teléfono móvil que pudieran ser objeto de intervención, toda vez que a fin de garantizar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la jurisprudencia viene exigiendo una autorización judicial que expresamente lo permita, la cual puede contenerse en el propio auto de entrada y registro o en otra resolución independiente.

De esta forma señala la citada Sentencia: *“El acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal (...)*

Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.”

DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO CON CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO

La reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que es muestra la Sentencia 688/2013 de 30 de septiembre, viene estimando que el consentimiento del titular del domicilio a que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución Española, como supuesto de renuncia a la garantía constitucional que otorga el precepto, es *“fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado, se deriva del propio enunciado constitucional, así como de lo previsto en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 8 del Convenio de Roma y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La LECrim, en su art. 551, autoriza incluso una forma de consentimiento tácito -de obligada interpretación restrictiva-, cuando establece que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el precepto constitucional.”*

Por su parte, la Sentencia 719/13 de 9 de octubre ofrece un concepto del lo que debe entenderse por consentimiento y que características debe reunir para que pueda resultar válido en orden a enervar la garantía de protección constitucional del domicilio que ofrece el artículo 18.2. De esta forma señala que *“El consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le permiten, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental.”*

La misma Sentencia enuncia los siguientes requisitos del consentimiento:

- a) ser otorgado por persona capaz, esto es mayor de edad.*
- b) Consciente y libremente*
- c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalente para su constancia indeleble*
- d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto. Este artículo ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada.*
- e) Si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentimiento.*
- f) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.*
- g) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.*
- h) no son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la presencia del Secretario Judicial.*

CUESTIONES QUE PUEDEN SUSCITARSE EN TORNO A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.-

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR PERSONA NO DECLARADA INCAPAZ PERO CON SUS CAPACIDADES INTELECTIVAS Y/O VOLITIVAS LIMITADAS.- La jurisprudencia recogida en Sentencias como la 719/2013 de 9 de octubre, viene manteniendo que en supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento.

CONSENTIMIENTO PRESTADO BAJO ERROR, PRESIÓN O POR EL OFRECIMIENTO DE ALGUNA VENTAJA.- La Sentencia anteriormente citada es muestra del unánime criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional, en cuanto a condicionar la validez del consentimiento a que no se haya

prestado *“por error, violencia o intimidación de cualquier clase; que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean.”*.

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR UNO DE LOS MORADORES DE UN DOMICILIO COMPARTIDO.- La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido considerando en Sentencias como la de 17 de abril de 2000 o 24 de junio de 2008, que en los casos de pluralidad de moradores no es necesaria que la autorización para la práctica de un registro parta de todos ellos, y ha estimado suficiente que el acto sea consentido por cualquiera de ellos, con cuya presencia también bastaría en ese supuesto.

Sin embargo, el criterio viene matizado en aquellos casos en que haya un evidente conflicto de intereses entre los distintos moradores.

En este sentido se pronuncia la Sentencia 688/2013 de 30 de septiembre, al indicar que *“en caso de que varias personas tengan su domicilio en el mismo lugar no es necesario el consentimiento de todos ellos, bastando el de uno de los cotitulares, salvo los casos de intereses contrapuestos”*

La reciente Sentencia 77/2014 de 30 de septiembre se pronuncia en el mismo sentido y añade *“que nuestro sistema procesal no exige la presencia litisconsorcial de todos los moradores como presupuesto de legitimidad de la entrada y registro judicialmente autorizadas. Todo ello, claro es, sin perjuicio de reconocer que el consentimiento del titular del domicilio al que la Constitución se refiere no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliar en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.”*

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR QUIEN YA HA SIDO DETENIDO ANTES DE OTORGARLO Y DE LLEVAR A CABO LA DILIGENCIA.-

La jurisprudencia viene considerando que cuando el que va a consentir la práctica de un registro está detenido, el consentimiento no será válido si no se encuentra debidamente asistido de un Letrado, de lo que debe quedar constancia en la correspondiente diligencia policial.

En este sentido las Sentencias 849/2013 de 12 de noviembre y 719/ 2013 de 9 de octubre coinciden al mantener que *“El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza. Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose “la intimidación ambiental” o “la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan”. Por tanto, no cabe proceder al registro dejando al detenido en dependencias policiales.”*

CONCEPTO DE FLAGRANCIA DELICTIVA COMO SUPUESTO EN QUE CEDE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.-

La doctrina constitucional ha definido la “flagrancia delictiva” como *“situación fáctica en que el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en*

el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”, y la ha caracterizado con las siguientes notas: “que la comisión del delito “se perciba con evidencia” siendo precisamente esta situación excepcional --que debe interpretarse restrictivamente, la que permite la detención inmediata de la persona concernida por la propia decisión policial (...) y lo que es más relevante (...) se permite la entrada y registro de domicilio sin mandamiento judicial y sin consentimiento del titular como aparece en el art. 18-2º de la Constitución Española.” “Por ello, se estima como delito flagrante aquel que encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra, apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria.”

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo también se ha pronunciado al respecto en la Sentencia 1031/2010 de 22 de noviembre al referirse a las circunstancias que deben concurrir en torno al concepto de flagrancia delictiva:

“1º. Inmediatez temporal, es decir, que se esté cometiendo un delito o que ha sido cometido instantes antes.

2º. Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello constituya una prueba de su participación en el mismo.

3º. Necesidad urgente, de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impedida a intervenir inmediatamente, bien para poner fin al mal que la infracción delictiva lleva consigo, bien para detener al delincuente, bien para aprehender el objeto o los instrumentos del delito, necesidad que no existe cuando la naturaleza de los hechos permite acudir al juzgado para obtener la correspondiente autorización.

En la Sentencia 453/2010 de 25 de noviembre precisa que “cuando las circunstancias concurrentes en el escenario de los hechos, analizadas por los funcionarios policiales desde su propia experiencia profesional, permiten a éstos un juicio crítico y racional de que la actividad desarrollada por las personas observadas de modo directo e inmediato es delictiva, la invasión domiciliaria se encuentra justificada y legitimada por la flagrancia. Por eso mismo la jurisprudencia ha establecido la condición de “in fraganti” a la infracción cuando se sorprende al delincuente con efectos o instrumentos que infundan sospecha vehemente de la acción delictiva, aún cuando no se haya conseguido una prueba plena en tal sentido”

(...) la intervención inmediata de la Policía judicial puede apoyarse no ya en el delito flagrante tradicional, sino también en lo que tiene racional apariencia de flagrancia atendidas las circunstancias en que se produce la actuación policial.”

FORMAS DE INCORPORACIÓN DEL RESULTADO DEL REGISTRO AL PROCESO PENAL.-

Siempre y cuando concurren determinados requisitos de orden constitucional y de legalidad ordinaria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional atribuyen el carácter de prueba preconstituída a la diligencia de entrada y registro, por lo que en estos casos el acta extendida por el Secretario Judicial puede ser valorado por los jueces y Tribunales por la vía prevista para la prueba documental.

No obstante, mientras que el incumplimiento de las garantías de orden constitucional provoca la nulidad absoluta de la diligencia, el incumplimiento de normas de legalidad ordinaria únicamente privará a esta de su naturaleza de prueba preconstituída, pero no de la posibilidad de incorporarse al acervo probatorio a través de otros medios de

prueba, como los testimonios de quienes hayan participado o presenciado la práctica del registro.

En este sentido recuerda la jurisprudencia en Sentencia 773/2013 de 22 de octubre, que *“al tratarse de una actuación judicial que afecta a un derecho constitucional como es la inviolabilidad del domicilio, la validez de la diligencia requiere la observancia de las garantías precisas de orden constitucional, de suerte que no siendo el caso de delito flagrante o de consentimiento del interesado, la adopción de esta medida deberá acordarse en auto suficientemente motivado bajo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (adecuación a la investigación, imposibilidad de sustitución por otro medio de prueba menos gravoso y gravedad del delito investigado).(...)*

Y la Sentencia 143/2013 de 28 de febrero añade que *“el resultado de la diligencia, es decir, el hallazgo y obtención de efectos relevantes para el investigación del hecho punible, habitualmente accederá al proceso como prueba preconstituida”*

SUPUESTOS DE NULIDAD ABSOLUTA DE LA DILIGENCIA.-

En términos de la ya citada Sentencia del TS 773/2013 de 22 de octubre, *“la diligencia practicada con vulneración de exigencias y garantías constitucionales, determinará la nulidad radical e insubsanable de la misma y de sus resultados, es decir, del acto realizado y del acta que lo describe. Mientras que la practicada cumpliendo las referidas reglas tiene pleno valor probatorio, desde la perspectiva constitucional”*.

Ausencia del imputado detenido en la diligencia de entrada y registro practicada después de la detención.-

Partiendo de la imprescindible presencia del imputado detenido en la diligencia de entrada y registro, a la que ya me he referido anteriormente, la ya citada Sentencia 143/2013 de 28 de febrero recuerda que *“la ausencia del interesado que se encuentra detenido en el momento de realizar el registro, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo determina la nulidad absoluta radical e insubsanable de la prueba practicada (SSTS. 711/2003 de 16.5, 94/2005 de 4.2, 550/2005 de 28.3), al tratarse de una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales”*

CONSECUENCIAS DE LA ENTRADA Y REGISTRO PRACTICADA CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES-

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo recogida en Sentencia 793/2013 de 22 de octubre, entre otras, se refiere a los efectos que se derivan de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. En el supuesto de nulidad absoluta de una diligencia de entrada y registro, por aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la propia doctrina constitucional, sus efectos contaminantes se proyectarán a aquellas otras pruebas conectadas antijurídicamente con la fuente probatoria irregularmente obtenida. Señala la referida Sentencia: *“... la transferencia del carácter ilícito de las pruebas originales a las derivadas, se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad.”*

Según esta jurisprudencia, y en el caso concreto de la diligencia de entrada y registro, la contaminación de la misma no podría ser posteriormente saneada con el

testimonio de los agentes que participaron en el propio registro efectuado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, si bien no podría sostenerse la misma conclusión en aquellos supuestos en que el propio acusado en el acto del juicio oral, previa y debidamente informado por su defensa de la nulidad de la diligencia de entrada y registro, reconoce la presencia en el domicilio de los ilícitos efectos intervenidos y acepta, en definitiva, el resultado del registro.

En este sentido y como señala la jurisprudencia del TS en la Sentencia 912/2013 de 4 de diciembre, *“la nulidad constitucional de una prueba no impide la acreditación de extremos penalmente relevantes mediante otros medios prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, ya que de no existir una conexión causal, la material desconectado estará desde el principio limpio de contaminación.”*

SUPUESTOS EN QUE LA ENTRADA Y REGISTRO CARECE DEL CARÁCTER DE PRUEBA PRECONSTITUIDA PERO CABE SU INCORPORACIÓN POR OTROS MEDIOS PROBATORIOS.-

Tal y como pone de manifiesto la STS 773/2013 de 22 de octubre, *“Fuera de esos supuestos de inconstitucionalidad, la ejecución de la diligencia de entrada y registro y del acta levantada al efecto por el Secretario Judicial, que da fe de su desarrollo y del resultado obtenido, debe atenerse también al procedimiento legalmente establecido con la observancia y cumplimiento de las normas de legalidad ordinaria vigentes a tal efecto, y será en estos casos cuando el Acta ostentará la categoría de prueba preconstituida que puede ser valorada por el Tribunal sentenciador por la vía prevenida para la prueba de naturaleza documental.*

Ausencia del imputado no detenido.-

Conforme se ha recogido anteriormente con diversas citas jurisprudenciales, *“El resultado de la diligencia, es decir, el hallazgo y obtención de efectos relevantes para la investigación del hecho punible, habitualmente accederá al proceso como prueba preconstituida, por la evidente imposibilidad de reproducirla en el acto del juicio oral, de forma que el único modo que tiene el imputado de hacer efectivos sus derechos de defensa y contradicción es la intervención en el registro (...) y en ningún caso podrá ya cuestionar la materialización de la diligencia” (...) y en caso de no estar presente el interesado, siendo posible, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de un resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Afirma no obstante que desde el punto de vista del derecho de contradicción, interesado es también el imputado, pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina su nulidad, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción.”*

En el mismo sentido ya se había pronunciado la doctrina constitucional a través de la Sentencia TC 219/2006 de 3 de julio, al señalar que *“aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción. (...) “el que dicha diligencia se practicara de hecho sin contradicción no impide que el resultado de la misma se incorpore al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la practicaron, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del demandante de amparo, así como la intermediación y la contradicción, como evidencia la lectura del acta de la vista, y que son las que constituyen el sustrato probatorio del relato fáctico de la Sentencia de instancia, como se señala expresamente en el fundamento jurídico décimo de la misma. Por*

ello, ha de entenderse que la ausencia de contradicción en la práctica de las aludidas diligencias no generó indefensión material y no es lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)”

Ausencia del Secretario Judicial

La más reciente jurisprudencia recogida en Sentencia 17/2014 de 28 de enero nos recuerda que *“la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1. LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial (...) pudiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en el registro en dicho acto, por ejemplo, funcionarios de policía”.*

LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.-

Puesto que comencé este trabajo aludiendo, entre otras cuestiones, a la insuficiencia de la actual regulación de la diligencia de entrada y registro en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Tribunal Constitucional que permitió integrarla fijando los criterios de restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, quiero finalizar haciendo una somera referencia a la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

Tras una proclamación del derecho a la inviolabilidad del domicilio en idénticos términos a los utilizados en el artículo 18.2 de la Constitución, el articulado regula, entre otras cuestiones, los fines de la entrada en domicilio, los requisitos del consentimiento, las condiciones de su validez, el contenido de la autorización judicial, los sujetos que, según los casos, deben concurrir a la práctica de la diligencia con las correspondientes y justificadas exclusiones, la forma en que debe desarrollarse el registro, e incluso la forma de actuar ante los denominados hallazgos casuales. Regula expresamente la flagrancia delictiva, y finalmente, el registro de lugares sometidos a un régimen especial, como el Congreso, el Senado o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas entre otros.

El examen de su contenido permite advertir, que es ahora la regulación propuesta la que, con la finalidad de dar respuesta desde el derecho positivo a las cuestiones, problemas e incidentes que se ha demostrado que surgen en torno a la práctica de la diligencia de entrada y registro, viene a incorporar al texto todo esa elaboración jurisprudencial del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha tratado de reflejar en este trabajo.

¿ES NECESARIA (Y POSIBLE) UNA NUEVA NATURALIZACIÓN DEL DERECHO?

Camilo Cela Conde

Profesor de Antropología y director del Laboratorio de Sistemática Humana de la Universidad de las Islas Baleares, “Fellow” de la American Association for the Advancement of Science” y miembro del Center for Academic Research and Teaching in Anthropogeny, Salk Institute & University of San Diego.

Atahualpa Fernandez

Profesor Doctor colaborador honorífico (Miembro honorario) del Laboratorio de Sistemática Humana; Fiscal de la Fiscalía General del Estado de Brasil (Ministério Público da União).

Fecha de recepción: 4 de Marzo de 2014

Fecha de aceptación: 14 de Marzo de 2014

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA PERSPECTIVA NATURALISTA. 2. EL ALCANCE DE LAS RELACIONES ENTRE NATURALEZA Y CULTURA. 3. EL PROGRAMA NEONATURALISTA. 4. DUDAS EMERGENTES.

RESUMEN: Este artículo plantea la necesidad de incorporar los hallazgos de las neurociencias para disponer de una teoría adecuada del derecho dentro de una perspectiva naturalista.

ABSTRACT: This article discusses the need to incorporate the findings of neuroscience to provide an adequate theory of law within a naturalistic perspective.

PALABRAS CLAVE: Filosofía del derecho, naturalismo, neurociencias, juicio moral.

KEY WORDS: Philosophy of law, naturalism, neurosciences, moral judgment.

INTRODUCCIÓN

La respuesta a la pregunta del título es, a nuestro juicio, afirmativa al menos en parte. La doctrina jurídica tradicional, y en particular la filosofía del derecho se interrogan desde los primeros balbuceos del pensamiento occidental acerca del modo como las reglas sociales y las normas jurídicas surgen y se imponen en la sociedad, algo que lleva de forma directa a la cuestión acerca de la manera como esas reglas y normas se legitiman. Durante siglos se ha mantenido viva la tesis de que el ser humano es sociable por naturaleza y, por lo tanto, sólo en la sociedad organizada alcanza el individuo su más plena y perfecta realización. Así, las normas y la organización sociopolítica serían una secuela necesaria del propio ser del hombre, la dimensión o componente inmanente de su naturaleza moral y racional.

Con la llegada de la época moderna entró en crisis esa justificación teleológica y metafísica del orden social y de sus normas. El ser humano dejó de verse a sí mismo como puro autor racional de un guión pre-escrito y prescrito con anterioridad y se convirtió en el autor de su propia vida y sus realizaciones sociales. Se mantiene hasta nuestros días la idea común de que no hay sociedad sin

normas pero las normas, con la modernidad, ya no son la expresión de ningún fin (teleológico o trascendente) preestablecido sino un producto propiamente humano, contingente y variable.

Ese avance ontológico que devuelve al ser humano su sentido autónomo condujo a un sesgo culturalista que se mantiene aún. Las tradiciones jurídico-filosófica y de la ciencia del derecho aún predominantes consideran a los humanos bajo una perspectiva cultural; de forma paradójica, la “paleonaturalización” que supuso librarse de la trascendencia divina se ha trasladado al rechazo de cualquier otra relación de dependencia, incluida la biológico-genética. No es necesario recurrir a la “falacia naturalista” que enunció el pensamiento analítico dentro de la filosofía moral —resuelta de manera convincente por Hare (1979)— para reconocer que hay una forma dominante de pensar que se resiste, incluso con cierta fobia, a aceptar el hecho de que los humanos somos una especie biológica. En el ámbito jurídico es común el relegar a un segundo plano —o simplemente dejar de lado— la consideración de la naturaleza humana evolutivamente fijada como elemento significativo. Eso implica desentenderse de la estructura y funcionamiento material del cerebro humano que, como veremos de inmediato, supone una fuente de instintos y predisposiciones que, de manera directa o indirecta, condicionan y limitan nuestra conducta, nuestros valores y juicios morales y los vínculos sociales relacionales que establecemos.

De tal suerte, la correlación entre el fenómeno jurídico y la naturaleza humana se ha convertido en un problema teórico de difícil solución que resulta central en las más avanzadas filosofías y teorías sociales normativas. No se trata, después de todo, de un problema de poca importancia reducible a un mero ejercicio académico para los juristas y filósofos. El proceso de realización del derecho (de su elaboración, interpretación y aplicación) es uno de los más problemáticos entre todas las empresas ius-filosóficas. Y la elección de una de las dos formas de abordar el derecho, las que podríamos llamar “clásica” y “neonaturalista” —por distinguir esta última de los iusnaturalismos históricos—, supone una diferencia relevante en el modo como nos vemos a nosotros mismos como especie, establece una medida para la legitimidad y la autoridad del derecho y de los enunciados normativos, y determina, en última instancia, la conducta y el sentido del raciocinio práctico ético-jurídico.

Recordemos de paso que cuando los operadores jurídicos abordan el estudio del comportamiento humano y del derecho tienen por costumbre sustentar la presencia de diversos tipos de explicaciones —como las sociológicas, antropológicas, normativas o axiológicas— limitándolas y ajustándolas a las perspectivas de cada una de las respectivas disciplinas y materias de conocimiento sin considerar siquiera la posibilidad de que exista una explicación integrada de la juridicidad y de su proyección metodológica. La tarea multidisciplinar es la otra cara de la moneda en las carencias que lastran la teoría del derecho actual. Si se sitúan al margen de las ciencias naturales, tanto al derecho como a la ética les faltan bases de conocimiento verificables acerca de la condición humana, de la mente y del cerebro, que son por otra parte indispensables como veremos para obtener predicciones de causa y efecto —bien es cierto que aun parciales y llenas de dudas y lagunas— en el terreno de los juicios.

1. LA PERSPECTIVA NATURALISTA

La justicia es un valor o concepto abstracto muy difícil de definir; más aun si el propósito es el de buscarle raíces empíricas. No hay nada físico ni tangible a lo que podamos llamar justicia. Forma parte del mundo de las relaciones, no del mundo físico de los objetos. Pero eso mismo sucede con cualquier constructo mental. No hay nada inherente a una persona que no dependa de un cerebro que lo perciba y lo procese. Nuestro entorno, el humano, es un mundo de relaciones entre cerebros y mentes, con lo que la tarea de encontrar en nuestra naturaleza el núcleo duro aunque parcial, los fundamentos naturales y neurobiológicos de los valores humanos, constituye un buen ejemplo de las posibilidades que brinda la naturalización del derecho.

De acuerdo con una perspectiva neonaturalista, frente al tradicional concepto del sujeto como individuo moral y portador de una racionalidad casi absoluta el ser humano se concibe como el resultado conjunto de un proceso biológico de *hominización* y un proceso histórico de *humanización*. Ya no somos portavoces de una racionalidad (o divinidad) de alguna forma trascendente que se nos impone y convierte nuestras vidas y sociedades en la realización de un fin predeterminado. Pero tampoco estamos libres de determinaciones que matizan los cambios por los que podemos adentrarnos. Nos consideramos una especie evolucionada que descubrió que determinados comportamientos y vínculos sociales son necesarios para resolver los problemas adaptativos relativos a la supervivencia, al éxito reproductivo y a la vida en comunidad, aceptando la necesidad de asegurarlos y controlarlos mediante un conjunto de normas y reglas de conducta. El sujeto moral ha dado paso al ser humano producto de la evolución por selección natural: al individuo como resultado de todo aquello que aprende y memoriza no solo a lo largo de su vida/cultura propia sino también de lo que la especie aprendió, memorizó y heredó en forma de códigos al largo del proceso evolutivo.

Desde el punto de vista teórico es posible imaginar un modelo que atravesase las escalas del espacio, del tiempo y de la complejidad, uniendo los hechos aparentemente irreconciliables de lo *social* y lo *natural*, siempre y cuando la emergencia del fenómeno jurídico se sustente en un modelo darwiniano prudente —en el sentido de no cerrado sí mismo como sucedería con los excesos de los modelos adaptacionistas extremos— de la naturaleza humana.

Dicho de otro modo, para una comprensión más adecuada del comportamiento normativo parece necesario ver la moralidad humana como el producto de la historia evolutiva que nos precede, lo que antes hemos llamado proceso de hominización. Se trata de una historia que cuenta con antecedentes en otras especies (de Waal, 2013). Lejos de ser una *tabula rasa* difusa, la arquitectura cognitiva humana es un mosaico de vestigios cognitivos de los estados antiguos de la evolución humana, previamente adquiridos por homínidos ancestrales.

2. EL ALCANCE DE LAS RELACIONES ENTRE NATURALEZA Y CULTURA

Como decíamos, una naturalización adecuada de la teoría del derecho obliga considerar de manera conjunta los procesos de hominización y humanización. Una simplificación radical atribuiría los rasgos de nuestra “naturaleza” al primero y los de nuestra “cultura” al segundo pero, como sostenemos en estas páginas, resulta imposible separar en dos compartimentos estancos lo que debe ser visto como una interrelación en la que cada parte se modifica y complementa gracias a la otra. De tal suerte, no hay una respuesta simple a la pregunta de si la moralidad (el derecho y la justicia) es un fenómeno cultural o un fenómeno biológico. De hecho, planteada así la pregunta sería, como decimos, del todo incorrecta. La importancia de la relación mutua entre evolución biológica y emergencia de una conducta moral (y, a partir de cierto momento, jurídica) compleja cuando la especie humana estaba desarrollando sus capacidades cognitivas y el lenguaje articulado, es la hipótesis más razonable: el proceso evolutivo proporcionó al ser humano la habilidad y los requisitos para desarrollar una moralidad (que a su vez dio origen a la juridicidad) a la vez que un conjunto de necesidades, emociones y deseos básicos dieron lugar, con el paso del tiempo, a nuestra actual riqueza moral y jurídico-normativa.

Esa perspectiva implica que si nos atenemos a los modelos estándar de las actuales teorías jurídicas es posible inferir que resultan insuficientes porque: i) descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del problema del origen, evolución y función del derecho a partir de una concepción previa acerca de la naturaleza humana y de su historia evolutiva; ii) no ofrecen un método que permita analizar adecuadamente nuestras capacidades, habilidades y limitaciones al llevar a cabo las operaciones de comprensión y interpretación jurídica (iii) tampoco permiten evaluar sus resultados e impactos respecto a nuestras intuiciones y emociones morales (tanto las culturalmente formadas como, en particular, las de raíz biológica); iv) tienen un interés muy limitado —si es que cuentan con alguno— en la comprensión del contexto humano de factibilidad o aplicabilidad de las propuestas que les sirven de fundamento; y (v) resultan escasamente críticos

respecto de los modos de articulación y las consecuencias de los vínculos sociales relacionales por medio de los que los humanos construyen modos aceptables de interacción y de estructura social.

No hay duda que la herencia de los juristas y iusfilósofos fieles a la “pureza del derecho” es asombrosa, fascinante e inteligente. A lo largo de la historia humana fueron muchos los autores que elaboraron teorías jurídicas y de la moral, interpretaciones e historias sobre que significa ser humano, sobre que significa existir y sobre cómo debemos vivir. Sin embargo, estas ideas fértiles, aunque sólo sea como recursos metafóricos, y atractivas —ya sean filosóficas o religiosas— se reducen a interpretaciones con poca base empírica. Parece evidente que ya no podemos manejarnos en la filosofía y en la ciencia del Derecho del siglo XXI con una idea de naturaleza humana, del cerebro y de la mente procedente del siglo XVII y trabajando con los métodos del siglo XIX. Como recuerda Pinker (2013), “cuando leo a Descartes, Spinoza, Hobbes, Locke, Hume, Rousseau, Leibniz, Kant, Smith, me asalta a menudo la tentación de viajar hacia atrás en el tiempo para ofrecerles alguna pieza de ciencia fresca del siglo XXI que pudiera llenar algún hiato en sus argumentos o servirles para dar un rodeo y salvar algún obstáculo atravesado en su camino. ¿Qué no habrían dado estos Faustos por disponer de ese conocimiento? ¿Qué no podrían haber logrado, muñidos y pertrechados con el mismo? [...] La nuestra es una época extraordinaria para la comprensión de la condición humana. Problemas intelectuales que proceden de la antigüedad resultan ahora iluminados por los fogonazos procedentes de las ciencias de la mente, del cerebro, de los genes y de la evolución.”

Si se acepta que el paso adelante es necesario, resulta insólito que se siga cuestionando la importancia de las explicaciones de la naturaleza humana, con sus cualidades físicas, en ese contexto. Sabemos que algunas propiedades del conjunto mente/cerebro son innatas —en el terreno del lenguaje, por ejemplo (Chomsky, 1980)—, que todos los seres humanos poseen ciertas destrezas y habilidades de las que carecen otros animales, y que esos rasgos exclusivos de nuestra especie constituyen parte esencial la condición humana (Hauser, Fitch y Chomsky, 2002). Sabemos que somos el resultado de un proceso evolutivo que, para bien o para mal, forjó nuestra especie. Esta es la razón por la que la naturalización del derecho reclama volver a definir lo que es un ser humano, recuperar las claves de la naturaleza humana aceptando que los humanos son mucho más que un mero producto de factores socioculturales. Aunque la resistencia para dar por sentado que las respuestas a ciertas preguntas de una disciplina puedan venir de otros campos de investigación sea una constante, podemos por lo menos aducir nuevas razones para sustentar o refutar explicaciones que hasta ahora permanecen en el limbo de la filosofía y de la ciencia del derecho.

De hecho analizar la moralidad y juridicidad humana en función de sus orígenes, del doble proceso de hominización y humanización, permite entender cuáles son las diferencias que nos separan de otros primates o, si se prefiere, del mundo animal en su conjunto. Los descubrimientos de las neurociencias y de otras disciplinas cercanas como es la psicología ofrecen claves acerca de la psiquis humana que, si se ignoran, dejan sin cimientos al edificio teórico y metodológico de la ciencia jurídica, a la concepción del ser humano como causa y fin del derecho, y consecuentemente, a la tarea del jurista-intérprete de dar “vida hermenéutica” al derecho positivo.

De no encontrarse restringido cognitivo-causalmente el dominio de las preferencias humanas (que impone constricciones significativas para la percepción y el almacenamiento discriminatorio de representaciones socioculturales y que conforma el repertorio de patrones de actividad de nuestro cerebro de los que emerge nuestra conducta), se podría sostener que la alteración de la capacidad humana para evaluar/juzgar puede tener lugar en cualquier sentido que se desee. Pero aceptando cuál es el marco naturalista del ejercicio de los juicios se pueden dar pasos hacia una comprensión mejor de las condiciones de posibilidad y los límites del fenómeno jurídico, buscando siempre llegar a soluciones justas, psicológicamente aceptables y neurobiológicamente realistas.

Comprender la naturaleza humana, su limitada racionalidad, sus emociones y sus sentimientos parece ser el mejor camino para formular un diseño institucional y normativo que permita a cada uno coincidir con el otro en la búsqueda de una convivencia en común. Más allá de que la tendencia a la separación entre lo natural y lo cultural ha llevado a radicalizar algunos de esos valores (desligándolos de sus orígenes y razones específicas que los vieron nacer y presentándolos como de esencia espiritual, como una transcendencia que sobrepasa al propio ser humano), el derecho necesita de una base segura. Ésta puede sustentarse al menos, por lo que hace a la búsqueda de coincidencias generalizadas, en nuestra arquitectura cognitiva altamente diferenciada, plástica y especializada, es decir, en la naturaleza humana unificada y fundamentada en la herencia genética y desarrollada en un entorno cultural.

En resumen, el derecho (y consecuentemente la moral) es parte de la naturaleza humana y está evolutivamente enraizado en la sociabilidad de los humanos —de los primates, cabría generalizar—, aunque la tendencia a medir cuidadosamente nuestras acciones frente al que podríamos o deberíamos hacer en la “pasarela intersubjetiva” de nuestras vidas sean una característica singularmente humana. Se trata del diálogo interior que eleva el comportamiento moral a un nivel de abstracción y autorreflexión.

Del mismo modo, aunque el proceso de selección natural no haya especificado nuestras normas y valores morales nos ha dotado de una estructura neuronal psicológica con determinadas tendencias y habilidades necesarias para desarrollar una brújula interna que tenga en cuenta tanto nuestros propios intereses como los intereses de la comunidad en su conjunto. En ese aspecto, el sentido de la moral y de la justicia no es antitético de la naturaleza humana sino que forma una parte integrada de la misma. La moral y el derecho no existen más que en el cerebro del ser humano que se plantea sus cuestiones y solo él es capaz de producir, comprender y aplicar sus normas y valores. La estructura de esa máquina de pensamiento determina nuestras posibilidades, nuestras limitaciones y nuestro carácter. Si en algún órgano se manifiesta la naturaleza humana en todo su esplendor es sin duda en nuestro voluminoso cerebro: “somos nuestro cerebro” Swaab, 2010).

Ha llegado el momento de trasladar el problema del derecho a un ámbito distinto y más fructífero. Y aunque una perspectiva naturalista no pueda determinar si el cambio es adecuado ni que medidas deben ser adoptadas para crear, en el caso de que se opte por ella el cambio podrá contribuir a una cuestión de fundamental relevancia practico-concreta: quien aplica el derecho puede tratar de actuar en consonancia con la naturaleza humana o bien contra ella pero es más probable que alcance soluciones eficaces (consentidas y controlables) modificando el entorno en que se desarrolla la naturaleza humana que empeñándose en la imposible tarea de alterar por esa vía nuestra naturaleza. Es decir, se necesita un derecho que sirva a la naturaleza humana y no al contrario.

Desde un punto de vista científico, asumir la importancia de ese cambio de paradigma implica comprender y fundamentar, por medio de la construcción conjunta de alternativas reales y factibles, la denominada *naturalización de la ética*, un proyecto orientado entre otras cosas, a “mostrar cómo nuestra habilidad para comprender normas, las razones sobre ellas y la actividad basada en ellas, es una habilidad basada en el cerebro que puede ser explorada usando métodos científicos” (Churchland, 2011).

3. EL PROGRAMA NEONATURALISTA

No se nos escapa que podríamos estar atrapados en un callejón sin salida: el que supondría reconocer que la naturalización del derecho es necesaria pero, ¡ay!, imposible, al menos en el estado actual de los conocimientos acerca de la relación que existe entre mente y cerebro en este contexto.

Durante la última década y media el estudio del conjunto mente/cerebro se ha transformado gracias a los avances de las neurociencias dibujándose como una zona de convergencia de investigadores del ámbito de las ciencias y las humanidades que ha reactivado el debate clásico sobre la influencia de la naturaleza y el entorno en el comportamiento humano. En ese universo de plena "revolución naturalista", la moral y el derecho no tardaron en ser invadidos por las investigaciones provenientes de las ciencias que buscan entender en que consiste la naturaleza humana y las causas de nuestro comportamiento moral. La cantidad de investigaciones o "experimentos de ética" (por utilizar la expresión de Appiah, 2010) se ha incrementado durante ese lapso de tiempo casi de forma exponencial. También lo ha hecho la diversidad de métodos empleados. Poco a poco, la emergencia de modelos ha revitalizado los interrogantes en torno a los determinantes neurobiológicos de nuestra conducta convirtiéndose en un instrumento de estudio realista y sólido. De forma directa o indirecta, los avances interdisciplinarios no paran de lanzar nuevas luces sobre cuestiones antiguas acerca de la racionalidad humana, de la moralidad, del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de la voluntad libre, de la "rule of law" y de las relaciones entre los individuos. A cada día que pasa suceden nuevas tecnologías e investigaciones para obtención de imágenes detalladas del cerebro en funcionamiento y cuya finalidad consiste en estudiar, entre otras cosas, las bases cerebrales de la conducta, la intencionalidad y la agencia moral. Como dijo en cierta ocasión Patricia Churchland (2011), es ya imposible hablar de la mente, de la conciencia, de las creencias o del "yo" apelando a la introspección, sin tener en cuenta los avances de las neurociencias sobre el funcionamiento del cerebro.

En consecuencia, y de una manera trascendente, las neurociencias han adquirido una *pertinencia normativa* en el sentido de que se han vuelto pertinentes para comprender la inclinación extrema que tienen los humanos hacia construir sistemas normativos (morales, sociales, legales, etc.). De tal forma, se ha llegado a analizar cómo formamos juicios morales y a tratar de comprobar cuáles son los correlatos cerebrales de esa actividad que es la formación de los juicios y comportamientos morales.

Las posibles implicaciones morales, legales y sociales resultantes de la investigación neurobiológica de nuestra capacidad moral, de nuestro conocimiento del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo correcto y de lo incorrecto, han empezado a ser considerados bajo una óptica mucho más empírica y respetuosa con los métodos científicos. Las preguntas que deben responderse son muchas: ¿por qué la evolución de las funciones cognitivas superiores produjo seres morales? ¿En que consiste la moralidad? ¿Qué significa para el animal humano actuar como un agente moral? ¿De dónde viene nuestra predisposición natural para producir juicios morales (y jurídicos)? ¿Qué se esconde tras nuestros juicios morales, más allá de la reflexión y del razonamiento? ¿Cuál es el fundamento último de los valores humanos más apreciados como la justicia, la libertad, la igualdad, la autonomía y la dignidad? Las respuestas, cuando se logran, proporcionan nuevas formas de entender la estructura y el funcionamiento cerebral en los vínculos sociales, la toma de decisiones, la motivación moral, el libre albedrío, la responsabilidad personal, el comportamiento normativo y las representaciones de los valores jurídicos. Ni que decir tiene que un programa así pone en tela de juicio muchas de nuestras suposiciones básicas sobre el origen, el sentido, la función y la finalidad del derecho, con consecuencias profundas en el dominio propio (ontológico y metodológico) del fenómeno jurídico.

Aunque no sea necesario aclararlo, recordemos que el objetivo de las neurociencias es el estudio del cerebro y de la actividad cerebral. Dentro de ese terreno se encuentra el análisis, a partir de la relación mente-cerebro-cuerpo, de las bases neuronales del comportamiento humano o, lo que es lo mismo, de los mecanismos cerebrales que nos ayudan a entender desde la función de los genes en

la configuración del cerebro y el papel de los sistemas neuronales en la percepción del entorno a la relevancia de la experiencia como principio de orientación de las acciones futuras.

Se trata de una disciplina formada por un número de materias interrelacionadas que estudian, mediante diversos métodos, el funcionamiento del cerebro a distintos niveles y con distintos tipos de especialización. Una de las consecuencias más inmediatas y positivas de los avances producidos por esa nueva ciencia es la sustitución de la concepción cartesiana de la dicotomía mente-cerebro: la constatación de que la mente es un estado funcional del cerebro, de que todo lo que pasa en la mente (la actividad mental) se debe a (o al menos depende de la) actividad del cerebro. En otras palabras, la actividad mental es actividad cerebral, en especial el procesamiento de la información que este lleva a cabo: un “*continuum mente-cerebro*” que implica precisamente que no hay una separación radical entre lo mental y neural (Llinás y Churchland, 2006).

Ese planteamiento sugiere, en primer lugar, que la percepción, el pensamiento, la conciencia, la introspección y las demás actividades mentales son actividades del cerebro, es decir, una dimensión particularmente sofisticada de la vida biológica. En segundo lugar, esa concepción implica la integración de las propiedades funcionales del cerebro en todos sus niveles de organización, desde las neuronas, las áreas y las redes cerebrales hasta el comportamiento. Finalmente, se constata que “los cerebros humanos evolucionaron a partir de cerebros animales y que tienen mucho en común con ellos, tanto estructural como funcional y cognitivamente y que, por excepcional que sea el cerebro humano, es el producto de la evolución darwiniana, con todas las limitaciones que ello implica” (Llinás y Churchland, 1996).

Toda forma de actividad mental produce en el cerebro cambios eléctricos, magnéticos o metabólicos que pueden ser analizados mediante técnicas como la tomografía por emisión positrónica (PET), la resonancia magnética funcional (fMRI), la electroencefalografía (EEG) y la magnetoencefalografía (MEG) con mayores o menores resoluciones espaciales y temporales. Por más asombrosa que pueda resultar la inseparable vinculación mente-cerebro, las pruebas a su favor son cada vez más contundentes. Hoy ya se pueden establecer muchos vínculos de causa y efecto entre un suceso físico, por un lado, y un suceso mental, por otro (Pinker, 1999). Ya es posible ver como diferentes estructuras y subestructuras del cerebro generan sentimientos y emociones, medir la señal eléctrica de neuronas individuales, mapear la actividad neuronal que conforma los pensamientos de una persona, señalar las alteraciones cerebrales que resultan de experiencias relacionadas con los juicios morales y comprender de que manera nuestras experiencias producen cambios estructurales y funcionales en un cerebro sensible al entorno.

Desde tal perspectiva, la neurociencia es la disciplina que permite una aproximación al conocimiento de cómo se han construido y que circuitos neuronales están implicados y participan en la elaboración de las decisiones que toma el ser humano, en la memoria, la emoción y el sentimiento, y, en particular, en los juicios y los pensamientos implicados en las conductas éticas. Así, la localización de los correlatos cerebrales relacionados con el juicio moral usando tanto técnicas de neuroimagen como por medio de los estudios sobre lesiones cerebrales, supone un cambio de rumbo radical en la historia de las ciencias sociales normativas. El objetivo es, principio, el intento de aclarar la localización de funciones cognitivas elevadas, al estilo de la capacidad para la elaboración de juicios morales. Y una vez que la base neurológica de las prácticas jurídicas y morales puede ser explicada a partir de las investigaciones neurocientíficas y evolutivas, se llega a la convicción de que, para comprender esa parte esencial del universo ético y jurídico, es necesario dirigirse hacia dentro en el cerebro buscando allí los sustratos responsables de nuestros juicios morales, nuestras emociones, nuestros pensamientos y nuestras conductas.

Vayamos con algunos ejemplos.

Disponemos ya de algunas pistas que nos indican en qué forma nuestro cerebro se encarga de procesar los dilemas morales. Las primeras evidencias fueron aportadas por el equipo de Antonio Damasio al mostrar que la amígdala, una parte del cerebro que interviene en el control de las

emociones, juega un papel importante en los juicios sociales (Adolphs, Tranel, & Damasio, 1998; Adolphs, Tranel, Damasio, & Damasio, 1994). Se inauguraba así un interés por los aspectos emotivos del juicio que, gracias a las técnicas de imaginería cerebral —resonancia magnética funcional, sobre todo—, ha logrado llegar incluso a la identificación de las zonas cerebrales que actúan cuando quien juzga se encuentra o no personalmente implicado en la acción. Es muy conocido el estudio por parte de Damasio de las consecuencias de la interrupción de los lazos neuronales existentes entre el lóbulo frontal y el sistema límbico, accidente que lleva a la incapacidad para comportarse de una forma socialmente aceptable (Damasio, 1994).

Pero Greene y colaboradores han establecido, mediante fMRI, la existencia de dos circuitos cerebrales distintos en la decisión moral (Greene et al, 2001). Citamos textualmente el ejemplo tomado de Greene (2002): Supongamos que un tranvía descontrolado está a punto de atropellar y matar a cinco personas. Supongamos, además, que usted puede pulsar un interruptor que desviará el vehículo a una vía diferente donde matará sólo una persona en lugar de cinco. ¿Es correcto pulsar el interruptor? Pero ¿qué pasaría si la única manera de salvar a las cinco personas consiste en empujar a una persona haciéndola caer delante del carro, cosa que le causará la muerte, salvando a los demás? ¿Le parece bien hacerlo?

El primer caso (“interruptor”), el del interruptor que hay que pulsar sería un juicio impersonal en el que la mente hace un cálculo casi matemático de tipo utilitarista —¿es lícito salvar la vida de cinco personas sacrificando la de otra?— mientras que en el segundo (“empujón”) esta implicado un juicio personal —¿soy capaz de empujar a alguien lanzándole a la muerte?.

En los juicios con implicación personal, Green et al (2001) indican que intervienen áreas cerebrales relacionadas con el procesamiento cerebral de las emociones (frontal medial; giro frontal, angular y posterior), cosa que parece lógica en términos de sentido común. La conclusión más sorprendente que sacan esos autores, sin embargo, es la de que no existen diferencias en la activación cerebral entre los juicios morales en los que uno mismo no está implicado y los juicios no morales. Algo que contradice todas las intuiciones de los filósofos ilustrados del *moral sense* acerca de la simpatía como vínculo que permite juzgar la conducta de otros de igual o parecida manera que la de uno mismo, y más aún cuando la diferencia entre implicación personal y la falta de ella en los experimentos es muy pequeña.

En contraste con los descubrimientos de Greene y colaboradores, Moll et al. (2002) investigaron la respuesta cerebral de sujetos ante frases con contenido moral (Disparó a la víctima hasta matarla; Las personas mayores no tienen utilidad alguna), frases vacías de contenido moral pero desagradables (Lamió la taza del retrete), frases vacías de contenido moral y neutras (El pintor utilizó su mano como pincel), y frases en las que las palabras se mezclan de manera arbitraria (La vida vuelta de zapatos fue beber al hermano). El resultado fue la activación de un circuito específico para los juicios morales (corteza medial orbitofrontal, polo temporal y sulcus temporal superior del hemisferio izquierdo) frente a los no morales pero desagradables, que activaban zonas cercanas a las detectadas por Green et al para los juicios morales personales (amígdala izquierda, giro lingual, giro orbital lateral) que son conocidas como parte del sistema límbico. Puede que se deba distinguir mejor entre componentes desagradables y juicios morales, ya que bastantes de los juicios utilizados en los experimentos se refieren a actos que causan en sí mismos rechazo en forma de asco (asesinatos, actos violentos). Pero lo que parece evidente es que no cabe hablar de “juicio moral” en términos generales porque en ese tipo de decisiones mentales pueden estar implicadas circunstancias muy distintas que llevan a que nuestro cerebro funcione de manera diversa. Volviendo al experimento de Greene y colaboradores (2001), un número muy elevado de personas optan por el sacrificio de la vida de una persona para salvar a otras cinco en el caso del “interruptor” pero niegan que eso sea aceptable en el caso del “empujón”. Siendo así, parece que la manera como intervienen las redes cerebrales influye en el planteamiento y resolución de los dilemas, cosa que abre una perspectiva compleja respecto de los conceptos tradicionales de culpa y responsabilidad. ¿En qué medida, por ejemplo, podrían afectar determinados trastornos de personalidad en el establecimiento de tales redes cerebrales? El panorama que las neurociencias plantean supone formas muy novedosas de plantear conceptos

tradicionales pero las evidencias alcanzadas no hacen sino arañar la superficie de lo que son las guías cerebrales de la evaluación y la conducta

4. DUDAS EMERGENTES

Un resumen apresurado de lo dicho llegaría a la conclusión de que los neurocientíficos intentan hacer visibles aspectos de la condición humana mediante procedimientos de imágenes cerebrales que permitan retratar, por así decir, el pensamiento, los estados emocionales, los correlatos de activación neuronal que se producen cuando el sujeto de experimentación piensa o formula juicios morales, dando por sentado que los fenómenos o procesos mentales relacionados con ellos —como los juicios morales— son propiedades emergentes de la actividad cerebral. Pero, ¿en qué medida ese programa, aplicado a la naturalización del derecho nos permite dejar éste en manos de la neurociencia? Cuando la sociobiología comenzó a ofrecer modelos de análisis de la conducta grupal humana, Wilson lanzó una exigencia lapidaria: ha llegado el momento de sacar la ética de manos de los filósofos y ponerla en la de los biólogos. Las inquietudes que produjo una propuesta radical así aparecen ahora de nuevo. ¿Están los neurocientíficos creando un mundo ambicioso que resultará en la imposición de una revolución lenta, silenciosa, destructiva y subversiva de los “valores humanos” hasta ahora anclados en la tradición? ¿Se avecina una nueva manera de pensar y entender la conducta humana?

A la hora de buscar respuestas adecuadas a esos interrogantes surgen nuevas preguntas. ¿Qué códigos posee el cerebro que modelan la ética, la responsabilidad personal, los vínculos sociales relacionales, las transacciones sociales, económicas y jurídicas, e inclusive el “arte” de la interpretación jurídica? ¿Dónde se ubican en el cerebro las emociones sociales, el libre albedrío, los juicios, los razonamientos y la cognición moral? ¿Qué tiene que ver la neurociencia con el Derecho y la Jurisprudencia? ¿Cuál es la relación entre los avances de las ciencias de la vida, del cerebro y de la mente con las investigaciones teóricas en el derecho?. Y, en particular, ¿en qué medida un enfoque naturalista podrá a venir rescatar la filosofía y la ciencia del derecho de su aislamiento teórico, del hermetismo dogmático y del anacronismo metodológico a la que estas llegaran?

Tal vez, aunque no seamos capaces todavía de responder de manera adecuada a esas dudas, el planteamiento que hemos defendido aquí indique el mejor camino para poder alcanzar algún día un conocimiento firme: tan dualista es sacar la ciencia del derecho como sacar el derecho de la ciencia. La necesidad de un trabajo interdisciplinar funciona también en el sentido contrario. Un programa neonaturalista digno de ese nombre debe someterse, en el siglo XXI, a las exigencias metodológicas que establecen la filosofía y la teoría del derecho como un campo en el que neurocientíficos y juristas están condenados a colaborar.

5. BIBLIOGRAFIA

R. ADOLPHS, D. TRANEL, H. DAMASIO, H & A. DAMASIO, "Impaired recognition of emotion in facial expressions following bilateral damage to the human amygdala", *Nature*, núm. 372, 1994, pp. 669-672.

R. ADOLPHS, D. TRANEL, & A. DAMASIO, "The human amygdala in social judgement", *Nature*, núm. 393, 1998, pp. 470-474.

K.A. APPIAH, *Experiments in Ethics*, Editorial Harvard University Press, Cambridge, 2008

N. CHOMSKY, *Rules and Representations*, Editorial Blackwell, Oxford, 1980

P.S. CHURCHLAND, *Braintrust: What Neuroscience Tells Us about Morality*, Editorial Princeton University Press, Princeton, 2011.

A.R. DAMASIO, *Descartes' Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*. Editorial G.P. Putnam's Sons, New York, 1994

F. DE WAAL, *The bonobo and the atheist*, Editorial W.W.Norton, New York, 2013.

J.D. GREENE ET AL., "An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment", *Science*, núm. 293, 2001, pp. 2105-2108.

J.D. GREENE, "How (and where) does moral judgement work?" *Trends in Cognitive Neuroscience*, núm. 6, 2002, pp. 517-523.

R.M. HARE, "What Makes Choices Rational?" *Review of Metaphysics*, núm. 32, 1979, pp. 623-637.

M.D. HAUSER, N. CHOMSKY & W.T. FITCH, "The Faculty of Language: What Is It, Who Has It, and How Did It Evolve?" *Science*, núm. 298, 2002, pp. 1569-1579.

R. LLINÁS, & P.S. CHURCHLAND, *Mind-Brain Continuum*, Editorial MIT Press, Cambridge, 1996

J. MOLL ET AL., "Functional Networks in Emotional Moral and Nonmoral Social Judgements", *NeuroImage*, núm. 16, 2002, pp. 696-703.

S. PINKER, "The Blank Slate, the Noble Savage, and the Ghost in the Machine", *The Tanner Lecture on Human Values*, Utah University, Salt Lake City, 1999.

S. PINKER, "Science is not your ennemy", *New republic*, núm. August 6, 2013. <http://www.newrepublic.com/article/114127/science-not-enemy-humanities>.

D. SWAAB, *Wij zinj ons brein*, Editorial Contact, Amsterdam, 2010.

E.O. WILSON, *Sociobiology: The New Synthesis*. Editorial Harvard University Press, Cambridge, 1975.

DIVERSIDAD Y DIÁLOGO GRACIAS A LA *SOFT RELIGION*

Francesc Torradeflot Freixes
Director de la Asociación UNESCO para el
Diálogo Interreligioso

Fecha de recepción: 4 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 14 de junio de 2014

SUMARIO: 1) LA DIVERSIDAD RELIGIOSA COMO VALOR CULTURAL COMÚN EN SOCIEDADES PLURALES. 2) LA DIVERSIDAD Y EL DIÁLOGO INTERRELIGIOSO COMO ADALIDES DE LA CULTURA DE LA PAZ. 3) LOS DISCURSOS RELIGIOSOS SOBRE LA ALTERIDAD SON CLAVE . 4) EL EJEMPLO DE LAS FUENTES DEL DISCURSO CATÓLICO PLURALISTA. 5) LAS TRADICIONES RELIGIOSAS COMO FUENTE Y OBJETIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 6) UNA DEFINICIÓN AMPLIA Y FUNCIONAL DE LO RELIGIOSO.

RESUMEN: La diversidad religiosa es un fenómeno en expansión, a pesar de los escollos que pueden presentar del dominio de algunas tradiciones religiosas y el laicismo. Esta idea de creciente importancia también se refleja en las políticas internacionales y nacionales, que pretenden adaptar sus ordenamientos jurídicos al pluralismo religioso, a fin de evitar escenarios de imposición.

ABSTRACT: The religious diversity is an expanding phenomenon, regardless of the issues that may arise amongst some traditional religions and the laicism. This idea, which is becoming more important, can be observed both in international and national politics, aimed at adapting their legal system to the religious pluralism, with the immediate purpose of preventing imposition situations.

PALABRAS CLAVE: Diversidad, pluralismo, globalización.

KEY WORDS: Diversity, pluralism, globalization.

1) LA DIVERSIDAD RELIGIOSA COMO VALOR CULTURAL COMÚN EN SOCIEDADES PLURALES

El fenómeno de la diversidad religiosa es cada vez más una realidad. Se había dado desde siempre en el subcontinente indio, pero no era un hecho frecuente ni universal hasta que la época de la globalización se fue consolidando y extendiendo. Diversidad religiosa no significa necesariamente pluralismo religioso, entendido éste como una situación de derecho que supone el respeto y valoración de la diversidad religiosa como hecho positivo para la ciudadanía y para el bien común. La diversidad religiosa ha convivido y sigue conviviendo con demasiada frecuencia con, por un lado, situaciones de dominio de una tradición religiosa sobre las otras que viven sumisas en contextos de marginación, discriminación o exclusión y, por otro lado, con un laicismo beligerante que pretende reducir la religión al ámbito de la vida privada. Perviven todavía demasiados estados confesionales o semiconfesionales que permiten, de manera más o menos manifiesta, la discriminación de las minorías religiosas bajo la preeminencia legal local de una mayoría religiosa, silenciando discreta y premeditadamente toda la legislación internacional que consagra el derecho a la libertad religiosa y a la no discriminación por motivos de religión o de creencia. Una situación análoga se produce en los estados laicistas en relación al hecho religioso como tal, aunque éstos son cada vez menos y están suavizando más sus posturas.

Son cada vez más los estados que, movidos por una legislación internacional claramente orientada, se deciden a favorecer el pluralismo religioso. A pesar de las evidentes y preocupantes dificultades¹, podemos decir que la pluralidad religiosa del mundo se está convirtiendo en un hecho sin discusión. Hay diversidad dentro de una misma tradición religiosa o espiritual y hay diversidad porque existen muchas tradiciones distintas. La palabra “afiliación” que frecuentemente se usa para realizar estudios sociológicos sobre el hecho religioso implica, según la Enciclopedia Británica, “algún tipo de conexión formal, habitualmente documental, entre la religión y el individuo pero no dice nada sobre la naturaleza de la práctica religiosa personal del individuo”. La naturaleza de la afiliación varía mucho según el país o el área cultural, tanto como varía también el contexto social de la práctica religiosa. Además en los países con religiones mayoritarias suele ocurrir que muchos de los formalmente religiosos no practican y que se ignoran las minorías religiosas en los recuentos. A menudo también ocurre que se dan fenómenos de múltiple pertenencia que hacen que se cuente la afiliación por duplicado, especialmente en países orientales y en el occidente más desarrollado. Las fuentes más fiables para ofrecer datos estadísticamente aproximados pero suficientemente acreditados, que tengan en cuenta, de alguna manera, estas y otras variables, son casi exclusivamente fuentes de origen cultural cristiano.

Según la Enciclopedia Británica, alrededor de un tercio de la población mundial se confiesa cristiano, más de dos tercios del cual vive en Europa y América; prácticamente el 20% es musulmán, más del 95% del cual vive en Asia y en África; alrededor de un 14 % es hindú, la práctica totalidad del cual vive en Asia; casi el 7 % se identifica con alguna de las religiones chinas populares; y un 6 % es budista, la inmensa mayoría en el continente asiático.

De todas maneras lo más interesante es la creciente pluralidad religiosa que están experimentando un gran número de países, especialmente del mundo más desarrollado, debido a la movilidad creciente facilitada por la agilización de las comunicaciones y por la

¹ El 70% de la población del planeta sufre fuertes restricciones en su libertad religiosa (cfr. **Global Restrictions on Religion**, Pew Forum on Religion & Public Life, 2009, p. 1). El informe puede ser consultado en <http://pewforum.org/newassets/images/reports/restrictions/restrictionsfullreport.pdf>.

globalización de la economía. Al pluralismo debido a la inmigración de las antiguas colonias, hay que añadir los desplazamientos cada vez más frecuentes de población de los países menos favorecidos económicamente hacia los países ricos que demandan mano de obra barata para poder seguir manteniendo sus niveles de vida. Esto ha hecho, por ejemplo, que los países latinos del sur oeste de Europa, tradicionalmente católicos, hayan experimentado en los últimos decenios un incremento sustancial de la inmigración y, con ella, del pluralismo religioso y de la conciencia pública de diversidad religiosa.

Pero más allá de la realidad sociológica, el pluralismo es manifestación de la coherencia e interdependencia de la propia vida. Existe un principio intrínseco de coherencia entre los diversos pluralismos (cultural, religioso, lingüístico, natural – biodiversidad-) que hace que se sostengan mutuamente y se interrelacionen. Si se acepta el principio de que la diversidad es una riqueza para el ser humano y no una amenaza para su subsistencia y estabilidad como especie, entonces la resistencia al cambio y hostilidad hacia la diferencia, la sumisión y la obediencia a la autoridad, la discriminación del débil, todo aquello que es contrario a la democracia –entendida aquí como el sistema de organización humana que respeta a todos los seres humanos desde la igualdad y la justicia-, dejan de justificarse a sí mismos como necesarios y deseables y aparecen, al contrario, como la negación de la vida y de la paz.

Es cierto que la diversidad y el pluralismo, especialmente los religiosos, no son siempre percibidos como positivos, pero, a pesar de ello, se suele reconocer como imprescindible el diálogo. El mismo Huntington, que entiende a las civilizaciones como grupos de culturas entorno a las que se configuran identidades en conflicto, identidades en las que la diversidad, la diferencia, es, por definición, “enemiga”², termina por reconocer que, al final, las civilizaciones no deben imponerse unas a otras sino dialogar y buscar un nuevo orden común³.

Un filósofo político como John Rawls, un auténtico clásico en su disciplina, propone un “consenso entrecruzado de religiones” que se base en la congruencia o la analogía de la concepción de justicia independiente y de la de las tradiciones religiosas⁴. Rawls considera la diversidad religiosa como una característica permanente de las sociedades democráticas⁵, distinguiendo el pluralismo factual del “razonable” (“resultado del trabajo de la razón práctica en el marco de las instituciones libres”)⁶, ya que la unanimidad en moral o religión sólo se da bajo la opresión⁷.

Una muestra cercana de esa creciente pluralidad es el conjunto de estudios sobre la diversidad religiosa en las diferentes autonomías del estado, financiados, en su inmensa mayoría –salvo el catalán-, por la Fundación Pluralismo y Convivencia.⁸ En estos estudios, que, para evitar los problemas de falta de fiabilidad relacionados con la afiliación, han utilizado como baremo objetivo más fiable para calibrar el aumento de la diversidad religiosa en España la identificación de los lugares de culto, podemos observar el importante crecimiento de los musulmanes, cristianos evangélicos y ortodoxos, sikhs y budistas, experimentado en los últimos años.

² Cfr. S. HUNTINGTON, *El Choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 13. 20-22. 36-37. 39.46. 61. 144. 147. 151. 153. 249. 325.

³ Cfr. S. HUNTINGTON, *El Choque de civilizaciones...cit.*, nota 2, p. 382. 384. 386.

⁴ Cfr. J. RAWLS, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2006, p. 40-41.

⁵ Cfr. J. RAWLS, *El liberalismo político ... cit.*, nota 4, p. 66.

⁶ Cfr. J. RAWLS, *El liberalismo político ... cit.*, nota 4, p. 67. 80.

⁷ El exclusivismo es “irrazonable”, especialmente si pretende el uso del poder público para imponerse (J. RAWLS, *El liberalismo político ... cit.*, nota 4, p. 92) y, como tal, debe de ser contenido (Ibidem, p. 94-95). El liberalismo no va contra las creencias ni contra las convicciones pero sí que afirma que no es posible el acuerdo político entre ellas (Ibidem, p. 94).

⁸ La primera de las publicaciones fue la de J. ESTRUCH, J. GÓMEZ, M. M. GRIERA, A. IGLESIAS, *Les altres religions – Minories religioses a Catalunya*, Mediterrània, Barcelona, 2004, 433p., que la Fundación Pluralismo y Convivencia editó en castellano. Las referencias de las otras publicaciones pueden verse en <http://www.pluralismoyconvivencia.es/publicaciones/>.

Lo global y lo local son interdependientes. Las sociedades urbanas son cada vez más plurales no sólo por el hecho migratorio sino por la cada vez mayor accesibilidad a la información y a la intercomunicación a través de medios de comunicación cuyo prestigio está directamente relacionado a su mayor o menor agilidad, interactividad e independencia y por la creciente conciencia del valor de la libertad personal que aumenta la percepción de pluralidad legitimándola hasta límites antes insospechados.

A pesar de los desafíos que la diversidad presenta, la diversidad, en sus múltiples expresiones, cultural, lingüística, biológica, religiosa, de género e ideológica, gana terreno y aparece como un valor y una riqueza para toda la humanidad. Esta es la perspectiva de la UNESCO⁹. La UNESCO considera que la cultura es “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, las formas de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.”¹⁰ Es obvio que las expresiones “rasgos distintivos espirituales” y “afectivos” así como “las tradiciones y las creencias” permiten afirmar con claridad que lo que habitualmente consideramos como religión queda incluido –y, por supuesto, no necesariamente reducido– en esta definición.

La UNESCO valora la diversidad cultural y la considera una característica que define la humanidad¹¹, una herencia común que ha de ser preservada y cuidada¹², una riqueza para el desarrollo de las comunidades y de los pueblos¹³, su “patrimonio común”¹⁴. Por ello, y siempre desde esta perspectiva, el hecho religioso no debe ser utilizado más como arma ideológica arrojadiza. Todos, independientemente de sus adhesiones y confesiones, podemos enriquecernos culturalmente de él.

2) LA DIVERSIDAD Y EL DIÁLOGO INTERRELIGIOSO COMO ADALIDES DE LA CULTURA DE LA PAZ

Pero la diversidad sin convivencia, aun siendo un valor común, de poco sirve si no encuentra senderos de convivencia que ayuden al diálogo y a la cohesión social. La paz se edifica en la mente de los seres humanos, como destaca el preámbulo de la Constitución de la UNESCO. Cuando se habla de mente, incluye también, si nos guiamos por la definición cartesiana, la voluntad, la imaginación y el sentimiento, dimensiones cultivadas de manera

⁹Sobre el papel relevante y decisivo de las Naciones Unidas en la promoción de la libertad de religión, la no discriminación por razones de religión y el diálogo interreligioso, ver TORRADEFLOT, F., “El cristianismo y el diálogo interreligioso”, en F. J., CARMONA, *Historia del cristianismo – IV. El mundo contemporáneo*, Trotta, Madrid, 2010, p. 556-616, especialmente 587-595.

¹⁰ Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversitat Cultural, preàmbul, a Tots som diferents – Textos nomatius de la UNESCO sobre diversitat cultural i lingüística, Angle/Unescocat, 2006, p. 59. Rifkin dice también que “la cultura está constituida por todas las formas de afiliación que nos definen y que no provienen ni de una relación comercial ni del estado. La cultura no se reduce a un “tercer sector”. Engloba la religión, el deporte, el arte, el cine, los juegos, la amistad, etc.” (RIFKIN, Jeremy, “L’era de l’accés: Apostes i perspectives de les xarxes”, a BINDÉ, Jérôme (dir.), Cap a on van els valors, Angle/Unescocat, 2005, p. 200).

¹¹ “Cultural diversity is a defining characteristic of humanity”(Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (2005), Preámbulo).

¹² “Cultural diversity forms a common heritage of humanity and should be cherished and preserved for the benefit of all” (Ibidem).

¹³ “Cultural diversity creates a rich and varied world, which increases the range of choices and nurtures human capacities and values, and therefore is a mainspring for sustainable development for communities, peoples and nations” (Ibidem).

¹⁴ “Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la biodiversidad para los seres vivos. En este sentido, constituye el *patrimonio común* [el subrayado es nuestro] de la humanidad y ha de ser reconocida y afirmada en beneficio de las generaciones actuales y de las generaciones futuras.” (Declaració Universal de la UNESCO sobre la Diversitat Cultural, art. 1, a Tots som diferents – Textos nomatius de la UNESCO sobre diversitat cultural i lingüística, p. 60). Ver también el Informe del Director General de la UNESCO en la Asamblea General de las Naciones Unidas “Promoción de la comprensión, armonía y cooperación religiosa y cultural” (2004), III, 21; IV, 30. 32. 35.

preeminente por las religiones y convicciones.¹⁵ La paz es más que una opción, es una necesidad inevitable e imprescindible y las religiones no pueden quedar al margen de este desafío, especialmente en la actual coyuntura económica, social i política. Se trata también de un compromiso en favor del pluralismo¹⁶ y de una cultura de la paz, que promovió el único director general español que ha tenido la UNESCO, Federico Mayor Zaragoza¹⁷, y que ha defendido, desde sus orígenes y de manera activa, Fèlix Martí, fundador y expresidente de honor del Centro UNESCO de Cataluña¹⁸.

La UNESCO ha mostrado en los últimos tiempos un especial interés en fomentar la cultura de la paz a través del diálogo intercultural y, muy específicamente, a través del diálogo interreligioso. En la actualidad el diálogo interreligioso es un tema transversal de la organización que ocupa de manera especial las áreas de educación y de cultura. La UNESCO pretende favorecer la cultura de la paz mediante el intercambio en materia de educación, de investigación y de cultura. La Declaración sobre el Papel de la Religión en la Promoción de una Cultura de la Paz (1994), también llamada Declaración de Barcelona, subraya la necesidad de no justificar nunca más las guerras de religión así como la necesidad del diálogo verdadero y continuo entre las religiones para garantizar la perdurabilidad de la paz, destacando la importancia de la educación religiosa abierta a la tolerancia para conseguir la paz:

“Nos comprometemos a garantizar una educación para todos que sea verdaderamente humana, una educación para la paz, la libertad, los derechos humanos y una formación religiosa que promueva la apertura de espíritu y la tolerancia.” (Art. 16).

La Declaración de Barcelona insiste en que las comunidades religiosas han de “fomentar una conducta inspirada en la sabiduría, la compasión, el afán de compartir, la caridad, la solidaridad y el amor, que guíe a todos por los caminos de la libertad y la responsabilidad” sin “identificarse con los poderes políticos, económicos o sociales, sino que han de mantenerse libres para trabajar por la justicia y la paz” evitando cualquier

¹⁵ “Mais qu’est-ce donc que je suis? Une chose qui pense. Qu’est-ce qu’une chose qui pense? C’est-à-dire une chose qui doute, qui conçoit, qui affirme, qui nie, qui veut, qui ne veut pas, qui imagine aussi, et qui sent.” (R. DESCARTES, *Méditations*, en ID., *Oeuvres et lettres*, Gallimard (Bib. Pléiade), 1953, p. 278).

¹⁶ “Puede mejorarse la cualidad de las relaciones entre los grupos, esencial para el desarrollo, y a la vez se puede evitar el despilfarro por desvío de las energías sociales en luchas étnicas y religiosas, siempre que se ideen los mecanismos que consigan la protección del derecho de los individuos y de los grupos a la hora de manifestar su singularidad cultural y buscar la aceptación y la comprensión de los otros” (J. PÉREZ DE CUELLAR, *La nostra diversitat creativa – Informe de la Comissió Mundial sobre la Cultura i Desenvolupament*, Centre UNESCO de Catalunya, Barcelona, 1997, p. 72).

¹⁷ F. MAYOR ZARAGOZA, *Un món nou*, Centre UNESCO de Catalunya, Barcelona, 2000. “El mayor reto para la humanidad, en el siglo XXI, será sin duda aprender a vivir junta, como señaló Jacques Delors en el Informe de la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI (...). Hay que decirlo claramente: esta cultura de exclusión del otro, impuesta a las sociedades en crisis en nombre de identidades ficticias y de mitologías falsas, llevaría, si hubiera de prevalecer, al estallido del mundo en “comunidades de sangre, basadas en la exclusión y en el odio, que reducen la democracia en beneficio de un paternalismo tirano o de un tribalismo consensual” (Ibidem, p. 427). Mayor presenta la cultura de la paz como un concepto evolutivo definido en relación a unos principios fundamentales como la no-violencia y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona – especialmente de los más débiles; la comprensión, la tolerancia y la solidaridad entre las culturas rechazando la xenofobia y el racismo; el reparto y la libre circulación de la información; la participación plena y total de las mujeres en los poderes correspondientes (Ibidem). Mayor añade que la amplitud de miras y el diálogo son la base de la promoción de una cultura de la paz y de una actitud de aceptación mutua de las diferencias” y que “la educación ha de combinar la educación por la ciudadanía –y por tanto para la participación– y la educación para la paz, es decir para la tolerancia. Hay que formar a cada individuo en el respeto de los derechos humanos y en al comprensión intercultural, a través de una transferencia y un reparto de conocimientos entre culturas y sociedades diferentes, ya que la coincidencia de ideas es la que puede hacer nacer la paz positiva. Lo que deseamos es una educación de todos para todos a lo largo de toda la vida, que permita enseñar los valores del diálogo, de la concertación y de la no-violencia y construir una ética nueva, que será necesariamente una ética del futuro.” (Ibidem, p. 428). Mayor afirma con rotundidad “Las acciones a favor del pluralismo y del diálogo intercultural tienen una importancia capital para la construcción de la paz en el siglo XXI” (Ibidem, p. 429).

¹⁸Cfr. F. MARTÍ, “Les religions i la cultura de la pau”, *Recull de textos recents de Fèlix Martí*, Centre UNESCO de Catalunya, Barcelona, 2003, p. 107-112.

confusión con el poder del estado que perjudicaría a la sociedad y a las propias tradiciones religiosas (art. 20), así como cualquier pretensión de superioridad inherente (art. 21).

Otros documentos UNESCO deben ser tenidos en cuenta a la hora de considerar el valor de las religiones como fuentes de paz. Así, las Propuestas de la Primera Reunión de Expertos de las Tres Religiones (1995), la Declaración de Principios sobre la Tolerancia (1995), las Conclusiones del III Seminario UNESCO sobre la Contribución de las Religiones a la Cultura de la Paz sobre la educación religiosa en un contexto de pluralismo y tolerancia (1998) y la Declaración y Recomendaciones de la Conferencia Internacional sobre Diálogo Interreligioso (2000), entre otros. En la actualidad más de una docena de cátedras UNESCO de diálogo interreligioso, la mayoría de ellas en Europa, en la cuenca mediterránea y en Asia central, se ocupan de divulgar el valor de las religiones como factor de paz así como de fomentar esta perspectiva positiva de las religiones en la educación.

Todo ello nos permite afirmar que disponemos ya de un cuerpo doctrinal sobre el diálogo intercultural e interreligioso, incluso interconviccional, que es ampliamente suficiente. De lo que todavía carecemos es de suficientes buenas políticas y prácticas que encarnen ese corpus y que se traduzcan en una mayor e inequívoca sensibilización de las sociedades.

3) LOS DISCURSOS RELIGIOSOS SOBRE LA ALTERIDAD SON CLAVE

Es necesario prestar una creciente atención al análisis de la evolución de los discursos (doctrinas, teologías y filosofías de las religiones) y de las prácticas de las diversas tradiciones religiosas y espirituales en lo referente a su valoración de la alteridad interna (diversidad intrareligiosa) y externa y a las consecuencias que esta evolución puede comportar y supone para la cohesión social. En este sentido, y en un segundo momento, puede plantearse seriamente la necesidad de encontrar la forma de incidir, respetando los principios de neutralidad e imparcialidad del estado en relación a las tradiciones religiosas¹⁹, en esta evolución e implicar a las diferentes tradiciones religiosas, a la sociedad civil en general y a las administraciones en el intento de favorecer desarrollos cada vez más abiertos a una valoración positiva e inclusiva de la alteridad, por supuesto desde el respeto y la tolerancia. No se debe descartar la responsabilidad de identificar, y en su caso hasta denunciar, los enquistamientos o las evoluciones hacia actitudes de intransigencia, rechazo, condena e incitación al odio de la alteridad²⁰, pero siempre como último recurso y agotadas todas las formas de dar prioridad a las estrategias e iniciativas que faciliten la evolución natural y respetuosa con los procesos y dinámicas internos de cada tradición religiosa y espiritual en un marco cultural, histórico y geográfico determinado. Debemos ser conscientes de que una de las más recientes crisis del diálogo interreligioso a nivel global y local es su excesiva tolerancia con los intolerantes. El adjetivo “excesiva” califica una tolerancia exenta de una honesta y transparente exigencia.

Se debe considerar la manera en que las lecturas y hermenéuticas literales de los textos sagrados o de referencia espiritual fundamental y última pueden favorecer y favorecen actitudes de intolerancia, de exclusión y de odio de los seguidores de las

¹⁹ Cfr. Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, Office for Democratic Institutions and Human Rights de l'OSCE, 2004, p. 11. Cfr. NUSSBAUM, Martha, Libertad de conciencia – Contra los fanatismos, Tusquets, 2009, Barcelona, 47. 264. “La discriminación entre seres humanos por motivos de religión o creencia constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.” (Declaración sobre la eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación basadas en la Religión o en la Creencia, art. 3). Ver también la Resolución 48/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el mismo tema (20 de diciembre de 1993).

²⁰ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 20, punto 2.

diferentes tradiciones hacia los miembros de otras comunidades religiosas o hacia seguidores de convicciones no religiosas²¹. Durante demasiado tiempo, por diversos motivos, se ha olvidado la relación entre el discurso religioso y la incitación al odio²². No se trata de juzgar, en el sentido de condenar, sino más bien de discernir y de no dimitir ni cejar en este necesario proceso de lucidez social. Es imprescindible ayudar a las tradiciones religiosas a encontrar en su interior (“revelación” y análogos o equivalentes funcionales culturales; y “tradicición” y análogos o equivalentes funcionales culturales) los instrumentos y recursos propios para desplegar lecturas y hermenéuticas simbólicas que sean preventivas de situaciones de conflicto y constructoras de cohesión social, explorando los desarrollos que sean más coherentes con los derechos humanos y que los lleven a su profundización y plenitud.

No es suficiente el simple reconocimiento de la diversidad cultural y religiosa. Es necesaria también una cultura del diálogo que haga posible la paz y la cohesión social y que sea la expresión del camino del medio entre los extremos de un comunitarismo relativista o fundamentalista y de un globalismo neocolonial. El diálogo interreligioso e interconviccional –que incluye también a los no religiosos– es una dimensión esencial de esta nueva cultura del diálogo.

Entre los documentos de referencia de la UNESCO sobre diálogo interreligioso hay que destacar también el informe de su anterior director general, Koichiro Matsuura, presentado a las Naciones Unidas en cumplimiento de la resolución 58/128 (19 de diciembre de 2003) de su Asamblea General sobre “Promoción de la comprensión, armonía y cooperación religiosa y cultural” de la que ya hemos hablado. En este informe el director general, que presentó un sumario de las actuaciones de la UNESCO en este campo, reconoce que el diálogo entre culturas y civilizaciones se ha convertido en el principal objetivo de los esfuerzos de la organización (I, 3). Además afirma, siguiendo la mencionada resolución de Naciones Unidas, que “el diálogo interreligioso es una parte integral de los esfuerzos para traducir los valores en acciones, en particular de los esfuerzos en promover una cultura de paz y el diálogo entre civilizaciones” (I, 1) y, más adelante, que “el principal objetivo del programa de diálogo interreligioso, considerado una dimensión relevante del diálogo entre civilizaciones y culturas, es promover el diálogo entre religiones y tradiciones espirituales en todo el mundo, en particular en las áreas golpeadas por conflictos inter e intrareligiosos como resultado de la desconfianza, incompreensión o ignorancia de las tradiciones espirituales y sus culturas y prácticas específicas” (IV, 20). Matsuura reconoce que “el desafío actual es ir más allá del valor o de la necesidad del diálogo para concretar aproximaciones y perspectivas” y para desarrollar “actividades y acción” (III, 14. 17). Las áreas prioritarias de esta acción son la educación, las ciencias y la tecnología –incluyendo sistemas tradicionales de conocimiento, la diversidad cultural en todas sus dimensiones y las tecnologías y los medios de comunicación (III, 17). El programa de diálogo interreligioso de la UNESCO “recalca la interacción e intercambios culturales pasados y presentes entre estas tradiciones espirituales, así como la necesidad de fomentar el conocimiento mutuo entre ellas, para conseguir el respeto por el pluralismo, las creencias y convicciones, que es la base para la armonía en sociedades multiculturales y plurireligiosas” (III, 20). El objetivo de la UNESCO es promover el diálogo interreligioso “en todas las esferas, implicando líderes religiosos y sus comunidades, expertos académicos sobre religiones en todas las disciplinas y la sociedad civil entera.” (III, 21) con una especial atención acento a la gente

²¹ “To pursue the implementation of UNESCO’s Integrated Strategy to Combat Racism, Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, in particular through the development of research-policy linkages on fighting racism and discrimination, encouraging initiatives to combat all forms of racial and/or religious intolerance, reinforcing regional coalitions of cities against racism and discrimination, and combating HIV/AIDS-related discrimination)” (UNESCO, 35 C/5 Approved Programme and Budget 2010-2011, 1,a, III)

²² Son importantes, en este sentido, las reflexiones del manifiesto “El diálogo interreligioso como desactivación de las dinámicas del odio” de la Red Catalana de Entidades de diálogo Interreligioso (consultable en el fondo documental de la web www.audir.org). Esta red agrupa más de veinte entidades del área cultural catalana dedicadas prioritariamente al diálogo interreligioso.

propensa al fanatismo y al extremismo debido en gran medida a la ignorancia y al prejuicio. En este sentido Matsuura va más allá y afirma el valor social y cultural del diálogo entre religiones:

“Se debería favorecer una perspectiva más holística por la cual la religión fuera contemplada no sólo como un elenco de dogmas y creencias o como una cosmogonía, sino por la cual también tenga una especial relación con los derechos humanos (el derecho a expresar la convicción y creencia de uno o el derecho de no creer), la ética y otros temas sociales, conceptos y valores. Asimismo, el conocimiento recopilado a partir del estudio de las religiones debería de fomentar la comprensión y la protección del patrimonio cultural, sea tangible o intangible” (III, 21).

Si las religiones y sus fuentes espirituales alientan la construcción de una cultura de la paz, entonces las autoridades religiosas, así como los sistemas de iniciación y de transmisión respectivos, deben de facilitar que la “religión suave” (soft religion²³) prevalezca sobre la “religión dura” surgida de las desviaciones intolerantes que se hayan podido producir debido, en la mayoría de los casos, a la manipulación política y económica del hecho religioso, desviaciones que en muchos casos el tiempo y la inercia e indolencia social han lamentablemente solidificado y enquistado. La religión auténtica es siempre la “religión suave” y no puede ser de otro modo. Se trata de la religión fiel a las intuiciones fundamentales de los maestros espirituales –lo que Hans Küng calificaría como criterio de coherencia interna-, que respeta la dignidad humana –criterio de lo humanum- y está abierta a la búsqueda de la verdad –criterio filosófico-. Esta religión es positiva no sólo para los que la siguen sino también, de una manera indirecta, para toda la humanidad. De ahí la importancia de no dejar lo religioso en manos sólo de los religiosos.

4) EL EJEMPLO DE LAS FUENTES DEL DISCURSO CATÓLICO PLURALISTA

El pluralismo en la Iglesia católica tiene sus propios fundamentos, análogos a otros fundamentos que provengan del seno interno de otras tradiciones religiosas y espirituales. El concilio Vaticano II, en uno de sus últimos documentos aprobados, la Declaración “Dignitatis Humanae” (7 de diciembre de 1965), afirma que en “materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público” (DH, 2)²⁴. Entre los fundamentos de la libertad religiosa en la Revelación, los padres conciliares mencionan que “sabiendo que se había sembrado cizaña juntamente con el trigo, mandó Él mismo que los dejaran crecer a ambos hasta el tiempo de la siega, que tendrá lugar al fin del mundo (Mt 13, 30. 40-42)”²⁵. También afirman que “negándose a ser Mesías político y dominador por la fuerza, prefirió llamarse Hijo del Hombre, que ha venido a servir y a dar su vida para redención de muchos (Mc 10, 45)”. Todo el apartado 11 es admirable. Además Pablo de Tarso muestra como cada cual dará a Dios cuenta de sí y está obligado por ello a seguir su conciencia (Rom 14, 12).

La tradición católica es clara en este punto y es coherente con su afirmación de la libertad del ser humano. Ya en el concilio de Arles, en el siglo V, se subraya que el pecado

²³ Término acuñado por Johan Galtung (cfr. GALTUNG, Johan, “Religion hard and soft: How to strengthen the softer aspects”, en *The contribution by religions to the cultura of peace*, Centre UNESCO de Catalunya/ Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, p. 57-63).

²⁴ Cfr. Documentos del Vaticano II – Constituciones, Decretos, Declaraciones, BAC, Madrid, 1975, p. 580. Más adelante afirma “El ejercicio de la religión, por su propia índole, consiste ante todo en los actos internos voluntarios y libres, con los que el hombre se ordena directamente a Dios; actos de este género no pueden ser mandados ni prohibidos por un poder meramente humano” (DH, 3) (Ibidem, p. 582). “No es lícito al poder público el imponer a los ciudadanos, por la violencia, el temor u otros medios, la profesión o el rechazo de cualquier religión (...). (...) se obra contra la voluntad de Dios y los sagrados derechos de la persona y de la familia de los pueblos cuando se usa la fuerza bajo cualquier forma a fin de eliminar o cohibir la religión” (DH, 6) (Ibidem, p. 585).

²⁵ Cfr. DH, 11 (Ibidem, p. 588)

original no extingue “el albedrío de la voluntad”²⁶. En la bula “Exurge Domine” de 15 de junio de 1520, donde se condenan los supuestos errores de Martin Lutero, se considera “falsa, herética” y “opuesta a la verdad católica” la afirmación del profeta de Wittenberg en la cual afirmaba “El libre albedrío después del pecado es cosa de mero nombre; y mientras hace lo que está de su parte, peca mortalmente”²⁷

Un fundamento posible del pluralismo católico lo encontramos en los textos evangélicos que traslucen aceptación de la verdad y de la salvación del otro. Un fragmento emblemático es el de la conversación didáctica de Jesús con la sirofenicia²⁸, en que tras un inicial rechazo de los apóstoles y del propio Jesús ante los gritos desesperados de una madre cananea (y, por tanto, de religión no judía) pidiendo ayuda para su hija “endemoniada” y sufriente, Jesús cambia de parecer y acoge la “gran fe” y humildad de la mujer pagana. La alteridad se presenta aquí con toda su radicalidad, puesto que a una creencia diferente se le une la diferencia de género y la marginación que conlleva. Jesús reconoce que la fe de una mujer no judía salva. Parece claro que hay un trasfondo polémico entre los jesuitas que creen que la salvación sólo es para los judíos y los que creen que es también para los gentiles. Los judíos son los primeros elegidos y por eso se les llama “hijos” y sólo su incredulidad provoca la apertura a los gentiles²⁹. Sea como fuere, el caso es que Jesús cambia su plan gracias a una pagana.

Otro relato importante es el de la curación del criado del centurión³⁰. Un centurión romano, previsiblemente practicante de la religión romana oficial o de los misterios de Eleusis, sufre por la enfermedad de su criado y manda a unos ancianos judíos para pedirle que venga y le cure, después a unos amigos para pedirle que sólo con su autoridad, sin entrar en su casa pagana, ya podría curarle. Jesús dirá a la multitud que le seguía: “nunca he encontrado una fe tan grande en Israel” (v. 9). No muy lejos de este relato encontramos el de “quien no está contra vosotros, está con vosotros”³¹, que nos permite ver cómo la identidad de los seguidores de Jesús no se centra en la pertenencia identitaria al grupo sino más bien en la capacidad de liberar al que sufre. Un texto muy relevante para diseñar las raíces evangélicas de la actitud hacia la alteridad es el de la primacía, dentro de la comunidad, del amor y el servicio: “el más pequeño de todos es el más grande”³². Lucas era un helenista judío, probablemente rabino, miembro de la comunidad cristiana de Antioquia de Siria, que habría escrito el díptico Evangelio/Hechos de los Apóstoles para informar a Teófilo, tercer hijo del Sumo Sacerdote Anás y cuyo cargo ejerció él mismo del 37 al 41 d.C., sobre a persona, obra y mensaje de Jesús³³. Los acontecimientos de la vida de Jesús no se interpretan sólo como el cumplimiento de las expectativas proféticas judías sino también como su alteración radical desde dentro del propio judaísmo³⁴. En este sentido la apertura

²⁶ Cfr. E. DENZINGER, *El magisterio de la Iglesia*, Herder, Barcelona, 1963, p. 60 (n. 160a). Y añade: “De tal modo, empero, afirmo la gracia de Dios que siempre añadido a la gracia el esfuerzo y empeño del hombre, y proclamo que la libertad de la voluntad humana no está extinguida, sino atenuada y debilitada” (Ibidem, p. 61).

²⁷ Cfr. E. DENZINGER, *El magisterio de la Iglesia ...cit.*, nota 26, p. 222 (n.776). En capítulo 1 del Decreto sobre la Justificación (1547) del Concilio de Trento se incide en ello, destacando más adelante que el ser humano puede asentir y cooperar a la justificación libremente (Ibidem, p. 228-229, n. 793 i 797). Ver también Ibidem, p.237, can. 5).

²⁸ Mc 7, 24-30. Aquest episodi es pot inspirar en el d'Elies amb la vídua de Sarepta (1 Re 17, 7-24).

²⁹ Cfr. J. GNILKA, *El Evangelio según San Marcos Mc 1-8,26*, v. 1, Sígueme, Salamanca, 1986, p. 342-343.

³⁰Lc 7, 1-10.

³¹ Lluc 9,49-50.

³² Lluc 9,46-48.

³³Cfr. LLUC, *Demostració a Teòfil – Evangeli i Fets dels Apòstols segons el còdex Beza*, edició y traducción de J. RIUS CAMPS y J. READ-HEIMERDINGER, Fragmenta Editorial, Barcelona, 2009, p. 15-17. 22.

³⁴ “Lluc té un gran sentit profètic, sobretot quan interpreta l'hostilitat dels jueus, que tant Jesús com els seus deixebles hagueren d'afrontar, com un gir radical de les promeses de les Escriptures, fins al punt que Israel deixa de ser un poble privilegiat i es converteix en un poble igual a la resta de les nacions. La manera com s'aborden les situacions crítiques en el text de Beza és, de fet, típicament jueva. No és diferent de les formes adoptades pels profetes de les mateixes Escriptures jueves que, de vegades, són virulents en la seva crítica als jueus: són enèrgics i directes en els seus atacs precisament perquè comprenen el poble jueu des de dins i els preocupa intensament el que li està passant, per la qual cosa, probablement, són molt més contundents en el que diuen que no ho seria un forà.” (LLUC, *Demostració a Teòfil ... cit.*, nota 33, p. 23-24).

al otro surge como un fruto y una necesidad del amor a lo propio, de la fidelidad a la propia tradición. Como sucede a menudo en la historia, la fidelidad a la Tradición pasa por la ruptura con alguno de sus brotes históricos (tradiciones en minúscula).

5) LAS TRADICIONES RELIGIOSAS COMO FUENTE Y OBJETIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es necesario avanzar en la defensa y promoción del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Este derecho es una de las principales formas legales de reconocimiento de la diversidad de creencias y convicciones así como la condición de posibilidad y sine qua non del diálogo entre civilizaciones, culturas y religiones³⁵. Si no se respeta, esta falta puede ser, y desgraciadamente está siendo demasiado a menudo, causa de discriminación y detonante de radicalización. La defensa y el valor del derecho no quedarían en ningún caso hipotecados por una hipotética indefinición del término religión en el ámbito del derecho internacional³⁶. Lo importante es la comprensión de la religión que tienen sus perseguidores y que les impulsa a violar el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión³⁷. El derecho incluye también “la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individualmente o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”³⁸. El derecho a la libertad individual de “tener o adoptar”³⁹ una religión “comporta forzosamente la libertad de escoger la religión o las creencias, incluso el derecho a cambiar las creencias actuales por otras o a adoptar opiniones ateas, así como el derecho a mantener la religión o las creencias propias”.⁴⁰

Los informes anuales del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre libertad de religión y creencia muestran una preocupante situación, especialmente en países africanos, latinoamericanos e, incluso, en algunos países europeos en los que, a pesar de su estatuto democrático, se dan todavía situaciones fácticas de confesionalidad del estado que impiden el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de conciencia.

Un desafío primordial para el pleno desarrollo de sociedades libres, diversas y tolerantes es la necesaria promoción real de los derechos humanos en y desde las propias tradiciones religiosas, especialmente en lo que se relaciona con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como con los derechos a la vida y a la salud, a la educación, al trabajo, a la libertad de expresión y a la igualdad de género. Existe un campo

³⁵ Los derechos humanos son los garantes de la diversidad cultural: “La defensa de la diversitat cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Esta defensa implica el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, especialmente los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos. Nadie puede invocar la diversidad cultural para atentar contra los derechos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.” (cfr. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversitat Cultural, artículo 4, a Tots som diferents, p. 61).

³⁶ cfr. GUNN, T. Jeremy, “The Complexity of Religion and the Definition of “Religion” in International Law”, p. 190. 193, nota 18.

³⁷ “In short, the relevant issues (...) may not be the religious beliefs or religious activities from the perspective of religious communities or academics studying religion, but the attitudes of those who are causing the religious persecution” (GUNN, T. Jeremy, “The Complexity of Religion and the Definition of “Religion” in International Law”, p. 199). Cfr. También Ibidem, p. 215.

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18, 1. El punto 2 añade: “la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.” Este artículo distingue la libertad de religión de la libertad de manifestarla. La primera, según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación 22, “no permite ningún tipo de limitación” y complementa “estas libertades están protegidas incondicionalmente”. Relacionado con el derecho a manifestar la propia religión, el Departamento de Diversidad Religiosa y de Diálogo Interreligioso de Unescocat hizo, en mayo del 2010, un documento *ad hoc* sobre el velo integral como respuesta a la voluntad política de algunos ayuntamientos (inicialmente el de Lleida i seguidamente muchos más) de prohibirlo para garantizar así los derechos de las mujeres (cfr. www.unescocat.org).

³⁹ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18, 2.

⁴⁰ Observación General 22, citada en F. TORRADEFLOT, *Diàleg entre religions ... cit.*, p. 23.

virgen y tradicionalmente casi inexplorado, así como una cierta impunidad legal dentro de las instituciones de las tradiciones religiosas y espirituales en lo referente, por un lado, a la educación sobre el conocimiento de los derechos humanos y, por otro lado, al respeto y a la implementación concreta de estos derechos en el seno de las propias comunidades. También existe una cierta dejación, como hemos sugerido más Arriba, en la atención a la concepción, discurso y el diseño de las relaciones con comunidades de otras tradiciones religiosas, espirituales o conviccionales⁴¹. En este sentido es preocupante la actitud discriminatoria hacia las minorías religiosas o hacia los disidentes o las personas que muestren un grado de práctica o creencia poco militante.⁴²

Encontramos, en algunos casos, discursos culturalistas o comunitaristas que justifican el olvido o la desatención de los derechos humanos aduciendo que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento judeocristiano que es resultado de la ilustración, y por tanto un referente culturalmente limitado a Occidente y, en cierta medida, sospechoso de neocolonialismo. Aunque no cabe duda que la raíz histórica de la DUDH esté vinculada con una génesis preponderantemente judeocristiana y secular, este hecho no significa necesariamente que no pueda tener un valor universal de referente mínimo ético compartido.

A pesar de que la declaración de 1948 era etnocéntrica y la expresión de, como máximo, sólo dos grandes tradiciones religiosas (la judía y la cristiana); de que se preocupó más de los derechos personales que de los sociales –crítica de los países del bloque socialista–; de que olvidaba los deberes de las personas así como los derechos y deberes de las colectividades y los derechos de los animales y de la naturaleza, a pesar de todo ello, parece evidente que la proclamación pública de los derechos inalienables de la persona ha sido un hito en la historia de toda la humanidad y un punto de referencia necesario e imprescindible para la edificación de una comunidad humana justa y en paz y para la defensa de los derechos y de la dignidad del individuo frente al Estado.

Cuando nos remontamos a algunos de los antecedentes históricos de la dicha declaración, nos encontramos con una serie de peldaños como la Bill of Rights (Declaración de Derechos) de Inglaterra (1689), la Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Constitución de Pensilvania (1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la Constitución Americana (1787), la Declaración de Derechos de América (1789), en los que queda claramente de manifiesto la estrecha relación que hay entre el reconocimiento y formulación de las libertades, especialmente el derecho a la libertad religiosa, y la paz. George Washington en su proclamación de la festividad del Día de Acción de Gracias, exhortaba a dar gracias al “gran y glorioso Ser” por, entre otras cosas, “la libertad civil y religiosa con que somos bendecidos” (3 de octubre de 1789). La Declaración de Derechos americana (1789), en su artículo tercero, introduce lo que hoy se conoce como la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Según este artículo –o enmienda, según se mire–, “el Congreso no hará ninguna ley considerando el establecimiento de una religión, o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; o recortando la libertad de expresión, o de prensa, o el derecho de reunión pacífica del pueblo y de solicitar al Gobierno una compensación por los agravios”.

En la Europa cristiana católica y protestante de los siglos XVI al XVIII, la persecución religiosa se había mostrado especialmente dura con los disidentes religiosos de

⁴¹ Es de aplaudir, en este sentido, el reciente cambio de actitud de algunas autoridades religiosas en relación a la a menudo tradicional y “prudente” costumbre de encubrir algunos delitos flagrantes perpetrados por miembros significativos de sus comunidades, a pesar de que se haya podido producir más por las presiones recibidas o por razones estratégicas resultantes de la presión social –especialmente de las víctimas intracomunitarias–, mediática y económica, más que por convicción propia o por fidelidad a la propia moral y espiritualidad.

⁴²Cfr. Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Asma Jahangir, Naciones Unidas, A/HRC/13/40, IV, A 34

cualquier signo desafiando su integridad física pero también su solvencia económica. En el ámbito de las libertades personales, la libertad de conciencia y el derecho a la propiedad están estrechamente relacionados según aparece en muchos de estos documentos americanos. En el apartado segundo de la Constitución de Pensilvania, de especial significación por sus orígenes cuáqueros, podemos leer: “Que todos los hombres tienen un natural e inalienable derecho a dar culto al Dios Todopoderoso de acuerdo con los dictados de sus propias conciencias y entendimiento: Y que ningún hombre debe o de derecho puede ser compelido a asistir a ningún culto religioso, o a erigir o financiar cualquier lugar de culto, o a mantener ningún ministro en contra de su propia libre voluntad y consentimiento. Ni puede ningún hombre, que reconozca la existencia de Dios, ser justamente privado o recortado en ningún derecho civil como ciudadano, con motivo de sus sentimientos religiosos o su modo peculiar de culto religioso: Y que ninguna autoridad puede ni debe ser revestida, o asumida por un poder cualquiera, que vaya a interferir en cualquier caso con, o de alguna manera controlar, el derecho de conciencia en el ejercicio libre del culto religioso” (Art. II). Thomas Jefferson, redactor de la Declaración de Independencia, escribía el 12 de junio de 1779 en el bando que establecía la libertad religiosa: “Obligar a un hombre a contribuir económicamente a la proclamación de opiniones en que no cree y que aborrece es pecaminoso y tiránico. (...) las opiniones de los hombres no son objeto del gobierno civil ni de su jurisdicción”. En su autobiografía de 1821, Jefferson dejaba claro que la libertad religiosa iba encaminada también para proteger a “el judío y el gentil, el cristiano y el mahometano, el hindú, el infiel y cualquier denominación”. El eco de afirmaciones como éstas nos interpela ante la problemática que hoy plantea la situación de la religión en algunos países europeos que, como España, expresan en su Constitución o en los acuerdos con alguna de las tradiciones religiosas –que en el caso de la Iglesia Católica, el último estado cristiano todavía teocrático, se auto legitiman como de derecho internacional- una más o menos velada confesionalidad a pesar de la aconfesionalidad formal. Los currículums de religión confesional en escuelas públicas, la designación y control por parte de autoridades religiosas de los profesores confesionales, la financiación pública de actividades manifiestamente cúllicas, doctrinales o catequéticas de cariz proselitista no son más que algunos de los signos de esta confesionalidad disimulada.

No fueron sólo las guerras de religión entre protestantes y católicos, ni las reacciones defensivas de las minorías religiosas ante toda una historia de discriminación, llena de destierros, persecuciones y agravios de todo tipo, las que justificaron la necesidad y el interés por proclamar la libertad religiosa en países como Inglaterra o América. La propia tradición cristiana bien entendida, es decir, coherente y fiel a su intuición fundamental manifestada en la vida de Jesús de Nazaret y en su mensaje de amor sin exclusión y de paz y misericordia universales, justificaba la afirmación y defensa de la libertad de conciencia y, por consiguiente, de la libertad religiosa. La presencia directa o indirecta de algunos profetas religiosos como George Fox, el fundador de los cuáqueros, y de sus seguidores inspiró muchos de los documentos y declaraciones arriba citados. La lucha de los cuáqueros y de otras minorías radicales cristianas y sus miles de víctimas inocentes de la discriminación y de la intolerancia religiosa dispuso las mentes y los corazones de buena voluntad de las otras denominaciones mayoritarias a aceptar no sólo el derecho a la libertad religiosa sino todos los demás. George Fox había afirmado que en el interior de cada ser humano había una luz divina, con lo cual daba un fundamento religioso profundo y radical a la igualdad y a la fraternidad humanas. Este hombre, que mereció la admiración de personajes como el mismo Voltaire, y los suyos, entre los que cabe mencionar especialmente a William Penn, Robert Barclay o Thoreau, trabajaron silenciosamente no para aumentar sus filas de manera proselitista sino para garantizar el reconocimiento y el respeto de las libertades y derechos de todos los ciudadanos. Con ello mostraron que era posible que las tradiciones religiosas trabajaran, sin pretender el poder, por los derechos de todos, incluso de los no religiosos.

Estos factores han generado dentro de las diferentes tradiciones religiosas y espirituales una actitud generalmente positiva hacia las otras religiones y cosmovisiones

seculares. Se la llama “teología” o, si se prefiere, “filosofía denominacional o confesional de las religiones”. Se trata del discurso que desde cada tradición religiosa y espiritual sirve para valorar la existencia y sentido de las otras. Las diferentes actitudes que se desarrollan dentro de esta “disciplina” las podemos clasificar o describir desde el exclusivismo auto afirmativo, que valora sobretodo la propia tradición y que desde ésta llega como máximo a permitir y tolerar al otro, pasando por un inclusivismo que integra al otro dentro de la propia identidad de una tradición religiosa y espiritual concreta, hasta el pluralismo que valora al otro en su diferencia y que lo ve como un enriquecimiento de la propia identidad. Estas diferentes actitudes se reproducen grosso modo en las diferentes teologías confesionales de las religiones. Las actitudes totalmente excluyentes, descaradamente apologéticas o proselitistas (misiones agresivas) presentes también en cada tradición religiosa o espiritual son actitudes de conquista que ven el diálogo una traición o una debilidad. Estas actitudes son incompatibles en las nuevas sociedades pluralistas y lo máximo a que pueden aspirar es a una yuxtaposición de culturas, civilizaciones y religiones que, como mucho, viven en una precaria y frágil pax romana.

Sin dejar de respetar la diversidad cultural y religiosa, las sociedades democráticas y libres deben facilitar el estudio, el respeto y la promoción concreta de los derechos humanos dentro y fuera de una tradición religiosa así como en sus discursos y prácticas sobre la alteridad religiosa. Y ello a través del reconocimiento y promoción de la DUDH como de otras declaraciones análogas propias de otros marcos culturales y religiosos, como por ejemplo, las dos declaraciones islámicas de derechos humanos⁴³. Es necesario profundizar el análisis de las formas en que las tradiciones espirituales de las diferentes creencias y convicciones pueden favorecer y desarrollar plenamente los derechos de los seres humanos, especialmente los de los más pobres⁴⁴. Es interesante, en este sentido, el papel que las religiones pueden y deben llevar a cabo en la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio⁴⁵. El reconocimiento de los derechos y la dignidad humana universal es un pilar de convergencia humanista mínima⁴⁶. En este sentido es muy importante, insistimos, que quede claro que los derechos humanos son derechos de la persona, inalienables. La DUDH reconoce la dignidad y valor inherente a cada ser humano, el que les otorga a los derechos una naturaleza universal (Declaración de Viena, 1993, I, 1).

6) UNA DEFINICIÓN AMPLIA Y FUNCIONAL DE LO RELIGIOSO

Las ciencias de la religión no ofrecen una definición unívoca de religión. Hay casi un centenar de definiciones que dificultan el consenso. Quizás por esta razón, en el ámbito de la gestión de la diversidad religiosa se ha optado en la práctica por la definición funcional que ofrece la Observación General 22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que interpreta el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Según esta Observación General del comité de Derechos Humanos, el “artículo 18 protege la creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia”. El

⁴³ Cfr. Declaración del Cairo sobre Derechos humanos en el Islam (1990, Organización de la Conferencia Islámica) o la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos (1981, Liga Mundial Musulmana; proclamada en la UNESCO con la presencia de Ahmad Ben Bella de Argelia, Mukhtar Ould Daddah de Mauritania, el Príncipe Muhammad al-Faisal de Arabia Saudita, y el entonces consejero del presidente de Paquistán, Zia al-Haq). Versiones digitales respectivas en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html> i en <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html>.

⁴⁴ “Creo que las religiones deben convertirse en “minorías morales” que defiendan de manera preferente los derechos de los inmigrantes, asilados, refugiados, desplazados, apátridas, que no suelen estar en el punto de mira, y menos aún en el centro de las preocupaciones de los gobiernos, pero tampoco de los sindicatos y de los partidos considerados tradicionalmente de izquierdas. Ésta sería una buena traducción en la práctica del principio de la “opción por los pobres”, que caracteriza define a las teologías de la liberación.” (TAMAYO, J.J., “La inmigración en el horizonte de las religiones”). Tamayo es director de la Cátedra de Teología y Ciencias de la Religión “Ignacio Ellacuría”, de la Universidad Carlos III de Madrid.

⁴⁵ Cfr. Religions i objectius del millenni, Unescocat/AUDIR, Barcelona, 2009. Ver su edición digital en <http://www.unescocat.org/es/recursos/publicaciones/religions-i-objectius-del-millenni>.

⁴⁶Cfr. A. CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Madrid, Tecnos, 2000.

texto continúa afirmando que “los términos religión o creencia se han de entender en sentido amplio”, lo cual incluye las minorías religiosas y las nuevas formas de espiritualidad.

Otro elemento importante en la complejidad de lo religioso, es el desplazamiento que se ha producido en el hecho religioso. Éste es dinámico y toma nuevas formas. El hecho religioso ha evolucionado y se ha desplazado tomando nuevas formas que suponen un auténtico desafío y que configuran un nuevo paradigma donde la opcionalidad juega un papel decisivo⁴⁷. El pluralismo es más que la convivencia de las creencias y convicciones, es sobre todo tener la opción, poder escoger. Se trata de una “cultura de la autenticidad” donde es más importante el sentimiento que la doctrina y donde la espiritualidad, en consecuencia, ya no está ligada intrínsecamente a la religión. Algunos consideran esta situación la expresión de un relativismo absoluto imperante y proponen la alternativa de una restauración moral y religiosa, otros, la mayoría, aceptan un “soft relativism” que conlleva un marco general de tolerancia y diálogo⁴⁸.

El desplazamiento de lo religioso supone para algunos un retorno de lo religioso, rectificando los términos de una secularización adivinada que no se verificó como previsto (Peter Berger)⁴⁹. Para otros se trata de una pervivencia de un hecho antropológico connatural al ser humano que siempre ha sido un homo religiosus (Mircea Eliade, Julien Ries, entre otros).

El desplazamiento de lo religioso puede ser percibido con claridad a través de sus expresiones en las nuevas formas de lo religioso y conviccional como, por ejemplo, la no adscripción religiosa, el fenómeno creciente del spiritual counseling, la búsqueda espiritual (seeker), la múltiple adhesión, pertenencia o militancia religiosa, el laicismo como desplazamiento del hecho religioso, la religión sin creencias, o, finalmente, la religión pretendidamente desligada de cualquier forma cultural –fundamentalismo globalizado⁵⁰.

La diversidad cultural y religiosa no significa necesariamente pluralismo cultural o religioso, entendido como una situación de derecho que supone el respeto y valoración de la diversidad cultural y religiosa como una realidad positiva para la ciudadanía y para el bien común. La diversidad religiosa, por ejemplo, ha convivido y sigue conviviendo con demasiada frecuencia con, por un lado, situaciones de dominio de una tradición religiosa sobre las otras que viven sumisas en contextos de marginación, discriminación o exclusión y, por otro lado, con un laicismo beligerante que reduce a la religión al ámbito de la vida privada y, por otro lado, con estados confesionales o semiconfesionales, olvidando en ambos casos la legislación internacional que consagra el derecho a la libertad religiosa y a la no discriminación por motivos de religión o de creencia⁵¹. A pesar de ello y, tal vez, por ello mismo, son cada vez más los estados que, movidos por una legislación internacional claramente orientada, se deciden a favorecer el pluralismo religioso.

Además en su raíz, la libertad de pensamiento, conciencia y religión hacen referencia a la dignidad humana y son primordialmente la expresión de una realidad inalienable de todo ser humano, de cada individuo, de cada persona. Sólo subsidiariamente o secundariamente expresan un derecho de colectivos, que habitualmente llamamos comunidades en el ámbito religioso. Ello conlleva que sea contraproducente y sospechosa cualquier restricción del hecho religioso.

⁴⁷ Cfr. C. TAYLOR, *A Secular Age*, Belknap Press of HARVARD University Press, Cambridge (Massachusetts), 2007, p. 304.

⁴⁸ Cfr. C. TAYLOR, *A Secular Age ... cit.*, nota 47, p. 484. 488-490. 475. 507-508. 578-579.

⁴⁹ Cfr. C. TAYLOR, *A Secular Age ... cit.*, nota 47, p. 143. 145.

⁵⁰ Cfr. F. TORRADEFLOT, “Llibertat i creativitat religiosa”, *Qüestions de Vida Cristiana*, núm. 206, 2002, p. 38-47.

⁵¹ Para la legislación internacional y la doctrina de NNUU sobre diversidad religiosa ver F.TORRADEFLOT (ed.), *Diálogo entre religiones – Textos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.

La diversidad y el diálogo están relacionados con el pluralismo social y político. Sin embargo el pluralismo no significa que todo sea igualmente válido ni mucho menos valioso. El discernimiento de la cualidad humana profunda de las tradiciones religiosas es una tarea prioritaria y común de la humanidad entera. Para que el diálogo sea posible es imprescindible que los religiosos y las convicciones no religiosas encuentren en las fuentes y referencias espirituales principales de sus respectivas tradiciones la tolerancia y el amor al otro imprescindibles para que la humanidad pueda vivir en paz. En esta búsqueda no se puede dejar solos a los seguidores o adherentes de una tradición. Los de otras tradiciones pueden y deben contribuir así como también todos los que se consideran no adherentes de ninguna tradición. Esta contribución, esta sinergia en la búsqueda de lo auténticamente humano, mostrará la riqueza de cada tradición, lo mejor de ella, lo más benéfico, aunque haya quedado oculto y olvidado durante siglos. Es una tarea que requiere corresponsabilidad ejercida desde un discernimiento y riguroso espíritu crítico pero siempre desde la cercanía y la empatía. No se trata de hundir a nadie en los errores y faltas de su pasado sino de ayudar a descubrir y a potenciar su soft religión. Nadie puede desentenderse de la indagación de la sabiduría y el amor como fuentes de humanidad que la inmensa mayoría de las tradiciones han atesorado y cultivado. Está en juego lo más importante: nuestra supervivencia como especie.

**OBRA DE ARTE APLICADO
Y
EL DIÁLOGO DE LAS FUENTES**

*Juan María Álvarez Rodríguez
Licenciado en Filología Inglesa por la Universidad de Lincoln (U.K.);
Licenciado en Derecho -con Diploma en derecho Anglo-Americano-;
por la Universidad de Navarra
Abogado en CORRAL SALAS ABOGADOS*

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2014

Fecha de aceptación: 13 de marzo de 2014

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN – 2. EL DERECHO DE AUTOR: 2.I. CONTENIDO; 2.II. LA ACUMULACIÓN – 3. EL DISEÑO INDUSTRIAL: 3.I. CONTENIDO; 3.II. LA ACUMULACIÓN – 4. LA OBRA DE ARTE APLICADO: 4.I. UN BREVE RECORRIDO POR LAS SOLUCIONES PROPUESTAS; 4.I.a). LA ALTURA ARTÍSTICA DE LA OBRA; 4.I.b). FINALIDAD INICIAL DE LA OBRA; 4.I.c). UNIDAD DEL ARTE; 4.I.d). LA ESCINDIBILIDAD – 5. OTRAS CUESTIONES A TENER EN CUENTA: 5.I. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO; 5.II. LOS DERECHOS MORALES DEL AUTOR – 6. EL DIÁLOGO DE LAS FUENTES: 6.I. ORÍGENES Y DEFINICIÓN; 6.II. OBJECIONES; 6.III. EL CASO ESPAÑOL; 6.III.a). LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DE LA LEY 20/2003; 6.III.b). EL PUNTO DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA – 7. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La importancia de los aspectos estéticos en la industria, como modo de mejorar la capacidad de atracción de un producto, es enorme y va en aumento. Las empresas fabricantes invierten enormes sumas de dinero tratando de dotar a sus productos de características que sirvan como elemento definitorio a la hora de “seducir” a los potenciales clientes.

En esa carrera por lograr la máxima atracción comercial toma parte el área decorativa y de diseño que, sin relevancia funcional, sirve de forma definitiva al propósito de incrementar las posibilidades de atraer a un público cada vez menos impresionable.

Y, en eso haciendo, la posibilidad de que el precitado aliciente visual sea conformado por una obra de arte es muy real. Tal coyuntura ha dado lugar a las denominadas “obras de arte aplicado”.

Se suscita, entonces, la cuestión sobre cual es la protección jurídica adecuada para esas obras de arte que están siendo explotadas industrialmente ¿Estrictamente la del Diseño Industrial? ¿La del Derecho de Autor? ¿O ambas?

ABSTRACT: The industrial importance of aesthetic aspects, as a way to enhance the attractiveness of a product, is huge and growing. Manufacturing companies invest big sums of money trying to provide their products with characteristics that will serve as a defining element at the time of "seducing" potential clients.

In the race for maximum commercial appeal, the design and decorative side plays a key role which, although with no functional relevance, serves the purpose of enhancing the chances of attracting a decreasingly-impressionable audience.

And, in doing so, the possibility that the aforementioned visual attraction comprises a work of art is very real. Such a situation has led to the so-called "works of applied art."

There arises the question of what is the appropriate legal protection for these works of art that are being industrially exploited: Industrial Designs Law strictly? Copyright Law? Or both?

PALABRAS CLAVE: Obras de arte aplicado – Diseño Industrial – Derecho de Autor – Diálogo de las Fuentes.

KEYWORDS: Works of Applied Arts – Industrial Designs – Copyright – Dialogue of Sources.

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad de mercado como la actual, con un fuerte componente de competencia y en la que los avances tecnológicos son aplicados con rapidez a los productos, es frecuente afrontar la realidad de que las verdaderas diferencias –el hecho definitivo- en cuanto a la capacidad para decantar al potencial comprador por un objeto a la venta bascula con enorme intensidad hacia los aspectos estéticos del mismo.

Si bien la competencia es feroz, no es menos real el hecho de que, la mayoría de mercados están segmentados, conformando nichos específicos que implican necesariamente una alta similitud en cuanto a las características técnicas de los productos que se ofertan. Los fabricantes se esfuerzan por mantener actualizada su oferta y, por ende, las diferencias técnicas dentro de un concreto segmento son poco relevantes (o, incluso, inexistentes).

Paralelamente a lo anterior, la competencia entre segmentos claramente diferenciados y que raramente se disputan clientes entre sí es escasa, reforzándose así la relevancia de los aspectos estéticos de un producto¹.

Debido a lo anterior, la verdadera competencia por lograr atraer a los clientes se libra en una batalla de matices, en la que la forma externa de un producto –si bien carente de una finalidad técnica específica- resulta vital².

Cuando la mayor capacidad de atracción de un producto es obtenida mediante la mejora de su apariencia externa y sin que las características estéticas influyan en sus cualidades, estaremos ante un diseño industrial³.

Y, una posibilidad del todo plausible de lograr mejorar, de una manera efectiva, las cualidades estéticas (y, por ende, su atractivo comercial) de un producto es incorporar al mismo algún tipo de creación plástica original. Circunstancia que, de producirse, nos situaría ante la posibilidad de que esa adición estética constituya por sí misma una obra susceptible de protección bajo la legislación de los derechos de autor⁴.

Nos hallamos, por tanto, ante una figura jurídica, el diseño industrial, susceptible de estar conformada por aspectos jurídicos que se encuentran en un punto intermedio entre dos regulaciones (y sus respectivos rangos de derechos y obligaciones) muy distintas, pudiendo constituirse en un punto de fricción entre el derecho de propiedad industrial y los derechos de autor⁵.

Este “terreno movedizo”⁶ en que se mueve la figura de los diseños industriales fluctúa entre la aplicación cumulativa de ambas normas y la preponderancia de los derechos de autor, regulación que, por mor de sus menores exigencias y mayor protección temporal, goza de una

¹ V.gr: El mercado de los automóviles está dividido en 5 segmentos: A, B, C, D, E y F.

Así, dentro del segmento B nos encontramos al SEAT Ibiza, el cual no compete con el Audi A 8 (que está en el segmento F).

² “*El bien jurídicamente protegido por la propiedad industrial del diseño es, ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial*”. (Parr. II de la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003 de 7 de Julio de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

³ “*El diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación*”. (Ibídem).

⁴ “*Derecho de Autor es la rama del Derecho Privado que regula las relaciones jurídicas resultantes de la creación y de la utilización económica de obras intelectuales estéticas y comprendidas dentro de la literatura, las artes y las ciencias*” [T.d.R]. BITTAR, CARLOS ALBERTO. *Direito do Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 8.

⁵ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRÍGO. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 50 y Ss.

⁶ Según el Prof. Otero Lastres: “[...] *No es exagerado afirmar que estamos ante la figura más compleja de todas las que integran el Derecho industrial*”. OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL; *El Diseño Industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 20.

indudable vis atractiva, que llega al punto de dificultar incluso la justificación de una regulación propia al margen de unas disposiciones específicas dentro de los derechos de autor.

La disyuntiva sobre la que versa el presente trabajo es, indudablemente, de gran atractivo jurídico, pero no solo. La relevancia económica de lo aquí tratado es de gran magnitud también. Tanto en el cómputo global como en el caso de algunos casos recientes⁷, en los que las cuantías manejadas causan verdadero vértigo.

El presente trabajo, hará un repaso introductorio sobre los aspectos de aplicación más relevantes del derecho de autor y del diseño industrial. La intención es conducir al lector de lo general a lo más concreto, para, una vez centrado en asunto a tratar, explorar las posibilidades que ofrecen unas teorías de hace cinco siglos.

2. EL DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor, como tan bien resume el Prof. Carlos Alberto Bittar⁸ es una rama del Derecho cuyo objeto es la obra. Y por obra se entiende a aquellas creaciones originales, literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio⁹.

La originalidad de la expresión “creaciones originales”, se puede describir, repitiendo de memoria las palabras que nos dirigía el admirado Prof. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, como la concreción del espíritu humano. La plasmación de la personalidad del que lleva a cabo la creación¹⁰. Además de original, la creación ha de gozar de un nivel, de una altura creativa¹¹.

Estamos, por tanto, ante un derecho cuyo objeto es inmaterial¹² y, por ende, de muy difícil aprehensión (con lo que ello comporta a efectos de falta de control). La obra (el corpus mysticum) puede ser fácilmente reproducible, entre otras cosas, porque, en principio, tal es uno de los objetivos con que se ha concebido¹³. Sirva como ejemplo una obra literaria, la misma está –en principio– fundamentalmente concebida para ser reproducida y vendida al mayor número de personas posible.

Por poner un ejemplo muy sencillo de la dificultad que estamos enfrentando: Quien es propietario de un caballo de carreras puede tener una (razonable) expectativa de que no va a ser “copiado”¹⁴ y, por más famoso que sea, en tanto no pierda la possessio¹⁵ se podrá asegurar de que no se van a producir reproducciones in consentidas del mismo. Pero, en el caso del autor de un poema, en tanto la obra sea conocida, podrá ser reproducida (verbalmente, por escrito, etcétera) y la posibilidad de que esas reproducciones se lleven a cabo escapa al control del autor...salvo que al mismo se le proporcionen herramientas para poder contrarrestar ese inherente “déficit de control”. La herramienta en cuestión está constituida por los derechos de autor.

⁷ Es reciente aún una sentencia por la que se imponía una condena millonaria a un fabricante de mobiliario para aeropuertos que vulneró el derecho del autor de aplicable a un diseño industrial.

⁸ BITTAR, C. A. *Direito...* Op. cit. nº 4

⁹ Ex. Art 10 del R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI en adelante).

¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios ...* Op. Cit. p. 154.

¹¹ *Ibidem*. p. 156 y Ss.

¹² Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Manual de Propiedad Intelectual*. 4 ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2009. p. 18.

¹³ Vid. Artículos 17 y Ss del TRLPI (Derechos de Explotación. Siendo uno de ellos el de Reproducción. Art. 18)

¹⁴ Obviemos, pues, los avances realizados en materia de clonación.

¹⁵ En el sentido que el Derecho romano da al término.

2. I. CONTENIDO

El derecho de autor nace con el mismo hecho de su creación¹⁶, no precisa de registro para su concesión (al contrario que los derechos de propiedad industrial) y se constituye por un haz de facultades que se plasman en una doble vertiente: los derechos de explotación (económicos) y el derecho moral.

Los primeros tienen como objetivo el garantizar que tenga la posibilidad de obtener un lucro económico por la explotación, por sí mismo o por terceros, del resultado de su trabajo. El objetivo del segundo es asegurar que la obra y lo que la misma dice sobre su autor permanezcan bajo el control de quien la creó/sus causahabientes¹⁷.

Matizar que, si bien los derechos de explotación pueden ser transmitidos¹⁸ para su explotación por terceros, no sucede lo mismo con los derechos morales, que son “irrenunciables e inalienables¹⁹”.

La duración de los derechos de autor está recogida en el artículo 26 del TRLPI y se extenderá a la vida del autor más setenta años.

2. II. LA ACUMULACIÓN

El derecho de autor puede ser acumulado a otros derechos de propiedad intelectual. Concretamente, el artículo 3 del TRLPI establece que “*los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con [...] 2º los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra*”. En otras palabras, la confluencia de dos derechos de propiedad intelectual –por ejemplo: derechos de autor y diseño industrial–, sobre un mismo objeto es posible.

Estaríamos, en el caso de producirse la mencionada acumulación de derechos, ante un objeto que gozaría de la protección de un derecho de propiedad industrial que implicaría un proceso de registro y con unas facultades y un ámbito temporal de protección concreto y, a priori, minúsculo ante el haz de facultades otorgado por el derecho de autor. Se vislumbra que la *vis atractiva* del derecho de autor va a ser, *prima facie*, de gran potencia.

Paralelamente a lo anterior, y en tanto estaríamos enfrentando la figura de la *accessio*²⁰, se refuta indispensable la consulta a los artículos 375 y siguientes del Código Civil²¹. Dice el 375 Cc:

“Cuando dos cosas muebles²², pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoría, indemnizando su valor al anterior dueño”.

Y, ¿Cuál es la principal? Según el artículo 376 Cc: “*Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección*”.

Así, en el caso de que una obra (en el sentido del TRLPI) sea utilizada como elemento que vaya a dotar de mayor valor añadido a un producto industrial implicará que el propietario de los

¹⁶ Ex Art.1 TRLPI.

¹⁷ Vid. Artículo 15 y 16 LPI.

¹⁸ Vid. Artículo 43 LPI.

¹⁹ Vid. Artículo 14 LPI.

²⁰ Según D’Ors: *La accesión se da respecto de una cosa que se incorpora inseparablemente a otra principal, con pérdida de su integridad*. ÁLVARO D’ORS. *Derecho Privado Romano*. EUNSA, 1986. 6ª ed. p. 167.

²¹ Este aspecto es tratado con mayor profundidad por el Profesor EDUARDO GALÁN CORONA en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la ley* Op. Cit. p. 40 y Ss.

²² La expresión “cosas muebles” ya nos da una orientación, pues hace referencia al corpus mechanicum (y no a la obra).

derechos de propiedad industrial adquiriría el “producto subordinado”, pues la obra de arte es la parte que resultaría “*unida a otra por adorno*”.

De ese modo, estamos ante una cuestión nada clara y que, por un lado parece tender a mostrar una preponderancia del derecho de autor, en cuyo caso ¿qué quedaría del derecho de propiedad industrial? Cabría preguntarse –como hace la Cour de Cassation francesa en sus sentencias de 2/05/1061 y 18/03/1970-, si tiene sentido la existencia del derecho de diseño industrial en estos casos. Y, por otro lado, parece que la *vis atractiva*, según establece la normativa general, hará que el derecho propio del diseño industrial sea el que se acabe imponiendo. Pero existen fundadas razones para dudar de que la protección del diseño sea la por una obra merecida.

Resulta evidente que situaciones hipotéticas como las descritas *up supra* estarían en directa confrontación con la intención (diversa) de los titulares de los derechos implicados y resultaría un obstáculo importante a los intereses del mercado. El mero hecho de imaginar que, ante un diseño industrial propiamente dicho, se pueda también estar ante un derecho con un contenido tan potente y extenso como el del derecho de autor –que se encuentre acechando, oculto²³ y listo para ser argüido en contra de quien, en buena fe, creyó estar ante un marco jurídico completamente distinto-, resulta, cuando menos, inquietante. ¿Qué seguridad jurídica cabe esperar de un marco así?

De forma paralela, otorgar una protección por un periodo tan extenso²⁴ resulta poco interesante desde un punto de vista comercial y teniendo en cuenta los intereses del mercado. Surgiendo razonables dudas acerca de que tal concesión resulte exorbitante para el mérito alcanzado²⁵.

La acumulación de derechos implica una serie de desafíos que evidencian la necesidad de encontrar un punto intermedio que pueda reconciliar los extremos hipotéticos mencionados en este apartado. Se hace imprescindible alcanzar un equilibrio para lograr una mayor seguridad jurídica y un mejor funcionamiento del mercado.

3. EL DISEÑO INDUSTRIAL

Como se indica al comienzo, el diseño industrial es aquella adición estética que, con el objetivo de lograr una mayor capacidad de atracción sobre los potenciales clientes, se incluye en un objeto cuya finalidad principal se encuentra ínsita en la comercialización a mayor o menor escala.

La protección exige una serie de requisitos legalmente establecidos²⁶ (novedad y carácter singular) además de resultar imprescindible proceder al registro²⁷ para acceder a la protección que la ley otorga.

El lapso temporal de protección que la ley confiere al diseño industrial tiene una duración máxima de veinticinco años, tope al que se puede llegar prorrogando la primigenia protección obtenida por periodos sucesivos de cinco años²⁸.

Un aspecto muy relevante de la protección del diseño industrial –y que se ha de tener en cuenta a la hora de reflexionar sobre la imprescindibilidad de la misma, toda vez que cabe la

²³ Recordemos que el derecho de autor se otorga “por el mero hecho de la creación” y, por ende, no goza de publicidad registral.

²⁴ Según el artículo 26 TRLPI, la protección del derecho de autor abarca toda la vida del autor y setenta años *post mortem auctoris*.

²⁵ OTERO LASTRES, J.M. *El diseño industrial según...* Op. Cit. p. 57 y Ss.

²⁶ Vid. Artículos 5 y Ss de la Ley 20/2003 de 7 de Julio de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

²⁷ Ex artículo 2 de la Ley del Diseño Industrial.

²⁸ Ex art. 43 de la Ley del Diseño Industrial.

posibilidad de obtener la cobertura del derecho de autor- es el ámbito de protección al que una y otra legislación hacen referencia. Así, mientras el derecho de autor -con toda amplia gama de facultades y su larga duración,- solo protege ante copias exactas, la protección del diseño industrial abarca, no solo a las copias exactas, sino que también faculta para impedir reproducciones similares²⁹.

3. I. CONTENIDO

El contenido de la protección que nos ocupa está recogido en el artículo 45 de la ley del Diseño Industrial y consiste básicamente en la posibilidad de que el titular del mismo pueda utilizar en exclusiva y prohibir la utilización por terceros sin su consentimiento de los diseños cuya titularidad ostente.

3. II. LA ACUMULACIÓN

La protección de un diseño industrial por dos cuerpos normativos distintos (la acumulación) es posible y así se recoge en la ley de protección del diseño industrial, en cuya Disposición Adicional Décima se contempla que:

La protección que se reconoce en esta ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual.

De gran interés resulta la reseña legal referente al grado de creatividad y de originalidad necesaria para obtener la protección acumulada. Parece claro que lo que el legislador está diciendo es que, si bien la protección acumulada es posible, no lo será como norma general sino para unos casos concretos: los que puedan ser considerados obra artística.

4. LA OBRA DE ARTE APLICADO

Lo antedicho resulta de gran ayuda para ir delimitando el objeto de análisis que nos ocupa. La adición de carácter estético que, incorporada a un objeto comercializado en masa, puede implicar la protección dual del derecho de autor y del diseño industrial es aquella que alcanza los estándares de una obra de arte. Solo ese tipo de creación, cumplidos los trámites registrales, será susceptible de hacer confluir en un mismo objeto el rango de protección otorgado por el diseño industrial y por el derecho de autor. Aparece ante nosotros, por fin, la obra de arte aplicado³⁰.

4. I. UN BREVE RECORRIDO POR LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

Si bien es cierto que la problemática del diseño industrial es antigua, no lo es menos que hace tiempo también que numerosos juristas han ahondado en la comprensión y el estudio del problema, realizando aportaciones de enorme valor. Y, a tales efectos, resulta inevitable la mención honorífica a la doctrina alemana, francesa e italiana.

La doctrina ha formulado diversas teorías, dividiéndolas en dos grupos³¹: las que se basan en criterios cuantitativos y las que se basan en criterios cualitativos.

²⁹ Según se establece en el artículo 47 de la Ley del Diseño Industrial: *la protección conferida al diseño industrial se extenderá a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente.*

³⁰ *Un tipo de creación que, además de ser protegible como diseño, puede beneficiarse también de la protección de la Propiedad Intelectual.* OTERO LASTRES, J.M. *El diseño industrial según ...* Op. Cit. p. 46.

³¹ *“Siguiendo a PERRET cabe dividir los criterios propuestos en el Derecho comparado para diferenciar los modelos artísticos de los modelos industriales en dos grupos. A saber: los criterios cuantitativos que establecen la distinción sobre*

A continuación se incluye una breve descripción de las más relevantes de entre las teorías propuestas:

4. I. a). **El criterio de la altura artística de la obra.**

El criterio de la altura artística de la obra (*künstlerischen Gestaltungshöhe*) nace a finales del Siglo XIX en Alemania de la mano de Josef Köller³², jurista según el cual *la incorporación de una idea a una forma implicaría la materialización de una obra de arte.*

Pero, en el caso de los diseños industriales, Köller considera que esa materialización de una idea no se llega a producir, pues es *en la propia forma que se agota el significado.*

Tomando como punto de partida las ideas de Köller, el diseñador industrial checo Josef Hoffmann³³ consideraba que una forma era susceptible de protección por derecho de autor *cuando la misma representa una idea independiente del mundo real y con un valor propio.*

Mientras que, en el caso del diseño industrial, nos topamos, no con una imagen de la realidad, sino *con el mundo real.*

En tiempos más recientes es el gran jurista español, el Profesor José Manuel Otero Lastres, quien considera el criterio de la altura artística como el ideal³⁴.

De ese modo, para los defensores del criterio de la altura artística de la obra, las formas obtenidas serán divididas en dos categorías³⁵. De las cuales, exclusivamente las creaciones que impliquen un mayor mérito (que alcancen el rango de “obras de arte³⁶”), serán objeto de protección por el derecho de autor; quedando los demás casos bajo la protección conferida al diseño industrial.

4. I. b). **La teoría de la finalidad inicial de la obra.**

Dentro de la rica doctrina alemana existe también una corriente que se opone al criterio de la altura artística de la obra, proponiendo como mejor criterio el de la “teoría de la finalidad inicial de la obra”³⁷. Según este criterio, la base teórica sobre la que poder trazar una frontera a

la base de una diferencia en el grado de originalidad; y los criterios cualitativos, según los cuales la diferencia no se encuentra en el grado de originalidad, sino en su naturaleza” OTERO LASTRES, J.M. *El Modelo Industrial*. Madrid: Montecorvo, 1977. p. 385.

³² Según el Prof. KÖLLER, Josef, la frontera para determinar si una creación era, o no, una obra de arte reside en la distinción entre “creación de configuración/Gestaltungsschöpfung” y “creación de sentimiento/Gefühlsschöpfung”; Considerando que las “creaciones de configuración” incardinan una idea y son, por tanto, obras de arte. Mientras que las “creaciones de sentimiento” causan una impresión estética (una reacción más superficial y menos compleja que no es susceptible de considerarse obra de arte). KÖLLER, Josef. *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, 1907. [Cit por SILVEIRA, NEWTON en *Direito de Autor no Desenho Industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1982. p. 400 y ss].

³³ Para Hoffmann, la obra de arte implica una visión propia, única e independiente, de la realidad que el artista realiza. Mientras que el diseño industrial es la propia realidad. HOFFMANN, W. *Werk, Erzeugnis und Muster*, 1939. SILVEIRA, NEWTON. *Direito de Autor no ...* Op.Cit. p. 400 y ss.

³⁴ “Podrán ser protegidos como modelos artísticos las creaciones [...] que posean un contenido estético [...] y, en segundo lugar, [...] que posean nivel artístico bien porque consistan en la reproducción de una obra de arte preexistente, bien porque constituyen, por sí mismas, una obra de arte”. OTERO LASTRES, J. M. *El Modelo Industrial*. Op. Cit. p. 406.

³⁵ La teoría de los dos niveles/Stufentheorie es considerada por Ulmer. E, aunque excluyendo la posibilidad de una delimitación estricta. ULMER, EUGEN. *Urheber und Verlagsrecht*. Berlín, 1951, p. 149-150.

³⁶ Desde un punto de vista jurídico, la obra artística protegible sería aquella que sirve de expresión a la personalidad del autor: “lo decisivo es si la obra está marcada por la individualidad de su creador”. SCHRICKER, Gerhard. *Urheberrecht*, 1997. [Cit por BERKOVITZ, Rodrigo. *Comentarios a la Ley ...* Op. Cit. p. 154]

³⁷ KATZENBERGER, PAUL. *Das Folgerecht im deutschen un ausländischen Urheberrecht*, 1970, p. 87-89.

la hora de decidir la protección idónea toma como punto determinante el hecho de que la forma fuese inicialmente creada, o no, para su aprovechamiento industrial.

Cuando una forma, independientemente de si puede (o no) ser catalogada como obra de arte, ha sido creada *ex professo* para su utilización industrial, será considerada un diseño industrial y su protección será la que corresponda al régimen jurídico de los diseños industriales.

La teoría finalista tendría entre sus virtudes el de la sencillez y la concisión, presentando, a priori, una solución rápida y efectiva. Sin embargo, la propuesta que se estudia ahora acarrea serias dudas respecto de su efectividad ante situaciones sobrevenidas.

El problema se plantearía cuando una forma que ha sido creada, *ab initio*, para su utilización industrial gana una relevancia suficiente para ser explotada de forma independiente³⁸. Sería igualmente problemático el caso en que una obra de arte (por ejemplo una escultura) es incorporada a la producción industrial (digamos, una lámpara).

En el caso primero ¿se habrá de mantener la protección del diseño industrial? En el segundo ¿la utilización industrial implicará la permuta del derecho de autor por el de diseño industrial?

4. I. c). **El principio de la unidad del arte.**

Dotada de connotaciones muy similares al de la finalidad inicial de la obra –pero a la inversa– se ha propuesto también una teoría que, formulada por el jurista francés Pouillet³⁹, defiende a ultranza la independencia de las manifestaciones artísticas, las que permanecerán, siempre y en todo caso, bajo el “paraguas legal” de los derechos de autor.

Se está haciendo referencia al *principio de la unidad del Arte*, según el cual la utilización, industrial o no, de una obra es irrelevante a los efectos de su protección por el derecho de autor. Estaríamos, por tanto, ante una situación que conllevaría, en todo caso, la protección del derecho de autor para la obra. A lo anterior cabría añadir la protección del diseño industrial como tutela acumulada.

El principio de la unidad del arte se encuentra recogido en numerosos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español⁴⁰, donde fue recogido a principios del Siglo XX por Agustín Ramella, quien señalaba “[...] desde que el arte es único en su esencia, sea cual fuere el resultado o importancia de sus formas, debiendo, por tanto, estar siempre sujetas a la tutela de la ley de derechos de autor”⁴¹.

³⁸ Sirva como ejemplo la clásica botella de Coca-Cola, cuya conceptualización va más allá de una mera botella de refresco, por lo que está registrada como **marca tridimensional**. En palabras del tribunal “*All shapes are not registrable. They must be distinctive and must indicate origin with a particular manufacturer or trader*” Vid: Coca-Cola Co Vs Fratelli Petrazzuolo (1963).

³⁹ “¿De dónde viene la dificultad que se experimenta para definir claramente la naturaleza y caracteres del diseño y del modelo? Según nuestra opinión, partimos de la unión de dos conceptos que se pueden combinar y unir –el arte y la industria–, y del sueño de establecer entre ellos una línea [...]. Pero antes de nada, ¿qué es la belleza? ¿Dónde termina? Incluso entre los autores reconocidos de todos los países y de toda edad existen escuelas que, partiendo de puntos opuestos, llegan a una definición del arte y del diseño diametralmente diferente. ¿Lo que es bello, es absoluto? [...] Respecto a lo anterior, se está intentando lograr una distinción imposible. [...] [T.d.R] POUILLET, Eugène. [cit. por GREFFE, FRANÇOIS & PIERRE. *Traité des Dessins et des Modèles*. París, 1974, p. 11 y Ss]

⁴⁰ Ver TR Ley de Propiedad Intelectual 1996: art. 3, ap 2°. En el que se señala que “los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables a los derechos de propiedad industrial [...]”.

⁴¹ RAMELLA, AGUSTÍN, *Tratado de Propiedad Industrial*. Madrid, 1913, p. 405.

Esta tesis, completamente opuesta a la vista *ut supra*, y la doble protección que de ella se puede derivar, ha suscitado fuertes críticas⁴², por cuanto se ha cuestionado la utilidad de la misma: ¿para qué tener una regulación que otorga una protección de menor duración y con requisitos mayores, pudiendo disponer del derecho de autor?

4. I. d). **El criterio de la escindibilidad.**

Otra de las soluciones propuestas viene de la mano del “criterio de la escindibilidad [también denominado criterio de la disociación]”⁴³, cuyo padre intelectual es Piola Caselli⁴⁴, jurista italiano, quien, citado por José Manuel Otero Lastres⁴⁵, afirma que:

“La obra de arte aplicada es aquella obra que podemos concebir como obra de arte pura si fuese disociada de los elementos materiales que le dan el carácter de producto industrial. Por el contrario, son modelos industriales todos los productos que [...] contienen un elemento artístico que es parte integrante del producto y que no pueden por sí mismos ser concebidos como obras independientemente del producto mismo”.

De ese modo, el tipo de protección otorgada dependerá de si es posible disociar conceptualmente la obra (el *corpus mysticum*⁴⁶) del objeto que la incorpora (el *corpus mechanicum*).

Estaríamos ante una obra protegida por el derecho de autor cuando una valoración estética pueda ser hecha prescindiendo del objeto industrial (En el caso de una lámpara con una escultura como base: cuando se puede decir “qué estatua tan bonita”, sin estar obligado a decir “qué lámpara tan bonita”).

Es de recalcar que el criterio que nos ocupa no impone la necesidad de llevar a cabo una disyunción física. El requisito de la disociación es de carácter abstracto (y no material). Pues, como indican, Vercellone y Greco:

“El criterio de la escindibilidad no debe ser entendido en sentido material, como disociación física entre la obra artística y el producto industrial, sino como posibilidad de separación abstracta, entre el elemento artístico y el soporte físico en que se haya materializado”⁴⁷.

5. OTRAS CUESTIONES A TENER EN CUENTA

5. I. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO

Sumado a todo lo hasta aquí brevemente expuesto, resulta imprescindible contemplar algunas cuestiones de gran relevancia a la hora de llevar a cabo el análisis que se pretende.

⁴² Numerosos tribunales franceses se han preguntado por la utilidad de la protección específica del diseño industrial, por cuanto sería una protección paralela e inferior a la de los derechos de autor. Vid. Stcs de Cour de Cassation, 2/05/1061 y 18/03/1970.

⁴³ OTERO LASTRES, J.M. *El Modelo ...* Op. Cit. p. 388

⁴⁴ PIOLA CASELLI, EDOARDO. *Diritto d'autore*, 1907.

⁴⁵ PIOLA CASELLI, E. [cit. por OTERO LASTRES, J. M. *El Modelo ...* Op Cit. p. 389

⁴⁶ El Profesor Fernando Bondía, explica: “en las obras plásticas, la clásica y escolástica distinción entre el *corpus mysticum* (la obra o creación) y el *corpus mechanicum* (el ejemplar o materialización) adquiere una plena identificación” (BONDÍA ROMÁN, FERNANDO. *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información*. Madrid: Trivium, 1988, p. 43.

⁴⁷ GRECO, PAOLO & VERCELLONE, PAOLO. *Le invenzioni e i modelli industriali nel Trattato di diritto civile italiano*. Unione Tipografica-Editrice Torinese. Turín, 1974. p. 77.

De ese modo, insoslayable se refuta la importancia que el ordenamiento económico adquiere en relación a la protección que se haya de otorgar a la obra de arte aplicado. Si la tutela resultare excesiva comportaría un obstáculo al interés general de obtener un tráfico económico que, si bien observador de los derechos de explotación privada, sea lo más fluido posible⁴⁸.

La economía de mercado lleva aparejados unos límites a los intereses meramente privados y tal es así con el objetivo de proteger un interés general más amplio y del que todos se puedan beneficiar.

Una forma de correlato práctico del concepto de economía de mercado es la defensa de la competencia, a cuyo efecto existen provisiones específicas a varios niveles, siendo la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia la encargada de explicitar tales postulados a nivel nacional. En su preámbulo establece:

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

Se puede concluir, por tanto, que la protección que se vaya a otorgar a la obra de arte aplicado no puede, ni debe, tener en cuenta el interés exclusivo de los titulares de derechos mas, al contrario, se habrá de ponderar el legítimo interés de los anteriores (y la protección que su esfuerzo creativo y/o productivo merece) con el interés que la sociedad tiene en optar a mejores productos. No hacerlo así implicará que el sistema competitivo no funcione adecuadamente⁴⁹.

5. II. EL DERECHO MORAL DEL AUTOR

Como ya se ha expuesto *ut supra*, todo autor de una obra, desde el mismo momento de la creación, goza del derecho de autor. Ese derecho tan especial tiene una doble vertiente, siendo la del derecho moral –aparte de la económica- de inexcusable relevancia por causa de que el haz de facultades que el derecho moral confiere al autor/sus causahabientes es inalienable e irrenunciable⁵⁰.

Toda obra de arte -sea esta obra aplicada a la industria o no-, en tanto que acreedora de la protección por el derecho de autor llevará aparejada una cobertura legal que comportará, de forma inexcusable, la existencia de unos derechos de carácter moral y que buscan salvaguardar la exacta correlación entre el espíritu creador del autor y su resultado, la obra.

Especial consideración se ha de otorgar al apartado 4º del artículo 14 del TRLPI, en el que se contempla el derecho de integridad, por cuanto conlleva la interdicción de la modificación de la obra sin la autorización del autor/sus causahabientes... sin límite temporal alguno⁵¹.

En el caso de una obra de arte aplicado, concluirse puede, y sin duda alguna, que la existencia de un derecho de control con una duración ilimitada sobre la obra es una circunstancia

⁴⁸ Resulta este un precepto que goza de reconocimiento constitucional. Así, el artículo 38 de la Constitución Española de 1978 reza que *se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

⁴⁹ [...] ya que las decisiones de los operadores económicos y de los consumidores vendrán viciadas por las actuaciones incorrectas que se produzcan en el mercado y que distorsionarán las decisiones de quienes participen en él. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea* Madrid: Thomson – Aranzadi, 2007. p. 16.

⁵⁰ Vid. Artículo 14 de TRLPI.

⁵¹ Ex artículo 15 ap 1 del TRLPI.

a tener muy en cuenta si de evitar sorpresas se tratare. Así, el extremar las precauciones, que se habrán de tomar *ex ante* y con respecto a cualquier actuación de las que el derecho moral interdice a quienes no sean titulares del derecho moral sobre la obra, se refuta indispensable.

6. EL DIALOGO DE LAS FUENTES

Una vez alcanzado el punto actual, y llevando a cabo una sucinta recapitulación, nos encontramos ante una figura, la de la obra de arte aplicado, que es susceptible de obtener la protección tanto de la legislación del diseño industrial como por la del derecho de autor. Toda vez que en ambos cuerpos legales se contempla la posibilidad de una aplicación acumulada, esta posibilidad no ofrece duda, pero ¿cómo llevarla a cabo? Una forma de implementar esa tutela dual es a través del Diálogo de las Fuentes.

6. I. ORÍGENES Y DEFINICIÓN

La serie de acontecimientos que tuvieron lugar en la Baja Edad Media, entre los cuales (y sin ánimo de ser exhaustivo) se pueden citar el descubrimiento de América y la necesidad de superar las teorías tomistas, hasta entonces imperantes en el Derecho de la época, crearon una necesidad que fue atendida por las mentes luminosas de una serie de teólogos-juristas que, en su conjunto, conformaron una de las más formidables aportaciones al Derecho y a la Economía que de España surgieron. Nos referimos, claro, a la Escuela de Salamanca.

Las necesidades surgidas del descubrimiento del Nuevo Mundo, fueron el caldo de cultivo de una serie de avances que dieron lugar al nacimiento de una disciplina, el Derecho Internacional, cuyo origen moderno se puede atribuir con orgullo a la Escuela Española de Derecho Internacional⁵². A mayor abundamiento de lo antedicho, se incluye un párrafo de la obra “*The Spanish Origin of International Law*” de J. Brown Scott⁵³ que dice así:

*Vitoria*⁵⁴ tuvo precursores, sin duda; pero, conforme dice Redslob (“*Traité de droit des gens*”, página 22), “el linaje de los fundadores del derecho de gentes” fue fundado por él. Entre los precursores cítanse legista italiano Giovanni da Legnano [...]; Honoré Bonet [...]; Cristina de Pisan y otros. Pero la obra de Giovanni da Legnano, así como las demás, representan solamente principios, mas o menos corrientes al final de la Edad Media, sobre ciertas cuestiones vinculadas al derecho de gentes, mientras que la Vitoria era la expresión de un derecho nuevo y, por ello, se le considera hoy en general como el origen del derecho internacional moderno. Además, conforme señaló Brown Scott (“*la découverte de l’Amérique et le droit des gens*”, R. D. I. IV, 1930), Vitoria fue quien primero enseñó el derecho de gentes en establecimientos de enseñanza.

Así, las relaciones entre los principales sujetos de derecho internacional, los Estados, tienen lugar con base en ordenamientos jurídicos dispares, los cuales pueden estar sujetos a Tratados. Tanto en uno como en otro caso, la potencial aparición de problemas de complementación de las diferentes normas en juego o de dificultades a la hora de la interpretación de los Tratados –las denominadas *antinomias*– es evidente y ello conlleva un alto riesgo de falta de la necesaria coherencia. La adopción de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 23

⁵² [...] en los albores de la sociedad internacional moderna, los autores de la Escuela Española de Derecho Internacional, que son los auténticos fundadores de nuestra ciencia [el Derecho Internacional. N.d.R.]. PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2006 p. 609.

⁵³ Cit. por ACCIOLI, HILDEBRANDO. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958. p. 78.

⁵⁴ Francisco de Vitoria [N.d.R.]

de mayo de 1969 representó un gran avance, sin duda. Pero, en palabras de la propia comisión “*la interpretación de tratados es hasta cierto punto un arte, no una ciencia exacta*”⁵⁵.

La tesitura que se expone arriba, junto a la creciente internacionalización de las relaciones de todo tipo que se está experimentando a nivel mundial -y con mayor intensidad, si cabe, de un tiempo a esta parte-, impone grandes exigencias sobre todo el cuerpo de doctrina y jurisprudencia existente y que busca una solución equilibrada a los problemas que tan complejo escenario presenta. De ahí, y sin ánimo de sustituir al gran trabajo previamente desarrollado por tantos juristas dedicados al derecho internacional -mas con la pretensión de complementarlo-, surge la idea de Erik Jayme a la que denomina *el Dialogo de las Fuentes*.

Según el Profesor Jayme, *la solución de los conflictos de leyes emerge ahora de un diálogo entre las fuentes más heterogéneas*⁵⁶. Según el gran jurista alemán, los derechos humanos, los derechos fundamentales y constitucionales, los tratados, las leyes y códigos, *todas estas fuentes ya no se excluyen o revocan mutuamente; al contrario, se “hablan” unas a otras y los jueces son llevados a coordinar estas fuentes “escuchando” lo que las fuentes “dicen”*⁵⁷. Citado por la Profesora Lima Marques, Erik Jayme establecía que *el sistema jurídico presupone cierta coherencia – el derecho debe evitar la contradicción. El juez, en presencia de dos fuentes... con valor equivalente, debe buscar su coordinación, en un diálogo de las fuentes (Dialog der Quellen)*⁵⁸ [T.d.R.].

En opinión de una de las mas importantes representantes de la doctrina al respecto de la teoría que nos ocupa, la gran jurista brasileña Claudia Lima Marques, la aplicación del diálogo de las fuentes *puede ser aplicada a todas las ramas del Derecho, privado y público, nacional e internacional, como instrumento útil para el aplicador de la ley del momento, en vista del pluralismo pos-moderno de fuentes, que no parece disminuir en el S. XXI. [...] una técnica que generosamente nos guía, nos ayuda a avanzar de forma segura, en el esfuerzo por acertar y alcanzar una solución justa*⁵⁹.

Erik Jayme dio origen a una teoría que resulta magistralmente explicada por la brillante jurista gaúcha⁶⁰ que, tomando el testigo del gran maestro de Heidelberg, expresa con claridad y economía admirables la esencia de las ideas contenidas en el diálogo de las fuentes cuando dice que:

*Las leyes hoy no son más “castillos” estancos y “feudos” compartimentados de una sola ley, si no que, bajo el orden de los valores constitucionales, las leyes a aplicar pueden compartir “finalidad y ratio” para alcanzar un resultado justo [...], incluso estando la norma presente en fuentes diversas*⁶¹. [T.d.R.].

Y, a esa conveniente superación de las barreras que la radical individualización de las leyes conduce, se puede llegar por la vía de coherencia normativa diversas estableciendo entre ellas un diálogo informado por los principios derivados de los Derechos Humanos y del Orden Constitucional.

⁵⁵ Vid. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, p. 240

⁵⁶ Cit por LIMA MARQUES, CLAUDIA. *O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18

⁵⁷ JAYME, E. *Identité culturelle et integration: le droit internationale posmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*. Haye, Nijhoff, 1995, II. P. 259. [Cit por LIMA MARQUES, C. *O “Diálogo das Fontes” como ...* Ibidem. p. 18]

⁵⁸ JAYME, E. *Direito internacional privado e cultura pos-moderna. Cadernos PPDG/UFRGS* 1, n.1, p. 59-68, mar. 2003. p. 109. [Cit por LIMA MARQUES, C. *O “Diálogo das Fontes” como* Ibidem. Pág. 19] .

⁵⁹ LIMA MARQUES, C. *O “Diálogo das Fontes” como* Ibidem. p. 21

⁶⁰ Gentilicio de aquellos que son originarios del Estado de Rio Grande do Sul, en Brasil [N.d.R].

⁶¹ LIMA MARQUES, CLAUDIA. *Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 p. 25.

Tomando las palabras de la Profesora Lima Marques:

*“Diálogo” en virtud de las influencias reciprocas, “Diálogo” porque hay aplicación conjunta de dos normas a un mismo tiempo y a un mismo caso, sea de forma complementaria, sea de forma subsidiaria, sea permitiendo la opción voluntaria de las partes por la fuente prevalente [...] o la solución mas favorable a la parte más débil de la relación*⁶².

6. II. OBJECIONES

Si bien la teoría del diálogo de las fuentes resulta sumamente interesante como vía de solución para variados casos, la misma presenta, no obstante, un problema en el caso de su aplicación en España.

En el caso hipotético de que un juez o tribunal español -a la hora de buscar una solución a un asunto que ante él se esté ventilando-, tome partes de varias normas legales y con objetos diversos, el resultado, *de facto*, será la creación *ex novo* y por el juzgador de una nueva norma de carácter híbrido. En otras palabras, el juez o tribunal, estará creando una nueva ley.

La posibilidad antedicha forma parte de ordenamientos diferentes al nuestro, principalmente de los países cuya herencia jurídica está en el origen o descende del sistema de *Common Law*⁶³. Pero, en nuestro Ordenamiento Jurídico rige el principio, constitucionalmente recogido⁶⁴, de la reserva de ley. De ese modo, la creación de nuevas disposiciones legales está reservada, en principio, a las Cortes Generales con carácter exclusivo.

6. III. EL CASO ESPAÑOL

A la hora de analizar las circunstancias propias de nuestro Ordenamiento en relación a la figura de la obra de arte aplicado, se ha de realizar una mirada retrospectiva a la regulación legal anterior. Así, tenemos, por un lado, la Ley de 10 de enero de 1879 de la Propiedad Intelectual, en cuyo artículo tercero⁶⁵ se contemplan previsiones que parecen extender la protección de los derechos de autor a objetos de carácter industrial.

Por otro lado, tenemos el Estatuto sobre Propiedad Industrial, aprobado por Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, en el que se contemplan, entre otros, *los dibujos y modelos artísticos comerciales*, expresión con la que se hace referencia a las obras de arte que se utilicen como ornamento de un objeto industrial⁶⁶. La anterior figura (el modelo artístico⁶⁷) pasa a ser protegible tanto por la ley de derecho de autor como por la ley sobre propiedad industrial⁶⁸.

Con todo lo anterior en cuenta, se puede concluir que la posibilidad de obtener una protección acumulada (derecho de autor – propiedad industrial) es una realidad en el Ordenamiento Jurídico español desde hace bastante tiempo. La idea permanece en la “mente jurídica” del país desde antiguo y, por ende, tal posibilidad no ofrece dudas. Siendo los antecedentes normativos mencionados *ut supra* precursores de las disposiciones que al respecto se contienen en el artículo 3º del TRLPI de 1996 y en la Disposición Adicional Décima de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial de 2003.

⁶² LIMA MARQUES, C. *Diálogo das Fontes: do Conflito à* Op. Cit. p. 28.

⁶³ Ad. Ex: El Reino Unido, Los Estados Unidos de América y Australia (entre otros)

⁶⁴ Constitución Española de 1978. Artículo 66.2: *Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, [...]*

⁶⁵ LPI 1879; artículo 3º: *Los beneficios de esta ley son también aplicables: Primero. A los autores de [...] diseños científicos; Tercero. A los autores de obras de arte respecto a la reproducción de las mismas por cualquier medio.*

⁶⁶ Vid. OTERO LASTRES, J.M. *El Modelo...* Op. Cit. p. 381.

⁶⁷ Antecedente de la *obra de arte aplicado a la industria*.

⁶⁸ Vid. OTERO LASTRES, J.M. *El Modelo...* Op. Cit. p. 382

6. III. a). La disposición adicional décima de la ley de protección jurídica del diseño industrial de 2003.

Si bien el contenido del artículo tercero del TRLPI extiende la protección del derecho de autor a toda aquella creación que pueda ser considerada obra de arte⁶⁹, el caso de la Disposición Adicional Décima de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial de 2003 ofrece un interés aún mayor por la clarificación que se deriva de su tenor y del análisis del *iter* parlamentario seguido en su trámite.

En efecto, en el transcurso del proceso de desarrollo de la actual ley de protección del diseño industrial varias enmiendas fueron propuestas, siendo una de ellas de enorme utilidad para clarificar el caso de la obra de arte aplicado a la industria.

La enmienda nº 105⁷⁰ da una idea muy precisa de qué casos son los que pueden optar a la protección acumulada de los derechos de autor y diseño industrial (en lo que puede ser interpretado como un ejercicio -por los agentes legitimados para así hacerlo en nuestro Ordenamiento-, de la teoría del diálogo de las fuentes), estableciendo que:

El diseño industrial podrá ser objeto de protección acumulada pero, como es lógico, sólo cuando presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser considerado como creación artística que justifique su protección con arreglo a nuestra legislación sobre propiedad intelectual.

Y, continúa la enmienda exponiendo los riesgos de no llevar a cabo un análisis plural y ponderado de las posibilidades (incidiendo en el ejercicio de una visión expansiva, cohonestada y equilibrada de las posibilidades que la aplicación de varias normas de forma cumulativa proporciona. Lo que, en otras palabras, se puede calificar como implementación de un efectivo diálogo de las fuentes) cuando dice que:

Una aplicación indiscriminada del principio de acumulación de protecciones permitiría al titular del diseño registrado garantizarse, a través de la propiedad intelectual, una protección exorbitante, [...]. Todo ello rompería, indirectamente, el equilibrio que debe existir entre la concesión de un monopolio que permita rentabilizar el valor comercial añadido por el diseño al producto, y la necesidad de preservar la competencia y la libertad de mercado.

6. III. b). El punto de vista de la jurisprudencia.

Respecto a la actividad jurisdiccional, tomando como punto departida la reflexión siguiente: Si -respecto de la protección acumulada de la obra de arte aplicado a la industria-, en el proceso de creación de la ley de protección del diseño industrial ya se llevó cabo un diálogo de las fuentes (si quiera *sui generis*) por parte del legislador, resulta un hecho irrefutable la posibilidad de obtener la protección dual del derecho de autor y del diseño industrial.

En otras palabras: si, sirviendo de ornamento a un producto registrado de carácter industrial hay una creación original que alcanza el grado de originalidad necesario para ser considerada obra de arte, el titular de los derechos podrá solicitar de los Tribunales españoles la tutela acumulada.

⁶⁹ En lo que parece un claro reflejo de la teoría de la unidad del arte (ya expuesta) [N.d.R]

⁷⁰<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20030310012508.CODI.%29#%28P%C3%A1gina39%29>.

p. 69 (*in fine*) y 70

La preexistencia de disposiciones normativas específicas, contemplando de manera expresa la posibilidad de obtención de una tutela acumulada derecho de autor-diseño industrial, elimina el obstáculo del principio constitucional de reserva de ley. Los Tribunales ya no estarán, *motu proprio*, tomando partes de varias normas y principios para, con ellos, producir una norma nueva, si no que estarán ejerciendo su labor jurisdiccional dentro de los límites que las normas emanadas de quien ostenta el Poder Legislativo les proporcionan dentro del nuestro sistema constitucional.

Para proporcionar un ejemplo del modo en que lo anterior se lleva a cabo se va a proceder a realizar un somero análisis de una sentencia que resulta ideal para el caso que nos ocupa. Es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 561/2012 (Sala 1) de 27 de septiembre, comúnmente denominado el “caso de las farolas⁷¹”.

En el enunciado de la sentencia que lleva a cabo el Tribunal Supremo se incluyen una serie de aclaraciones y precisiones que suponen, a juicio del autor, el complemento definitivo a la labor legislativa previa por cuanto ésta resulta interpretada de una forma tan clara y útil como permite la complejidad del objeto tratado.

Obviando el contenido procesal de la resolución del Alto Tribunal, y centrándonos en las cuestiones relativas a los diseños y su posible protección cumulativa por el derecho de autor y como diseño industrial, se incluyen una serie de matizaciones que bien podrían ser calificadas de perfecto ejemplo de implementación de la teoría del diálogo de las fuentes.

Así, el Tribunal Supremo comienza situando el asunto en un marco más amplio, estableciendo que “*se trata de articular de forma equilibrada los diferentes intereses en juego [...] los de los diseñadores [...]; los de la industria [...]; [y] los del mercado [...]*”⁷².

A lo anterior complementa la mención de las finalidades diversas de las normas en juego, expresando que el objeto último de protección del derecho de autor es *el provecho que la sociedad obtiene* de las aportaciones creativas de los autores; mientras que el bien protegido por el diseño industrial es, “ante todo, *el valor añadido por el diseño [...]* desde el punto de vista comercial”.

Continúa realizando un análisis de los sistemas de protección de la figura jurídica que nos ocupa que se han propuesto, a tal fin menciona “*el [sistema] de acumulación total o absoluta*⁷³; *el de separación absoluta*⁷⁴; *y el sistema intermedio o de acumulación parcial*⁷⁵”.

Y, tras contraponer el contenido del artículo 10.1 del TRLPI y el de la Disposición Adicional Décima de la ley del diseño industrial, concluye matizando que “consecuentemente, cabe diferenciar entre las *obras plásticas puramente artísticas* (con independencia de que puedan ser explotadas con fin industrial), las *obras de arte aplicadas a la industria* y los *diseños propiamente dichos [...]*”. Estando las primeras bajo la tutela indubitada del derecho de autor, las segundas optarán a la protección acumulada cuando alcancen la exigencia de un “*plus de creatividad*” y quedando los diseños bajo la tutela exclusiva de la ley de protección jurídica del diseño industrial.

⁷¹ El asunto que se ventilaba tuvo como origen los diseños de unas farolas para la ciudad de Barcelona [N.d.R]

⁷² Vid. Fundamento de Derecho Quinto de la STS 561/2012 de 27 de septiembre.

⁷³ Vid. Teoría de la Unidad del Arte (ut supra)

⁷⁴ Y matiza el Alto Tribunal: *En el que la propiedad intelectual de los autores plásticos no es susceptible de tutela por vía del diseño y viceversa. Ya que la duplicidad devendría superflua*”.

⁷⁵ Explicando que: *según él, los diseños susceptibles de tutela como propiedad industrial también los son susceptibles de tutela acumulada por el derecho de autor, pero para ello es preciso cierto grado de altura artística*.

7. CONCLUSIONES

La posibilidad de que una obra de arte forme parte de un diseño industrial levanta cuestiones muy importantes y dudas de calado a la hora de determinar el tipo de protección que se ha de otorgar a esa “figura híbrida”.

El hecho de que la protección del derecho de autor sea tan amplia -en derechos y ámbito temporal- se contrapone directamente con la protección, más breve y con requisitos, del régimen de los diseños industriales dentro de la propiedad industrial. Por otro lado, la protección que el diseño confiere frente a objetos que no produzcan una impresión general diferente en el usuario informado es una ventaja a tener muy en cuenta en el ámbito comercial.

Además, la perspectiva del interés general, plasmada en la organización constitucional del orden económico como de libre competencia, y el aliciente que representa la existencia de personas que lleven a cabo esfuerzos creativos que hagan avanzar a la sociedad hace imprescindible que un punto intermedio haya de ser procurado a la hora de conceder un tipo u otro de protección.

Todas las anteriores circunstancias pueden ser tenidas en cuenta por la vía de la Teoría del Diálogo de las Fuentes, cuya aplicación al caso concreto del diseño industrial se refuta como casi de obligada implementación. Y eso es lo que, en apariencia, ha tenido lugar en el caso español, en el que, tanto la labor legislativa como la tarea de interpretación de las normas se ha llevado a cabo de una forma ponderada y con amplitud de miras, dando como resultado la subdivisión de la forma que puede integrar el diseño industrial en tres tipos:

1) Como obra artística, con independencia de su inclusión en un diseño industrial. Protegida por el derecho de autor.

2) Como obra de arte aplicado a la industria, pero sólo cuando goce de cierto grado de altura creativa. En cuyo caso optará a la protección acumulada por el derecho de autor y como diseño industrial.

3) Como diseño *stricto sensu*. Figura que contará para su protección con la tutela de la ley de protección específica del diseño industrial.

Tomando todo lo anteriormente expuesto como punto de partida, se podrá profundizar en el interesante asunto objeto del trabajo que ya se concluye y, cómo no, proceder a realizar un postulado lo más eficaz posible a la hora de aplicar las tesis aquí expuestas a un caso concreto.

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y TEÓRICOS DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL PROCESO PENAL CUBANO.

*MSc. Emma Calderón Arias
Profesora de Derecho Penal General, Especial y Criminalística
Facultad de Derecho Universidad de la Habana (Cuba)*

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 4 de enero de 2014

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA, FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y TEÓRICOS PARA UNA DEFINICIÓN. 3. DEL ESTUDIO COMPARADO DE LA CADENA DE CUSTODIA. 4. ETAPAS O FASES DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA. 5. LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CUBANO. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El proceso penal de forma general tiene por objetivo demostrar la ocurrencia de un hecho delictivo lo cual funciona como el eje de la tierra, en torno al mismo giran los demás aspectos procesales. Es por ello que la cadena de custodia de los elementos probatorios en Cuba es un tema trascendental para determinar el valor probatorio de estos, con la garantía de un debido proceso penal.

ABSTRACT: In the penal process in a general way to demonstrate the occurrence of a criminal fact works as the axis of the earth, around the same one they rotate the other procedural aspects. It is for it that the chain of custody of the probatory elements in Cuba is a momentous topic to determine the probatory value of these, being guaranteed a due penal process.

PALABRAS CLAVES: *Cadena de custodia, delito, proceso penal, prueba, debido proceso.*

KEYWORDS: chain of custody, penal process, crime, evidence, due process

1. INTRODUCCIÓN

Los elementos de prueba tienen por fin establecer la existencia o no de una infracción penal, así como la culpabilidad una vez fijado lo anterior y la determinación de una pena proporcional para la persona condenada. En un momento del devenir histórico, mediante un sistema de enjuiciar se privilegió la confesión del reo y para ello incluso se aplicaba el tormento y tortura a los efectos de lograr la declaración de culpabilidad; la humanización del proceso penal y los límites fijados del *ius puniendi* en su dimensión adjetiva revaluó tal proceder, apareciendo el llamado Derecho Probatorio, que configuró un plexo de principios y garantías para la obtención y práctica de las pruebas.

En esos tiempos de la historia la tortura y los tratos inhumanos para la obtención de los elementos de prueba llenarían el proceso de ilicitud, ya que la forma de obtenerlas era por medio de la presión, la coacción y fuerza, es lo que se denomina prueba ilícita¹.

La búsqueda de la verdad por medio del tormento es realmente una manera de provocar la aparición de un indicio, el más grave de todos, la confesión del culpable; pero es también la batalla, con la victoria de un adversario sobre el otro, lo que "produce" ritualmente la verdad. En la tortura para hacer confesar hay algo de investigación y hay algo de duelo².

Para el autor Posada Jeanjacks³ la Criminalística es hija de la revolución operada durante el siglo XIX en las ciencias físico naturales y sociales, esta fue la época revolucionaria de las huellas dermopapiloscópicas, de la Fotografía y la Balística Criminalística, de la valoración interdisciplinaria a la que se someten las pruebas detectadas durante la investigación de un hecho delictivo, desde una huella de calzado hasta las microhuellas en las prendas de vestir de un sospechoso, la misma época en la que junto al investigador criminal comenzaron a asistir al lugar del suceso el Químico, el Biólogo, el Médico Legista, etc.; la época en que el policía asombró al mundo al despojarse de su ropaje de interrogador y torturador implacable, para vestirse con la blanca bata de científico.

De ahí que la recolección y preservación de las huellas, evidencias o muestras sea fundamental para que en el momento del pronunciamiento de la autoridad competente, se haga de la forma más precisa y justa posible, demostrando ahí que la cadena de custodia, es indispensable para el seguimiento, seguridad, confiabilidad de las muestras, huellas o evidencias y así lleguen al juicio oral de acuerdo con los hechos, respetando los derechos del imputado, la Constitución de la República de Cuba, así como los principios que informan el proceso penal.

¹ FERRER BELTRAN Jordi, GASCON ABELLAN Marina, GONZALEZ LAGIER Daniel, TARUFFO Michelle: Estudios sobre la prueba. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas México 2006, p. 56 y 57. "Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones: por ejemplo, el acta de entrada y registro practicada sin consentimiento del titular o resolución judicial, o la transcripción de unas escuchas telefónicas practicadas de la misma manera); o lesionando derechos constitucionales (como el derecho a la defensa: así, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la Constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura, que vulnera el derecho a la integridad física, o una coacción para obtener declaraciones sobre "ideología, religión o creencias", proscriba por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia). En definitiva, y por simplificar, es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales."

² FOUCAULT, Michel: Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo veintiuno Editores Argentina. 1976. p. 40

³ POSADA JEANJACKES, José Ángel: La Ciencia Criminalística. 2da Edición, p.2

2. LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA, FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y TEÓRICOS PARA UNA DEFINICIÓN.

La cadena de custodia es un proceso continuo y documentado que demuestra la autenticidad de la evidencia, su importancia esta en garantizar a los Tribunales que las evidencias son las mismas recolectadas, acreditando su identidad, estado original, condición y cambios hechos en ellas por cada custodio.

El criminólogo Francés Edmon Locard en 1910, describió “El principio de intercambio”, afirmando que todo criminal en su paso por la escena del delito, deja una parte de sí y se lleva consigo, deliberada o inadvertidamente algo de la propia escena, dijo que estos indicios de prueba de su presencia y de la comisión de su conducta delictiva pueden conducirnos a su identificación, desde entonces se procede a recolectar las evidencias materiales o físicas relacionadas con un delito, de cuya existencia, análisis científico, características o condiciones particulares o relacionadas con otras, se infieren conclusiones que corroboran el hecho punible o ayudan a explicarlo mostrándose como material de prueba del hecho.

La cadena de custodia es un método diseñado para controlar la confiabilidad de la prueba, permite demostrar que el intercambio de evidencias, huellas o muestras ocurrió realmente en el momento del hecho. Si esto no es así, se pierde el valor probatorio de cada elemento de prueba o del material probatorio y se denomina entonces que existe contaminación de esas huellas, muestras o evidencias. La cadena de custodia debe garantizar la pureza de la evidencia desde el momento mismo de la recolección, puesto que estos elementos probatorios pueden finalmente convertirse en pruebas cuya legalidad debe estar garantizada para que puedan ser debatidas en Juicio.

Definir “cadena de custodia” se ha vuelto un tema polémico por lo que se han emitido diversos criterios entorno al mismo en la actualidad, moviéndose entre el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal Penal, de ahí la importancia de referirnos a los aspectos fundamentales sobre su definición.

Para el profesor Fernández Romo la cadena custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de las huellas, muestras y evidencias, obtenidos en la etapa investigativa con interés criminalístico, en un hecho que reviste caracteres de delito, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso⁴.

La cadena de custodia para Cordero Bello autor dominicano, es un método diseñado para controlar la confiabilidad de la prueba, permite demostrar que el intercambio de evidencia ocurrió realmente en el momento del hecho. Si esto no es así, se pierde el valor probatorio de un elemento y se habla de contaminación. La cadena de custodia debe garantizar la pureza de la evidencia desde el momento mismo de la recolección, puesto que estos elementos materiales probatorios pueden finalmente convertirse en pruebas cuya legalidad debe estar garantizada para que puedan ser descubiertas y controvertidas en Juicio⁵.

⁴ Fernández Romo, Rodolfo; Profesor Auxiliar Facultad de Derecho Universidad de la Habana. En su artículo: La Prueba Pericial y el debido proceso penal. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo. ISSN 1609 3031. Septiembre de 20011. Catalogada en Latindex desde 2005; <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?>

⁵ Cordero Bello, Tomas; mayo 21, 2008. Blog dedicado al desarrollo de la Criminalística y las Ciencias forenses en la República Dominicana.

Cadena de custodia es para Hugo Hermoza autor peruano, todo un conjunto de procedimientos de seguridad, destinados principalmente a garantizar que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía⁶.

Es un conjunto de procedimientos ineludibles, en los que prima el tema de seguridad, estos procedimientos se encuentran destinados principalmente a garantizar que el elemento material probatorio o la evidencia física hallada, una vez que ha cumplido con sus requisitos (identificación, recolección, embalaje y rotulación) sea la misma que se encontró en la escena del crimen⁷.

Pero siempre van a existir aspectos comunes en las definiciones, siendo así que en su mayoría tienden a referirse a la cadena de custodia teniendo en cuenta los aspectos siguientes:

- A) Es un sistema, procedimiento ó conjunto de procedimientos.
- B) Donde se va a recolectar, fijar, levantar y analizar los elementos probatorios del lugar donde ocurre un delito o de otros asociados a éste.
- C) Para garantizar la individualización, autenticidad, seguridad, preservación e integridad de dichos elementos probatorios.

A nuestro criterio la cadena de custodia *es el procedimiento que va desde la fijación, levantamiento, análisis y conservación de las huellas, muestras o evidencias relativas a un hecho delictivo, hasta su valoración en el acto del juicio oral, garantizando la autenticidad y legitimidad de cada elemento probatorio en el proceso penal.*

3. DEL ESTUDIO COMPARADO DE LA CADENA DE CUSTODIA.

La cadena de custodia de los elementos probatorios es un tema que cobra actualidad según las exigencias que tiene el proceso penal en estos momentos, de ahí que se haga necesario el estudio comparado para valorar lo que se establece en otros países, ya sea en sus códigos procesales como en leyes especiales.

Para el derecho comparado, la cadena de custodia se regula en leyes ó reglamentos destinados a mantener la fuerza o calidad probatoria de las evidencias, huellas o muestras encontradas en el lugar de los hechos delictivos ó en otros relacionados a éste. Que sólo Colombia establece en su ley adjetiva lo relativo a la cadena de custodia, y como ejemplo de reglamento tenemos el caso de Perú. De la revisión de catorce códigos de procedimiento penal⁸, de los cuales, sólo uno (Código de Procedimiento Penal de Colombia⁹) regula la cadena de custodia, en su artículo 205¹⁰ se refiere a cómo deben someterse a cadena de

⁶ Hugo Hermoza Orosco, Plinio; [La Cadena de Custodia en el Nuevo Proceso Penal](#). La Reforma. Perú. 24/12/07

⁷ Halanoca Huamán, Julián César: "La escena del delito y la cadena de custodia en el nuevo proceso penal, reproducido en *Agenda Magna* el 10 de febrero de 2009

⁸ Fueron revisados catorce códigos de procedimiento penal, los cuales se mencionan a continuación: Código de procedimiento penal de Bolivia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Perú, Chile, Paraguay, México, El Salvador, Costa Rica, República Dominicana y Colombia.

⁹ Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley No. 229 del 2004.

¹⁰ Artículo 205: Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querrelas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del

custodia todos los elementos materiales y evidencia física que se obtenga de los actos de investigación, para más adelante en el artículo 216¹¹ exponer los aspectos sobre el aseguramiento y custodia de los elementos que se obtengan de la investigación, pero siempre teniendo en cuenta las reglas de la cadena de custodia; para dedicar luego su capítulo cinco a la cadena de custodia de sus diferentes aspectos considerar, desde el artículo 254 al 266, dejando preceptuado la aplicación, responsabilidad, inicio de la cadena de custodia, traslado, actuación del perito, identificación, certificación y destino de los elementos de prueba relacionados a un hecho delictivo. Es importante observar como la propia ley refiere la importancia de la cadena de custodia y resalta cada aspecto a valorar. Mientras que, en las leyes adjetivas de los otros países estudiados sólo se establecen los medios de prueba, así como su pertinencia y valoración, la licitud de la prueba, la actuación del Ministerio Público, así como los diferentes actos de investigación.

Sin embargo se pudo valorar que existen reglamentos ó leyes especiales que recogen la cadena de custodia de las huellas, evidencias o muestras de los hechos delictivos, estableciendo las pautas fundamentales para que estas lleguen al juicio oral y se conviertan en pruebas. Es así como sucede en Perú¹² donde se establece un reglamento para la cadena de custodia, que derivado de su Código procesal deja en manos de la Fiscalía dictar dicho reglamento, donde en su artículo 7 se conceptualiza la cadena de custodia como “el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso”. Además regula el procedimiento, formato, supervisión, los responsables con sus obligaciones, entre otros aspectos de vital importancia.

4. ETAPAS O FASES DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA.

En la doctrina y de forma general se refieren a las denominadas etapas o fases de la cadena de custodia, a través de las cuales se demuestra la autenticidad de los elementos probatorios, que lo hallado en el lugar de los hechos es igual a lo valorado por el juez en el juicio oral. A nuestra consideración existen nueve etapas o fases, las cuales enumeramos como:

hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia. Cuando deba practicarse examen médico legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, éste será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico legal. Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación. En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.

¹¹ Artículo 216. Aseguramiento y custodia. Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en alguna de las inspecciones reguladas en los Artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia.

¹² Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (Aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15.junio.2006)

1.- *Hallazgo y custodia del Lugar del Hecho o Escenario del Crimen:* debiendo interpretarse el lugar del hecho desde un punto de vista amplio, ya que la determinación de los indicios no necesariamente se ajustan al lugar principal donde sucedió el hecho investigado o donde están la mayoría de indicios, sino que también estos pueden estar dispersos por varios lugares, o inclusive sobre el mismo cuerpo de la víctima o del sospechoso, estando todos sometidos a las mismas reglas de custodia. Los actos a realizarse en el lugar de los hechos son definitivos, de ahí que se proteja estrictamente, para que no sean alterados ya que no podrán ser obtenidos en otro momento.

La custodia inmediata del lugar del suceso, evita que personas ajenas a la investigación enmascaren la zona, destruyendo o alterando los indicios relevantes para la investigación; pues, con la custodia del lugar del suceso se inicia también la custodia de las evidencias materiales. Custodiar significa impedir el acceso a sujetos extraños, o bien, limitar la cantidad de los mismos oficiales del orden público en el sitio, ya que de esta forma también es posible que evitar la alteración o destrucción de la evidencia.

2.- *Inspección preliminar y búsqueda de indicios:* una vez ubicado y debidamente custodiado el escenario del crimen, es importante la designación de un oficial de investigación que sea el administrador del procesamiento del sitio, es decir, una persona con vasta experiencia que asuma un rol de liderazgo con los demás compañeros y que se encargue de coordinar con el instructor del caso los procedimientos técnicos que se van a seguir en la búsqueda de los indicios materiales.

El éxito de las técnicas de la criminalística utilizadas en la búsqueda científica de los elementos probatorios, no solo depende de la naturaleza del lugar del hecho delictivo, sino también, depende en buena medida de la capacidad profesional de la persona asignada para el proceso de aplicación de la técnica en cuestión.

3.- *Fijación de la huella, muestra o evidencia:* esta etapa permite determinar con exactitud la ubicación y estado de los indicios que son de interés para la investigación, y que han sido encontrados en el lugar del suceso, lo que facilita la elaboración de versiones y una eventual reconstrucción de los hechos, si en algún momento del proceso surge la necesidad de comprender la dinámica del suceso histórico, lo cual se podrá constatar con las precisas descripciones que deben contener los documentos respectivos.

Si se combinan diversos tipos de fijación sobre la evidencia, la certeza probatoria que se pretenda establecer sobre los mismos en juicio será mayor, ya que ninguno de ellos es excluyente entre sí, sino que se complementan. Ya localizados los indicios dentro del lugar del suceso, las formas más comunes y legalmente permitidas para ser fijados son: la fotografía, el video, el croquis y el acta.

Esta fase resulta de gran importancia para el momento en que se proceda a la valoración de la prueba en juicio, porque existe la posibilidad de desvirtuar la calidad de la investigación o determinado testimonio si existen contradicciones entre lo fijado o lo descrito en el informe pericial, y lo relatado por el testigo sobre dicho acto; sin embargo, ésta etapa también puede ser muy importante para resaltar la credibilidad o la confianza sobre el medio de prueba que interese si todo resulta coincidente.

4.- *Recolección de las huellas, muestras o evidencias:* en esta fase, adquieren relevancia la capacitación y los conocimientos técnicos de la persona encargada de extraer o levantar las huellas, muestras o evidencias, ya que de la destreza, sagacidad y cuidado con que se actúe dependen las posibilidades de conservación de la misma.

Respecto al proceso de extracción u obtención de la huella o evidencia, debe tenerse en cuenta que para la levantar cada evidencia hay una técnica científica específica que evita su destrucción o alteración. Dominar los diversos tipos de técnica y saber en qué momento deben aplicarse es fundamental en cualquier investigación pericial, si se tiene en

cuenta que ese acto de investigación será utilizado como elemento de prueba que permite sostener una eventual acusación.

Es importante mencionar, que la construcción de la cadena de custodia no se limita a las huellas, muestras o evidencias recopiladas en el lugar del suceso, entendido en estricto sentido, sino que también se deben controlar las que se obtengan en otros lugares o escenas secundarias, como por ejemplo al propio acusado cuando los lleve consigo, también cuando se trata de muestras o fluidos tomados directamente del cuerpo del propio acusado o la víctima, tales como pelos, sangre o semen, o en el lugar donde se trasladó el cadáver o el producto del delito, entre otras.

Las huellas o evidencias obtenidas deben ser clasificadas e individualizadas cuidadosamente, es decir, inventariadas científicamente, ya que de esta manera no sólo se controla cada uno por separado, sino que también se evita que se confundan entre sí, lo que favorece el proceso de estudio, análisis y comparación que pueda hacerse en el laboratorio, sin margen a error.

5.- Embalaje de la huella, muestra o evidencia: tiene como fin principal individualizar y garantizar la integridad de lo ocupado, motivo por el cual el embalaje debe realizarse con una calidad tal que evite su alteración o destrucción, ya sea por la manipulación de la cual es objeto, o por las condiciones de temperatura y humedad que puedan afectar o alterar las cualidades del contenido; también, el embalaje tiene como objetivo evitar que terceras personas puedan alterar o sustituir su contenido.

El embalaje está integrado por el empaque, el sellado y el etiquetado, en consecuencia, cualquiera de los tres que sea inconsistente podría afectar la totalidad del embalaje y la confianza absoluta que se requiere sobre el mismo y sobre el indicio que protege.

En relación con el empaque, debe indicarse que el mismo consiste en el envoltorio o recipiente que se utiliza para depositar la evidencia. El sellado, tiene como función evitar al máximo cualquier riesgo de que el empaque se abra, y en caso de que eso suceda por cualquier razón, es necesario que queden señales en el empaque o en el propio sellado, que permitan corroborar cualquier probabilidad de remoción anómala o casual.

La importancia del etiquetado, radica en la necesidad que surge de identificar el material probatorio y evitar errores forenses; la información contenida en el etiquetado, va a individualizar la evidencia y su origen, con lo cual se evitará el riesgo de que la misma se confunda con pruebas de otros procesos.

Además, cuando se utilizan etiquetas con espacio para registrar los nombres de las personas que reciben y entregan la misma, se puede determinar con exactitud quienes intervinieron en el transporte de la misma y en qué fechas. En el caso de que en forma paralela se lleven actas de estos movimientos, el contenido de las etiquetas permite la confrontación con estas y su veracidad.

Al igual que sucede en la etapa de obtención, la técnica del embalaje está supeditada a la naturaleza del indicio que se pretende proteger y preservar. Así por ejemplo, las diferencias de embalaje van a ser sustanciales cuando se trata de indicios provenientes del narcotráfico, de un desastre incendiario, residuos biológicos, huellas digitales, o huellas de calzado, casquillos, etc.

6.- Traslado y entrega de la evidencia: como se indicó anteriormente, la información del etiquetado y de las actas permite precisar las personas que transportaron la evidencia, así como también en las fechas y los despachos en que estuvo custodiada, ya que es muy común que los indicios sin embalar o ya embalados se depositen provisionalmente en lugares inadecuados e insospechados o bien, no se entregan con prontitud al Laboratorio

forense (sangre, semen, etc.), lo que eventualmente podría ser la explicación lógica de alguna alteración.

La etapa de la entrega comprende, cada una de las entregas y recepciones que se suscitan en el transcurso de la manipulación de la evidencia, es decir, resulta cotidiano que una evidencia pase por las manos de varias personas y por diferentes oficinas, sujetos estos a quienes excepcionalmente se les puede hacer llamar para rendir testimonio en el proceso penal, motivo por el cual debe registrarse muy claramente esa identificación en las etiquetas o en las actas que se llevan con ese fin.

7. - Análisis pericial: la evidencia de interés criminalístico levantada u obtenida en el lugar del suceso o en otros relacionados a éste, debe ser trasladada hasta el Laboratorio de criminalística para que el personal especializado rinda un dictamen pericial que incluya el resultado del análisis practicado.

La relevancia del nexo causal entre la pericia forense y la cadena de custodia, se sustenta en el hecho de que el dictamen rendido debe describir con detalle el estado en que se encontraba la evidencia cuando se recibió para su estudio, así como también el estado del embalaje, de manera tal que se posibilite cualquier confrontación con lo descrito en los registros de la cadena de la prueba o con los testimonios de quienes tuvieron bajo su custodia la misma, principalmente si se detectan diferencias entre lo que obra obtenido, lo remitido y lo analizado en el Laboratorio.

Los peritos, desarrollan su actividad científica con equipos y medios tecnológicos de avanzada, y también es poco común que alguien se cuestione acerca de la calidad, el mantenimiento o la adecuada calibración de esos medios técnicos, lo cual es muy importante para que los resultados sean confiables y fieles con la realidad, ya que en el caso contrario, la destrucción o alteración de la evidencia podría darse en el propio Laboratorio si este no cumple con las normas de calidad exigidas.

8. - Devolución o destrucción de las evidencias: las evidencias recibidas en el Laboratorio de criminalística deben ser custodiadas de ser posible en similares condiciones que fueron recibidas, no pueden ser destruidas o alteradas, pues puede interesarse un nuevo peritaje sobre dichas muestras.

9.- Registro documental de las etapas: de cada una de las fases o etapas de la cadena de custodia de la huella muestra o evidencia debe quedar algún registro referencial, que analizado en forma independiente o confrontado con las declaraciones de las personas que intervinieron en la investigación, no debe brotar ninguna duda en relación con su tratamiento y manipulación, es decir, debe existir clara constancia de que se trata de una investigación pericial de naturaleza estrictamente científica.

En caso de alteración ó suplantación de alguna de estas etapas o fases estaríamos en presencia de la falta de licitud del medio de prueba a utilizar en el proceso penal, pudiendo llevar a una actividad procesal defectuosa o a la nulidad de facto, ya que los elementos levantados y analizados carecerían de valor probatorio, rompiendo con el principio de legalidad de los actos procesales que debe existir en todo el proceso penal.

5. LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CUBANO.

En Cuba con la Ley de Enjuiciamiento Criminal española¹³, se establecía un proceso penal mixto, con elementos predominantes del sistema acusatorio, con garantías para el acusado. Dicha ley fue sustituida por la Ley No. 1251 de 1973 la cual introdujo cambios procesales pero con esencia de la anterior, siendo notables algunos cambios, entre los que podemos mencionar la eliminación de la figura juez de instrucción que fue sustituido por la policía, con toda la investigación e instrucción de los procesos, asesorada y dirigida por el fiscal, figura que también tomó independencia y relevancia con dicha normativa.

Con el proceso de institucionalización de la Revolución cubana, entra en vigor la Ley No. 5 de 1977 con igual nombre Ley de Procedimiento Penal, la cual implantó algunas modificaciones, precisando la figura del instructor policial, las funciones del fiscal como controlador de la fase preparatoria, entre otros aspectos, Ley que se mantiene vigente hasta hoy con algunas modificaciones con el Decreto Ley No. 128/1991 y el Decreto Ley No. 151/1994.

En la actualidad, nuestra Ley de procedimiento penal¹⁴ sobre la fase preparatoria establece en su artículo 104: Constituyen la fase preparatoria las diligencias previas a la apertura del juicio oral dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, *recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste* y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no de los presuntos responsables y su grado, y asegurar, en su caso, la persona de éstos.

Exponiendo así que la fase preparatoria está compuesta por las diligencias previas al juicio oral, encaminadas a corroborar que sucedió un hecho delictivo, y además recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales del delito, refiriéndose entonces al levantamiento y preservación de las huellas, evidencias o muestras del hecho delictivo, que demuestran la ocurrencia del mismo. Sin embargo, no existe precepto alguno que regule como proceder para que esas evidencias, huellas o muestras relacionadas con un hecho delictivo se recojan, cuiden y conserven hasta llegar al juicio oral de forma segura y confiable, y convertirse o no en pruebas en el proceso penal. Ese conjunto de pasos o aspectos a tener en cuenta se denomina la cadena de custodia de los elementos probatorios en el proceso penal.

El tema planteó un análisis teórico sobre la cadena de custodia de los elementos probatorios dentro del proceso penal, distinguiendo la carencia de regulación de un procedimiento sobre la misma en Cuba, que permita que esos elementos que se obtienen relativos a un hecho delictivo lleguen al juicio oral con la debida conservación y valor probatorio, acorde con los principios que informan el proceso.

Lo anterior me conduce a plantear el insuficiente desarrollo doctrinal en Cuba sobre la cadena de custodia de los elementos probatorios lo cual implica una laguna legislativa en el ordenamiento jurídico cubano, con la consiguiente afectación de las garantías de un debido proceso.

¹³ Ley de Enjuiciamiento Criminal que regía desde el 14 de Septiembre de 1882 en España y se extendió a Cuba en el año 1888.

¹⁴ Ley No. 5 de Procedimiento Penal. Puesta en vigor el 13 de agosto de 1977. Artículo 104: Constituyen la fase preparatoria las diligencias previas a la apertura del juicio oral dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, *recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste* y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no de los presuntos responsables y su grado, y asegurar, en su caso, la persona de éstos.

No debe perderse de vista que en la actualidad, una muestra de pelo, fluidos corporales, exámenes de alcoholemia, sustancias estupefacientes; sometidos a peritación científica, tienen un valor probatorio indiscutible, aunque en un sistema acusatorio prima el principio de libre valoración de las pruebas no se debe perder de vista que esos elementos son claves y en muchos casos constituyen la base de la decisión final, de ahí su importancia.

6. CONCLUSIONES

- Es a partir del siglo XIX e inicios del XX que se puede hablar de cadena de custodia de los elementos de prueba en el proceso penal, pues los adelantos de la época hicieron que al lugar del suceso y todo lo derivado del mismo fuera valorado por especialistas de diversas ciencias que se encargaron del levantar esas huellas, muestras y evidencias hasta su análisis pericial.
- Distinguir que la cadena de custodia es el procedimiento que va desde la fijación, levantamiento, análisis y conservación de las huellas, muestras o evidencias relativas a un hecho delictivo, hasta su valoración en el acto del juicio oral, garantizando la autenticidad y legitimidad de cada elemento probatorio en el proceso penal.
- Que la cadena de custodia tiene por principios los de control, preservación, seguridad, mínima intervención, y descripción detallada, siempre acorde con la legalidad de los actos de investigación. Por medio de la cadena de custodia, el juzgador podrá tener absoluta certeza que el elemento probatorio encontrado en el lugar de los hechos, es el mismo que servirá de base para el dictado de una sentencia condenatoria o absolutoria.
- Que la cadena de custodia se regula en ley ó reglamentos destinados a mantener la fuerza o calidad probatoria de las evidencias, huellas o muestras halladas en el lugar de los hechos delictivos ó en otros relacionados a éste. Que sólo Colombia establece en su ley adjetiva lo relativo a la cadena de custodia, y como ejemplo de reglamento tenemos el caso de Perú.
- La cadena de custodia cuenta con las etapas o fases a través de las cuales se demuestra la autenticidad de los elementos probatorios, que lo hallado en el lugar de los hechos es igual a lo valorado por el juez en el juicio oral. Que consideramos nueve etapas o fases, las cuales enumeramos como:
 - o Hallazgo y custodia del Lugar del Hecho o Escenario del Crimen.
 - o Inspección preliminar y búsqueda de indicios.
 - o Fijación de la huella, muestra o evidencia.
 - o Recolección de las huellas, muestras o evidencias.
 - o Embalaje de la huella, muestra o evidencia.
 - o Traslado y entrega de la evidencia.
 - o Análisis pericial.
 - o Devolución o destrucción de las evidencias.
 - o Registro documental de las etapas.

- En Cuba existe un vacío legislativo en todos los sentidos (Constitucional, procesal, e incluso en reglamentaciones administrativas) en cuanto al tema de la Cadena de custodia de los elementos probatorios, que provoca una luctuosa grieta entre realidad y legislación vigente, por lo decir que la cadena de custodia posee vital importancia ya que los elementos se obtienen inicialmente en el lugar del suceso o en otros lugares relacionados a la comisión del delito, sirven para que en el momento del pronunciamiento de la autoridad competente, se haga de la forma más precisa y justa posible, demostrando ahí que la cadena de custodia, es indispensable para el seguimiento, seguridad, confiabilidad de que las muestras, huellas o evidencias lleguen al juicio oral de acuerdo con los hechos, respetando los derechos del imputado, la Constitución de la República, así como los principios que informan el proceso penal.

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Bodes Torres, Jorge: Sistema de Justicia y procedimiento penal en Cuba. Editorial de Ciencias Sociales. Año 2001.
- Brito Febles, Osvaldo: Manual de Criminalística. Santa Clara, Villa Clara, Cuba. 1999
- Carnelutti, Francesco; Cuestiones sobre el proceso penal. traducción del volumen QUESTIONI SUL PROCESO PENALE, publicado por la editorial Dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1950.
- Claus Roxin, Maier J.B.J, Rusconi M., Guariglia F., Bruzzone G., Bertoni E., Cerletti M.: El Ministerio Público en el proceso penal. Editorial AdHoc S.R.L. 1993.
- Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta.
- Fernández Romo, Rodolfo: La Prueba Pericial y el debido proceso penal. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo. ISSN 1609 3031. Septiembre de 2011. Catalogada en Latindex desde 2005; <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?>
- Ferrer Beltrán, Jordi; Gascón Abellán Marina, González Lagier Daniel, Taruffo Michelle: Estudios sobre la prueba. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2006. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hernández de la Torre, Rafael; Historia de la Criminalística. LCC. División de Criminalística. La Habana. 2004
- Posada Jeanjacks, José Angel: La Ciencia Criminalística. 2da Edición.
- Michel Foucault: Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo veintiuno Editores Argentina. 1976.
- Parra Quijano Jairo: Manual de Derecho Probatorio. Décima quinta edición. Ampliada y actualizada. Editorial ABC. 2006.
- Levene Ricardo; Manual de Derecho Procesal Penal. 2da Edición. Tomo I. Ediciones Depalma. Buenos Aires Argentina. 1993.

Revistas

- Medicina Legal de Costa Rica. *versión impresa* ISSN 1409-0015. Med. leg. Costa Rica v.15 n.1-2 Heredia dic. 1998. **Cadena y custodia de la evidencia en Costa Rica.** Guillermo Hernández Ramírez
- Boletín Alerta. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL IMPIDE MOSTRAR PRUEBAS DOCUMENTALES EN ETAPA DE INVESTIGACIÓN. Lima. Perú. <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php>
- Revista Cubana de Derecho. No. 36. Julio-Diciembre 2010. Artículo Dra. Josefina Méndez López y Dra. Danelia Cuité Mustelie: La participación popular en el nuevo constitucionalismo. Unión Nacional de Juristas de Cuba.

- LA CADENA DE CUSTODIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Artículo publicado en el periódico FACETA JURIDICA, Editorial Leyer, Bogotá, Enero de 2005. Por Juan Carlos Urazán Bautista

Tesis Doctorales:

- Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Autor Julio Vicente Arranz Castellero. "Cuestiones Teóricas Generales sobre la Prueba en el Proceso Penal cubano". Año 2003.

Normas Jurídicas:

- LEY 229 DE 2004-SENADO/01 DE 2003-CÁMARA "POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL" Colombia.
- LEY No. 1970, LEY DEL 25 DE MARZO DE 1999, HUGO BANZER SUAREZ, PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. LEY DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Bolivia.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 2000. Ley No. 000. RO/ Sup 360 de 13 de Enero del 2000. Ecuador.
- Código procesal penal de Guatemala. 1992.
- LEY No. 406 CODIGO PROCESAL PENAL DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA. 2001.
- Código Orgánico Procesal Penal República Bolivariana de Venezuela. 1998.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL (Decreto Legislativo N° 957). Perú.
- LEY ORGANICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS FORENSES DE GUATEMALA. INACIF
- LEY-19696 (CHILE), Fecha de Publicación: 12.10.2000, Fecha de Promulgación: 29.09.2000, Organismo: MINISTERIO DE JUSTICIA; Ultima Modificación: RECTIFICACION DIARIO OFICIAL
- Código Procesal Penal de Paraguay.
- Código de Procedimiento Penal de México.
- Código Procesal Penal El Salvador. DECRETO No. 904
- Código Procesal Penal de Costa Rica. CÓDIGO PROCESAL PENAL, Ley No. 7594, Publicada en el Alcance 31 a La Gaceta 106 de 4 de junio de 1996
- Código Procesal Penal de República Dominicana.
- CODIGO PROCESAL PENAL PERU, DECRETO LEGISLATIVO N° 957
- Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial (OIJ), Ley 5524 del 07/05/1974. Costa Rica.

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA COMERCIALIZACIÓN O ASESORAMIENTO EN LA INVERSIÓN EN *HEDGE FUNDS*

José Ignacio Carnero Sobrado
Abogado Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto,
Diploma en la especialidad Jurídico-Económica y
especialista en las áreas de Derecho “Mercantil, Concursal, y Bancario”.

Fecha de recepción: 20 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 4 de enero de 2014

SUMARIO: I.INTRODUCCIÓN; II.UN ACERCAMIENTO A LOS HEDGE FUNDS; III.NORMAS; IV.EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE GESTORAS Y DEPOSITARIOS DE HEDGE FUNDS; V.LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS HEDGE FUNDS;VI.ALGUNOS CRITERIOS ORIENTADORES: 1.EN TORNO A LA INICIATIVA INVERSORA; 2.EN TORNO AL PERFIL DEL INVERSOR; VII.EL NEXO CAUSAL; VIII.PÉRDIDA DE VALOR Y CASO FORTUITO.

RESUMEN: Este estudio pretende analizar los conflictos derivados de la inversión en hedge funds, que han tenido lugar en los últimos tiempos con motivo de la crisis económica. Se trata de uno de los supuestos más sugestivos de los de la contratación bancaria, ya que su comercialización ha ostentando diversas formas. La opacidad de estos fondos, la difícil prueba de la relación jurídica, y de la relación causal, así como los múltiples intervinientes en la contratación, son algunos de los problemas que estudiaremos. Éstas y otras cuestiones, nos permitirán analizar su régimen general de responsabilidad, como base para examinar algunos supuestos particulares de la jurisprudencia nacional.

ABSTRACT: This study tries to analyze the conflicts derived from the investment in hedge funds, which have taken place in recent times because of the economic crisis. It is one of the most suggestive assumptions of bank contracting, since marketing has hold various forms. The opacity of these funds, the difficult test of the juridical relation, and of the causal relation, as well as the multiple interveners in the contracting action, are some of the problems that we will study. These and other issues will allow us to analyze its general liability regime as a basis to examine some particular cases of the jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Hedge fund, responsabilidad civil, indemnización, nulidad, inversor, asesoramiento, caso fortuito, fraude, gestor, transparencia, negligencia, riesgo, liquidez, cartera, due diligence, nexo causal.

KEY WORDS: Hedge fund, civil liability, indemnity, nullity, investor, advising, fortuitous event, fraud, solicitor, openness, negligence, risk, liquidity, portfolio, due diligence, causal link.

I. INTRODUCCIÓN.

La ingente litigación derivada de la contratación bancaria tiene en la inversión en hedge funds uno de sus supuestos menos habituales, pero, al mismo tiempo, más técnicamente atrayentes, tanto desde la perspectiva procesal, como sustantiva.

Efectivamente, nos encontramos ante productos financieros que no han formado parte de la contratación masiva, principalmente debido a los elevados costes de distribución que comportaría ello. Adicionalmente, la cultura financiera española no ha conllevado una amplia acogida de este tipo de inversiones, que tienen en Nueva York y en Londres sus principales centros de negocios mundiales. Ello, sin embargo, no ha supuesto la inexistencia de este tipo de contratación en España, encontrándonos con una creciente inversión que pretendemos analizar a la luz de crisis económica, y que ha despertado una amplia litigiosidad al respecto.

Podemos comenzar señalando que los motivos que subyacen en la falta de apego del cliente bancario tradicional a estas inversiones es su alto grado de iliquidez, y su complicada valoración en comparación con otros productos. Estas dos circunstancias han comportado que estemos hablando de productos indicados para inversores cualificados, alejados por ende de los tradicionales canales de comercialización financiera.

No obstante, se hace necesario subrayar que esta aparente frontera entre el inversor cualificado, y el conservador, se ve importantemente matizada por el propio canal de distribución de los referidos productos. Ciertamente, y al menos en el caso español, la comercialización de *hedge funds* se ha instrumentado a través de las sucursales de las entidades de crédito, basándose dicha comercialización en las relaciones de confianza existentes con determinados agentes o gestores.

Esta circunstancia ha provocado una notable dificultad probatoria, habida cuenta de que las inversiones han estado sustentadas en relaciones de familiaridad con los referidos empleados, añadiéndose el problema de que el *hedge fund*, para realizar la operativa a la que está destinado, necesita de un elevado número de prestadores de servicios¹, tales como el *prime broker*, el administrador, el custodio, etc., lo que genera una alta complejidad técnica, amén de múltiples conflictos de interés² por la información por éstos manejada.

¹ La SAP de Barcelona de 5 de abril de 2013 nos ofrece un claro ejemplo del lugar que suele ocupar la entidad de crédito en la relación contractual (relativa en este supuesto al *hedge fund* del caso *Madoff*): *"Si bien es cierto que el "Banco X" no es totalmente ajeno en la operación litigiosa, en tanto que en primer lugar es quien informa a los clientes, presenta un contrato, es intermediario, y la cesta de fondos se gestiona por una entidad perteneciente al mismo grupo empresarial, es más cierto que los términos reflejados en el contrato y sus anexos, presentación y demás documentación aportada, ponen de manifiesto que el valor de la inversión quedaba claramente vinculado a los fondos de referencia y a la actuación de entidades que eran autónomas e independientes de la demandada a la hora de adoptar las decisiones pertinentes en relación a la inversión, y de las que no puede responder el Banco demandado por el hecho de que la estrategia o gestión de la inversión estuviera fijada por una entidad perteneciente al grupo empresarial del Banco, pues la naturaleza del producto conlleva que sea la ejecución material de los fondos de referencia, la que marque el desarrollo y ejecución de la inversión, y en estas actuaciones ninguna intervención tuvo "Banco X", como claramente se refleja en la documentación que regula la inversión, y de ello era conocedora la parte demandante, como expresamente afirmó en el momento de suscribirla."*

Se observa con claridad la aparente desvinculación de la entidad bancaria, cuando, sin embargo, las relaciones de confianza del inversor se suelen articular con sucursales tradicionales, o con empleados de éstas.

² Ello ya fue anunciado en 2003 por la United States Securities and Exchange Commission, en su informe *The implications of the growth of hedge funds* (<http://www.sec.gov/news/studies/hedgefunds0903.pdf>).

Así, conviene realizar un sucinto acercamiento a la figura que pretendemos estudiar, para después analizar el régimen de responsabilidad, y las normas de conducta aplicables a la comercialización de estos productos. Con dicha base estaremos en disposición de examinar algunos de los supuestos, que los Tribunales españoles han podido analizar por pérdidas producidas y dimanantes de la evolución negativa, e incluso pérdida total de la inversión, originada especialmente en este caso por determinados fraudes o estafas cometidos por ciertos operadores bursátiles.

De este modo, veremos la responsabilidad de la entidad financiera por negligencia en el desempeño de su función en el marco de la gestión de cartera valores, su problemática práctica, y la relación que guarda con el caso fortuito. Es decir que, siendo tan amplia la materia objeto de estudio, nos ocuparemos únicamente de aquellos supuestos jurisprudenciales más dudosos, como lo son aquellos en los que el fraude del *broker dealer* puede ser considerado alejado de la esfera de seguridad que la entidad financiera ha de procurar al inversor.

II. UN ACERCAMIENTO A LOS *HEDGE FUNDS*.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones anunciadas, conviene trazar unas líneas maestras en torno a lo que conocemos por *hedge fund*, habida cuenta del problema que ha suscitado el rol jugado por diferentes entidades financieras nacionales que, actuando como meros intermediarios en la comercialización de los productos, se han visto afectadas por demandas interpuestas por inversores que han sufrido importantes perjuicios en su patrimonio.

Con el objeto de establecer un concepto, si bien no existe uno pacífico, podemos definir el *hedge fund* como un tipo de institución de inversión colectiva “*que tiene por objeto captar fondos, bienes, y derechos para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos o valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos*”³. En otras palabras, y por aludir a un concepto básico, nos encontramos con entes que se constituyen con el objeto de agrupar capital de un número reducido de inversores cualificados, a fin de destinarlo a transacciones susceptibles de generar rentabilidad para éstos.

Así, este tipo de institución ostenta la particularidad de que no está destinada al gran público, toda vez que no capta su ahorro mediante técnicas publicitarias, ya que se trata de un fondo cerrado destinado a grandes patrimonios de inversores profesionales⁴. Este carácter privado, y limitación a la captación del ahorro público es su principal característica, teniendo vedada la realización de dichas actividades, razón por la cual la litigación que analizaremos ha puesto énfasis en la comercialización por parte de la banca tradicional.

Una segunda característica, y que nos servirá para comprender los perjuicios sufridos por determinados inversores, es el uso del apalancamiento (*leverage*) por parte de estos fondos en sus estrategias de inversión. Así, la ratio de apalancamiento respecto del capital o patrimonio resulta fundamental para determinar la salud del fondo, razón por la cual en Derecho español se obliga a establecer en el folleto el límite de endeudamiento, que

³ PALÁ LAGUNA, Reyes. *Los hedge funds y sus sociedades gestoras*. La Ley, Madrid, 2013, pág.76.

⁴ Ya la CNMV en su *Estudio sobre la industria de hedge funds*, publicado en 2006 (pág.61), señaló que el cliente objetivo era un inversor cualificado, entre los que destacan los IRNE, o individuos de riqueza neta elevada, *family offices*, fondos de *hedge funds*, inversores institucionales, y los propios gestores de fondos.

no podrá superar en cinco veces el valor del patrimonio de la IIC, tal y como señala el artículo 73 1) del vigente RIIC⁵, lo que en algunos supuestos ha sido ampliamente superado, deviniendo entonces la necesidad del rescate con muy relevantes descuentos, y consiguientes pérdidas patrimoniales⁶.

Hasta aquí podemos observar que estos patrimonios separados pertenecen a una pluralidad de inversores, cuya gestión se encomienda a una sociedad, por delegación de los partícipes, con el concurso de una entidad depositaria, y que tienen por objeto último la captación de fondos, bienes y derechos, para invertirse en activos, financieros o no, y obtener así beneficios. No obstante, y una vez referido el apalancamiento, conviene adentrarse, siquiera sucintamente, en otras características también comunes.

Así, estos fondos suelen coincidir en determinadas estrategias de gestión: el uso de derivados, y ventas en corto; las estructuras de comisiones relacionadas con el *permonance fee* (sobre el resultado); la periodicidad del reembolso, etc., estrategias que les han permitido tradicionalmente obtener rentabilidades al margen de la Bolsa, y estar desprovistos de duras regulaciones específicas.

La inversión mínima elevada, su opacidad en el régimen de comunicación de información relevante al Mercado⁷, y el riesgo significativo⁸ de falta de liquidez por no ajustarse a los plazos estandarizados para el ejercicio del reembolso a los inversores (incluso vedado durante un tiempo, o *lock – up*), convierte a estos fondos en destino habitual de inversores con una alta dosis de profesionalidad.

Además, y como refiere RICO ARÉVALO⁹, en las contrataciones que nos ocupan existe un alto grado de confianza entre inversor y gestor. La confianza depositada convierte al servicio en claramente personalista, habida cuenta de la seguridad y complicidad despertadas por el agente, en orden a la habilidad concreta de éste en la estrategia de inversión de que se trate, lo que el inversor valora especialmente.

Estos gestores, tan ligados al inversor, incluso en ocasiones entregan a éste las denominadas *side letters*, esto es, documentos en los que otorgan un trato comercial preferente, o establecen un régimen especial de transparencia, al margen del régimen general aplicable al resto de inversores¹⁰.

Otro ejemplo de la particular relación que une a gestor e inversor, es el habitual compromiso que establecen los primeros de invertir parte de su capital, o bonus, en incentivos económicos ligados al fondo, compromiso que se adquiere en aras de lograr mayor complicidad por parte del inversor. Por lo tanto, nos encontramos ante una contratación

⁵ Nos referiremos más adelante al Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y se adapta el régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva, y que estuvo vigente hasta el 21 de julio de 2012, ya que la total litigación estudiada se refiere a productos contratados en fechas anteriores, razón por la cual el análisis del nuevo régimen no se aborda en este trabajo. En cualquier caso, la regulación vigente la encontramos en el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

⁶ Basta referenciar el caso *Bear Stearns* que con un ratio de apalancamiento de 33, supuso una desvalorización de sus activos que acabó con su descapitalización, y rescate con un descuento de aproximadamente el 93%.

⁷ Opacidad que también se da en las contrapartidas de los *brokers dealers*, toda vez de lo valioso de la información en el sector: es un campo en que los gestores no dan transparencia porque no quieren que otros sepan con quien están operando, tal y como reconoce la SAP de Barcelona de 5 de abril de 2013.

⁸ Lo subrayan las SSAP de Asturias, sec. 7ª, de 9 de julio de 2010, nº 344/2010, rec. 110/2010; Vizcaya, sec. 4ª, de 28 de enero de 2011, nº 43/2011, rec. 752/2010; y Soria, Civil sección 1ª del 1 de Junio del 2012, Recurso: 53/2012.

⁹ RICO ARÉVALO, Belén. *El modelo de regulación española para los hedge funds*. En “*Régimen Jurídico y Económico de los Hedge Funds*”. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág.39.

¹⁰ La AIFMD obliga a respetar el principio de trato equitativo entre inversores, no obstante, existe la posibilidad, que es habitual en la práctica, de introducir privilegios para determinados inversores, siempre que dicha ventaja se prevea expresamente en los estatutos o reglamento del *hedge fund*.

tremendamente especial, como de igual modo lo es la conflictividad existente en torno a estas inversiones.

III. NORMAS.

La Directiva 2009/65/CE, del PE y del Consejo, de 13 de julio de 2009 (en adelante, Directiva UCITS), en su artículo 1.2 ya definía a los *hedge funds* como aquellos organismos cuyo “objeto exclusivo sea la inversión colectiva, en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos (...) de los capitales y cuyo funcionamiento está sometido al reparto de riesgos”.

Se trata de una regulación reciente en Derecho europeo, al contrario de lo que ocurre en Estados Unidos, donde ya la *Investment Company Act* de 1940 recogía instituciones asimilables a la que nos ocupa. A los efectos presentes, conviene subrayar que esta norma realiza una clasificación de inversores cualificados (*qualified purchasers*), que abarca a las personas físicas que sean titulares de inversiones por valor de al menos cinco millones de dólares; a las empresas familiares con idéntica inversión cuantitativa; y a los gestores de inversiones con activos gestionados por un valor superior a veinticinco millones de dólares.

Asimismo, conviene matizar brevemente un dato más en relación a la regulación estadounidense, y es el relativo a la supervisión (realizada a través de la *Securities Exchange Commission* - SEC), ya que muchos de los fondos comercializados están sometidos a ella¹¹, lo que ha sido objeto de controversia en los Tribunales españoles, toda vez que se ha pretendido acentuar la relevancia de dicha inspección con el objeto de exonerar de responsabilidad a los comercializadores, como tendremos ocasión de ver. En particular, las sociedades gestoras de *hedge funds* deben remitir información en atención al volumen de activos negociados, pero sólo están obligadas aquéllas cuya crisis puede ser sistémicamente relevante.

En España, sin embargo, el artículo 43 del Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre¹², de instituciones de inversión colectiva, fue la primera regulación de los *hedge funds*. En particular, se establecían una serie de requisitos para que estos fondos accediesen a la libertad de inversiones, a saber: que las actividades de comercialización de fondo se dirigieran a inversores profesionales, o bien que el desembolso inicial mínimo fuera de 50.000 Euros por inversor, con independencia de la condición de éste, de forma y manera que no les fuera de aplicación ni la política de comisiones regulada en la LIIC y su Reglamento, ni los límites de diversificación de inversiones establecidos.

De este modo, en España existen limitaciones a la comercialización entre el público¹³, excepción hecha para las IIC de inversión libre, y que se recoge en el artículo 74 del Reglamento referido, toda vez que para éstas no resulta aplicable la norma del desembolso mínimo, ni la exigencia de ser inversor profesional, pero, no obstante, con anterioridad a la suscripción de las participaciones, el inversor ha de dejar constancia clara

¹¹ Con el objeto de eludir el control, y las excesivas cargas, límites y restricciones, ha sido una práctica habitual domiciliarse *off shore*, en lugares además con cargas fiscales mínimas.

¹² Recordemos que dicho Real Decreto se encuentra derogado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, que, en cualquier caso, no aporta novedades significativas a los efectos que nos ocupan.

¹³ El artículo 2 de la LIIC habla de “la captación mediante actividad publicitaria de clientes para su aportación a la Institución de Inversión Colectiva de fondos, bienes o derechos”.

de conocer los riesgos inherentes a la operación, tal y como establece el artículo 74 1 j) RIIC, cuestión fundamental a los efectos de la posterior litigación que veremos

Analizadas las restricciones a la comercialización de las IIC de inversión libre, cabe preguntarse por aquellas relativas a los *hedge funds*, y, en particular, por las referentes a la comercialización entre inversores minoristas. Por ejemplo, en Italia la suscripción de fondos especulativos está vedada a aquellas inversiones inferiores a 500.000 Euros, prohibiéndose además la comercialización pública. Adicionalmente, existe la restricción consistente en que el número de inversores del fondo no pueda superar los doscientos. Debemos de subrayar, en cualquier caso, la relevancia de la Directiva 2004/39/CE, sobre mercados de instrumentos financieros (MiFID), que, también en estos supuestos, obliga a advertir al inversor sobre la naturaleza y riesgos del producto que contratan.

Sin embargo, estas restricciones conllevan el importante problema de la posible comercialización de *hedge funds* y de fondos de *hedge funds* extranjeros en España, toda vez que se requiere el registro de la institución en la CNMV, acreditándose que las características de la institución son análogas a las exigidas a una española. Esta complicación en el registro y operación en España ha conllevado que los inversores accedan a otros cauces netamente privados, incluso tomando ellos mismos la iniciativa (cuestión de probática será acreditar el asesoramiento de la entidad). El análisis de dicha decisión será fundamental, toda vez que vendrá a ser muy diferente la calificación jurídica si tal iniciativa es cierta y veraz, o si, por el contrario, existe un asesoramiento, o comercialización, que conlleve la posible responsabilidad de la entidad que preste tal servicio.

Por otro lado, conviene resaltar la Directiva 2011/61/UE, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos (en adelante, AIFMD), y que contiene algunas previsiones en torno a la comercialización pasiva y a particulares, definida en su artículo 4.1 como *“toda oferta o colocación directa o indirecta, por iniciativa del GFIA o en su nombre, de participaciones de un FIA gestionado por él a inversores domiciliados en la Unión”*. Por ende, se excluyen las situaciones relativas a inversores profesionales de la Unión Europea que actúen por iniciativa propia, con independencia de dónde esté establecido el fondo, esto es, la denominada comercialización pasiva o *unsolicited*. En cualquier caso, la Directiva únicamente regula la comercialización de los FIA entre inversores profesionales y deja por tanto en manos de los Estados concretos la decisión de permitir su comercialización entre inversores particulares, de modo que es posible el establecimiento de requisitos más estrictos.

Asimismo, la referida Directiva contiene otra novedad que hemos de acentuar muy especialmente, como lo es el establecimiento de un régimen para el ejercicio de la actividad de gestión de *hedge funds*, configurándose una serie de obligaciones que pasan a integrar las normas de conducta aplicables, que vienen regidas por los principios de diligencia y lealtad en el ejercicio de su actividad¹⁴, y que han de estar encaminadas al mejor interés de los fondos y sus inversores, quienes han de ser tratados de forma equitativa, tal y como lo

¹⁴ No se trata de criterios absolutos, pues, como referencia la Sentencia de la Sección 17ª de la AP de Barcelona de 13 de septiembre de 2006, difícilmente pueden establecerse *“los estándares de prudencia propia del sector” de la inversión mobiliaria, debiendo hablarse de tantos estándares como de inversores. Hay algunos de cariz conservador, que se inclinan por la renta fija, o al menos preferentemente, como medio para lograr una seguridad, aunque con menor rentabilidad, de sus inversiones. Hay otros más osados que optan por la renta variable en cualquiera de sus modalidades: fondos de inversión o compra directa de acciones, y dentro de todo ello, atendiendo a sectores más o menos arriesgados pues evidentemente no es lo mismo invertir en los denominados valores refugios, menos susceptibles de bruscas subidas o bajadas de cotización, que, en el extremo opuesto, en valores tecnológicos, por citar los que tradicionalmente han tenido un comportamiento más irregular y llamativo. La prudencia en el sector, como fácilmente se colige, es un factor muy variable y a veces de escasa significación, atendiendo a las circunstancias por lo que resulta muy aleatorio venir a valorar actuaciones y fenómenos producidos en este campo según un patrón abstracto de estándar referencial.”*

señala su artículo 12. Estas ideas genéricas que, de un modo u otro, pretenden promover el mejor interés de los inversores, suponen una guía adecuada para, en su caso, entender que concurre responsabilidad de la gestora.

Otro de los avances que realiza la citada Directiva AIFMD es la relativa a la gestión del riesgo que tantos perjuicios ha conllevado a determinados inversores. Entre las medidas más importantes encontramos la obligación de separar funcional y jerárquicamente las tareas de gestión del riesgo de las unidades operativas, incluida la gestión de carteras (artículo 15.1), lo que pretende garantizar una independencia de criterio e información. Adicionalmente, se prohíbe la delegación de dicha función en la entidad depositaria, u otra entidad con intereses que puedan entrar en conflicto.

Especialmente relevante es el análisis del riesgo que asumen los *hedge funds* a través del apalancamiento financiero, causa de muchos de los perjuicios sufridos por los inversores que veremos. Así, el uso de este recurso queda, según el artículo 15.4 de la Directiva, limitado a través de un nivel máximo que fija la gestora, de modo que la depositaria controlará el respeto a dichos límites, bien negándose a realizar operaciones que traspasen el término fijado, o bien controlándolo *ex post*. En cualquier caso, y sin entrar en particularidades regulatorias, que no son objeto de este estudio, la Directiva antedicha supone un notable avance en el control del riesgo sistémico que puede devenir de las gestoras.

Por último, conviene subrayar la vigencia de la Ley 31/2011 de reforma de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva que complementa la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2009/65/CE sobre Instituciones de Inversión Colectiva de 13 de julio (en adelante, UCITS IV). En el aspecto que nos ocupa, hemos de recordar que esta norma, que por su cercanía en el tiempo no ha sido objeto de interpretación jurisprudencial, en su artículo 17 introduce un nuevo documento de carácter precontractual, denominado "*documento de datos fundamentales para el inversor*" o KID, cuyo objeto es ofrecer un folleto simplificado con información veraz e inteligible sobre riesgos, rendimientos históricos, escenarios de rentabilidad, advertencias, etc., útil a los efectos del artículo 1.282 del Código Civil. Además, esta Ley en su artículo 18 impone la necesaria entrega, con antelación a la firma, del último informe semestral.

IV. EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE GESTORAS Y DEPOSITARIOS DE *HEDGE FUNDS*.

El acto dañoso imputable, el perjuicio patrimonial del reclamante, y la relación de causalidad, entendida como causa eficiente entre uno y otro, y que dimanen de los artículos 1.101, o, en su caso, 1.902 del Código Civil, como requisitos tradicionales, tienen, en el área que nos ocupa, unas características singulares que debemos analizar siquiera sucintamente.

Así, las normas de conducta propias de las sociedades gestoras, o depositarios, hacen que nos tengamos que referir necesariamente a los artículos 46.4 y 62.2 de la LIIC, habida cuenta de que se necesitará una desviación de la normal conducta de gestión que realice la sociedad, o, en su caso, de la normal conducta exigible al depositario en la vigilancia y custodia, de modo que a las pautas generales, habrá que añadirse otras específicas relativas a su régimen concreto.

No obstante, bien es cierto que nos encontramos ante inversiones de naturaleza especial, con un mayor riesgo, dimanante de la mayor expectativa de ganancia que se pretende obtener, lo que conlleva que exista un peligro potencial que el inversor acepta. Ello

tendrá una notable influencia en la acreditación del nexo causal, toda vez que la asunción del riesgo que tiene lugar, provoca una dificultad probatoria en torno a la actuación de la gestora o depositaria como causa eficiente del daño. La aleatoriedad del Mercado supondrá así un claro elemento de debate en los litigios que analizaremos, habida cuenta de lo cual colegimos que se hace necesario distinguir entre aquellos factores que son controlables¹⁵, y aquellos otros que no, herramienta ésta clave a los efectos de entender si concurre relación causal.

Por otro lado, conviene preguntarse en torno a la relevancia del documento del consentimiento del inversor, y que se prevé en el artículo 43 del RIIC, para las IICIL, y en la letra j) del apartado 1 del artículo 44 del RIIC, para las IICIICIL, lo que es desarrollado por la Norma 12ª de la Circular 1/2006. Como advierte TAPIA HERMIDA¹⁶, no resulta adecuado identificarlo como cláusula de exoneración de la responsabilidad: *“ninguna de las manifestaciones de aquella declaración permite interpretarlas en tal sentido exculpatorio ni es función del documento, desde una perspectiva sistemática, rebajar el nivel de diligencia exigida a aquellas entidades auxiliares”*.

Sin entrar en si existe o no vicio de la voluntad, el referido documento tiene relevancia toda vez que se establecen los límites propios de las IIC de carácter financiero, y sus consiguientes riesgos, ya que las participaciones que se ostenten dependen de la evolución de un mercado secundario, extramuros de los valores de renta fija. Del mismo modo, las pérdidas por imposibilidad de obtener reembolso inmediato ante necesidades de liquidez, no podrán ser objeto de reclamación, y, en definitiva, ninguna cuestión que incida sobre los riesgos inherentes a la inversión o a la política seguida¹⁷, siempre que dichos puntos estén suficientemente descritos en el referido documento.

En cuanto a la responsabilidad de los depositarios hay que recordar la importancia de la Directiva UCITS (Directiva 85/611/CE, de 20 de diciembre), que en su artículo 9¹⁸ ya regulaba tal cuestión, consagrando la responsabilidad de éstos, no sólo frente a los inversores sino también frente a la gestora. Dicho precepto se configura con carácter amplio, ya que contiene la mención a *“cualquier pérdida”* sufrida como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones, o una ejecución incorrecta de las mismas, lo que incluye sus funciones de custodia y vigilancia.

En cualquier caso, su régimen de responsabilidad en modo alguno es objetivo, ya que requiere del incumplimiento injustificado, amén de la consiguiente imputación causal, y de la concurrencia de culpa a título de dolo o negligencia, cuya prueba ha de ser el núcleo del litigio que se suscite.

Por último, hay que mencionar que la posible encomienda de la custodia por parte del depositario a un tercero, no exonera ni atempera la responsabilidad del primero.

¹⁵ El origen delictivo de algunas estrategias, tal y como recuerda la SAP de Barcelona de 5 de abril de 2013, ha de servir como elemento para entender que se excedería un estándar de control incluso elevado.

¹⁶ TAPIA HERMIDA, Alberto. *La gestión y custodia de los hedge funds*. En “Régimen Jurídico y Económico de los Hedge Funds”. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág.131.

¹⁷ Por ejemplo, la frecuencia con la que se garantiza la liquidez, el límite máximo a los reembolsos en una misma fecha, el período de permanencia mínimo, las comisiones de gestión, etc., los posibles reembolsos en especie obligatorios, etc.

¹⁸ *“A depositary shall, in accordance with the national law of the State in which the management company's registered office is situated, be liable to the management company and the unit-holders for any loss suffered by them as a result of its unjustifiable failure to perform its obligations or its improper performance of them. Liability to unit-holders may be invoked either directly or indirectly through the management company, depending on the legal nature of the relationship between the depositary, the management company and the unit-holders.”*

Pues bien, estas ideas se encuentran en parte recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la LIIC en su artículo 62¹⁹ acoge una regulación del régimen de responsabilidad de los depositarios, poniendo especial énfasis en la necesaria independencia, y debida diligencia, toda vez que “*serán responsables frente a los partícipes o accionistas de todos los perjuicios que les causaran por incumplimiento de sus obligaciones legales. El depositario está obligado a exigir a la sociedad gestora responsabilidad en el ejercicio de sus funciones en nombre de los partícipes.*” Completando su regulación al señalar que “*los depositarios serán responsables de la custodia de los activos de las instituciones, aún en el supuesto de que hayan confiado a un tercero la custodia de parte o de la totalidad de los activos.*”

Es decir, que también existe una amplia responsabilidad de los depositarios en Derecho español, análoga a la establecida en la Directiva comentada, y que necesariamente ha de ser completada con la exégesis de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil.

En dicha línea, necesariamente, hemos de citar la conocida Directiva MiFID, que aunque excluye de su regulación a los depositarios, unida a la Directiva 2006/73/CE, de 10 agosto, realiza relevantes precisiones sobre la actividad de custodia, toda vez que en su artículo 13.7 señala que “*cuando tenga a su disposición instrumentos financieros pertenecientes a clientes, la empresa de inversión tomará las medidas oportunas para salvaguardar los derechos de propiedad de dichos clientes, sobre todo en caso de insolvencia de la empresa de inversión, y para impedir la utilización por cuenta propia de los instrumentos de los clientes, salvo en el caso de que los clientes manifiesten su consentimiento expreso.*”

Como recuerda ARRANZ PUMAR²⁰, la Directiva de implementación desarrolla la MiFID en su Sección III, que es dedicada a la salvaguarda de los derechos de los clientes, razón por la cual en su artículo 16 se contienen los principios relativos a la función de custodia, útiles a fin de verificar si ha existido negligencia, a saber: i) la necesaria separación entre los activos de los clientes y los de la entidad; ii) la adecuada llevanza de los registros; iii) la realización conciliaciones periódicas; iv) la necesidad de que las cuentas de efectivo estén separadas de las de la entidad financiera; v) la adopción de medidas organizativas encaminadas a minimizar un ulterior daño; vi) la emisión informes anuales.

Los citados ejemplos han de servir para dilucidar la existencia de responsabilidad civil o no, pero, en cualquier caso, no se agotan en sí mismos, pues es muy prudente exigir la realización de una *due diligence* que alcance al subcustodio, y sus sistemas y mecanismos. Adicionalmente, y como recuerda el autor referido en el párrafo anterior, “*para poder utilizar los instrumentos depositados es necesario el consentimiento previo del cliente*”.

Por otro lado, hay que realizar una anotación relativa al ámbito subjetivo de aplicación, y es que, en relación al *hedge fund*, aunque intervengan inversores profesionales, incluso calificables como contrapartes elegibles a tenor del artículo 24.2 de la MiFID, en el momento en el que interviene un depositario o *prime broker*, éstos han de cumplir con requisitos como los referidos, por cuanto se trata de una regulación aplicable con independencia de quien sea el cliente. De ello colegimos que el régimen de responsabilidad es amplio, por cuanto el inversor se vería protegido, toda vez que las reglas expuestas no son obligatorias para la entidad por la condición subjetiva del cliente, sino por sí mismas.

¹⁹ Desarrollado a través del Título V del Reglamento de la Ley de IIC, RD 1309/2005, de 4 de noviembre, que no arroja grandes novedades al respecto.

²⁰ ARRANZ PUMAR, Gregorio *Principales roles en torno a los hedge funds: la figura del prime broker*. En “Régimen Jurídico y Económico de los Hedge Funds”. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág.156 y ss.

Así, el estricto cumplimiento eximiría a los citados agentes de responsabilidad. En particular, el depositario se vería eximido si sigue un minucioso *due diligence* para designar finalmente a un *prime broker* como subcustodio²¹.

En opinión de ARRANZ PUMAR, en caso de fraude (tendremos ocasión de ver algún supuesto análogo), el estricto cumplimiento del proceso por parte del depositario, conllevaría la no necesidad de restituir los instrumentos que entregó al *prime broker*. Resulta sensata dicha solución, por cuanto unas reglas tan taxativas han de servir al depositario para no ser responsable ante la pérdida de los instrumentos: de lo contrario nos encontraríamos ante una responsabilidad cuasi objetiva. Además, las exigencias sirven como elemento para discernir el nexo, y, cumpliéndose, cabe darse una suerte de presunción de que dicha relación causal no ha tenido lugar.

Por último, siquiera sucintamente hay que señalar que existen reglas de información precontractual, contenidas en el artículo 32 de la Directiva de segundo nivel, así como en el artículo 19.3 de la MIFID. Además, con carácter postcontractual, el artículo 43 establece reglas de *reporting* para clientes, no contrapartes elegibles, por lo que si el *hedge fund* no tiene tal consideración, dicha información no será obligatoria para éste, sin perjuicio del ya comentado régimen del artículo 13 de la MIFID, que sí le afecta por los motivos expuestos.

V. LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS *HEDGE FUNDS*.

La especial preocupación en torno a la protección del inversor que ha acaecido en los últimos tiempos, ha conllevado la regulación de normas de conducta²² también en el sector de los *hedge funds*, y ello a pesar de que se trata de productos en principio pensados para inversores no necesitados de especial protección. Los productos complejos, y las nuevas técnicas, han obligado, de esta forma, a establecer un marco especial que garantice el mantenimiento de la confianza en el sistema financiero. Hablamos así de transparencia e información como conceptos clave en la comercialización de este tipo de inversiones, habida cuenta de que su implantación entre los clientes minoristas ha sido perceptible, superando la época en la que eran únicamente los inversores institucionales los que se interesaban en tales productos.

Dicha preocupación tiene por objeto matizar el evidente desequilibrio contractual de quien suscribe con una entidad especialista, cuestión que ya latía en la LMV, así como en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y, en particular en el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, anexo a dicho Real Decreto. Por su parte, la LIIC y su Reglamento, obviamente, profundizan las normas de conducta en la materia que nos ocupa.

En cualquier caso, es la Directiva MiFID la norma que profundiza con mayor claridad sobre la diligencia exigible, ya que aborda la distinción entre asesoramiento y comercialización, estableciendo normas distintas para una u otra actividad, de lo que colegiremos distintos pronunciamientos judiciales según se estime la prestación de un servicio u otro, cuestión de difícil análisis, por cuanto en relaciones tan opacas como las que

²¹ Régimen a extender a los subcustodios locales, que deberán gozar de las adecuadas garantías, siendo entidades reguladas, etc.

²² Excede el espacio de este trabajo, pero resulta conveniente dejar anotado lo interesante de autorregulación. Diversas guías de buenas prácticas, tales como la publicada por *Alternative Investment Management Association*, son instrumentos adecuados para arrojar luz en un sector tan opaco.

nos ocupan²³, no resulta sencillo clasificar los servicios. Así, si una sociedad de gestión asesorase, se obtendría una sujeción a las normas de conducta del Título VII de la LMV, mientras que si únicamente comercializase cabría aplicarse la excepción del artículo 62 de la LMV.

Por otro lado, el artículo 43.1 del RD 1309/2005, estableció para las IICIL²⁴, la obligación de incluir en el folleto informativo²⁵ datos sobre la valoración de los activos, así como los criterios que se hayan seguido, comisiones, conflictos de interés, etc. A mayores, los artículos 44 j) y 43 n), resultan relevantes por cuanto su vigencia hará que se deje constancia de los riesgos que acompaña la inversión de que se trate, y ello en sentido análogo al expuesto por la norma 12ª de la Circular 1/2006 de la CNMV. Se trata de una información amplia y pormenorizada que abarca gastos, periodo de permanencia, etc.

En cuanto al folleto, hemos de recordar el Capítulo III de la Ley 35/2003, desarrollado por los artículos 22, 23 y 44 del RD 1309/2005, que contiene las menciones concretas al contenido del mismo: suscripciones, reembolso, delegación de funciones, política de inversión, límite de endeudamiento y apalancamiento, etc., lo que habrá de ser trasladado a los informes, que advertirán sobre comisiones²⁶ soportadas, valor de mercado de las garantías otorgadas, patrimonio que se vincula a posiciones del personal de la SGIIC, etc. Esta información no tiene otro objeto que otorgar transparencia al valor liquidativo que se puede utilizar también a efectos meramente informativos.

Conviene que nos centremos en este punto en qué entendemos por comercialización, y es que dicha cuestión será fundamental a los efectos de los conflictos que posteriormente vamos a referir. Siguiendo el artículo 2.1 de la Ley 35/2003 lo podemos entender como captación activa de clientes²⁷, esto es, una suerte de promoción del producto por parte de la

²³ Es general y común que los partícipes en este mercado analizado no revelen quienes son las contrapartidas de sus operaciones, dado que, como recoge la SAP de Barcelona de 5 de abril de 2013 *“el mundo de la gestión alternativa es un entorno competitivo, que se basa en la habilidad de sus partícipes para ejecutar sus estrategias de inversión mejor que sus competidores, por lo que, (...) el hecho de que X no revelase la identidad de sus contrapartidas no resultaba extraño ya que era algo habitual en el mercado, y no llevó a los analistas a concluir que la actividad X fuera fraudulenta.”*

²⁴ El artículo 44 k) de modo análogo para las IICIL.

²⁵ La norma 13ª de la Circular 1/2006 de la CNMV señala que se habrá de incluir: a) Información sobre suscripciones y reembolsos: 1. Periodicidad del valor liquidativo. Valores liquidativos estimados; 2. Mecanismos y fechas para las suscripciones y reembolsos; 3. Plazos de preaviso y pago de reembolsos. Posibilidad de retraso del cálculo del valor liquidativo. En el caso de IIC de Inversión Libre, posibilidad y condiciones de reembolso en especie; b) Información sobre la política general de garantías concedidas por la institución, posibilidad de que sus beneficiarios dispongan de los bienes entregados en garantía, valor de mercado máximo de las garantías susceptibles de ser reutilizadas respecto a las obligaciones del fondo y solvencia financiera mínima de estos beneficiarios; c) Información genérica sobre los acuerdos de delegación de funciones; d) Información genérica sobre los contratos de asesoramiento; e) Información sobre la estrategia de inversión y gestión de la IIC, de los especiales riesgos que puedan conllevar, así como de los criterios de concentración y diversificación que puedan ser relevantes para evaluar los riesgos en que se incurra. En las IIC de Inversión Libre se informará además del riesgo de contraparte con una misma entidad. En las IIC de IIC de Inversión Libre se incluirán los criterios para la selección de las IIC subyacentes en las que invierta, y los criterios de diversificación por gestores, estrategias y valores; f) Política de inversión en activos líquidos y de gestión de la liquidez para atender reembolsos; g) Las IIC de Inversión Libre deberán informar sobre el límite de endeudamiento, así como sobre el apalancamiento adicional por cesión temporal de activos, financiación simultánea, financiación por préstamo de valores y operaciones en instrumentos financieros derivados; h) Las IIC de Inversión Libre incluirán los criterios de valoración de los activos que tengan en cartera; i) Las IIC de Inversión Libre y las IIC de IIC de Inversión Libre deberán informar sobre el nivel acumulado máximo de comisiones de gestión y depositario directas e indirectas que podrán soportar.

²⁶ Hay que recordar los límites que se establecen en el artículo 5 del RD 1309/2005, toda vez que los gastos del fondo no pueden suponer un coste adicional a la comisión de gestión. El propio RD 1309/2005 establece asimismo la necesidad de que se establezca un sistema de imputación de comisiones de éxito a fin de no perjudicar al inversor que pueda soportar más de una comisión por resultado por una misma rentabilidad. Por ello, el artículo 5.3 articula dos sistemas de imputación de comisiones por resultado.

²⁷ Siquiera hemos de mencionar la existencia de la Ley 22/2007, de 11 de julio sobre comercialización de a distancia de servicios financieros, relevante máxime en este sector en el que es habitual esta forma de contratación.

entidad a fin de lograr la venta final²⁸, de modo que existe un deslinde con aquellas otras circunstancias en las que es el cliente quien toma la iniciativa.

En cuanto a la tipología de los inversores, y siguiendo a MARDOMINGO COZAS²⁹, hay que subrayar que el derogado RD 1309/2005, en su artículo 43 b) señalaba que las IICIL únicamente pueden realizar actividades de comercialización cuando se dirijan a inversores cualificados, entendiéndose por éstos, según el referido autor, los que cuentan con *“ciertos medios técnicos y económicos, pueden decidir de una manera más consciente sobre el nivel de riesgo que desean asumir en los diferentes productos ofrecidos por los mercados financieros en general”*.

Así, la industria del *hedge fund* tiene por objetivo este tipo de inversores, aunque, en realidad, el artículo 43 del RD 1309/2005 únicamente impone cortapisas cuantitativas, esto es, un desembolso mínimo de 50.000 Euros, sin restringirse a inversores cualificados³⁰, si bien el artículo 39 del RD 1309/2005 señala que la actividad comercializadora únicamente puede tener lugar con éstos últimos³¹. No obstante, un límite cuantitativo tan bajo no ha eliminado la posibilidad de que familias con un alto grado de ahorro hayan podido acceder a productos como los que estudiamos. En cuanto a la condición de inversor cualificado³², basta con que nos remitamos a la definición realizada en el artículo 39 del RD 1310/2005, que, *sensu contrario*, valdrá para el minorista.

Por otro lado, cabe preguntarse cómo se ha efectuado la captación de clientes en este sector. Así, no ha resultado extraña la atracción a través de colaboradores que no formaban parte de la plantilla de las entidades financieras, y que actuaban a través de una suerte de contrato de agencia, teniendo un difícil encaje en la realidad normativa, por cuanto dicha labor de captación de clientes deberá estar en exclusiva reservada a las entidades que presten servicios de inversión a través de sus agentes regulados e inscritos en la CNMV, tal y como señalan los artículos 64.7 y 65 bis de la LMV. Pero estas no son las únicas posibilidades de comercialización: las sociedades y agencias de valores, las plataformas de fondos, y las sociedades gestoras, tienen capacidad para dicha función, por lo que el mapa del sector es tremendamente complejo.

En cualquier caso, se hace necesario realizar una breve nota con respecto al Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de instituciones de inversión colectiva, y es que éste amplía la información obligatoria que debe de recibir el ulterior inversor: se introducen novedades en el contenido del folleto (artículos 23 y 24); se incluye un indicador de gastos corrientes; se estipula que no se incluirá la evolución histórica de la rentabilidad teniéndose que presentar escenarios de rentabilidad; se concreta el contenido del “documento de datos fundamentales para el inversor”, etc.

²⁸ Señala el artículo 2.1 c) párrafo 4º que *“La campaña se entenderá realizada en territorio nacional siempre que esté dirigida a inversores residentes en España. En el caso de correo electrónico o cualquier otro medio telemático, se presumirá que la oferta se dirige a inversores residentes en España cuando la Institución de Inversión Colectiva o su sociedad gestora, o cualquier persona que actúe por cuenta de éstos en el medio informático, proponga la compra o suscripción de las acciones o participaciones o facilite a los residentes en territorio español la información necesaria para apreciar las características de la emisión u oferta y adherirse a ella.”*

²⁹ MARDOMINGO COZAS, Jesús. *Normas de conducta y comercialización de hedge funds*. En “Régimen Jurídico y Económico de los Hedge Funds”. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 219 y ss.

³⁰ La exigencia de ser inversor cualificado se ve atemperada cuando existe suscripción de un contrato de gestión discrecional de carteras, ya que en este supuesto lo que se da es un mandato de gestión a un tercero experto, tal y como se señala el segundo bloque de consultas sobre la Circular 1/2006, CNMV, de 26 de julio de 2007.

³² Ampliamente, la OM de 25 de abril de 2006, y la Circular 1/2006, de 3 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

VI. LA CALIFICACIÓN DEL SERVICIO: ASESORAMIENTO, O MERA EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE COMPRA.

La calificación contractual, que deriva de la vigencia de la Directiva MiFID, alude a una primera función, la de asesoramiento, que se refiere a la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, bien por iniciativa de éste, bien por ánimo de la entidad financiera, pero presentándose como conveniente para la persona concreta, habida cuenta del análisis de sus circunstancias personales y patrimoniales. Así, deslindar esta función de la mera comercialización resulta complicado, y suele quedar en manos del material probatorio que se ostente en el caso concreto.

Así, la práctica ha demostrado que es harto difícil la distinción entre un supuesto y otro, ya que existen tantos matices como relaciones entre cliente y entidad, razón por la cual se hace necesario examinar las características de cada una de las negociaciones. En cualquier caso, será fundamental la búsqueda del acervo probatorio que acredite la recomendación, toda vez que la entrega de una indicación genérica, folletos simplificados, documentación estándar, etc., no implicaría *per se* asesoramiento. Sin embargo, esa misma información tiene la virtualidad de convertirse en recomendación si se hubiere entregado previo detalle por parte del inversor de sus características personales, etc. Como se puede observar, la realidad admite las más variadas combinaciones.

De este modo, como decimos, una calificación u otra conllevará consecuencias relevantes, a saber: la comercialización implica un nivel más bajo de protección al cliente, mientras que el asesoramiento se sitúa en la franja alta, asimilándose a una gestión de cartera en la que existe un examen del grado de idoneidad del producto concreto que se ofrece al cliente de que se trate.

La obtención de datos sobre la experiencia financiera, la conveniencia del producto ofrecido, etc., son características de la función de asesoramiento, mientras que el artículo 19.6 de la Directiva MiFID exime a las entidades de inversión que se dediquen a la mera ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, de la obligación de obtener la referida información en determinados casos, tales como cuando la operación se presta a iniciativa del cliente, o cuando se refiera a instrumentos financieros no complejos.

Hemos de subrayar que la inversión en *hedge funds* supone un difícil reto en cuanto a la prueba del servicio prestado por la entidad, ya que muy a menudo el asesoramiento prestado lo es por cauce verbal, sin que exista material probatorio alguno. Las relaciones de confianza con empleados de banca llevan a que sean los propios clientes quienes materialicen, al menos formalmente, la operación por sus propios medios, actuando la entidad financiera como mera intermediaria que se limita a ejecutar las órdenes de los inversores, tal y como estudia, por ejemplo, SAP de Madrid de 18 de febrero de 2013.

Como decimos, el discernimiento del contrato no es, en modo alguno, cuestión baladí, pues afecta al mismo nexo causal, toda vez que la gestión del fondo por parte de entidades ajenas, hace alejar al esfera de responsabilidad sustancialmente, esto es, la relación causal entre el hecho dañoso y la conducta de la entidad financiera, tanto más alejada estará, cuanto más se incardine en una mera ejecución de órdenes de compra por parte de ésta, y, por ende, menos de asesoramiento profesional tendrá. Huelga decir que uno y otro tipo contractual no son compartimentos estanco fácilmente determinables: la complejidad se encuentra en determinar las circunstancias del caso, lo que intentaremos someramente estudiar.

De esta forma, el artículo 63 de la LMV, que distingue los servicios de inversión, de lo servicios auxiliares, en su apartado g), realiza una clara orientación en torno al asesoramiento, señalando que se trata de “*la prestación de recomendaciones personalizadas*”

a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Desligando posteriormente la referida actuación de "las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial."

Pues bien, y como ya advertimos, el encaje en una u otra función, llevará aparejada diferentes consideraciones en cuanto a la imputación de responsabilidad a la entidad financiera. No obstante, el deslinde entre una y otra figura es francamente difuso, debiendo de buscarse su diferenciación en la personalización de las recomendaciones que el operador realice, todo ello desde la perspectiva de que, tratándose de inversores minoristas, y consumidores, la carga de la prueba de la mera ejecución de órdenes corresponde a la entidad financiera³³.

Con independencia de la teoría general, la jurisprudencia ha acudido a determinados indicios de asesoramiento, que convienen ser subrayados muy especialmente, máxime cuando una estrategia procesal habitual de las entidades financieras, lo supone desmentir cualquier atisbo de asesoramiento, para después entrar a justificar subsidiariamente una adecuada prestación del mismo, lo que ya de por sí es un claro indicio de su existencia.

Por otro lado, la consideración de cliente minorista, y consumidor protegido por la LGCU, y su contratación con la banca privada, no genérica, es, desde luego, otro síntoma de asesoramiento, pues, como la SAP de las Islas Baleares de 5 de marzo de 2013, señala, su objeto es la gestión integral de patrimonios privados, lo que es usado como método publicitario.

Así, estos hechos nos acercan al contrato de gestión o administración de carteras³⁴, que incluye el asesoramiento, prototípico de la banca privada, y de quien acude a la misma solicitando recomendaciones para optimizar el rendimiento de su patrimonio, a través de contactos muy personalistas, y basados en la confianza con determinados empleados, cuya prueba testifical suele ser determinante, pues, no en vano, en ocasiones el cambio de entidad de éstos, suele ir acompañada de la mudanza de los propios clientes.

No sólo estos hechos alumbran la existencia de un contrato de gestión de cartera: la información periódica³⁵, las consultas, el contacto frecuente y habitual entre gestor y

³³ En sentido análogo, la SAP de las Islas Baleares de 13 de noviembre de 2013: *"la carga de la prueba de la correcta información y, sobre todo, en el caso de productos de inversión complejos, corresponde a la entidad financiera, por ser ella quien tiene la obligación legal de informar y por no poderse imponer al inversionista la carga de probar un hecho negativo- la no información."*

³⁴ Esto es, cuando una entidad legalmente habilitada para desarrollar el servicio de inversión tipificado en la letra d) del artículo 63.1 de la LMV, presta un servicio de gestión profesional, discrecional, individualizada y extraordinaria de un conjunto de valores negociables o instrumentos de inversión por cuenta y encargo de su propietario, el cual se obliga a remunerar aquella gestión, estableciéndose entre ambos sujetos una relación duradera y basada en la recíproca confianza.

La Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 distingue entre: 1. En el contrato de gestión "asesorada", la entidad gestora se limita a proponer al inversor una serie de operaciones, siendo este último quien decidirá acerca de su efectiva ejecución que será realizada por el gestor. 2. En la gestión "discrecional", la entidad gestora goza de un amplísimo margen de libertad de actuación de tal manera que podrá realizar todas aquellas operaciones que tenga por convenientes sin previo aviso ni consulta al titular de la cartera.

³⁵ Hemos de subrayar que la norma 14ª de la Circular 1/2006 de la CNMV señala, en relación a la información periódica, que *"Los informes anuales, semestrales y trimestrales de las IIC de Inversión Libre se ajustarán a lo dispuesto con carácter general para las IIC ordinarias. Deberán informar en todo caso sobre los siguientes extremos: a) Proporción del patrimonio que se vea afectado por operaciones estructuradas de terceros en las que la propia IIC actúe como subyacente; b) Parte del patrimonio vinculado a posiciones propias del personal de la sociedad gestora, o de los promotores de la IIC; c) Conciliación de las diferencias superiores al 10 por 100 entre el valor liquidativo estimado y el valor liquidativo definitivo correspondiente a la misma fecha; d) Valor de mercado*

cliente, etc., son elementos fundamentales, ya que, soportar que existe una mera ejecución de órdenes de compra en el simple hecho de que la decisión final corresponde al inversor es francamente ingenuo.

Obviamente, ello hay que deslindarlo de las meras recomendaciones generales, pues la labor de asesoramiento hay que encuadrarla en la información personalizada, y no en una simple explicación comercial. El ajuste al perfil, y a las expectativas del inversor resultan determinantes a la hora de entender que existe un asesoramiento de tipo individualizado.

No obstante, como decimos, la acreditación de la existencia de asesoramiento, o, en su caso, de contrato de gestión de carteras, en la venta de este tipo de productos resulta francamente complicado. Podemos ver un ejemplo en la reciente SAP de León (76/2013) de 21 de febrero de 2013, que, con base en la LMV, LIIC, RIIC, y en los artículos 244 y siguientes del Código de Comercio, señala:

“Debemos ya anticipar que la acción ejercitada frente al Banco X, sobre la base de un supuesto incumplimiento contractual por parte del mismo, ha de ser rechazada. Consta acreditado en autos -y tampoco es cuestionado- que el Consejo de Administración de "Y", actuando conforme a los Estatutos, acordó con fecha 12 de diciembre de 2008 suspender los reembolsos de las participaciones de "Fondo Z" y que dicha suspensión se aplicaría a cualesquiera reembolsos de ese sub-fondo cuyo día de transacción ("Dealing Day") fuera el 1 de diciembre de 2008 (doc. n.º 24 de la contestación del Banco X)". En tal decisión se fundó la negativa al reembolso solicitado por la demandante, por lo que se podrá cuestionar por la recurrente que fecha de computarse como "Dealing Day", pero lo cierto es que la decisión de no realizar el reembolso no corresponde al Banco X., sino al Consejo de Administración del fondo "Y Ireland", que es un "fondo paraguas" dividido en varios sub-fondos, entre ellos el fondo "Y Ireland ", del que trae causa la demanda. Es por ello que se podrán impugnar ante quien corresponda las decisiones adoptadas por su Consejo de Administración, pero lo que no resulta factible es trasladar a la comercializadora la responsabilidad de tales decisiones. Lo cierto y seguro, y así resulta de la prueba practicada, es que la comisionista no recibió suma alguna y por ello no le es exigible la restitución de lo percibido (Artículo 263 del Código de Comercio) ya que nada se le ha entregado. Es más si el Banco X, S.A. hubiera recibido el reembolso es evidente no se hubiese planteado controversia alguna, siendo precisamente la falta de aquel lo que en última instancia ha dado lugar a este procedimiento.”

En este supuesto el demandante invocó asimismo los artículos 254 y 255 del Código de Comercio, referidos al cumplimiento de las instrucciones del comitente, y deber del comisionista de actuar conforme a ellas y no contravenirlas. Ello lo hacía con respecto a la actuación de la entidad financiera concreta que actuaba en las gestiones realizadas para la tramitación de la venta y, en su caso, cobro del rescate de las participaciones, “*apuntando hacia un actuar incorrecto o poco diligente*” de ésta.

Aplicando dicho contrato de comisión, la Sentencia analizada señala que la demandante solicitó el rescate, cumplimentando el formulario de reembolso, y la comisionista cursó la orden de liquidación a la administradora, sin embargo, se llega a

de las garantías otorgadas por la IIC sobre las que se ha ejercido el derecho de disposición, respecto a las obligaciones de la IIC con cada entidad beneficiaria; e) Solvencia financiera de las entidades beneficiarias de dichas garantías; f) Información sobre el importe de las comisiones de gestión y depositario directas y, en su caso, indirectas, soportadas efectivamente. Esta información deberá remitirse al partícipe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley de IIC; 2. Los informes anuales, semestrales y trimestrales de las IIC de IIC de Inversión Libre se ajustarán a lo dispuesto con carácter general para las IIC ordinarias, con las adaptaciones que resulten necesarias. Deberán informar en todo caso del importe acumulado de las comisiones directas e indirectas soportadas efectivamente y de la conciliación de las diferencias superiores al 10 por 100 entre el valor liquidativo estimado y el aplicado en suscripciones y reembolsos de la misma fecha.”

determinar que “no se puede establecer relación causal alguna entre la demora de la comisionista y la frustración del buen fin de la orden de venta, que sería el único presupuesto para fundar la responsabilidad por culpa de la comisionista: “Será responsable de los perjuicios que ocasionen su omisión o demora, el comisionista que no verifique la cobranza de los créditos de su comitente en las épocas en que fueren exigibles, a no ser que acredite que usó oportunamente de los medios legales para conseguir el pago (Artículo 273 Código de Comercio).”

VII. ALGUNOS CRITERIOS ORIENTADORES.

1. *En torno a la iniciativa inversora.*

Si bien los elementos del contrato de gestión de cartera han sido definidos, y son aplicables a la responsabilidad por incumplimiento contractual, también resulta útil un criterio aparejado a la mera orden de ejecución, como lo es el analizado por la SAP de las Islas Baleares 5 de marzo de 2013, esto es, la iniciativa inversora, y que asimismo ha recogido la SAP de Madrid de 18 de febrero de 2013. Entiendo que el mismo es útil a los efectos de la delimitación de responsabilidad que nos ocupa.

Así, podemos encontrar supuestos en los que, pese a las advertencias de la entidad financiera, y pese a que se subraye que se trata de una operación de riesgo, el cliente decide realizarla, en cuyo caso bien cabría entender que la entidad ha actuado diligentemente.

No obstante, esta iniciativa del inversor ha de ser clara y paladina, ya que la mera advertencia contenida en la propia orden de suscripción no es suficiente para cumplir con las obligaciones de debida información precontractual, habida cuenta de que se trataría de un mero cumplimiento formal que no puede convertirse en una suerte de patente de corso con la que exonerar a las entidades de crédito.

En cualquier caso, del material probatorio puede extraerse de quién es la iniciativa inversora, y si la entidad, cumpliendo con sus obligaciones, deja en manos del cliente la mera transmisión unilateral de una orden, alejada de cualquier tipo de asesoramiento, o si, por el contrario, se otorga una recomendación sobre un producto concreto adecuado a las expectativas del inversor. La iniciativa dejará de ser del cliente, cuando, atendiendo a recomendaciones personalizadas, se deja al criterio del gestor la efectucción de la operación de que se trate.

2. *En torno al perfil del inversor.*

Por otro lado, conviene que analicemos algunos de los criterios singulares que se estudian en relación al perfil del inversor. Así, un claro indicio en torno a la condición de experto inversor lo supone la realización de operaciones de apalancamiento financiero, esto es, aquellas en las que el sujeto acude a la financiación ajena para acometer la inversión, de modo que, en caso de evolución favorable de la misma, los beneficios se multiplican, toda vez que el coste real de la inversión se reduce a los gastos financieros, nimios en comparación con los frutos obtenidos sobre la totalidad de lo invertido³⁶.

De igual forma, estas operaciones pueden causar un gran perjuicio al inversor que ha acudido al apalancamiento financiero, habida cuenta de que ha de soportar unas

³⁶ Este criterio resulta acertadamente analizado por la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 20 de junio de 2013, recurso 695/2012, que, adicionalmente, estudia las advertencias claras que en este supuesto se habían dado al inversor, y que aludían a la posibilidad de pérdida total de la inversión.

pérdidas con financiación ajena, existiendo, por ende, un gran riesgo, que me lleva a entender que quien acude a operaciones de este tipo con financiación ajena, en modo alguno puede ser calificado como inversor conservador³⁷, lo que separa a éste de aquél otro que acude a una operación en *hedge funds* a través de recursos propios.

Por otro lado, resulta ser un claro síntoma de asesoramiento financiero a una persona con perfil conservador, aquella circunstancia que se da, por ejemplo, cuando un individuo realiza tal inversión mediante recursos que traslada de otros activos patrimoniales más cautelosos, tales como plazos fijos, o análogos. Por lo tanto, los hechos anteriores a la inversión han de ser examinados en la litigación, y ello con objeto de tener una imagen lo más fiel posible del perfil del inversor. Resultaría claramente aplicable así el tenor literal del artículo 1.282 del Código Civil: *“Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”*.

En cualquier caso, el perfil del inversor se suele analizar también a la luz de la información otorgada a éste, y, en particular, en relación a las indicaciones contractuales relativas a la garantía³⁸, a la posibilidad de pérdida total del capital invertido, y a la cancelación anticipada, cuestiones éstas de honda preocupación en la jurisprudencia estudiada. Por ejemplo, la SAP de Vizcaya, de 30 de septiembre de 2011³⁹, analiza el perfil conservador de un producto cuando su cesta de inversión configura una rentabilidad y seguridad ciertas, frente a la volatilidad de los mercados, lo que, evidentemente, ha de ser examinado en el tiempo en que se cursa la inversión, y a la luz de lo generalmente aceptado en el mundo financiero, sin perjuicio de la posible pérdida de lo invertido, que ha de ser suficientemente advertido al cliente.

De otro lado, se hace especialmente trascendental el análisis de los términos contractuales de la venta de los productos estructurados que causan el perjuicio en el inversor. En particular, resulta importante el estudio de las posibles menciones a la vinculación de la inversión con los fondos de referencia, y con entidades autónomas e independientes de la entidad financiera que ha sido demandada, y que gozaban de capacidad propia para adoptar las decisiones que se entendiesen pertinentes, habida cuenta de las cuales se pretende hacer responsable a la comercializadora.

En este sentido, la SAP de Madrid 4 de diciembre de 2012, señala, *“por el hecho de que la estrategia o gestión de la inversión estuviera fijada por una entidad perteneciente al grupo empresarial de la demandada, pues la naturaleza del producto conlleva que sea la ejecución material de los fondos de referencia, la que marque el desarrollo y ejecución de la inversión”*. Así, de los términos contractuales, o de la información precontractual, se hace necesario dilucidar, en consonancia con el perfil inversor, la más o menos correcta mención, y conocimiento por parte del inversor, a la ausencia de intervención, o garantía, de la entidad financiera.

³⁷ Bien es cierto, como recuerda la SAP de Madrid, Sección 20ª, de 18 de febrero de 2013, recurso 115/2012, que la calificación de conservador o no del producto, ha de hacerse a la fecha de la suscripción, y en función de las circunstancias normales del mercado.

³⁸ El debate relativo a si existe o no garantía del capital es un habitual centro de debate, pues en esa creencia suelen realizar alegaciones los inversores, siendo una cuestión de difícil prueba por la falta de soporte documental: es la confianza mutua la que dirige la negociación, y es en virtud de ésta por la que nace dicha creencia, cuando, sin embargo, los documentos contractuales suelen señalar lo contrario.

³⁹ Citada y reiterada por la SAP de Madrid, Sección 20ª, de 4 de diciembre de 2012, recurso 15/2011.

VII. EL NEXO CAUSAL.

Hasta ahora hemos podido advertir la existencia de cierto espíritu tuitivo que impera en la litigación derivada de la contratación bancaria, sin embargo, ello no obsta para que sea necesario el estudio del nexo causal entre la actuación, u omisión, y el daño pecuniario sufrido por el inversor. De este modo, la existencia de la relación causal es condición para la posterior imputación de responsabilidad, del modo en que veremos.

Así, el principal problema que han encontrado los Tribunales a los efectos de establecer un nexo causal es la aparente desvinculación entre las supuestas estafas⁴⁰, que aunque eran origen de la pérdida del valor del fondo en cuestión, se podían considerar causa externa a la comercialización efectuada.

De este modo, los términos de la discusión se han centrado en determinar si el fraude existente con respecto a los productos estructurados es un imponderable, o si, por el contrario, existe un deber de velar por la inmunidad del cliente frente a la conducta fraudulenta de que se trate. Por tanto, se hace francamente relevante el estudio de si el acontecimiento fraudulento era predecible, o no, por la entidad financiera demandada.

Pues bien, responder a la citada pregunta no es, en modo alguno, sencillo, por cuanto las situaciones fraudulentas son habitualmente escenarios absolutamente inesperados, difícilmente perceptibles incluso llevando a cabo una diligencia razonable, lo que nos puede llevar a colegir en determinados casos que es improbable que la entidad financiera comercializadora pudiera conocer el fraude al momento de la comercialización.

Un consistente argumento que apoya la referida tesis lo es la propia evolución de los fondos de la cesta que se hubiere vendido, toda vez que, muy habitualmente, nos encontramos supuestos en los que éstos habían obtenido una cotización, y un nivel valor liquidativo alto, que nada hubiese hecho pensar que iban a tener consecuencias dañosas derivadas de dicha cesta⁴¹. De igual modo, la SAP de Madrid de 18 de febrero de 2013, se refiere a que la información ha de relacionarse con las incidencias normales o previsibles del producto, pero *“no puede llevarse al extremo de prever las concretas causas que originaron las pérdidas de la inversión”*.

A mayor abundamiento, y en lo que respecta a la información a otorgar el inversor, hay que matizar que ésta, como señala la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de junio de 2013, *“no puede determinarse en función de la evolución posterior del producto una vez constatada esa evolución, pues es obvio que entonces no se acometería la inversión”*.

Es decir, que la jurisprudencia tiene en cuenta cierta dosis de riesgo que asume el inversor cualificado, siempre y cuando se informe a éste de las inseguridades existentes al momento de la perfección contractual, amén de las alternativas a la operación a suscribir. En cualquier caso, el nivel de información a proporcionar depende del perfil del sujeto, pues ésta ha de analizarse a la luz de los riesgos con los que se le quiere hacer pechar, ya que sólo desde dicho examen se puede entrever si existe falta de diligencia, lo que resulta más fácilmente acreditable existiendo un contrato de gestión de carteras; o si, por el contrario, la actuación se ajusta a un perfil inversor de quien solicita meras ejecuciones. De este modo, hemos colegir que no podemos hablar de categorías cerradas, sino que del caso concreto derivará en una consecuencia jurídica u otra.

Un supuesto habitual es el recordado por la SAP de Madrid de 18 de febrero de 2013, *“eran de rentabilidad generalmente aceptaba en el mundo financiero, pero ello no*

⁴¹ Este criterio del grado de predictibilidad, por ejemplo, lo acepta la SAP de Madrid, Sección 14ª, de 25 de enero de 2013 (recurso 714/2011).

puede entenderse como garantía de ganancia indefinida, pues el riesgo de pérdida es inherente a toda inversión; de igual manera, al analizar el perfil del inversor, la configuración y calificación de conservador, no puede venir atribuida de manera exclusiva, ni siquiera principal, por el grado de conocimiento de productos y mercados financieros y por el hecho de que solo se contemplen expectativas de ganancias”.

Esta misma Sentencia, asimismo, recoge el indicio negativo para el interés del cliente consistente en que el inversor que puede tener información suficiente sobre la inversión, y que nada manifiesta cuando ésta le es favorable, tampoco se puede ver beneficiado por una ulterior indemnización.

Por ello, no es extraño que sentencias como la de la AP de Madrid de 21 de marzo de 2012 se pronuncien señalando que el inversor *“sabía que estaba contratando un producto de riesgo, un producto cuya rentabilidad estaba directamente referenciada a la evolución de determinados activos subyacentes y dio orden de extinción del contrato cuando le convino haciendo uso de las facultades que le otorgaba éste, y esta extinción fue aceptada por el Banco apelado por lo tanto la orden de cancelación le vincula y, aunque han surgido serias discrepancias entre las partes a la hora de liquidar el producto, ya no puede triunfar su pretensión de resolución del contrato al amparo del artículo 1124 del Código Civil”.*

En relación a este aspecto concreto de la materia que nos ocupa, tampoco cabe descuidar el contexto probatorio, habida cuenta de que se hace necesaria la acreditación de la debida diligencia de la entidad financiera en la prestación de sus servicios, sin perder el horizonte de que, en este tipo de contratación, existe siempre un alto grado de riesgo. De este modo, en relación a la diligencia exigible, suele ser relevante la prueba por parte de entidad financiera, de la aplicación de los debidos procedimientos de comprobación o *due diligence*, así como del otorgamiento de las necesarias advertencias en torno a la posible pérdida total de la inversión.

Es en este concreto aspecto donde estimo que la jurisprudencia quizá se descuide, por cuanto no utiliza de forma clara el criterio de facilidad probatoria (artículo 217.7 de la LEC), aplicable a las entidades financieras con especial rigor. Es decir, una y otra vez se insiste sobre el hecho de que no se haya acreditado por parte del inversor el conocimiento de la entidad de las actuaciones fraudulentas, cuando, en aplicación del antedicho criterio, resultaría más adecuado que quien tuviese la carga de la prueba de acreditar tu diligente actuar sea la entidad financiera, que podrá probar el seguimiento de cánones, *due diligence*, análisis de riesgos, informes, etc., a fin de procurar el mejor destino de la cantidad invertida, máxime cuando resultan aplicables los criterios de la buena fe contenidos en los artículos 7 y 1.258 del Código Civil⁴².

Realizados dichos procedimientos dentro de los cánones habituales, resulta complicada la existencia de nexo causal en supuestos de fraude como los analizados. De esta forma, por ejemplo, ciertas Audiencias Provinciales⁴³, han entrado a analizar la falta de necesidad del examen del subcustodio, puesto que lo han entendido como un elemento irrelevante a la hora de elegir un fondo de inversión, toda vez que su figura suele depender, y ser sustituible, por la del custodio, y, en última instancia, la garantía del producto recae sobre el custodio o depositario, que suele ser una entidad de primer orden mundial. Adicionalmente, tratándose de productos nuevos, las simulaciones auditadas han sido también elementos de prueba tenidos en cuenta.

Así, estos elementos unidos llevan en ocasiones a llegar a la conclusión de que el nexo carece de causa eficiente en el resultado dañoso producido, no considerándose las

⁴² Así lo señala la SAP de Madrid, Sección 20ª, de 18 de febrero de 2013.

⁴³ SAP de Barcelona, Sección 1ª, de 22 de julio de 2013 (recurso 1049/2011).

omisiones antedichas como merecedoras de negligencia profesional, exigible al gestor financiero cualificado, o, como la SAP de Barcelona de 22 de julio de 2013, señala: “no se puede ahora, una vez conocidos los resultados negativos de la inversión, exigir como diligencia de un experto comerciante, la previsión de que la coincidencia de gestor y custodio conllevaría la pérdida de la misma”.

Ciertamente, resulta inadecuado reconstruir un curso causal dando por ciertos los elementos que provocan el daño. En concreto, y refiriéndonos al fraude, resulta acertada la antedicha Sentencia, ya que, en análisis de la relación causal, señala que para entender que existe la misma, se hace necesario acreditar la previsibilidad del fraude a través de la repetida crisis patrimonial de quien lo origina, bien de forma contundente, bien siquiera a través de indicios.

Esta acreditación difícilmente tiene lugar: a menudo existen reuniones periódicas con gestores de carteras, informes mensuales, o incluso cambios de gestores que mantienen la opinión de sus antecesores en la inversión cursada, dando credibilidad, por ende, al producto finalmente dañoso. Estas circunstancias, como la referida SAP de Barcelona de 22 de julio de 2013 señala, son indicios claros para determinar que la diligencia exigida al gestor, una vez acaecido el daño, es excesiva, y que, por tanto, un estudio cualificado de todos los componentes del fondo, sobrepasa la *lex artis* exigible a la entidad. Así, en el referido pronunciamiento, el examen de la coincidencia entre el director de la estrategia, y el subcustodio, no se reconoce como elemento esencial y determinante de falta de diligencia profesional, máxime cuando, como en el caso *Madoff*, los propios reguladores no logran detectar las técnicas fraudulentas, y el *broker - dealer* goza del prestigio de la comunidad financiera.

Al hilo de lo antedicho, bien es cierto que encontramos jurisprudencia contraria a entender que existe un vicio del consentimiento a la fecha de la otorgación del contrato en supuestos como el anteriormente comentado⁴⁴. Por ejemplo, la SAP de Madrid de 4 de diciembre de 2012, señala que con respecto a la intervención del famoso *broker dealer*, su no identificación no puede suponer un vicio, pues la mención indeterminada, acompañada a la alusión de su inscripción en la SEC, y la NASD, es suficiente a los efectos de no configurar desconocimiento susceptible de generar error, y, por ende, nulidad contractual. Resalta la antedicha Sentencia que el vicio no resulta posible, por cuanto no se hubiera dado a la fecha de la firma del contrato, ya que las condiciones esenciales estaban reflejadas, y, en su caso, los perjuicios devendrían como consecuencia de la propia vida y ejecución del negocio.

Es decir, que la correcta descripción de las características esenciales del contrato se encuentra salvada mediante las citadas menciones al momento de la perfección, no obstante, la información que ha de existir durante la ejecución del contrato, es en este supuesto quizá incluso más importante, y la acreditación de la misma, cuya carga la ostenta la entidad financiera, será fundamental. Sobre esta cuestión entiendo que no se ha incidido lo suficiente.

Efectivamente, los incumplimientos en la información al momento de la perfección del contrato son difícilmente apreciables, sin embargo, el eje de la reclamación debería girar en torno a la falta de seguimiento informativo, hecho que, como la SAP de las Islas

⁴⁴ Principalmente, tal desestimación viene como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997 que señala no cabe alegar error en el contrato respecto a un hecho que se ha producido en fase de consumación. O, como expresa la Sentencia del mismo Tribunal de 8 de febrero de 1993 "... avatares posteriores y ajenos a las partes (...) no vicia dicho consentimiento".

A este respecto, la SAP de Barcelona de 5 de abril de 2013, señala, en relación al famoso caso *Madoff*, que la mención del *broker dealer* a la fecha de la firma, lo que no se hizo, ninguna eficacia invalidante tendría, toda vez que entonces gozaba del prestigio internacional.

Baleares de 5 de marzo de 2013, señala, ha de estar *“acomodado a la gravedad de los acontecimientos y a la obligación de aquélla de velar por los intereses del cliente y de tenerle al día de la situación”*, habida cuenta de lo cual el incumplimiento de dicho deber sería enmarcable en el artículo 1.101 del Código Civil, esto es, podría existir un incumplimiento contractual generador de responsabilidad.

Las reuniones con el inversor, *due diligence*, los informes periódicos, etc., resultan pruebas relevantes a los efectos del ulterior litigio, pues de ellos se desgranará si la entidad tenía o no conocimiento de las posibles actuaciones fraudulentas, y si ésta transmitió correctamente la posible alerta al inversor, conforme a las exigencias de la buena fe contractual que, con carácter general, recogen los artículos 7 y 1258 del Código Civil, y que se acentúa como obligación en las mercantiles que prestan servicios financieros, habida cuenta de las exigencias de transparencia que ostentan. Estas sospechas, e informes marcadamente técnicos, obviamente, suelen ser objeto de periciales que han de coadyuvar a lograr una imagen lo más fiel posible del transcurso de los acontecimientos.

Por último, cabe realizar siquiera una sucinta mención a la independencia de los intervinientes en la relación jurídica, cuestión que ha ocupado, por ejemplo, a la SAP de Madrid de 4 de diciembre de 2012, que se refiere a entidades autónomas e independientes a la hora de adoptar las decisiones en la estrategia inversora, a pesar de formar parte del grupo empresarial de la entidad financiera comercializadora. La citada Sentencia justifica no extender la responsabilidad a ésta señalando que *“por el hecho de que la estrategia o gestión de la inversión estuviera fijada por una entidad perteneciente al grupo empresarial de la demandada, pues la naturaleza del producto conlleva que sea la ejecución material de los fondos de referencia la que marque el desarrollo de la inversión, y en estas actuaciones ninguna intervención tuvo la entidad demandada”*.

Existen, asimismo, otras Sentencias como la de la AP de Madrid de 9 de septiembre de 2013, que analizan, y desechan, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, con base, por ejemplo, en la SAP de Madrid de 25 de enero de 2013, que vino a señalar que no existe identidad entre la gestora y la entidad bancaria, toda vez que no se da una relación de dependencia o subordinación, a pesar de ser del mismo grupo, de modo que, asimismo, tampoco entiende aplicable el artículo 1.903 del Código Civil, relativo a la responsabilidad por actos de terceros.

Por otro lado, la SAP de Madrid de 4 de diciembre de 2012, asimismo, realiza un interesante análisis de la posición en la que queda la responsabilidad de la entidad bancaria en supuestos de fraude o estafa cometidos por el *broker dealer*: *“en cuanto a la situación producida, una vez se detectó el fraude o estafa cometido por el broker – dealer, y la cancelación del producto concertado, se produjo por aplicación de previsiones contractuales y una vez entró en proceso de liquidación, las consecuencias finales del mismo han de ser las derivadas de dicho proceso”*.

Así, estas situaciones especiales, encabezadas por el famoso *caso Madoff*, han provocado supuestos en los que se ha impedido la liquidación del producto financiero de que se trate. Efectivamente, el hecho de estar encargada la ejecución de las inversiones a brokers inmersos en procedimientos penales, ha provocado con cierta habitualidad la imposibilidad de producirse la liquidación en los términos pactados, toda vez que existía el inconveniente de que el elemento esencial para dicho cálculo, como lo es el valor liquidativo de los fondos subyacentes era, sencillamente, indeterminable.

Pues bien, a dicha cuestión ha dado solución, entre otras, la SAP de Madrid de 21 de noviembre de 2012, que entiende que las circunstancias penales sobrevenidas a las que hemos hecho alusión, no ostentan la virtualidad de considerarse incumplimiento contractual de la entidad bancaria en su condición de comercializador del producto. No

obstante, una solución u otra, insisto, quedará determinada por las circunstancias del caso concreto.

VIII. PÉRDIDA DE VALOR Y CASO FORTUITO.

Como conocemos, la existencia de caso fortuito excluye la responsabilidad, tal y como reconoce el artículo 1.105 del Código Civil. Así, las pérdidas que pudieren tener lugar, y su consiguiente nexo causal, como advierte la STS de 17 de abril de 2013, han de ser examinadas siguiendo un adecuado análisis de la imputación de responsabilidad, cuestión jurídica, y no de hecho, toda vez que se hace necesario dilucidar si existe una correcta diligencia de la entidad financiera. Esto es, en el supuesto de fraudes como los relatados, se puede llegar a entender que existe una causa externa al producto en cuestión, siempre y cuando se acredite la existencia de caso fortuito.

El TS en la Sentencia antedicha estudia así un supuesto en el que se solicita la indemnización de daños y perjuicios por la gestión negligente de una cartera de valores, toda vez que la inversión quedó reducida a cero por influencia de una estafa internacional. Según el TS procedería la responsabilidad de la entidad financiera, y ello en atención al perfil del inversor (claramente conservador), que eligió un nivel de riesgo muy bajo, y, sin embargo, se invirtió en un hedge fund con plazo de espera de liquidez de sesenta días lo que impidió que se cumpliera a tiempo la orden de desinversión.

De esta Sentencia hemos de subrayar varias cuestiones con carácter previo. En primer lugar, en el procedimiento se acreditó debidamente el consejo del empleado del banco en el sentido de recomendar el mantenimiento de la inversión por las buenas perspectivas que ostentaba; en segundo término, la Sentencia incide mucho en el perfil del inversor, y lo inadecuado de la inversión por los riesgos, y falta de liquidez, existentes.

Pues bien, y en lo que respecta a este concreto epígrafe, el TS entiende que el fraude no es oponible al demandante, habida cuenta de que la entidad de crédito debió probar la existencia de controles, garantías y precauciones, máxime en un producto que se considera de alto riesgo, y que, a mayores, constituía el cien por cien de la cartera del cliente concreto.

También en este supuesto desde 2006 a 2008 existió una alta rentabilidad de la cesta, hecho al cual el cliente no opuso objeción alguna, no obstante, la STS es clara al imputar responsabilidad a la entidad, haciéndolo sobre la base del anuncio de la entidad financiera de una inversión altamente líquida y segura, con independencia de que no se encontraba garantizada⁴⁵. Por otro lado, el TS desecha las alegaciones relativas a la importancia dada por la entidad financiera a la confirmación por parte del inversor de las gestiones del banco, toda vez que a dicha fecha el producto era rentable.

De este modo, son entendibles las dudas en torno a que la posible estafa se considere como un hecho ajeno y extraño a la relación contractual, ya que, la reducción a cero de la inversión que pudiere producirse bien cabe achacarla al fraude, imponderable en el análisis evolutivo del fondo, y no a elementos relativos al perfil del riesgo, que ven decaer su importancia ante un acontecimiento ajeno de la dimensión del analizado.

No obstante, hemos de matizar que resulta audaz calificar la posibilidad de fraude como un imponderable, ya que es precisamente función de las entidades financieras, ponderar la referida contingencia, como herramienta útil en la ejecución del contrato de gestión de carteras para evitar perjuicios de los clientes, ya que la entidad debe velar por el

⁴⁵ Sobre esta cuestión insiste la SAP de Vizcaya (421/11) de 30 de septiembre de 2011: *“La conclusión parece obvia no se incumplieron las premisas contractuales, Y evidentemente la liquidez ligada a los fondos, que nunca un garantizado capital, ni rentabilidad, no supone su existencia en tanto que insistimos nunca se garantizó su capital.”*

buen fin del patrimonio. Y, podemos añadir, las cautelas guardadas por ésta han de servir a la misma como elemento de prueba para mitigar o eliminar su responsabilidad.

Pues bien, es especialmente interesante la citada STS de 17 de abril de 2013 a los efectos del mencionado caso fortuito, enmarcable en el artículo 1.105 del Código Civil que señala que *“fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables.”* Este supuesto, que sirve de pilar central de la argumentación de la entidad financiera, es sin embargo desechado por el TS, con base en las siguientes ideas.

En primer lugar, el análisis del caso fortuito queda excluido de plano por el TS cuando, como en el supuesto que analiza, se da la circunstancia de que el perfil del inversor desaconsejaba desde un inicio la inversión en un fondo con un plazo de liquidez tan largo, lo que por sí mismo es relevante para determinar la responsabilidad de quien comercializa.

En segundo término, el TS entiende que supone un riesgo añadido el hecho de que toda la inversión del cliente se destinase al fondo en cuestión. Así, ambas circunstancias llevan al juzgador a apreciar que, a pesar de que existe un suceso de difícil previsión, la propia entidad hace correr al patrimonio del inversor un riesgo no deseado, de modo que este incumplimiento contractual *per se* es causa suficiente para determinar una falta de diligencia, toda vez que la entidad ha de proteger al cliente frente a los riesgos no deseados en su inversión, y, entre ellos, el fraude.

En otras palabras, esta eliminación del caso fortuito como elemento a tener en cuenta, es matizada por el TS, ya que llega a señalar que el hecho de entender como imprevisible el fraude, no detectado por las agencias de calificación, ni autoridades supervisoras, no es una cuestión *“oponible por la entidad gestora a su cliente porque frente a éste se obligó a respetar su perfil conservador, y, por tanto, a no invertir su patrimonio en fondos cuya denominación no permitía comprender mínimamente su funcionamiento ni el verdadero riesgo que comportaban”*.

Así, lo fundamental será de nuevo la información, y es que quien actúa como colocador, como recuerda la SAP de las Islas Baleares de 5 de marzo de 2013⁴⁶, ante la calificación del tipo de contrario, debe de prestar un servicio muy activo de información y asesoramiento, *“no sólo antes de la suscripción, sino también de información al cliente tras la firma del contrato”*, que se extiende a un amplio elenco de funciones predeterminadas que ya fijó el artículo 16.2 del RD 629/93, de 3 de mayo, y que viene amparado por el artículo 79 bis de la LMV.

⁴⁶ Aunque alejado del análisis, no podemos dejar de citar que esta misma Sentencia rechaza la aplicación de la doctrina de los actos propios, basada en que la recurrente, amén de haber cobrado intereses, había participado con un acción conjunta de responsabilidad contra la gestora del fondo, así como contra otras filiales, y también había comunicado su crédito al Tribunal de Quiebras de Nueva York.

**NUEVOS TIEMPOS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU
REPERCUSIÓN EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS. BREVES NOTAS AL ESPERADO
REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS**

*Ana Isabel Herrán Ortiz
Profesora Titular de Derecho civil.
Universidad de Deusto*

Fecha de recepción: 12 de Junio de 2014

Fecha de aceptación: 24 Junio de 2014

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. DIMENSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA. III. EL ABOGADO ANTE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 1. EL ABOGADO COMO RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. A PROPÓSITO DEL MODELO DE DESPACHO PROFESIONAL. 2. LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL DESPACHO DE ABOGADOS. 2.1. LAS OBLIGACIONES FORMALES: NOTIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS FICHEROS. 2.2. LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA. EL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL 2.3. EL EJERCICIO DE DERECHOS POR LOS INTERESADOS. EN ESPECIAL, LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y EL DEBER DE TRANSPARENCIA 2.4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD DE LOS FICHEROS: LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. IV. EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA UTILIZACIÓN DEL “CLOUD COMPUTING” EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS. V. APUNTES SOBRE EL REGLAMENTO GENERAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACIA. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMEN: La evolución en el modelo de despacho profesional ha venido acompañada por la creciente incorporación de los avances tecnológicos en la labor de ejercicio profesional de la abogacía. Las innegables ventajas y bondades que estos avances representan, sin embargo, no pueden hacernos olvidar las indudables dudas e incertidumbres jurídicas que su utilización suscita. Por ello, la protección de datos personales constituye una necesidad legal a la que los despachos de abogados no pueden sustraerse. La inminente reforma de la normativa europea de datos personales nos ofrece una inmejorable oportunidad para reflexionar y analizar los principios, problemas y dificultades jurídicas que el tratamiento de datos personales encierra en el ejercicio de la abogacía.

ABSTRACT: The evolution in the professional model release has been accompanied by the increasing incorporation of technological advances in the work of the professional practice of law. The undeniable advantages and benefits that these developments represent can't obscure the undoubted legal doubts and uncertainties that use raises. Therefore, the protection of personal data is a legal necessity that law firms can't escape. The imminent reform of European legislation of personal data gives us an excellent opportunity to reflect and analyze the principles, problems and legal difficulties that the processing of personal data enclosed in the practice of law.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos personales, despacho de abogados, computación en nube.

KEYWORDS: Protection of personal data, Law firm, cloud computing.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Puede afirmarse que en los últimos tiempos los despachos de abogados han vivido una significativa transformación en sus ámbitos de organización y gestión, de suerte que superando el tradicional modelo personalista se han constituido en auténticas empresas de servicios y asesoría legal. Esta evolución ha venido acompañada por el impulso en los despachos de abogados de las tecnologías de la información y la comunicación; y así, a las innegables ventajas de este fenómeno que todos acertamos a señalar, deben sumarse los posibles inconvenientes que esta incorporación presenta en el ejercicio de la abogacía. Uno de estos inconvenientes e incertidumbres que la implantación tecnológica implica para el ejercicio profesional es, sin duda, la necesaria tutela de la información personal, que todavía constituye en la actualidad una importante dificultad a la que se enfrentan día a día quienes ejercen su actividad profesional en un despacho de abogados. En efecto, desde el punto de vista de la normativa de protección de datos de carácter personal, lamentablemente, son numerosas las dificultades por vencer para la adaptación de los despachos de abogados a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD), y a su Reglamento, aprobado mediante el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, y en vigor desde el 19 de abril de 2008 (en adelante RLOPD)¹. En futuro cercano, se impone además la aplicación de la nueva normativa europea de protección de datos personales, que en fechas no muy lejanas será una realidad a la que deberá hacerse frente también desde los diferentes Estados, empresas y particulares².

Sea como fuere, desde la perspectiva de la protección de datos personales, los responsables de un despacho de abogados, deben preguntarse si su despacho será capaz de reconocer y resolver posibles incidentes de seguridad que puedan alterar, destruir o ceder ilícitamente la información personal que en el ejercicio profesional es objeto de tratamiento. A este respecto, conviene recordar que la seguridad de la información en los despachos de abogados no representa una opción, o una alternativa, sino una necesidad y una exigencia legal que, como afirma Pérez Gómez, requiere en primer lugar, identificar riesgos y después, establecer los controles que eviten, minimicen o encaucen los posibles daños³.

En este estudio, se pondrá de manifiesto que con arreglo al diferente modelo de organización y estructuración de los despachos de abogados, la tutela de la información personal y la garantía de su seguridad se enfrentan a diversas situaciones y conflictos jurídicos; de suerte que, en cada caso, deberá contemplarse la solución idónea para facilitar a los despachos de abogados su adaptación a la normativa de protección de datos personales. De igual modo, se tendrá ocasión de reflexionar a propósito de la próxima normativa europea sobre protección de datos personales y su incidencia en el ejercicio profesional de los abogados, analizando con especial atención las principales novedades jurídicas que su texto incorpora.

¹ RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008, p. 4103-4136.

² Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). Doc. COM (2012) 11 final, de 25 de enero de 2012. En la actualidad, el parlamento ha adoptado recientemente enmiendas al citado texto; para información actual y completa véase Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

³ E. PÉREZ GÓMEZ, “¿Por qué proteger la información en los despachos de abogados?”, *IURIS*, núm. 147, marzo de 2010.

II. DIMENSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA

Con la proclamación constitucional del artículo 18.4 CE, por la cual “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, y hasta la entrada en vigor del RLOPD, la tutela de la información personal se ha enfrentado a un complejo, dilatado y agitado proceso, durante el cual desde los más diversos sectores se venía reclamando la aprobación de un desarrollo reglamentario específico para la LOPD, que ofreciera respuesta a cuantos problemas prácticos se planteaban en la tutela de los datos personales, y a los que la citada norma no otorgaba una satisfactoria solución.

Con todo, no fue sencillo ni pacífico el proceso seguido hasta la definitiva aprobación del actual Reglamento 1720/2007⁴; y si bien finalmente, la norma aprobada no cumplió con cuantas expectativas había despertado entre los expertos, lo cierto es que el RLOPD representó un importante avance en la configuración legal del derecho a la protección de datos personales en España. Ciertamente, dos son logros que con frecuencia destaca la doctrina de este texto legal, a saber: por una parte, se configura desde una nueva perspectiva la incidencia de la protección de datos en los más diversos sectores profesionales y empresariales, al establecer exigencias y principios en materia de protección de datos adaptados a la realidad propia del mundo empresarial y profesional; y por otra, el texto facilita el deseable equilibrio que debe presidir su aplicación con el irrenunciable avance social, económico y empresarial⁵.

Así pues, y en relación con el tratamiento de la información personal en el ejercicio profesional, el abogado se enfrenta a nuevos retos, propios de la sociedad de la información y de su imparable avance en todos los sectores profesionales y sociales. En este contexto legal, la profesión jurídica debe ofrecer respuesta, entre otras, a las siguientes cuestiones: qué ámbitos organizativos y de gestión deben reformularse en un despacho de abogados para cumplir con la exigencia legal de protección de datos personales; cuál es la capacidad de respuesta o actuación ante una incidencia o problema legal en el tratamiento de datos personales y, por último, está el abogado o el despacho profesional preparado para enfrentarse a posibles denuncias ante la Agencia Española de Protección de Datos por actuaciones ilícitas en el tratamiento de la datos personales. Ciertamente, sin embargo, que para resolver estas incertidumbres jurídicas, el abogado debe tomar conciencia de la importancia legal y social de la protección de datos personales, y valorar la seguridad de la información no solo como una cuestión de reputación e imagen, o de índole patrimonial, ante el temor a enfrentarse a un posible perjuicio económico. Por el contrario, debe conocer la normativa de protección de datos que le obliga legalmente a cumplir un conjunto de principios y derechos en su actividad profesional como abogado, y en consecuencia, adaptar su actividad y la prestación de sus servicios a los principios de protección de la información personal presentes en la normativa española y europea.

Y a esta realidad normativa pronto se sumará la nueva legislación europea de protección de datos personales, que establecerá, un marco normativo uniforme, integral y sólido para la garantía de los derechos de los ciudadanos a la tutela de sus datos personales. El breve análisis que tendremos oportunidad de avanzar sobre las novedades más destacadas de este Reglamento europeo nos permitirá descubrir si, como pronostican algunos expertos, nos encontramos ante un texto moderno que se ocupará de los retos de la globalización mediante instrumentos flexibles que facilitan el desarrollo de las empresas en un entorno internacional, garantizando al mismo

⁴ Última modificación por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible. BOE n° 55, de 5 de marzo de 2011, pp. 25033-ss.

⁵ Por todos, R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El Real Decreto 1720/2007, de 21 De diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 16, 2008, pp. 257-293.

tiempo los derechos de los ciudadanos⁶; o si por el contrario, como lamentan otros muchos, el legislador europeo, encontrará serias dificultades para alcanzar un consenso en materias tan sensibles y controvertidas como el derecho a la supresión o el movimiento internacional de datos personales, lo que impedirá aprobar un nuevo texto europeo a medio plazo⁷.

III. EL ABOGADO ANTE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. El abogado como responsable del tratamiento de datos personales. A propósito del modelo de despacho profesional

La problemática que afecta a los despachos de abogados en su esfuerzo por adaptarse y aplicar la normativa española de protección de datos personales no puede explicarse sin antes examinar los diferentes modelos organizativos en que se estructuran en la actualidad los profesionales del derecho. En efecto, el modelo de despacho profesional alcanza una especial trascendencia, habida cuenta que la fórmula escogida condicionará la delimitación legal del responsable del fichero y sus correspondientes obligaciones en el ámbito de la protección de datos.

Puede decirse que hasta fechas recientes, con carácter general, el despacho de abogados se organizaba como sociedad civil. No obstante, superados los iniciales recelos ante una organización empresarial de los despachos, viene siendo frecuente que las firmas de abogados se constituyan como sociedades mercantiles, cooperativas o como agrupaciones de interés económico. De esta forma, pueden distinguirse dos modelos de despachos profesionales: por una parte, los denominados “despachos colectivos” en los que se comparte un espacio común, unos servicios e incluso un nombre comercial o corporativo, pero se mantiene independencia sobre los ingresos y las respectivas carteras de clientes; y por otra, los despachos organizados como empresa, donde los profesionales son considerados trabajadores por cuenta ajena, los clientes, con independencia de quién los aporta, contratan sus servicios con la empresa, y no con el profesional. Bien es verdad, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, que regula las sociedades profesionales, ha introducido un nuevo modelo profesional de despacho, las “sociedades profesionales”, entendidas aquellas entidades que tienen por objeto social el ejercicio común de una actividad profesional y a las cuales les son atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional, como titulares de la relación jurídica establecida con el cliente⁸.

Así, en una inicial aproximación, puede concluirse que si el responsable del tratamiento es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, en el ejercicio profesional de la abogacía, será responsable del tratamiento, quien aparezca como titular de la relación jurídica establecida con el cliente⁹. No obstante, cuando varios abogados compartan un mismo espacio común, unos servicios y el nombre comercial del despacho, pero manteniendo independencia económica, cada uno de ellos actuará como responsable del tratamiento que efectúe y, por ello, puede decirse que habrá tantos responsables del tratamiento como abogados integran el despacho

⁶ Es de esta opinión V. REDING, “Protección de la privacidad en un mundo conectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI”, en J. PÉREZ y E. BADIA (coords), *El debate de la privacidad y seguridad en la red: regulación y mercados*, Ariel/Telefónica, Madrid, 2012, pp. XVII-XXV.

⁷ Así se expresa R. Martínez, al considerar que “Otra cosa es ver si esta norma prospera porque realmente está muy atascada en su gestación y negociación. Hay que darse cuenta que es una gran novedad que la UE quiera regular de forma homogénea un derecho fundamental; hay expertos que cuestionan incluso que la propia UE pueda tener esa competencia para regularlo”. Cfr. Texto íntegro en http://www.lawyerpress.com/news/2013_08/0108_13_001.html (última consulta: 10/06/2014).

⁸ Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. BOE nº 65, 16 de marzo de 2007. Artículo 1.1º Definición de las sociedades profesionales: “Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.”. Se define “actividad profesional” como aquella para cuyo desempeño se precisa titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

⁹ M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, *Guía práctica de protección de datos para abogados*, Editorial DaFeMa, Madrid, 2004.

colectivo¹⁰. Siguiendo lo dispuesto en el RLOPD, en los ficheros en los que exista más de un responsable, “cada uno de ellos deberá notificar, a fin de proceder a su inscripción en el Registro General de Protección de Datos y, en su caso, en los Registros de Ficheros creados por las autoridades de control de las comunidades autónomas, la creación del correspondiente fichero” (art. 57). Aunque inicialmente pudiera interpretarse que nos hallamos ante el tratamiento de datos personales en un despacho colectivo de abogados, lo cierto es que el fichero de un despacho colectivo de abogados no puede calificarse como un fichero con varios responsables, porque cada abogado, con actividad profesional independiente, responderá de sus propios ficheros de asuntos y deberá garantizar de forma adecuada el tratamiento de datos personales para impedir el acceso y uso de los datos a quienes no se encuentren autorizados¹¹.

Ahora bien, en los despachos colectivos, desde el punto de vista de la protección de datos personales, el denominado fichero de asuntos (datos de clientes, datos de abogados, expedientes, etc.) responde a una estructura mixta: por una parte, se presenta en formato papel, con las actuaciones y diferentes documentos escritos; en tanto que otra parte de los datos de dicho expediente se hallarán informatizados, esto es, nos encontramos ante un fichero “combinado”. Los abogados del despacho colectivo deberán asumir su condición de responsables del fichero o del tratamiento integrado con los datos personales que utilicen para resolver los asuntos de sus propios clientes y a tal efecto, deberán cumplir con las obligaciones que se establecen en la LOPD y en el Reglamento, algunas de las cuales tendremos ocasión de analizar posteriormente.

Por el contrario, cuando la actividad se ejerce desde una firma de abogados, que actúa como empresa y adopta forma societaria, aquélla se constituye en titular de la relación jurídica con el cliente y por ende, será considerada responsable del fichero o del tratamiento. Desde una perspectiva organizativa, parece más sencillo dar cumplimiento a la normativa de protección de datos en este último caso; por tanto, la existencia de un único responsable, la posibilidad de establecer diferentes funciones y accesos en materia de protección de datos y el uso de las autorizaciones delegadas facilitarán, sin duda, la gestión de la protección de datos personales en la organización de una firma de abogados. Claro que ello no impide que puedan presentarse diversas problemáticas propias de la dinámica profesional del abogado; así, por ejemplo, plantea importantes dudas el tratamiento de datos personales en los asuntos en curso de los profesionales que se incorporen a la firma con cartera propia de clientes. Pueden adoptarse a este respecto dos soluciones: primera, que el abogado mantenga su condición de responsable del tratamiento de la información personal relativa a sus asuntos, circunstancia que no resulta satisfactoria ni práctica, porque no responde a la real situación que su incorporación ha generado; y segunda, que se arbitren procedimientos para que desde el momento de su incorporación se traslade la condición de responsable del tratamiento a la propia firma. Se propone para resolver este inconveniente la aplicación del artículo 19 del RLOPD, de suerte que “en los supuestos en que se produzca una modificación del responsable del fichero como consecuencia de una operación de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, aportación o transmisión de negocio o rama de actividad empresarial, o cualquier operación de reestructuración societaria de análoga naturaleza, contemplada por la normativa mercantil, no se producirá cesión de datos, sin perjuicio del cumplimiento por el responsable de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”¹². Así las cosas, pudiera interpretarse que en el supuesto anteriormente se produce una modificación en la titularidad del responsable, de forma análoga a lo que acontece en una operación mercantil o en una aportación o transmisión de negocio; pero, se admita o no dicha lectura, lo cierto es que no podrá eludirse el deber de información dispuesto en el artículo 5 LOPD

¹⁰ Se recomienda entonces que cada abogado proceda a la inscripción de los ficheros respecto de lo que los que actúa como responsable. Cada abogado deberá inscribir el fichero a su nombre. Así se interpreta por J. ÁLVAREZ HERNANDO, *GUÍA PRÁCTICA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS. Cuestiones y Formularios*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 377-ss.

¹¹ El futuro Reglamento europeo en su art. 24 contempla la posibilidad de corresponsabilidad del tratamiento, cuando varios responsables determinen conjuntamente los fines y los medios del tratamiento de datos personales; determinarán también cuáles son sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones y, en particular los procedimientos y mecanismos para el ejercicio de derechos del interesado.

¹² J. VERDAGUER LÓPEZ, “Tratamiento de datos personales en función del tipo de despachos”, *Revista IURIS*, núm. 129, 2008, pp. 32-36.

y, conforme prevé el procedimiento previsto en el artículo 14 del RLOPD, se solicitará el consentimiento tácito, siempre y cuando aquél no deba ser expreso de conformidad con la LOPD.

En otro orden de consideraciones, puede ocasionar importantes complicaciones en el ámbito de la protección de datos la práctica habitual de la profesión jurídica de recabar colaboración externa al propio despacho de abogados, en aquellos casos en que los asuntos se trabajan de forma conjunta, con la participación tanto de profesionales externos como de miembros del propio despacho. En estas situaciones se recomienda establecer cautelas o protocolos desde la perspectiva de la protección de datos personales; así, por ejemplo: delimitar correctamente las respectivas obligaciones legales, identificar la cesión de datos personales al colaborador o la actuación de éste como encargado del tratamiento, la limitación y restricción en el acceso a los datos y al expediente, definir dónde tendrá lugar la actividad de colaboración y por tanto, la custodia y responsabilidad en relación con los soportes donde conste la información personal (en la sede de la firma o en su propio despacho), y finalmente, cuáles serán las medidas de seguridad que deban adoptarse y a quién corresponde dicha adopción.

Finalmente, cuando el despacho profesional se organiza como sociedad profesional dos son los aspectos que deben destacarse a partir de la aprobación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, en relación con la normativa de protección de datos personales, a saber: en primer lugar, a propósito de la condición de responsable del tratamiento, siempre corresponderán a la sociedad profesional los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente; de no ser así, nos hallaríamos ante una sociedad de intermediación o de medios que, carecerá de la condición de responsable del tratamiento al no ser titular de la relación jurídica con el cliente, y se trasladará dicha condición a los abogados que actúan a título individual con sus clientes; y en segundo lugar, cuando en la sociedad profesional los socios aportan sus respectivas carteras de clientes y asuntos, será igualmente la sociedad quién actúe como titular de la relación jurídica con el cliente, y en consecuencia, tendrá la consideración de responsable del tratamiento de la información personal.

2. Las obligaciones legales del responsable del tratamiento de datos personales en el despacho de abogados

Toda vez que se ha delimitado la figura del responsable del tratamiento de datos personales en los despachos colectivos y en las firmas de abogados, a continuación se examinarán las principales obligaciones que deben cumplir como responsables de un tratamiento de datos personales los despachos de abogados. A este respecto, con carácter general, señala la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) que “Sobre el responsable del fichero recaen las principales obligaciones establecidas por la LOPD y le corresponde velar por el cumplimiento de la Ley en su organización”, en especial el responsable debe¹³:

- a) Notificar los ficheros ante el Registro General de Protección de Datos para que se proceda a su inscripción.
- b) Asegurarse de que los datos sean adecuados y veraces, obtenidos lícita y legítimamente y tratados de modo proporcional a la finalidad para la que fueron recabados.
- c) Garantizar el cumplimiento de los deberes de secreto y seguridad.
- d) Informar a los titulares de los datos personales en la recogida de éstos.
- e) Obtener el consentimiento para el tratamiento de los datos personales.

¹³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía del responsable de ficheros*. Véase en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_responsable_ficheros.pdf (última consulta: 01/06/2014).

f) Facilitar y garantizar el ejercicio de los derechos de oposición al tratamiento, acceso, rectificación y cancelación.

g) Asegurar que en sus relaciones con terceros que le presten servicios, que comporten el acceso a datos personales, se cumpla lo dispuesto en la LOPD.

h) Cumplir, cuando proceda, con lo dispuesto en la legislación sectorial que le sea de aplicación.

2.1. Las obligaciones formales: notificación e inscripción de los ficheros

De conformidad con el artículo 55.2 del RLOPD “Los ficheros de datos de carácter personal de titularidad privada serán notificados a la Agencia Española de Protección de Datos por la persona o entidad privada que pretenda crearlos, con carácter previo a su creación. La notificación deberá indicar: la identificación del responsable del fichero, la identificación del fichero, sus finalidades y los usos previstos, el sistema de tratamiento empleado en su organización, el colectivo de personas sobre el que se obtienen los datos, el procedimiento y procedencia de los datos, las categorías de datos, el servicio o unidad de acceso, la indicación del nivel de medidas de seguridad básico, medio o alto exigible, y en su caso, la identificación del encargado del tratamiento en donde se encuentre ubicado el fichero y los destinatarios de cesiones y transferencias internacionales de datos”.

Desde la perspectiva de la protección de datos personales la primera obligación legal en un despacho de abogados es la notificación de los ficheros (clientes, proveedores, trabajadores, candidatos) a la AEPD para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos. Esta obligación formal de inscripción ha de ser previa a la utilización de los ficheros y al inicio del tratamiento. En todo caso, la notificación se referirá a cuantos ficheros recojan información personal en el despacho, con independencia de cuál sea su naturaleza o formato, esto es, automatizados, manuales o combinados (Véase RAEPD R/00997/2010, de 7 de mayo de 2010).

Define el RLOPD como fichero “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso” (artículo 5.1º k) y como fichero no automatizado “todo conjunto de datos de carácter personal organizado de forma no automatizada y estructurado conforme a criterios específicos relativos a personas físicas, que permitan acceder sin esfuerzos desproporcionados a sus datos personales, ya sea aquél centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”(artículo 5.1º n). Así mismo, exige el artículo 58 de la citada norma que “La inscripción del fichero deberá encontrarse actualizada en todo momento. Cualquier modificación que afecte al contenido de la inscripción de un fichero deberá ser previamente notificada a la Agencia Española de Protección de Datos o a las autoridades de control autonómicas competentes, a fin de proceder a su inscripción en el registro correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 55”. En su caso, además, cuando el responsable del fichero decida su supresión, deberá notificarla a efectos de que se proceda a la cancelación de la inscripción en el registro correspondiente.

Constituye infracción leve, conforme al artículo. 44.2 LOPD¹⁴, no remitir a la AEPD las notificaciones previstas en esta Ley o en sus disposiciones de desarrollo y, no solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos. A continuación, el artículo 45.1 LOPD señala que “Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros” (Véase RAEPD R/00209/2008, de 28 de febrero de 2008).

¹⁴ Cfr. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. *Boletín Oficial del Estado*, 5 de marzo de 2011, nº 55, p. 25033.

Ahora bien, si la última versión del Reglamento europeo de protección de datos prospera, no deberá procederse a la notificación de los ficheros a la autoridad de control, y esta obligación se sustituye por la exigencia de conservar la documentación, actualizada periódicamente, que sea necesaria para cumplir los requisitos que se establecen en el texto (art.28), al tiempo que se podrá solicitar un certificado o sello de confianza a la autoridades de que certifique que el tratamiento de datos personales se efectúa de conformidad con el presente Reglamento (art. 39 1 bis).

2.2. Los principios de protección de datos personales en el ejercicio de la abogacía. El deber de secreto profesional

Con carácter general, dispone la LOPD en su artículo 4.1º que “Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. Así mismo, el citado artículo en su apartado segundo apunta que “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos”. Y finalmente, el tercer apartado recuerda que “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

En definitiva, el abogado o el despacho de abogados deben asegurarse que obtienen los datos de carácter personal exclusivamente para cumplir con las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que son recabados, de suerte que los datos personales solicitados sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con dichas finalidades. Además, los datos de carácter personal tienen que ser exactos y puestos al día, reflejando la situación actual del afectado; corresponde, en los términos señalados por la LOPD, proceder de oficio al titular del fichero para cancelar y sustituir los datos personales cuando éstos resulten ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos; en su caso, los datos de carácter personal deberán cancelarse cuando no sean necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados (art. 4.5 LOPD). En este sentido, tuvo la oportunidad de pronunciarse la AEPD a propósito de los datos personales que los abogados revelaban a los Colegios Profesionales como medio de justificación de su actuación de oficio, a los efectos de percibir la correspondiente remuneración por dichos servicios. Concluyó la AEPD que si bien deben presentarse la primera hoja de autos y sentencias junto con el justificante de intervención procesal debidamente sellado, deben ocultarse los datos personales que revelen información sobre el fondo del asunto, por entender que es innecesario que el correspondiente Colegio de Abogados disponga de dicha información a los citados efectos¹⁵.

En el ejercicio de la abogacía, la exigencia legal de deber de secreto representa una máxima irrenunciable, no en vano el vínculo de confianza que se establece entre el cliente y el abogado determina que aquél revele información sensible y datos con la seguridad que le merece el deber de su representante de mantenerlos en la más estricta confidencialidad¹⁶. Y así, siguiendo la opinión de ANDINO LÓPEZ, este deber se configura en la legislación española no como un

¹⁵ Véase Informe AEPD 0170 /2008.

¹⁶ Adquieren especial relevancia las afirmaciones del TC a propósito del reconocimiento de un deber de secreto profesional amparado constitucionalmente en el art. 24.2 CE, y por el cual, “la confianza y la confidencia son, pues, dos requisitos inseparables del asesoramiento técnico del abogado defensor, forman parte del ‘núcleo esencial’ del derecho de defensa y no concurren cuando se impone un abogado que no aporta al justiciable la intimidad imprescindible para que haya una comunicación recíproca entre ambos que, además, debe quedar reservada, pues de lo contrario, no se manifestaría: quedaría coartada, limitada y cercenada, lo que significa una mutilación de la propia asistencia letrada”. Véase STC 110/84, de 26 de noviembre, BOE núm. 305, de 21 de diciembre.

derecho fundamental en sí mismo, sino como garantía de otros derechos fundamentales de terceros¹⁷.

Ofrece una definición de secreto profesional, en el ámbito propio del ejercicio profesional de la abogacía, el Estatuto General de la Abogacía Española en vigor, que en su artículo 23.1º prevé que "... los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos", al tiempo se señala en su artículo 42 que "son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida..., el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional"¹⁸. Abundando en lo expresado, el Código Deontológico aprobado en 2002 por el Consejo General de la Abogacía española en su artículo 5.2º explica que "el deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional"¹⁹. Ello no obstante, el Consejo general de la Abogacía Española aprobó en el pleno celebrado el 12 de junio de 2013 un nuevo texto, que ha sido remitido al Ministerio de Justicia para la correspondiente tramitación y aprobación definitiva por el Gobierno²⁰.

La propia LOPD en su artículo 10 establece para el responsable del fichero y para quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales la obligación de "secreto profesional respecto de los mismos y el deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo". En el ámbito de la protección de datos personales, la vulneración del deber de secreto, constituye una infracción grave conforme a la nueva redacción del artículo 44.3 de la LOPD, que puede ser sancionada con una multa que oscila desde los 40.001 a 300.000 euros (art. 45.2 LOPD).

Siguiendo las reflexiones de LLORENTE GUILLÉN²¹, en las que examina los conceptos de secreto profesional y de deber de secreto en el ámbito de la LOPD, puede concluirse que si bien la cualidad del deber de reserva es absoluta, el deber de secreto cede en el cumplimiento de una obligación o deber legal de suministrar datos²². Señala, así mismo, la autora que el origen de ambas obligaciones diferencia igualmente a ambos deberes, ya que si bien la obligación recogida en la LOPD sólo se origina cuando los datos suministrados se incorporan a un fichero, automatizado o no, el secreto profesional nace desde el mismo momento en que la información se revela por el cliente al abogado o se tiene conocimiento por cualquiera otra actuación profesional. A juicio de la citada autora, la condición de confidencialidad que debe tener la información sujeta

¹⁷ J.A. ANDINO LÓPEZ, *Efectos de la vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso civil*. Facultat de Dret. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 103-107.

¹⁸ Cfr. RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio de 2001, nº 164, pp. 24913-24932.

¹⁹ Señala así mismo, el Código Deontológico en su artículo 5 que "en todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional"; estableciéndose, además, que "estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo". Véase Código deontológico, adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y aprobado en el Pleno de 27 de septiembre de 2002.

²⁰ En el Estatuto General de la Abogacía, pendiente de aprobación por el Gobierno, se señala en el art. 17.4 que las comunicaciones confidenciales deberán enviarse encriptadas y con forma electrónica segura, siempre que las circunstancias del cliente lo permitan. Se define el secreto profesional como "... el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos" (art. 22); y se señala igualmente que el ámbito de este derecho-deber comprende "... todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como Abogado, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional" (art. 23.1).

²¹ B. LLORENTE GUILLÉN, "Análisis del deber de secreto de la Ley orgánica de protección de datos en relación con el secreto profesional de los abogados", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá de Henares*, núm. 2, 2009, pp. 503-514.

²² Véase STS Sala 3ª, Sección 7ª, de 27 de septiembre de 2002.

al secreto profesional de los abogados, no es necesaria en el supuesto de los datos de carácter personal, vulnerándose éste por la mera revelación de cualquier tipo de dato personal contenido en un fichero o tratamiento. En cuanto a las similitudes, ambos deberes, presentan carácter vitalicio, pues ambos subsisten durante toda la vida del profesional, de suerte que persisten aún después de finalizar la relación con el cliente o el interesado o con posterioridad a causar baja en la profesión. Y por último, según se desprende de la LOPD, el deber de secreto no sólo obliga al responsable del fichero o al abogado, sino que se extienden también a quienes con ellos colaboren o tengan conocimiento de los datos e informaciones personales; bien entendido que conforme al denominado “principio de mínimo privilegio”, cada persona sólo deberá acceder a los datos personales precisos para el ejercicio de su actividad (arts. 89 y 91 RLOPD).

2.3. El ejercicio de derechos por los interesados. En especial, la prestación del consentimiento y el deber de transparencia

Como ya tuvo ocasión de proclamar el Tribunal Constitucional en la célebre Sentencia 292/2000, los derechos del interesado constituyen el haz de facultades que emanan del derecho fundamental a la protección de datos y garantizan a la persona el control sobre sus propios datos personales²³. Abundando en lo expresado, explica el artículo 23 RLOPD que “Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son personalísimos y serán ejercidos por el afectado”. Con todo, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son derechos independientes, de tal forma que no puede entenderse que el ejercicio de ninguno de ellos sea requisito previo para el ejercicio de otro (art. 24 RLOPD). Se afirma igualmente que deberá concederse al interesado un medio sencillo y gratuito para el ejercicio de los derechos, sin que en ningún caso genere ingresos adicionales para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan.

El Reglamento intenta reforzar las garantías legales en el ejercicio de los derechos de los afectados, obligando a los responsables del fichero o del tratamiento a disponer procedimientos sencillos y «gratuitos» para el ejercicio de los derechos ARCO. Es por ello, que se declaran no conformes a la normativa los supuestos en los que se exija el envío de cartas certificadas, la utilización de servicios de telecomunicaciones que impliquen tarificación adicional o cualesquiera otros que impliquen un coste excesivo para el afectado (art. 14.4º y 5º RLOPD).

Por todo ello, el despacho de abogados deberá habilitar un procedimiento sencillo y gratuito para el ejercicio de estos derechos; por lo que, en su caso, si dispone de servicio de atención al cliente, podrá conceder la opción de su ejercicio a través de dicho servicio. Desde una perspectiva práctica, entre las diversas posibilidades que la normativa contempla, y que pueden ponerse a disposición de los interesados por el responsable del fichero destaca la facultad de habilitar una cuenta de correo electrónico, o un número de teléfono que con carácter exclusivo atiendan a estas comunicaciones. Ello no obstante, ante la petición de ejercicio de los derechos ARCO por parte del afectado, el despacho deberá proporcionar una respuesta en el plazo y con los requisitos que establece el Reglamento, tanto si se dispone de datos personales del solicitante como si no constan en los ficheros datos personales del afectado (art. 23 y ss RLOPD)²⁴.

²³ Ahora bien, como nos recuerda la STC 290/2000 “... el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5). Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental”. Cfr. STC 290/2000, de 30 de noviembre, BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001.

²⁴ La Resolución de la AEPD R/00220/2008 de 3 de marzo de 2008, en un procedimiento de tutela de derechos, examina el supuesto de un despacho de abogados que no atendió correctamente la solicitud de cancelación de una ex empleada, al mantener su fotografía en la página web del despacho, una vez que su relación laboral con la firma de abogados ya había concluido.

En relación con la exigencia de recabar el consentimiento del interesado, con carácter general y previo al tratamiento de los datos de carácter personal del cliente, proveedor o trabajador, se deberá obtener el consentimiento informado para todo tratamiento, y para las concretas finalidades legítimas que motivan su recogida, salvo que la ley disponga otra cosa. Igualmente, a estos efectos, se recomienda establecer protocolos y normas en los procesos de atención al cliente y en la aceptación de los encargos profesionales. En efecto, es conveniente incluir en la propuesta de servicios, contrato u hoja de encargo, la cláusula informativa sobre protección de datos de carácter personal, con los requisitos exigidos en el artículo 5 LOPD.

Por otra parte, en los despachos de abogados son frecuentes las prácticas de marketing y promoción de sus servicios legales, que permiten asegurar una publicidad entre sus clientes y proveedores, y distinguirse por la especialización jurídica del despacho en un concreto ámbito o materia legal. Para ello, es habitual que se proceda al envío de correspondencia, correos electrónicos, informando sobre la organización de cursos, jornadas, o la publicación de obras monográficas y la organización de encuentros temáticos. Siguiendo las previsiones del artículo 46 RLOPD, si el despacho de abogados decidiera realizar por sí un actividad publicitaria de sus productos o servicios entre sus clientes “será preciso que el tratamiento se ampare en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”. En estos casos, las medidas de seguridad se adoptarán en función del medio que se utilice para la promoción de los servicios y de los destinatarios de los mismos; así, si se trata de un envío postal ordinario, en principio, los datos de carácter personal que se utilicen para determinar los destinatarios del envío procederán de la base de clientes o habrán sido obtenidos de forma legítima o de fuentes accesibles al público, por lo que salvo que el interesado haya manifestado su oposición a dicho tratamiento no hay dificultad legal para la utilización de los datos personales. Sin embargo, si se procede a efectuar un envío por correo electrónico o sistema equivalente, de conformidad con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (art. 21 y ss.), se debe obtener el consentimiento previo, bien se trate de personas físicas o jurídicas, salvo que exista una relación contractual previa, y siempre que no conste la oposición explícita del interesado a dicho tratamiento²⁵. Abundando en lo expresado, confirma la Audiencia nacional la sanción impuesta por la AEPD a un despacho de abogados por envío de comunicaciones promocionales, pues si bien el interesado prestó el consentimiento para dicho tratamiento, no se establecía un procedimiento específico para la oposición al tratamiento de dichos datos personales con fines promocionales²⁶. Más recientemente ha declarado este mismo Tribunal que “la legitimidad de la posesión de los datos por parte de una concreta empresa no obsta a la posterior necesidad del recabado de un consentimiento específico para la remisión de comunicaciones comerciales. (...). Es decir, se puede haber obtenido la dirección de correo de forma lícita pero eso no legitima para el envío de comunicaciones comerciales”²⁷.

2.5. Las medidas de seguridad de los ficheros: la evaluación del impacto en la protección de datos personales

Constituye una obligación legal la implantación de cuantas medidas de seguridad sean precisas atendiendo a la naturaleza de la información que se trate en el ejercicio profesional; y así, como mínimo exigible, cualquiera responsables que traten datos de carácter personal deberán adoptar e implantar un “documento de seguridad” (art. 9 LOPD y art. 81 RLOPD).

La elaboración del documento de seguridad del despacho, que recoge todas las medidas técnicas y organizativas previstas en la normativa, se podrá llevar a cabo en un único documento para todos los ficheros o en documentos separados para cada fichero o para grupos de ficheros. Dicho documento de seguridad será de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los sistemas de información. Se recomienda en el caso de despachos colectivos, que cada abogado

²⁵ Véase AEPD. R/01948/2010, de 16 de septiembre de 2010.

²⁶ Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 2007 (Rec. 78/2006).

²⁷ Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de julio de 2013 (Rec. 371/2012).

como responsable del tratamiento disponga de su documento de seguridad, que deberá permanecer siempre actualizado.

El Reglamento ha precisado el contenido y las obligaciones vinculadas al mantenimiento del documento de seguridad. Así, respecto al tratamiento de datos por cuenta de terceros, se establece que en el documento de seguridad deberá establecerse la identificación de los ficheros o tratamientos que sean tratados en concepto de encargado de tratamiento. Además, si los datos de un fichero se tratan de forma exclusiva en los sistemas del encargado, esta circunstancia también deberá mencionarse en el documento de seguridad del responsable.

Con relación a estas dos obligaciones, la inscripción de ficheros y la elaboración del documento de seguridad, es interesante destacar la Resolución R/00209/2008, de 28 de febrero de 2008, en la que la AEPD impone una multa a un abogado por no haber adoptado las correspondientes medidas de seguridad en el fichero automatizado con datos personales de sus clientes, pese a disponer de documento de seguridad. Apunta con acierto Pérez Gómez que en los casos de adaptación de la actividad profesional al régimen jurídico de protección de datos corresponde establecer un estándar de seguridad que además de facilitar la adaptación a la LOPD, constituya un paso previo y necesario a la implantación de un sistema de gestión de seguridad de la información (SGSI)²⁸.

Por su parte, prevé el RLOPD que todos los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal adoptarán las medidas de seguridad calificadas de nivel básico (art. 81.1º RLOPD). En su caso, y dependiendo de la naturaleza de los datos, se adoptarán con carácter acumulativo el nivel medio o alto de seguridad, según corresponda. Por tanto, en consideración al tipo de asuntos y procedimientos que tramite cada despacho, y en consecuencia, en atención a la naturaleza de la información personal que se maneje se determinará el nivel de seguridad que deberá adoptarse, "...con independencia de cuál sea su sistema de tratamiento", automatizado o no (art. 79 RLOPD). Con carácter general, los ficheros o tratamientos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales y aquéllos que contengan un conjunto de datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos, deberán implantar el nivel de seguridad medio (art. 81.2 RLOPD); así, por ejemplo, los ficheros de candidatos, estudiantes en prácticas, procesos de selección y currículums que se entregan al despacho en procesos de selección o de forma espontánea. Por otra parte, conforme al artículo 81.3 RLOPD, además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto se aplicarán a los ficheros o tratamientos que se refieran a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual, y a aquéllos que contengan datos derivados de actos de violencia de género. No obstante, aquellos despachos cuya actividad se oriente a reclamaciones penales y civiles de responsabilidad médica o accidentes de tráfico incorporan a sus ficheros y tratamientos datos personales especialmente protegidos de salud, por lo que les corresponderá adoptar un nivel de seguridad alto.

Finalmente, no se presta por las organizaciones especial atención en materia de protección de datos personales a la formación e información que debe ofrecerse al personal que desempeña sus servicios o colabora con el despacho de abogados, y que sin ser responsable del fichero, sin embargo, por exigencias de su trabajo accede y trata información personal²⁹. Abundando en lo expresado, el propio RLOPD exige que en el documento de seguridad se haga constar: el personal al que afecta el documento, sus funciones y su actuación con los datos; para ello, se establecerá lo que se conoce como "principio de mínima intervención", esto es, que cada persona únicamente

²⁸ E. PÉREZ GÓMEZ, "La protección de datos de carácter personal en un despacho de abogados", *Diario La Ley*, núm. 7524, Año XXXI, 9 de Dic. de 2010.

²⁹ Davara Rodríguez señala que la responsabilidad del abogado por el tratamiento de los datos personales en su despacho le obliga a formar e informar a las personas que accedan a los datos personales; apercibiéndoles, en su caso, de las responsabilidades en que puedan incurrir cuando se produce un tratamiento inadecuado de la información personal. M. A. DAVARA RODRÍGUEZ, *Decálogo del Abogado de Protección de Datos*, La Ley, Madrid, 2007, pp.95-96.

acceda a los datos personales que necesite en atención a sus propias funciones. En efecto, declara el RLOPD que “El responsable del fichero o tratamiento elaborará un documento de seguridad que recogerá las medidas de índole técnica y organizativa acordes a la normativa de seguridad vigente que será de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los sistemas de información” (art. 88.1 RLOPD). Deberá en dicho documento deberán definirse “funciones y obligaciones del personal en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal incluidos en los ficheros” (art. 88.2 RLOPD). De igual forma, se obliga al responsable del fichero o del tratamiento a adoptar “las medidas necesarias para que el personal conozca de una forma comprensible las normas de seguridad que afecten al desarrollo de sus funciones así como las consecuencias en que pudiera incurrir en caso de incumplimiento” (art. 89.2 RLOPD).

Como novedad, los despachos de abogados en un futuro próximo tendrán que considerar que la entrada en vigor del Reglamento europeo incorpora para los responsables del tratamiento y los encargados la obligación legal de realizar una “evaluación del impacto en la protección de datos personales” en los supuestos previstos legalmente (arts. 32 bis y 33), tales como tratamiento de datos sensibles, o de elaboración de perfiles con efectos jurídicos... En la actualidad, no existe conforme a la legislación española dicha obligación, si bien la AEPD ha iniciado y abierto el proceso de preparación de una Guía³⁰, actualmente en borrador, para la evaluación del impacto en la protección de datos personales como medio fundamental para el análisis de los riesgos del tratamiento de datos en la privacidad de las personas y la adopción preventiva de medidas de seguridad adecuadas a cada tratamiento de datos personales.

IV. EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA UTILIZACION DEL “CLOUD COMPUTING” EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

En expresión de la AEPD, puede definirse el “cloud computing” como “el modelo de prestación de servicios tecnológicos que permite el acceso bajo demanda y a través de la red a un conjunto de recursos compartidos y configurables, como redes, servidores, capacidad de almacenamiento, aplicaciones y servicios que pueden ser rápidamente asignados y libertados con una mínima gestión por parte del proveedor de servicios”³¹. Este modelo de prestación de servicios³², se caracteriza porque los recursos, información, documentos son accesibles a través de la red, y mediante diversos dispositivos de usuarios tales como teléfonos móviles, ordenadores portátiles o PDAs; igualmente, también los recursos (almacenamiento, memoria, ancho de banda,...) son compartidos por varios usuarios.

Desde la perspectiva de un despacho de abogados, este modelo permite el acceso a un conjunto de servicios y aplicaciones informáticas como correo electrónico, almacenamiento de documentos, acceso a bases de datos, compartir documentos e informes con clientes o con otros profesionales... Fácilmente pueden advertirse las importantes e inmediatas ventajas que la contratación de este modelo de servicios reporta al ejercicio profesional de la abogacía. Así, no será preciso que el despacho de abogados disponga de personal informático propio para el mantenimiento de servidores y aplicaciones; por otro lado, el acceso a los servicios se encuentra disponible desde cualquier dispositivo, y desde cualquier lugar con conexión a internet, y es el

³⁰ En palabras de la AEPD la evaluación del impacto en la protección de datos constituye una herramienta esencial para “...la cuidadosa evaluación de los riesgos que para la privacidad de las personas tiene cualquier nuevo sistema que trate datos de carácter personal y, para ello, [...] permite identificar y eliminar o mitigar estos riesgos en las primeras fase de diseño de un sistema. Así se aumenta la confianza entre los usuarios y se evitan costosos re-diseños y posibles daños a la imagen y a la economía de las organizaciones al producirse (o percibir que se producen) invasiones indebidas en la privacidad de las personas”. Cfr. AEPD. *Guía para una evaluación del impacto en la Protección de Datos personales (borrador)*, de marzo de 2014, pp.3-4.

³¹ AEPD Y CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA, Informe: utilización del cloud computing por los despachos de abogados y la protección de datos de carácter personal. Véase texto íntegro en www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2012/notas_prensa/common/junio/informe_CLOUD.pdf (última consulta: 06/06/2014).

³² Para una información más completa véase P. Mell y T. Grance, “The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology”, Special Publication 800-145, US Department of Commerce, 2011.

proveedores de servicios quien asegura la disponibilidad de los recursos y la actualización permanente de servicios y aplicaciones.

Claro que como sucede siempre que nos encontramos ante cualquier avance tecnológico, son numerosas las dudas e incertidumbres jurídicas que acompañan a la implantación de este modelo de servicio³³. A este respecto, la seguridad de la información personal, la garantía del secreto profesional en caso de los abogados, el escrupuloso cumplimiento de la legalidad en materia de protección de datos personales, los comprensibles temores a perder el control físico de la información personal tratada por el despacho de abogados y almacenada en la nube, y las dudas sobre la adopción de las adecuadas y necesarias medidas de seguridad de protección de datos personales.

Por todo ello, y a la vista el informe elaborado por la AEPD en colaboración con el Consejo General de la Abogacía Española, puede concluirse que son tres los aspectos que deben cuidarse especialmente por el despacho de abogados cuando adopta la decisión de contratar un servicio de “cloud computing”, a saber:

- a) Cuál es la responsabilidad de despacho en el tratamiento de datos personales y la normativa en vigor aplicable a dicho tratamiento.
- b) Cómo debe preservarse la confidencialidad y seguridad de la información personal.
- c) Los aspectos esenciales del contrato de servicios que deberá suscribir el despacho, desde la perspectiva legal y técnica.

A propósito de la desconfianza que genera la contratación de estos servicios, con carácter general y en lo que a la protección de datos se refiere, los problemas más significativos se identifican con la mayor exposición de los puntos de acceso; problemas con la segregación y aislamiento de datos personales; mayor número de elementos fuera del perímetro de seguridad del cliente; alto grado de concentración de información en una misma ubicación. No obstante, y como con acierto expone MORALES, contratar un servicio de *cloud* puede representar una oportunidad para mejorar la seguridad, si se realiza de forma adecuada y con un proveedor bien seleccionado³⁴. Sin embargo, lo cierto es que la contratación de esta prestación de servicios, puede llegar a incrementar el riesgo de incidentes de seguridad de datos, de incorrecto tratamiento de los datos, o de fallos en la migración, retorno o destrucción de datos personales. En especial, como nos recuerda el citado autor, un riesgo específico será el posible incumplimiento de obligaciones sobre protección de datos de carácter personal; es por ello, que el Grupo de Protección de Datos del Artículo 29 ya señaló que el despliegue de los servicios de computación en la nube puede ocasionar riesgos para la protección de datos de carácter personal motivados por la falta de control sobre los datos o por una insuficiente información sobre el tratamiento realizado por el encargado (si tendrá lugar subtratamiento de la información, transparencia sobre el cómo, dónde y por quién los datos son tratados o en su caso, ...)³⁵.

Respecto al tratamiento de la información en el *cloud* y el ejercicio profesional, debe tenerse presente en todo momento lo dispuesto por la normativa española, que conforme al art. 3 d) LOPD dispone que son responsables del tratamiento, aquellos a quienes corresponde la decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. Por ello, exige el art. 12 LOPD que se documente en un contrato que acredite el tratamiento de datos personales por cuenta de terceros, con la obligación por parte del encargado de seguir instrucciones del responsables del

³³ Dictamen CNS-57/2013 de la APDCAT (Autoritat Catalana de Protecció de Dades) en relación con la consulta de un Colegio de Abogados, sobre los riesgos que conlleva el uso de "Google Drive©", "Microsoft skydrive©" y "Dropbox©" en el ámbito profesional de las relaciones entre abogado y cliente, de 28 de marzo de 2014. Véase texto original en http://www.apd.cat/media/dictamen/ca_633.pdf#search=cloud (última consulta: 06/06/2014).

³⁴ J. R. MORALES, “Cloud computing: riesgos corporativos e implicaciones jurídicas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 2013, pp-3-4.

³⁵ Cfr. Informe Grupo de Protección de Datos del Artículo 29, Dictamen 5/2012 sobre la computación en la nube de 1 de julio de 2012.

tratamiento³⁶, y respetando la finalidad del tratamiento específicamente prevista en el contrato; y sin que en ningún caso pueda conservar dichos datos personales, que deberán destruirse o devolverse a la conclusión del contrato.

Por otra parte, a tenor de la propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos, el despacho de abogados como responsable del tratamiento, "...elegirá un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes para implementar medidas y procedimientos técnicos y organizativos apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con las disposiciones del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado..." (art. 26.1). En todo caso, conforme expresa el texto de la Propuesta de Reglamento, "la realización del tratamiento por un encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico que vincule al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento" (art. 26.2), si bien el responsable y el encargado podrán determinar libremente sus respectivos papeles y tareas con respecto a los requisitos que deben cumplirse en el presente Reglamento. Destaca la previsión normativa europea por la cual, si un encargado del tratamiento desconoce o incumple las instrucciones del responsable del tratamiento o se convierte en parte determinante en relación con los fines y los medios del tratamiento de datos será considerado responsable del tratamiento con respecto a ese tratamiento (art. 26.4).

De todo lo expuesto se desprende que cuando el despacho de abogados adopte la decisión de contratar servicios de *cloud* deberá valorar como aspectos más relevantes para garantizar la legalidad del servicio y el cumplimiento de la normativa de protección de datos³⁷, por un lado, la pérdida de control sobre el tratamiento de la información personal y las consecuencias que ello representan; por otro lado, las problemáticas derivadas del movimiento internacional de datos personales³⁸ y posibles incidentes en materia de vulneración de derechos fundamentales, y por último, las dificultades jurídicas que presenta el tratamiento de datos por cuenta de terceros, y su acomodación a las normas nacionales y europeas³⁹.

V. APUNTES SOBRE EL REGLAMENTO GENERAL EUROPEO DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACIA

Largo está siendo el peregrinar de las normas europeas de protección de datos personales hasta la reciente Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento general de protección de datos. Nadie duda hoy de la necesidad de adaptar y armonizar la dispersa, obsoleta, y en ocasiones, "invalidada"⁴⁰ normativa europea de protección de datos personales. Y en este proceso, en el que actualmente estamos inmersos, se encuentra más justificado que nunca, ante la inminencia de una nueva normativa europea que ofrezca la esperada respuesta al imparable avance tecnológico, detenernos brevemente a exponer los aspectos más controvertidos de la futura normativa europea de protección de datos personales, que desde luego tendrán también especial incidencia el tratamiento de datos personales por los despachos de abogados.

³⁶ A este respecto, el encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del tratamiento, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello (art. 21 RLOPD).

³⁷ Para un estudio en profundidad de las implicaciones legales del *cloud computing* en la protección de datos personales, R. MIRALLES, "Cloud computing y protección de datos", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, pp. 14-23.

³⁸ La localización del centro de proceso de la información constituye una cuestión jurídica fundamental. En efecto, la contratación de estos servicios podrá significar un movimiento internacional de datos personales; así, sucederá cuando la transmisión de los datos derivada de la prestación de los servicios de *cloud* se realice fuera Espacio Económico Europeo. Entonces se requiere con carácter general autorización del Director de la AED, salvo que las transmisiones se efectúen a Estados con "nivel de protección adecuado", o a entidades adheridas a los principios de Puerto Seguro (arts. 33 y 34 LOPD).

³⁹ Así lo expresa también Y. ADSUAR, "Cloud computing vs protección de datos de carácter personal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 846, 2012.

⁴⁰ Véase la Resolución del TJCE (Gran Sala), asuntos acumulados C-293-12 y C-594-12, de 8 de abril de 2014, por la que se invalida la Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos de tráfico.

Conforme el propio texto del Reglamento de protección de datos expresa, éste tiene por objeto:

a) adaptar la protección de datos a las nuevas demandas del mundo digital, considerando que las disposiciones actuales se adoptaron cuando menos del 1 % de los europeos utilizaba Internet;

b) evitar las actuales divergencias en la aplicación de las normas de 1995 por parte de los diferentes Estados miembros y velar por que los derechos fundamentales a la protección de datos personales se apliquen de manera uniforme en todos los ámbitos de las actividades de la Unión;

c) aumentar la confianza del consumidor en los servicios en línea facilitando una mejor información con respecto a los derechos y a la protección de datos mediante la introducción del derecho a la rectificación, al olvido y a la supresión de los datos, derecho a la portabilidad de datos y de oposición;

d) impulsar el mercado único digital reduciendo la fragmentación actual y las cargas administrativas.

Cabe esperar antes de finalizar el presente año, la aprobación definitiva del texto, habida cuenta de las últimas enmiendas al texto introducidas por el Parlamento europeo en marzo de este mismo año, y considerando que únicamente falta para la aprobación definitiva el visto bueno del Consejo de Ministros⁴¹. A pesar de ello, han sido numerosas las críticas que desde los más diversos sectores jurídicos se han presentado al texto, entre las principales objeciones destacan:

a) La excesiva carga administrativa que el Reglamento prevé imponer a aquellos negocios que traten datos personales de más de 5000 usuarios; en especial, (art. 32 bis) las “evaluaciones de impacto” que constituyen el núcleo esencial de cualquier marco sostenible de protección de datos, al asegurar que las empresas sean conscientes desde el principio de todas las posibles consecuencias de sus operaciones de tratamiento de datos. Si las evaluaciones de impacto son exhaustivas, podrá limitarse esencialmente la probabilidad de que una operación vulnere la protección de los datos o invada la privacidad. Por consiguiente, las evaluaciones de impacto de la protección de datos deben tener en cuenta la gestión durante todo el ciclo de vida de los datos personales, desde la recogida y el tratamiento hasta la supresión, describiendo con detalle las operaciones de tratamiento previstas, los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, las medidas previstas para abordar estos riesgos, las salvaguardias, las medidas de seguridad y los mecanismos para garantizar el cumplimiento del presente Reglamento (se introduce un nuevo considerando 71 bis).

b) Se impone además (enmienda 39, considerando 63) la designación de un Delegado de Protección de Datos cuando la empresa procese datos personales de 5000 o más individuos en un período consecutivo de 12 meses.

c) Las sanciones resultan desproporcionadas; la autoridad de control correspondiente impondrá al menos una de las siguientes sanciones: a) un aviso por escrito en casos de primer incumplimiento no deliberado; b) auditorías regulares del sistema de protección de datos; y c) Las sanciones administrativas oscilarán entre 1.000.000 € o el 2% del volumen de negocios total de la empresa, hasta 100.000.000 € o el 5% del volumen de negocios global, prevaleciendo la cantidad que resulte superior.

⁴¹ A este respecto, declaró la Presidencia Griega su voluntad de alcanzar un acuerdo para la adopción del texto en el primer semestre de 2014. Véase <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/content/20140307IPR38204/html/La-Euroc%C3%A1mara-refuerza-la-protecci%C3%B3n-de-datos-de-los-europeos-en-la-era-digital> (última consulta: 08/06/2014).

Ello no obstante, si el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento han obtenido un Sello Europeo de Protección de Datos de la autoridad de control correspondiente, las sanciones sólo serán impuestas en casos de incumplimiento intencionado o negligente.

d) Se lamenta que el legislador europeo haya optado por establecer un doble marco normativo en el ámbito de la protección de datos personales; estableciendo un marco general de la UE para la protección de datos, y Una Directiva que establece normas sobre protección de datos personales tratados con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos y otras actividades relacionadas con la justicia⁴².

e) Y por último, si las iniciales versiones del texto se aproximan en mayor medida a la normativa española de protección de datos, debe lamentarse que las últimas revisiones del texto lo alejen de la normativa española, y acojan postulados y principios más propios de las normas germanas. Esta situación no viene sino a complicar y sembrar incertidumbre sobre el futuro de la legislación española de protección de datos personales.

Claro que el texto presenta importantes novedades, que han sido objeto de comentarios favorables, porque representan sin duda un fortalecimiento del sistema legal europeo de protección de datos personales, y cumplen con demandas que en materia de protección de datos habían sido reclamadas desde los más diversos sectores⁴³; y así, según las enmiendas aprobadas (enmienda 27, Considerando 53), cualquier persona podrá solicitar la supresión de sus datos si no se cumplen las normas de la UE, los datos ya no son necesarios o la persona retira o no presta su consentimiento al almacenamiento de esa información⁴⁴. En el caso de los datos procesados en internet, la empresa responsable tendrá que reenviar la solicitud de borrado a otras que hayan utilizado esa información. Este "derecho a la supresión" de los datos sustituirá al "derecho al olvido" propuesto por el ejecutivo de la UE. El derecho a solicitar la supresión de los datos quedará limitado cuando estos se hayan recabado con fines estadísticos, para la investigación histórica o científica, por motivos de salud pública o para ejercer la libertad de expresión.

Por otra parte, se prevé, con carácter general, que el interesado deba prestar su consentimiento expreso antes de que una empresa u organización pueda procesar sus datos personales. El consentimiento será entendido como una "manifestación libre, específica e informada de la voluntad del interesado, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa". Y así, conforme se señala en la Enmienda 12 del Parlamento, Considerando 33 del Reglamento, no constituye un fundamento jurídico válido cuando la persona no goza de verdadera libertad de elección y por tanto no está en condiciones de denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno. Así sucede especialmente cuando el responsable del tratamiento sea una autoridad pública que pueda imponer una obligación en virtud de sus poderes públicos al respecto y no se pueda considerar que el consentimiento se ha prestado libremente. Tanto es así, que la práctica habitual por la cual el interesado tenga que modificar la opción señalada por defecto para oponerse al tratamiento, como eliminar casillas ya marcadas, no constituye, en el marco de la futura norma europea, un consentimiento libre. Para poder acceder a un servicio no debe exigirse el consentimiento al tratamiento de datos personales adicionales que no sean necesarios para la

⁴² Así lo ha entendido el Consejo de la Abogacía Europea, que reclama a las instituciones de la UE un único régimen de protección de datos a nivel global, en lugar de establecer dos regímenes distintos para los asuntos públicos y asuntos policiales respectivamente. Véase <http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/derecho-de-las-nuevas-tecnologias-2/> (última consulta: 10/06/2014)

⁴³ Destaca la favorable acogida en el sector de marketing directo del denominado "sello europeo de protección de datos", que a juicio de los expertos generará mayor grado de confianza en los clientes, y la posibilidad de evitar las sanciones más graves por vulneración de las normas de protección de datos. Cfr. <http://www.marketingpositivo.es/2014/04/sello-europeo-proteccion-datos.html> (última consulta: 07/06/2014)

⁴⁴ Véase la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014. En <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&oc=c=first&part=1&cid=245907> (última consulta: 03/06/2014).

prestación de dicho servicio; se impiden así habituales prácticas como mantener marcada la casilla de “aceptar” en las políticas de privacidad.

Las nuevas Enmiendas también contemplan límites a una práctica conocida como “profiling”, que consiste en la elaboración de perfiles mediante el procesado automático de los datos para analizar o prever el comportamiento de una persona, su situación económica, salud, preferencias, fiabilidad trabajo, su situación o localización. Este tipo de perfiles se utilizan, principalmente, para evaluar si una persona está en condiciones de devolver un crédito, o de desempeñar un determinado puesto laboral o profesional. En estos casos se establecen garantías legales específicas y se reconoce al interesado el derecho de información previo y la oposición al tratamiento de dicha información (art. 20).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL

Seguramente todos coincidiremos en señalar que la significativa evolución que se ha producido en el ejercicio de la abogacía en los últimos años no hubiera sido posible sin la incorporación de los avances de la sociedad de la información. Así, las comunicaciones personales, el tratamiento y consulta de la información, y también, cómo no, la gestión de propio despacho no han podido sustraerse a la realidad tecnológica, que ha facilitado y enriquecido la actividad profesional. Las bases de datos, el correo electrónico, el tratamiento informatizado de la información personal, la publicidad en páginas web corporativas, los blogs... y también los servicios de “cloud computing” han revolucionado el ejercicio de la profesión jurídica, y han destapado las numerosas dificultades e incertidumbres jurídicas a las que los despachos de abogados deben enfrentarse en su actividad profesional.

Una de las mayores dificultades es sin duda la exigencia legal que se desprende del tratamiento de la información personal en el ejercicio de la abogacía, y el obligado respeto a la normativa de protección de datos personales. En efecto, la normativa de protección de datos personales representa una ineludible obligación para quienes obtienen, tratan y manejan información personal, siempre que dicho tratamiento no se efectúe en el estricto ámbito doméstico; en consecuencia, quienes ejercen como abogados deben tener presente la LOPD y su normativa de desarrollo en el ejercicio profesional, y deben adoptar e implantar cuantas medidas y estándares de seguridad sean precisos para garantizar además de un satisfactorio servicio de asistencia legal, una correcta utilización y manejo de la información personal precisa para la prestación de dichos servicios. Corresponde a los despachos de abogados esforzarse en el cumplimiento de las normas de protección de datos personales, ante el imparable avance tecnológico, si bien cabe esperar entonces de las instituciones la adecuada asistencia y tutela en dicha labor; de suerte que a las dificultades propias del ejercicio de la abogacía no se unan las los inconvenientes y limitaciones que la aplicación de esta normativa puede ocasionar en el ejercicio diario de la actividad profesional. Por ello, merecen nuestra atención iniciativas como las de la AEPD que, en colaboración con el Consejo General de la Abogacía, prepara y publica Informes y Guías que facilitan la adecuación de los despachos de abogados a la nueva realidad tecnológica a la que deben enfrentarse estos profesionales en su día a día.

Por otra parte, a propósito del tratamiento de datos personales y la utilización del “cloud computing” en los despachos profesionales, no cabe duda que como, se asegura por los expertos, el futuro está en la “nube”, y que debe trabajarse para lograr conciliar las innegables ventajas de este nuevo servicio con las exigencias legales de seguridad de la información. Y así, los despachos, como responsables del tratamiento de los datos de sus clientes, deben elegir un proveedor que cumpla las exigencias legales, con especial atención a la información sensible que manejan y su obligación de secreto profesional. Ciertamente, la posibilidad de acceder a toda la información desde cualquier lugar y en cualquier momento, puede ser clave para la gestión y agilidad de un despacho, pero, para ello, se precisa la certeza de que la información se almacena en un lugar seguro y que el secreto profesional queda salvaguardado. Por ello, ha de reconocerse que la

gestión de los despachos de abogados se puede volver mucho más eficiente gracias a la nube, con el consiguiente ahorro de recursos y tiempo.

En definitiva, quien ejerce la profesión jurídica como abogado debe tener siempre presente que el cumplimiento de la LOPD es inexcusable legalmente, y que del mismo no sólo depende evitar las elevadas sanciones previstas en las actuales normas de protección de datos personales (hasta 600.000 euros en las infracciones más graves), sino que el cumplimiento de la Ley se percibirá por los terceros como un signo de seguridad y confianza en los servicios prestados, y sin duda, contribuirá a mejorar y reforzar la imagen y credibilidad profesional.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Y. ADSUAR. “Cloud computing vs protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 846, 2012.

J. ALVAREZ HERNANDO,. “GUÍA PRÁCTICA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS. Cuestiones y Formularios”. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp- 377-ss.

J.A. ANDINO LÓPEZ, *Efectos de la vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso civil*. Facultat de Dret. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 103-107.

M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, *Guía práctica de protección de datos para abogados*, Editorial DaFeMa, Madrid, 2004.

E. PÉREZ GÓMEZ, “¿Por qué proteger la información en los despachos de abogados?”, *IURIS*, núm. 147, marzo de 2010.

E. PÉREZ GÓMEZ, “La protección de datos de carácter personal en un despacho de abogados”, *Diario La Ley*, núm. 7524, Año XXXI, 9 de Dic. de 2010

B. LLORENTE GUILLÉN, “Análisis del deber de secreto de la Ley orgánica de protección de datos en relación con el secreto profesional de los abogados”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá de Henares*, 2009, núm. 2, pp. 503-514.

R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El Real Decreto 1720/2007, de 21 De diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 16, 2008, pp. 257-293.

R. MIRALLES, “Cloud computing y protección de datos”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, pp. 14-23.

J. R. MORALES, “Cloud computing: riesgos corporativos e implicaciones jurídicas”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 2013, pp-3-4.

V. REDING, “Protección de la privacidad en un mundo conectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI”, en J. PÉREZ y E. BADIA (coords), *El debate de la privacidad y seguridad en la red: regulación y mercados*, Ariel/Telefónica, Madrid, 2012, pp. XVII-XXV.

J. VERDAGUER LÓPEZ, “Tratamiento de datos personales en función del tipo de despachos”, *Revista IURIS*, núm. 129, 2008, pp. 32-36.

PROPUESTA DE UNA NUEVA METODOLOGÍA PARA MEDIR LA SOSTENIBILIDAD Y LA COMPETITIVIDAD. APLICACIÓN A LOS PAÍSES DE LA OCDE DURANTE LA GRAN RECESIÓN

Ricardo Aguado
Doctor en Economía Aplicada (UPV/EHU)
Profesor en la Deusto Business School
Coordinador del departamento de economía de la Universidad de Deusto en el campus de Bilbao y miembro de la Comisión de Doctorado de la Universidad de Deusto
Jabier Martínez
Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales (Universidad de Deusto)
Profesor en la Deusto Business School
Adjunto al Administrador Provincial de la Provincia Jesuítica de Loyola

Fecha de recepción: 25 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 4 de julio de 2014

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INDICADORES COMPLEMENTARIOS AL PIB. 3. METODOLOGÍA. 4. RESULTADOS. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El crecimiento económico sostenible es un concepto y una propuesta reciente, impulsada por las organizaciones multilaterales (OCDE, FMI, Comisión Europea...) y las administraciones públicas a nivel nacional y subnacional. El logro de una economía sostenible se basa no sólo en el crecimiento económico y la competitividad a largo plazo, sino también en la mejora de las condiciones sociales y medioambientales de las sociedades en las que la actividad económica tiene lugar.

En este trabajo vamos a analizar las relaciones entre las tres dimensiones de la sostenibilidad: la económica, la ambiental y la social. También vamos a proponer un conjunto de indicadores para medir las tres dimensiones citadas. Utilizando esos indicadores presentaremos un ranking de economías sostenibles y eficientes. Para ello utilizaremos la técnica econométrica del análisis envolvente de datos (DEA, en inglés). El análisis se realiza para el año 2010, dentro del periodo conocido como la gran recesión, que comenzó a nivel internacional en 2008 y que, para países como España, se ha prolongado hasta 2013.

ABSTRACT: The sustainable economy's growth is a recent notion and proposal that has been impulse by multilateral organizations (OECD, IMF, Europea Comision ...) and governmental organization. Sustainable economy's achievement is based more in social condition and environmental improvements, than in the economy development and long competitiveness.

This works target is to analyze the different relations between the sustainability three dimensions: the economical, the environmental and the social. Also, we will propose indications of those three dimensions using the DEA technique. The test is done for the 2010 year, a period of time defined by a big recession, which internationally begun in 2008, and that for some countries, like Spain, has taken too long.

PALABRAS CLAVE: Economía sostenible, crisis económica y dimensiones de la sostenibilidad.

KEY WORDS: sustainable economy, recession, sustainability dimensiones.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha desarrollado una nueva literatura económica que ha puesto de manifiesto la existencia de una contradicción entre el modelo tradicional de crecimiento económico basado en el consumo masivo de recursos (agua, aire, materias primas,...), muchos de ellos finitos y contaminantes (petróleo, gas...) y el objetivo declarado de ese modelo: incrementar el crecimiento económico sin ninguna limitación temporal o material (EVE, 2008).

Esta preocupación por la sostenibilidad ha ido creciendo junto con la inquietud acerca de la competitividad así como con el diseño de políticas públicas cuyo objetivo es lograr dicha competitividad a nivel económico, nacional y regional. En los 90, algunos economistas se centraron en desentrañar las fuentes de la competitividad y la razón por la que unas regiones o países son más competitivos que otros (Porter, 1990) (Porter et al., 1995). Siguiendo esta literatura, la competitividad de un territorio estaría vinculada con la capacidad de incrementar los estándares de vida, el bienestar de las personas que viven en dichas regiones (normalmente medido a través del PIB per cápita) y la capacidad de comercializar bienes y servicios producidos en dichos territorios en los mercados globales (OCDE, 1992). Un territorio (región o país) que fuese capaz de cumplir dichas condiciones (incrementar su PIB per cápita a lo largo del tiempo y aumentar su capacidad exportadora) incrementará su competitividad. El concepto de competitividad medido de esta forma se refiere únicamente a la vertiente económica de la sostenibilidad. Numerosos estudios de competitividad han seguido este enfoque (IMD, 2008), (WEF, 2008). No obstante, si queremos vincular el concepto de competitividad con el de sostenibilidad las dimensiones sociales y medioambientales deben unirse a la dimensión económica que hemos citado. Un modelo económico que no sea medioambientalmente sostenible será abandonado porque impedirá el desarrollo de la vida en la tierra (contaminación) o agotará tarde o temprano las materias primas (escasez de recursos). Por otro lado, un modelo económico que no sea socialmente sostenible (que genera altos niveles de desempleo, frustración, bloquea la vida familiar y social...) perderá su legitimidad y probablemente será rechazado por la sociedad. Por último, si el modelo económico no es competitivo (o económicamente sostenible), no logrará mejorar las condiciones materiales de sus ciudadanos (consiguiendo mejorar los estándares de vida), colapsará y será sustituido por otras formas de organización económica. Las tres dimensiones de la sostenibilidad son necesarias en el largo plazo. Para lograr una competitividad sostenible, la actividad económica debe ser capaz de generar crecimiento económico, a la vez que salvaguarda la sostenibilidad social y medioambiental para las generaciones venideras. En este sentido, el concepto de competitividad sostenible se puede entender como aquel tipo de competitividad que, generando crecimiento económico y bienestar en el momento actual, permitirá que las generaciones futuras puedan seguir disfrutando del proceso de crecimiento (Aguado, 2011).

El concepto de competitividad sostenible está unido al concepto más tradicional de desarrollo sostenible establecido por la Naciones Unidas en los años 80 (WCED, 1987) implementado desde entonces a través de múltiples iniciativas, como por ejemplo los Objetivos de Desarrollo del Milenio (UN, 2010) o el Índice de Desarrollo Humano (UN, 2011).

En todos los casos, la idea fundamental es conseguir el máximo crecimiento/competitividad compatible con el cuidado ambiental y el progreso social, de tal forma que las futuras generaciones puedan tener las mismas oportunidades de conseguir crecimiento económico y bienestar (Aguado y Santacoloma, 2011). El PIB per cápita es el indicador básico para medir el crecimiento económico y la competitividad, pero debe ser completado con otras variables para dar respuesta a la sostenibilidad medioambiental y social (CMESP, 2009), (Stiglitz et al., 2009) (Fleaurbaey, 2009).

El objetivo fundamental de este trabajo es analizar las relaciones entre competitividad, crecimiento económico y sostenibilidad. Un segundo objetivo será proponer una medida de la eficiencia de una economía en términos de logro del desarrollo sostenible, tomando en consideración las tres dimensiones de la sostenibilidad (económica, social y medioambiental), así

como presentar un ranking de eficiencia en logro de la sostenibilidad para los 34 países pertenecientes a la OCDE.

El trabajo se estructura de la siguiente forma: en la sección 2 se establece un conjunto de indicadores complementarios al PIB para capturar de forma adecuada la idea de sostenibilidad. En la sección 3 se explica la metodología empleada basada en el procedimiento conocido como Análisis Envolvente de Datos (*Data Envelopment Analysis-DEA*) y en la construcción de indicadores compuestos. En la sección 4 se calcula la eficiencia de diferentes economías nacionales en el logro de desarrollo sostenible utilizando la metodología descrita en el apartado anterior y se realiza un ranking para las economías de la OCDE. El trabajo termina con un apartado de conclusiones.

2. INDICADORES COMPLEMENTARIOS AL PIB

Tal y como se ha mencionado en la introducción, el desarrollo económico, el bienestar social y todas las dimensiones de la sostenibilidad (principalmente la económica, la social y la ambiental) están interconectadas. Esta interconexión implica que, para apoyar el desarrollo en el largo plazo, es necesario actuar al mismo tiempo sobre las variables vinculadas al crecimiento y sobre las variables relacionadas con la sostenibilidad. El primer paso en esta dirección consiste en diseñar indicadores adecuados en el ámbito de la sostenibilidad y del desarrollo económico. El PIB per cápita está aceptado como un buen indicador para medir la evolución del valor de mercado de los bienes y servicios producidos en un determinado territorio en relación a su población (WEF, 2014). De esta forma, puede ser un indicador adecuado del progreso material de la sociedad (esto es, de la sostenibilidad económica), tomando a la sociedad en su conjunto. No obstante presenta importantes debilidades como indicador de sostenibilidad social y/o ambiental. Para obtener una medida más adecuada de desarrollo económico y sostenibilidad, el PIB debe ser complementado con otros indicadores que proporcionen información sobre las otras dimensiones relevantes de la sostenibilidad no consideradas por el PIB (Martínez, 2010).

Desde el punto de vista social sería conveniente que el crecimiento económico (reflejado en el indicador PIB per cápita) estuviera distribuido de manera equitativa entre el conjunto de la población. De esta manera toda la ciudadanía podría beneficiarse del proceso de crecimiento económico. La sostenibilidad social exige, por tanto, un indicador que mida la desigualdad. El coeficiente de Gini toma en consideración el nivel de equidad en una sociedad, y será un indicador que utilizaremos para medir la sostenibilidad social.

Tanto el crecimiento económico como la sostenibilidad social necesitan ser combinadas con la sostenibilidad ambiental para garantizar un mejor futuro a las próximas generaciones. En relación a la sostenibilidad ambiental vamos a utilizar como indicador las emisiones de efecto invernadero por unidad de PIB. Este último indicador considera la cantidad de CO₂ necesaria para producir un euro de PIB. Las economías capaces de minimizar este valor están reduciendo su vulnerabilidad ambiental y se están encaminando hacia actividades económicas que no requieren de la generación de emisiones de CO₂ para producir valor. Se trataría, entonces, de economías que están en proceso de incrementar su sostenibilidad desde el punto de vista ambiental.

Hasta el momento se han discutido indicadores sobre los resultados de la actividad económica, outputs. En cuanto a indicadores sobre los recursos, inputs, por razones análogas a las apuntadas en relación a los inputs se van a considerar la tasa de desempleo, el nivel de educación terciaria y la tasa de reciclaje de recursos, como indicadores de la sostenibilidad económica, social y medioambiental respectivamente.

Una economía nacional que muestre resultados positivos en las tres dimensiones mencionadas constituiría una economía sostenible de manera integral porque sería competitiva en los mercados internacionales y ofrecería mejores condiciones materiales a sus ciudadanos (sostenibilidad económica), la riqueza estaría repartida de manera equitativa entre la población,

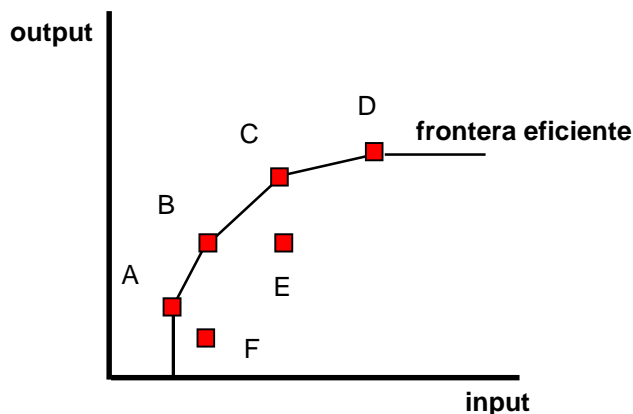
dedicaría una parte importante de su riqueza nacional en educación (sostenibilidad social) y, finalmente, esa economía sería capaz de minimizar las emisiones de efecto invernadero por unidad de output producida, a la vez que incrementaría la tasa de reciclaje de residuos (sostenibilidad ambiental) (Santacoloma y Aguado, 2011).

3. METODOLOGÍA

Nuestro primer objetivo será medir la eficiencia de una economía en términos de desarrollo sostenible para después construir un ranking internacional que tenga en cuenta dicha eficiencia. La noción de productividad que habitualmente se maneja en economía se refiere a la cantidad de recursos (*inputs*) que se necesitan para producir un/os producto/s (*outputs*). El análisis de la productividad nos lleva al estudio de la eficiencia, la combinación óptima de recursos para producir dichos productos.

El desarrollo de esta metodología arranca con el artículo de Charnes et al. (1978), a partir del trabajo pionero de Farrell (1957) y su noción de que una organización que utiliza menos recursos para producir la misma cantidad de producto se puede considerar como más eficiente. Básicamente esta metodología parte de la consideración de que se puede calcular el ratio de eficiencia de una entidad (empresas, país...), (en general, denominaremos a esas organizaciones como “unidades de decisión” o, en inglés, DMUs – *Decision Making Units*) como el cociente entre la suma ponderada de los outputs que produce y la suma ponderada de los inputs que utiliza. En el estudio de la eficiencia, para cada DMU esas ponderaciones se obtienen resolviendo un problema de optimización lineal consistente en la maximización de dicho cociente sujeto a la restricción de que los cocientes (de outputs entre inputs ponderados) para el resto de DMUs (de la muestra analizada) son menores o iguales a 1. Repetir el análisis para cada DMU nos permite construir una frontera eficiente integrada por aquellas DMUs más eficientes (que utilizan menor cantidad de inputs por unidad de output ó producen mayor output por unidad de input). Las unidades económicas situadas en la frontera tendrán un índice de eficiencia del 100%, teniendo el resto una eficiencia relativa menor (que ese 100%) en comparación con alguna de las máximo-eficientes (ver Figura 1). Por lo tanto, el análisis DEA nos permite construir esa frontera de eficiencia.

Figura 1. Frontera eficiente



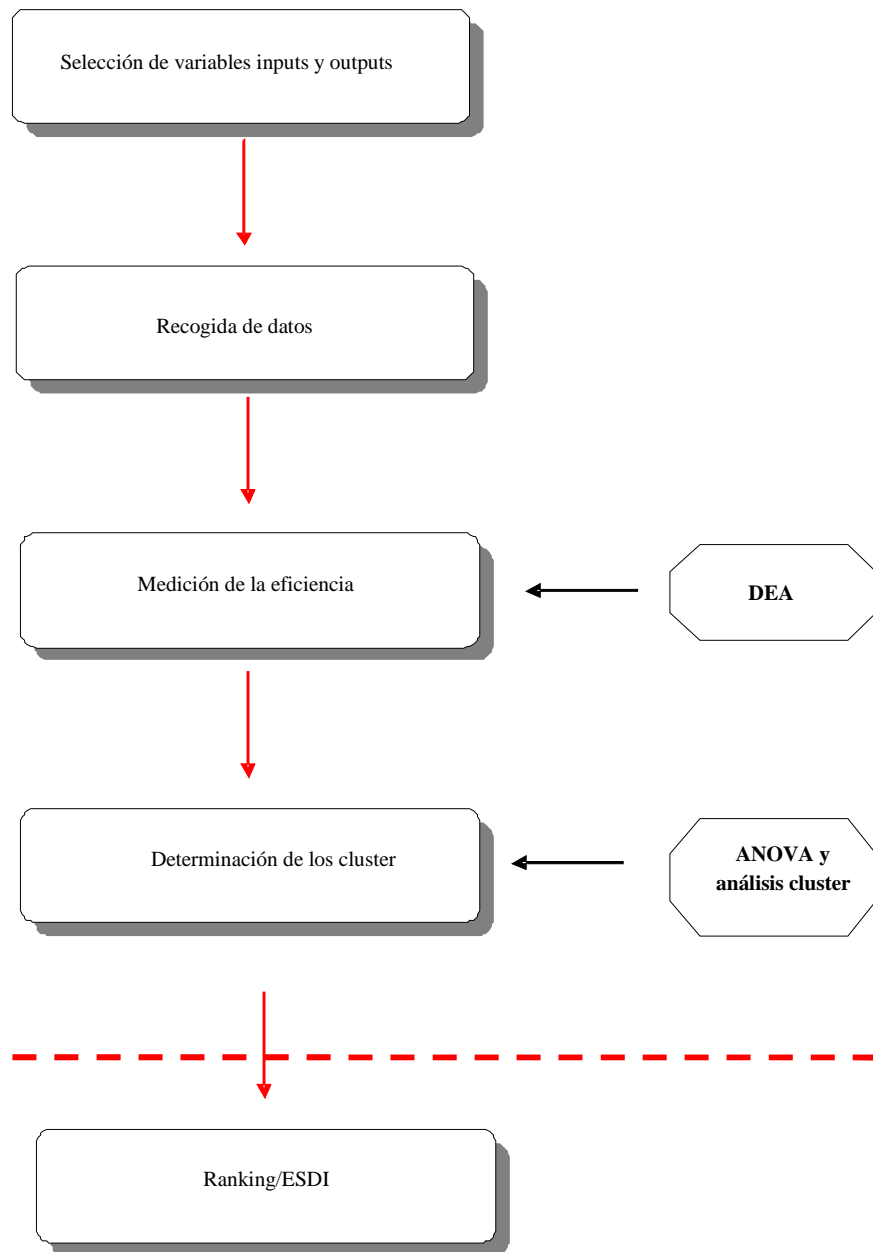
En este caso las DMUs eficientes son la A, B, C y D. La E y la F no lo son. Se puede observar como la C, con la misma cantidad de inputs que la E, produce mayor cantidad de output, mientras que la B produce la misma cantidad de output que la E con una cantidad de inputs menor

La metodología empleada, que se muestra en la Figura 2, aparece descrita en un trabajo previo (Aguado y Martínez, 2011)¹, y se puede resumir en:

- En primer lugar se ha procedido a seleccionar las variables de input y output para poder realizar una medición de las tres dimensiones de la sostenibilidad (económica, social y ambiental), en base a las recomendaciones de la literatura repasada en las secciones previas.
- En segundo lugar, se han recogido los datos de las variables elegidas correspondientes a los 34 países de la OCDE.
- En tercer lugar, se ha medido la eficiencia de los 34 países analizados utilizando la herramienta estadística Análisis Envolvente de Datos (DEA).
- Por último, y como aportación especial de este trabajo, se ha elaborado un indicador compuesto que tiene en cuenta la eficiencia de los distintos países en el logro de las tres dimensiones mencionadas de la sostenibilidad. A dicho índice le hemos denominado Indicador de Desarrollo Sostenible Eficiente (IDSE-ESDI en inglés, *Efficient Sustainable Development Index*).

¹ Para un análisis más exhaustivo de esta primera parte de la metodología consúltese dicho trabajo.

Figura 2. Metodología



Fuente: elaboración propia

A la hora de construir los modelos de eficiencia se han seleccionado las 3 variables de input y las 3 variables de output ya mencionadas en la sección 2. En la Tabla 1 se recogen las variables escogidas, una descripción detallada de las mismas, las unidades de medida y el periodo para el cual han sido calculadas. Tanto en el caso de los inputs como en el de los outputs, lo que se trata de medir es el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones: económica, social y ambiental. Como indicadores de input hemos utilizado desempleo, el porcentaje de personas con educación terciaria y la tasa de reciclaje de residuos. Como indicadores de outputs: el PIBpc, el índice de Gini y las emisiones de CO₂ a la atmósfera por unidad de PIB (ver la sección 2 y también la tabla 1). De acuerdo con esta metodología, el objetivo es el de usar la mínima cantidad de inputs para lograr la máxima cantidad de output. No obstante, contra intuitivamente, en relación con el desempleo hemos considerado que un nivel menor de desempleo es más eficiente que uno mayor si consigue la misma cantidad de output. Lo mismo ocurre con la tasa de reciclaje (una mayor tasa de reciclaje para un mismo nivel de output la juzgamos como más eficiente) y el nivel de educación terciaria. Esto significa que estamos haciendo una consideración normativa en el sentido de que una economía más eficiente es aquella que tiene un mayor nivel de empleo, mayor tasa de reciclaje y mayor educación terciaria que otra economía que logre la misma producción, contaminación y nivel de igualdad. Por eso, a la hora de medir la cantidad de inputs utilizaremos como indicador 100% - el % de población con educación terciaria, en lugar de utilizar directamente el % de educación terciaria. Realizaremos el mismo procedimiento con la tasa de reciclaje de residuos. En el caso del empleo, como indicador utilizaremos el nivel de desempleo. En relación a los outputs, el objetivo consistirá en maximizar los indicadores considerados. Este es el caso del PIB per cápita, por ejemplo. Sin embargo, nuestro objetivo será el de maximizar la equidad (no la inequidad), y por esa razón maximizaremos el indicador 1- coeficiente de Gini (en lugar de maximizar el coeficiente de Gini). Este coeficiente varía entre 0 (equidistribución de la renta) y 1 (máxima desigualdad en la distribución de la renta). Una situación análoga ocurre con el indicador de emisiones de CO₂. Nuestro objetivo será maximizar 100% - emisiones de CO₂ (lo contrario a maximizar las emisiones de CO₂)².

En resumen, la metodología empleada señalará como la economía más eficiente a aquella que, minimizando los inputs que aparecen en la tabla 1, maximice los outputs descritos en esta misma tabla 1 (ver el epígrafe “medida” en cada indicador de la tabla 1).

² Otros indicadores diferentes a los seleccionados en este análisis podrían ser posibles. Sin embargo, algunos de ellos podrían llevar a conclusiones erróneas. Si utilizáramos como indicador el consumo de energía per cápita, un país en vías de desarrollo podría aparecer como muy eficiente debido a un bajo nivel de consumo de energía per cápita. La razón de ese bajo consumo podría no ser el logro de la eficiencia energética, sino una economía poco desarrollada. Por esta razón nos hemos concentrado en indicadores significativos, disponibles para el mayor número posible de países y libres de posibles malinterpretaciones en el análisis de los resultados.

Tabla 1. Variables Input y Output

tipo	Variable	Descripción	Medida	Unidad	Año
input	Educación	Personas con estudios terciarios en el grupo de edad 24-65 (medido como porcentaje de población en el grupo de edad correspondiente)	- %	Porcentaje	2010
	Desempleo	Tasa de desempleo armonizada (TDH)	%	Porcentaje	2010
	Tasa de reciclaje de residuos	Tasa de reciclaje de residuos (% sobre el consumo aparente)	- %	Porcentaje	2010
output	PIBpc	PIB per cápita	US \$/Per cápita	US \$ per cápita	2010
	Emisiones CO2 por unidad de PIB	Emisiones de CO2 procedentes de combustión de fuel por unidad de PIB	1 - (toneladas / 000,000 US \$)	toneladas / millones US \$	2010
	Desigualdad	Coefficiente de Gini (después de impuestos)	1 - coeficiente Gini	[0-1]	2010

Fuente: elaboración propia

En la tabla 2 se muestran todos los modelos DEA utilizados. En el modelo orientado a la producción hemos considerado la minimización de todos los inputs y nos hemos centrado en la maximización de un único output, el PIB pc. En el modelo orientado a la sostenibilidad ambiental, el objetivo es la minimización de todos los inputs y la maximización del indicador 1 – emisiones de CO2 (de hecho, minimizar las emisiones de CO2). En el modelo orientado a la equidad, el objetivo es la minimización del uso de inputs y la maximización de la equidad en la distribución de la renta entre los ciudadanos.

Tabla 2. Modelos de eficiencia DEA

MODELO DEA	Input			Output		
	Ed ucación	De semplo	Ta sa reciclaje de residuos	IBpc	Emis iones CO2 por unidad PIB	Desi gualdad
Eficiencia orientada a la producción	○	○	○			
Eficiencia orientada a la sostenibilidad ambiental	○	○	○		○	
Eficiencia orientada a la equidad	○	○	○			○

Fuente: elaboración propia

En la tabla 3 presentamos los resultados obtenidos para cada país en cada uno de los tres modelos planteados, teniendo en cuenta que 1 significa máxima eficiencia y 0 mínima eficiencia. Los datos corresponden al año 2010.

Tabla 3. Resultados en los tres modelos de eficiencia (año 2010)

País	Producción (PIB pc)	Medio ambiente (emisiones CO2 por unidad de PIB)	Desigualdad
Australia	0,6693	0,4214	0,8877
Austria	0,5437	0,8508	0,8357
Bélgica	0,5575	0,7989	0,9323
Canada	0,7002	0,6890	1,0000
Chile	0,1891	0,6868	0,5241
Rep. checa	0,2972	0,4212	0,7345
Dinamarca	0,4620	0,7677	0,8911

Estonia	0,2448	0,1327	0,8057
Finlandia	0,4828	0,7083	0,9262
Francia	0,3981	0,8080	0,7798
Alemania	0,6659	0,9717	0,8371
Grecia	0,3081	0,5939	0,7023
Hungría	0,2173	0,5918	0,7382
Islandia	0,4686	0,6448	0,8967
Irlanda	0,5870	0,7867	0,8662
Israel	0,4878	0,8901	0,8810
Italia	0,3694	0,7064	0,6629
Japón	0,5336	0,9737	0,9575
Korea	0,7215	0,9944	1,0000
Luxemburgo	1,0000	0,7913	0,9354
México	0,1604	0,4555	0,5360
Holanda	0,5595	0,7782	0,8766
Nueva Zelanda	0,4074	0,4608	0,9051
Noruega	0,8862	1,0000	1,0000
Polonia	0,2258	0,3892	0,7280
Portugal	0,2653	0,6448	0,6289
Rep. eslovaca	0,2326	0,5537	0,7094
Eslovenia	0,3616	0,6683	0,8119
España	0,3701	0,8172	0,7541
Suecia	0,5756	0,9997	0,9133
Suiza	0,6395	1,0000	0,9055
Turquía	0,1374	0,5079	0,5393
Reino Unido	0,5055	0,8948	0,8389

Estados Unidos	0,7174	0,6483	0,8273
máx	1,0000	1,0000	1,0000
mín	0,1374	0,1327	0,5241
media	0,4691	0,7073	0,8167
desviación estándar	0,2062	0,2061	0,1289

Fuente: elaboración propia

Países como Canadá o Luxemburgo presentan niveles de eficiencia de 1 o cercanos a 1 en los tres modelos considerados. Esto significa que esos países son capaces de minimizar el desempleo, las emisiones de CO2 por unidad de PIB y la desigualdad en el reparto de la renta, maximizando al mismo tiempo el nivel educativo de la población, el PIB pc y el reciclaje de residuos.

Una vez calculados los resultados correspondientes a los tres modelos de eficiencia orientado a los outputs (ver tabla 3), el siguiente paso es obtener un indicador general que refleje la eficiencia global por país a partir de los resultados obtenidos para dichos 34 países de la OCDE en sus tres dimensiones de sostenibilidad. En otras palabras, vamos a generar un indicador compuesto que refleje los resultados relacionados con la eficiencia obtenidos para cada país con los tres modelos DEA.

En el proceso de obtener este indicador de eficiencia general hemos seguido la metodología y recomendaciones ofrecidas por los departamentos de estadística de la Comisión Europea y la OCDE (OCDE, 2008). En primer lugar hemos generado un resultado numérico para cada una de estas dimensiones de sostenibilidad a través de los modelos DEA mencionados (ver tabla 3). En segundo lugar, hemos ponderado cada una de estas tres dimensiones. Al no existir en la literatura una recomendación clara y/o unívoca sobre los pesos a asignar a cada una de ellas, hemos seguido la decisión tomada por las Naciones Unidas en la construcción del Índice de Desarrollo Humano (UN, 2011) y de la OCDE (OCDE, 2008), que es dar la misma ponderación a cada una de las dimensiones (en este caso, 1/3). En tercer lugar, hay que decidir qué tipo de combinación realizar entre estas tres dimensiones. Las dos opciones más comunes son la combinación aritmética o la geométrica. A la hora de combinar diferentes dimensiones en un mismo indicador, la metodología de la OCDE recomienda utilizar la geométrica por ser más precisa (OCDE, 2008). La razón que subyace es la siguiente: con una combinación geométrica, un resultado muy bajo en una de las dimensiones (que puede comprometer la integridad de la medida en su conjunto) va a penalizar más el resultado final para la comparación que la aritmética. Por ello, hemos calculado el nivel de eficiencia general utilizando la progresión geométrica, como se muestra en la ecuación (1):

$$(1) \text{ESDI}_j = \prod_{i=1}^3 (Ef_{ji})^{\alpha_i}$$

Este indicador se construiría para cada país (subíndice j); el subíndice i representa cada una de las 3 dimensiones de sostenibilidad consideradas, Ef_{ji} el nivel de eficiencia de cada país (j) en cada dimensión (i), y α_i el peso dado a cada dimensión (que en este caso es el mismo, 1/3).

Tabla 4. Valores de Eficiencia Global (ESDI) y ranking

DMU	RANKING	ESDI 2010
Noruega	1	0,9605
Luxemburgo	2	0,9046
Korea	3	0,8952
Suiza	4	0,8335
Alemania	5	0,8152
Suecia	6	0,8070
Japón	7	0,7924
Canadá	8	0,7843
Bélgica	9	0,7460
Irlanda	10	0,7368
Austria	11	0,7285
Estados Unidos	12	0,7273
Israel	13	0,7259
Holanda	14	0,7254
Reino Unido	15	0,7240
Finlandia	16	0,6817
Dinamarca	17	0,6812
Islandia	18	0,6471
Francia	19	0,6306
Australia	20	0,6303
España	21	0,6110
Eslovenia	22	0,5811
Italia	23	0,5572
Nueva Zelanda	24	0,5539
Grecia	25	0,5046
Portugal	26	0,4756

Hungría	27	0,4562
Rep. checa	28	0,4514
Rep. eslovaca	29	0,4504
Chile	30	0,4083
Polonia	31	0,3999
México	32	0,3396
Turquía	33	0,3351
Estonia	34	0,2969
	max	0,9605
	min	0,2969
	average	0,6353
	std. dev.	0,1732

Fuente: elaboración propia

4. RESULTADOS

En este apartado vamos a mostrar y analizar los resultados del ranking de eficiencia general (ESDI). En la Tabla 4 se presentan los resultados de los niveles de eficiencia para cada país.

Un resultado cercano a 1 muestra niveles altos de eficiencia. Por otro lado, un resultado cercano a 0 indica niveles de eficiencia muy bajos. Noruega y Luxemburgo presentan niveles de eficiencia superiores a 0,9 (ver tabla 4). Otros países, como Korea, Suiza, Alemania o Japón consiguen niveles de eficiencia muy relevantes. Países como Francia o España se sitúan en un nivel intermedio, mientras que otros como Turquía o Estonia presentan niveles de eficiencia bajos. El obtener niveles de eficiencia bajos significa que, con los mismos inputs, países como Turquía o Estonia logran peores resultados que Noruega o Luxemburgo (menor PIB, más emisiones y mayor desigualdad que Noruega o Luxemburgo).

En general, las posiciones más altas las ocupan los países del norte y del centro de Europa, seguidos de los países de cultura anglosajona junto con Japón. Korea (del Sur) logra posicionarse en un sorprendente tercer puesto debido a sus altas puntuaciones en todos los modelos considerados. Las posiciones más bajas están ocupadas por los países del Sur y Este de Europa, Chile, México y Turquía (ver tabla 4).

Estos resultados se han calculado con datos referidos al año 2010, en mitad de la gran recesión económica que ha afectado especialmente a los países de la zona euro y otras economías desarrolladas como la de EEUU. Los únicos dos países de la zona euro (sin contar a Luxemburgo, dado su pequeño tamaño) de la zona euro que están entre los 10 países más eficientes en el indicador ESDI son Alemania y Bélgica. Curiosamente, ambos países están mostrando el mejor

comportamiento económico con diferencia dentro de la eurozona, con una evolución positiva tanto del PIB, del empleo y de los principales indicadores macroeconómicos y sociales. Por el contrario, países como España o Francia avanzan por debajo de los niveles medios de crecimiento del conjunto de la Unión Europea y obtienen valores mediocres en el indicador ESDI (EC, 2014) (ver tabla 4).

5. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado el concepto de competitividad y su relación con la sostenibilidad. Dentro de la sostenibilidad distinguimos tres dimensiones fundamentales (la económica, la social y la medioambiental). El indicador generalmente aceptado para medir la competitividad/desarrollo económico (PIB per cápita) no tiene en cuenta, al menos, dos de las tres. Esto supone que son necesarios indicadores adicionales para medir la competitividad sostenible. En la segunda parte de este trabajo hemos seleccionado una serie de inputs y outputs que recogen las tres dimensiones de la sostenibilidad que queremos medir, y hemos calculado la eficiencia de los 34 países de la OCDE en la consecución de desarrollo sostenible a través de tres diferentes modelos DEA orientado a los outputs. Los resultados difieren entre los países, pero los casos de los países más avanzados demuestran que es posible lograr la eficiencia al mismo tiempo maximizando el cuidado al medio ambiente, la igualdad social y el crecimiento económico. Como corolario podemos concluir que no es necesario elegir entre las 3 dimensiones de la sostenibilidad: se pueden lograr las 3 de manera eficiente al mismo tiempo. Esto puede sugerir que las sociedades avanzadas y desarrolladas pueden disociar crecimiento económico de las emisiones de CO₂ y, además, evitar situaciones de gran desigualdad en la distribución de la riqueza. Combinando los resultados de los tres modelos DEA orientados a los outputs, es posible generar un indicador compuesto que mida la eficiencia de un país para maximizar la sostenibilidad en sus tres dimensiones. Justamente esto es lo que hemos tratado de realizar en este trabajo. Denominaremos a esta herramienta Índice de Desarrollo Sostenible Eficiente (IDSE, ESDI en inglés). Los países del norte y centro de Europa, Korea y Japón son los que consiguen mayores puntuaciones en estos tres índices, mientras que los países en vías de desarrollo (México y Turquía), así como los situados en el Este de Europa presentan los resultados más pobres. El resto de economías analizadas están colocadas en una situación intermedia. Las economías más desarrolladas de la OCDE nos señalan que no es necesario elegir entre un mayor crecimiento económico, un mayor respeto ambiental o una mayor equidad. Las tres dimensiones se retroalimentan positivamente y son precisamente las sociedades que generan más crecimiento aquellas que están en condiciones de corregir una desigualdad excesiva en el reparto de la renta y un daño ambiental elevado. Por el contrario, las economías con problemas de competitividad tenderán a generar mayores desigualdades en el reparto de la renta y un mayor daño ambiental asociado a los procesos productivos.

El presente análisis se ha realizado con valores de inputs y outputs correspondientes al año 2010, en mitad de la Gran Recesión que ha afectado con especial profundidad a los países de la eurozona junto a los EEUU, todos ellos miembros de la OCDE. Un análisis continuado en el tiempo de la evolución de todos estos países en el valor de nuestro índice sintético nos podría ayudar a comprender qué países están observando un comportamiento más dinámico y son capaces de dejar atrás la época de crisis con más fuerza. Adicionalmente, el análisis de los resultados de cada país en cada una de las tres dimensiones a lo largo del tiempo podría confirmar nuestra conclusión o bien refutarla. Es decir, si aquellos países que salen antes de la crisis son los que prosperan a la vez en las tres dimensiones de la sostenibilidad, eso confirmaría nuestra hipótesis sobre la retroalimentación existente entre las citadas dimensiones. Si, por ejemplo, los países que sacrificaran la equidad en el reparto de la renta fueran los primeros en salir de la crisis, esa realidad pondría en cuestión la hipótesis planteada en este trabajo. Por el momento, parece que los países que conservan una cierta armonía entre las tres dimensiones son

los que presentan mejores resultados en cuanto a competitividad internacional (IMD, 2014) (WEF, 2014).

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguado, R. y Martínez, J. (2011): "Una propuesta alternativa al Producto Interior Bruto como indicador de sostenibilidad y desarrollo bajo el prisma del pensamiento social cristiano", en *Revista de Fomento Social n° 262* (abril-junio), pp. 219-249

Charnes, A., Cooper, W. W. and Rhodes, E. (1978): "Measuring Efficiency of Decision Making Units". *European Journal of Operational Research, Vol. 2*, 325-331

CMEPSP (2009): *Report of the commission on the measurement of economic performance et social progress, September, 14, 2009*, available at <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/en/documents.htm> (accedido 12 de febrero 2011)

European Commission (EC) (2014): *European Economic Forecast Spring 2014*. European Commission Directorate - General for Economic and Financial Affairs. Bruselas.

EVE (2008): *El petróleo y la energía en la economía. Los efectos del encarecimiento del petróleo en la economía vasca*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco, Vitoria-Gasteiz.

Farell, M. J. (1957): "The measurement of productive efficiency". *J. R. Statist. Soc. A*, 120, 253-281.

Fleurbaey, M. (2009): "Beyond GDP: The Quest for a Measure of Social Welfare". *Journal of Economic Literature*, 47:4: 1029-1075

International Institute for Management Development (IMD) (2008): *IMD World Competitiveness Yearbook 2008*. IMD, Lausanne.

- (IMD) (2014): *IMD World Competitiveness Yearbook 2014*. IMD, Lausanne.

Martínez, J. (2010): "El PIB (per cápita) como indicador de sostenibilidad". *Boletín de Estudios Económicos, Vol. 65 N° 200*, 283-308.

OCDE (1992). *Technology and the Economy: The Key Relationships*. OECD. Paris

- (2008): *Handbook on Constructing Composite Indicators. Methodology and User Guide*. OECD, Paris

Organización de las Naciones Unidas (UN) (2010): *Summit on the Millennium Development Goals*. UN, New York

Organización de las Naciones Unidas (UN) (2011): *Human Development Report 2011. Sustainability and Equity: A Better Future for All*. UN,

Porter, M. (1990): *The Competitive Advantage of Nations*. McMillan Press Ltd, Londres

Porter, M. et al. (1995): "Green and Competitive: Breaking the Stale-Mate", *Harvard Business Review*, Sept-Oct 1995

Santacoloma, J. y Aguado, R. (2011) (coords): *Economía y Humanismo Cristiano (Una visión alternativa de la actividad económica)*. Serie Economía. Universidad de Deusto.

Stiglitz, J., A. Sen and J-P Fitoussi (2009): *The Measurement of Economic Performance and Social Progress Revisited - Reflections and Overview, September, 16, 2009*, available at <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/en/documents.htm> (accedido 12 de febrero 2012)

World Commission on Environment and Development. (1987): *From One Earth to One World: An Overview*. Oxford: Oxford University Press.

World Economic Forum (WEF) (2008): *The Global Competitiveness Report 2008-9*. World Economic Forum, Geneva.

World Economic Forum (WEF) (2014): *The Global Competitiveness Report 2013-14*. World Economic Forum, Geneva.

LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO EN LA LEY 49/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE

Saioa Artiach Camacho
Doctora en Derecho por la Universidad de Deusto,
Premio Leizaola en el año 2013.
Técnica de Cooperación Internacional y Derechos Ciudadanos en la
Diputación Foral de Bizkaia

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2014

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2014

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LAR 2003. 3. LAS PARTES CONTRATANTES. 3.1. LA PERSONA JURÍDICA COMO PARTE DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO. 3.2. LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO. 3.3. LOS REQUISITOS A CUMPLIR POR EL ARRENDATARIO. 3.4. EL ARRENDADOR COMO TITULAR DE UN DERECHO DE GOCE. 3.5. LA PLURALIDAD DE ARRENDATARIOS. 4. EL BIEN ARRENDADO. 5. LA DURACIÓN DEL CONTRATO. 5.1. EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO CONVENCIONAL O LEGAL Y DE LA PRÓRROGA. 5.1.1. LA DURACIÓN MÍNIMA. 5.1.2. LA DURACIÓN INDEFINIDA. 5.1.3. EL CÁLCULO DEL PLAZO DE DURACIÓN. 5.1.4. EL PREAVISO. 5.2. PÉRDIDA O EXPROPIACIÓN FORZOSA DEL BIEN ARRENDADO. 5.3. MUTUO DISENSO. 5.4. DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARRENDATARIO. 5.5. FALLECIMIENTO DEL ARRENDATARIO. 5.6. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA O COMUNIDAD DE BIENES CONSTITUTIVA DE LA FIGURA DEL ARRENDATARIO. 5.7. EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR. 5.8. RESOLUCIÓN O RESCISIÓN DEL CONTRATO EN LOS SUPUESTOS LEGALMENTE CONTEMPLADOS. 5.8.1. DIFERENCIAS ENTRE “RESOLUCIÓN” Y “RESCISIÓN”. 5.8.2. LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN ESTABLECIDAS POR LA LAR 2003. 5.8.3. OTRAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN. 6. LA RENTA. 6.1. CONCEPTO. 6.2. LA RENTA NO DINERARIA. 6.3. LA ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA. 6.4. LA RENTA ALZADA. 6.5. EL LUGAR DE PAGO DE LA RENTA. 6.6. EL JUSTIFICANTE DE PAGO. 6.7. LAS CANTIDADES ASIMILADAS A LA RENTA. 7. LA FORMA. 7.1. LA EXIGENCIA DE FORMA ESCRITA. 7.2. LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO. 7.3. EL INVENTARIO. 7.4. LOS GASTOS DE FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO Y DEL INVENTARIO. 7.5. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA. 9.1. DOCTRINA. 9.2. LEGISLACIÓN. 9.3. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, modificada mediante la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, es la norma estatal por la que quedan regulados los contratos de arrendamiento rústico y aparcería en aquellas comunidades autónomas que carecen de un Derecho civil propio escrito en la materia.

En este trabajo se analiza su ámbito de aplicación y las especialidades de los principales elementos del contrato de arrendamiento rústico, entendido como aquel por el que se ceden temporalmente fincas o unidades de explotación para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de una renta.

ABSTRACT: The Law of Rural Lease No. 49/2003 of November 26, modified by the Law No. 26/2005 of November 30, is the estate rule which regulates the rural lease contract and the sharecropping contract in the autonomous communities where there is no own written civil Law.

This work analyses its scope and the specialities of the main elements of the rural lease contract, which exists when the use of some lands and exploitation units is transferred in order to give them an agricultural, animal and forestry exploitation, in exchange for a rent.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento rústico, Aparcería, Aprovechamiento agrícola, ganadero y forestal, Arrendador, Arrendatario, Renta, Preaviso, Prórroga, Rescisión, Resolución, Forma del contrato.

KEY WORDS: Rural lease, Sharecropping contract, Agricultural, animal and forestry exploitation, Lessor, Lessee, Rent, Prior notice, Extension, Rescission, Termination, Form of the contract.

1. INTRODUCCIÓN

A través del contrato de arrendamiento una de las partes, el arrendador, se obliga a ceder a la otra, al arrendatario, el uso y disfrute de una cosa, a prestarle un servicio o a ejecutar una obra, por un tiempo determinado y a cambio de un precio cierto. En concreto, el arrendamiento rústico forma parte de la primera categoría arrendaticia.

Se trata de un contrato consensual, toda vez que se perfecciona por el mero consentimiento –siempre que no se produzca una vulneración de las disposiciones legales–, sin que se exija, para su plena constitución y eficacia, la entrega de la cosa ni una forma especial. Es bilateral o, empleando una denominación más correcta, sinalagmático, porque crea obligaciones recíprocas para ambas partes. Asimismo, es oneroso, dado que el sacrificio efectuado por cada contratante se encuentra compensado por el beneficio que obtiene. Los contratos onerosos se clasifican en conmutativos y aleatorios, y el contrato de arrendamiento rústico se incardina dentro del primer tipo, pues “la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra de antemano fijada por ellas de manera inmodificable”¹. Es un contrato de tracto sucesivo, atendiendo a que el cumplimiento de las prestaciones correspondientes a cada una de las partes se prolonga a lo largo del tiempo. Finalmente, teniendo en cuenta que el arrendamiento rústico se encuentra regulado legalmente, es un contrato típico.

La historia reciente de la legislación española sobre el contrato de arrendamiento rústico ha sido definida como “un vuelco de la tradición y un retorno parcial a la misma en el brevísimo plazo de dos años. Un verdadero vaivén legislativo, que ha sido posible por imposición de la ley de las mayorías parlamentarias”². Y la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos³, junto con la Ley 26/2005⁴, que la modificó, forma parte de ella.

La LAR 2003 consta de treinta y cuatro artículos, contenidos en diez capítulos, cuatro disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y tres finales, y constituye la antítesis de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos⁵, en términos generales porque el arrendatario no se encuentra protegido frente a la figura del arrendador, sino que ambas partes reciben el mismo trato. En contraposición con la Ley de 1980, en la que los derechos del arrendatario quedaban regulados por normas de carácter imperativo, la mayor parte de las que componen la LAR 2003 son dispositivas y, por tanto, la posibilidad de renunciar a las mismas y regular el contrato mediante el acuerdo de las partes únicamente se encuentra sometida a los límites generales previstos para la libertad de pacto en el artículo 1255 del Código Civil⁶. Esto explica que esta norma conste de ciento tres artículos menos que la Ley de 1980.

A pesar de que la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias⁷, introdujo medidas de liberalización del arrendamiento rústico, las mismas no son en absoluto

¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II (El contrato en general. La obligación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual). 9ª edición. Madrid: Ed. Tecnos, 2005, pp. 33-36.

² BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y MAS BADÍA, M. D. “Prólogo”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, p. 27.

³ Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de noviembre de 2003, nº 284, pp. 42239-42246.

⁴ Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la Ley 49/2003 de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 2005, nº 287, pp. 39414-39418.

⁵ Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 30 de enero de 1981, nº 26, pp. 2149-2161.

⁶ Una de las pocas excepciones a la igualdad con la que la Ley 49/2003 trata a las partes consiste en el reconocimiento para el arrendatario, y no para el arrendador, del derecho a desistir del contrato, al menos durante el periodo de prórrogas tácitas. En este sentido, el artículo 24.d) dispone:

“El arrendamiento termina (...) por desistimiento unilateral del arrendatario, al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación”.

⁷ Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. *Boletín Oficial del Estado* de 5 de julio de 1995, nº 159, pp. 20394-20404.

drásticas si las comparamos con las establecidas por la LAR 2003, que profundizó en la reforma realizada de manera parcial por aquella. En este sentido, las principales novedades introducidas por la LAR 2003, en su redacción original, consistieron en el aligeramiento de la regulación de la aparcería, en la simplificación de la duración del contrato de arrendamiento y del régimen de gastos y mejoras y en la supresión de los siguientes aspectos: el requisito de ser profesional de la agricultura para constituirse en arrendatario, los límites relativos a la superficie de la finca de la que el colono podía ser titular, los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente que existían a favor del mismo y la figura del arrendamiento parciario.

Dos años después de su aprobación, la LAR 2003 fue reformada a través de la Ley 26/2005, fruto de la crítica formulada por la oposición parlamentaria, que consideraba necesario regresar a la regulación establecida por la Ley 83/1980. En este orden de cosas, la Exposición de Motivos de la Ley 26/2005 establece lo siguiente:

“La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, requiere una modificación sustancial con el fin de incidir en el ámbito agrario y en un armónico desarrollo rural, que tenga en cuenta todos los aspectos económicos, sociales y humanos que se dan en las relaciones contractuales arrendaticias, de manera que se facilite un equilibrio entre las partes, en el marco de los derechos y obligaciones que la propia Ley reconozca”.

No obstante, en opinión de CUESTA SÁENZ y POVEDA BERNAL, no existen grandes puntos de divergencia entre ambas legislaciones y su relevancia no justifica la urgencia con la que se abordó la reforma. Refiriéndose a los principales cambios que supuso la reforma de 2005, señalan estos autores:

“Más bien son aspectos secundarios, ampliamente sobrepasados por la realidad del mercado, y que pueden incluso, en el caso de los retractos, encubrir apetencias diametralmente opuestas a lo agrario por surgir al calor de posibles recalificaciones del suelo”⁸.

En este mismo sentido, DE LOS MOZOS afirma lo siguiente:

“No digo que la reforma no sea sustancial en algunos aspectos, pero lo que sí afirmo es que los diversos aspectos de dicha reforma, dependiente en su mayoría de viejos prejuicios que nacieron en otras circunstancias, no me parece que sean tan necesarios ni para la lógica de la aequitas pacti, ni mucho menos beneficiosos para el ámbito agrario y el armónico desarrollo rural, como demuestra una larga experiencia, muy probada”⁹.

A este respecto, las principales reformas realizadas en el año 2005 consistieron en reintroducir la exigencia relativa a que el arrendatario sea un profesional de la agricultura, así como los límites de extensión de los que puede ser titular; establecer un plazo de duración del contrato mínimo de cinco años, a prorrogar tácitamente por periodos también quinquenales; y reinstaurar los derechos de tanteo y retracto a favor del locatario.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LAR 2003

Por lo que respecta al ámbito de aplicación objetivo de la LAR 2003, a pesar de que su rúbrica se refiera exclusivamente al contrato de arrendamiento rústico, esta norma contiene también el régimen jurídico aplicable a la aparcería. El arrendamiento rústico queda regulado en los Capítulos II a VIII y la aparcería en el Capítulo IX. Por lo respecta al Capítulo I, que

⁸ CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Iustel, 2006, p. 17.

⁹ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. “Introducción”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 23-24.

contiene las disposiciones generales de la Ley, resulta aplicable a ambos tipos contractuales¹⁰, al igual que ocurre con el Capítulo X, relativo a las normas procesales que rigen la materia.

El artículo 1.1 LAR dispone:

“Se considerarán arrendamientos rústicos aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta”.

En cuanto al ámbito de aplicación territorial, la LAR 2003 rige de lleno en aquellas comunidades autónomas que carecen de un Derecho civil propio regulador del contrato de arrendamiento rústico o de la aparcería¹¹. Por tanto, en los lugares en los que no exista Derecho civil propio escrito que regule el contrato de arrendamiento rústico, en primer lugar rigen las normas imperativas de la Ley, en segundo lugar la voluntad de los contratantes, en tercer lugar las normas dispositivas de la Ley, en cuarto lugar el Código Civil y en quinto lugar el Uso y la Costumbre. Pero esta jerarquía de fuentes tiene excepciones, ya que, en determinados supuestos, la Costumbre ostenta el mismo rango que la LAR 2003. En concreto, el artículo 14, regulador del pago de la renta, establece que esta se abonará en metálico por años vencidos en el domicilio del arrendatario, regla esta que, según se desprende del propio precepto, únicamente regirá en defecto de acuerdo de las partes y de Costumbre aplicable al caso. Otra manifestación del mayor rango jerárquico de la Costumbre aparece en el artículo 27 LAR, toda vez que, de acuerdo con la remisión que este precepto realiza al artículo 1578 del Código Civil, las obligaciones del arrendatario saliente y las del entrante quedarán sometidas a la Costumbre del pueblo en el que radiquen los bienes arrendados¹².

En cuanto al contrato de aparcería, el orden de prelación de fuentes es diferente, en el sentido de que el artículo 29 LAR 2003 dispone expresamente que la Costumbre prevalece sobre la propia Ley.

Finalmente, en relación con el ámbito de aplicación temporal, la LAR 2003, al igual que su predecesora, la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, únicamente se aplica a aquellos contratos celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, a diferencia de lo que ocurría con la Ley 83/1980, que resultaba aplicable, salvo

¹⁰ Véase AA.VV. “Capítulo I: Disposiciones Generales”. En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 50.

¹¹ Al respecto, debemos manifestar que en la Tesis doctoral que defendimos en la Universidad de Deusto el 2 de mayo de 2013 queda acreditado que, con anterioridad a la Codificación, existía un Derecho foral vasco en el que el contrato de arrendamiento rústico se inspiraba en unos principios y tenía unos contenidos de idéntica naturaleza en los tres territorios históricos, de modo que, conforme a lo dispuesto por el artículo 149.1.8 de la Constitución y por el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, queda posibilitada y justificada la aprobación de una ley que regule esta institución en el ámbito autonómico. Vid. ARTIACH CAMACHO, S. *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona*. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2014.

Igualmente, en el mencionado trabajo atendemos al contenido de las actuales legislaciones autonómicas en materia arrendaticia y prestamos especial atención al Título VII de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, y, por lo que respecta a Cataluña, al Capítulo II de la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de Contratos de Cultivo, que constituyen su máxima expresión. En este sentido, vid. Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto de 2006, nº 191, pp. 30073-30100. Igualmente, véase la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo. *Boletín Oficial del Estado* de 7 de abril de 2008, nº 84, pp. 18929-18936.

¹² El artículo 1578 del Código Civil determina:

“El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente; y, recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al colono saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, todo con arreglo a la costumbre del pueblo”.

Al respecto, debemos indicar que hemos constatado la existencia de costumbres reguladoras de estas obligaciones correspondientes al arrendatario saliente y al entrante en los territorios históricos de Araba/Álava, Bizkaia y Gipuzkoa. Asimismo, el pago de la renta en estos territorios a lo largo de los siglos XVI a XIX se solía efectuar en el domicilio del arrendador, con lo que la regla general establecida por el artículo 14 LAR podría quedar invertido. Al respecto, puede verse ARTIACH CAMACHO, S. “Arrendamientos rústicos y contratos de aparcería y admetería en Bizkaia, Araba/Álava y Gipuzkoa (SS. XVI-XIX)”. En MONASTERIO ASPIRI, I. (dir.), ARTIACH CAMACHO, S., y BASOREDO OTZERINJAUREGI, I. *Obligaciones y contratos en el Derecho Civil de Bizkaia, Araba/Álava y Gipuzkoa. Análisis de Fuentes Documentales (SS. XVI-XIX)*. Bilbao: Ed. Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Comisión de Bizkaia, 2011, p. 117.

excepciones, a los contratos de arrendamiento y aparcería celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.

3. LAS PARTES CONTRATANTES

Los contratantes en el arrendamiento son el arrendador (también denominado “locador”) y el arrendatario (conocido igualmente como locatario, colono o conductor). Su definición viene dada por el artículo 1546 del Código Civil:

“Se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio; y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar”.

De este modo, por lo que respecta al contrato de arrendamiento rústico, el arrendador es la persona que cede la finca o explotación a quien pasará a ostentar el derecho de uso y disfrute. Transmite el goce, el uso, el disfrute del bien arrendado, pero en ningún caso la propiedad del mismo. Es por ello que para constituirse en locador no se exige ser el propietario del bien, sino ostentar el derecho a gozar de él y a administrarlo.

La LAR 2003 regula los aspectos relativos a las partes contratantes en su Capítulo II, del que forma parte el artículo 9, tras cuya lectura se concluye que cabe celebrar un contrato de arrendamiento rústico entre dos personas físicas (que es la práctica más habitual), dos personas jurídicas o una persona física y una jurídica¹³.

¹³ En este sentido, nada obsta para que las comunidades de bienes sean arrendatarias.

En concreto, el artículo 9 dispone:

“1. Podrán celebrarse arrendamientos rústicos entre personas físicas o jurídicas.

Es agricultor profesional, a los efectos de esta ley, quien obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) establecido en el Real Decreto-Ley 3/2004 de 25 de junio, para la Racionalización de la Regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el Incremento de su Cuantía, y cuya dedicación directa y personal a esas actividades suponga, al menos, el 25 por 100 de su tiempo de trabajo.

2. En todo caso, podrán ser arrendatarias las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes.

3. Para ser arrendatarias, las personas jurídicas, sean civiles, mercantiles o laborales, incluidas las sociedades agrarias de transformaciones (SAT), deberán tener, incluido en su objeto social, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria y, en su caso, de actividades complementarias a ésta dentro del ámbito rural, siempre que no excedan los límites establecidos en el apartado 6.

A estos efectos, se consideran actividades complementarias la participación y presencia del titular, como consecuencia de elección pública, en Instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario, las de transformación y venta directa de los productos de su explotación y las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.

4. El menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor podrá poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima prevista en el artículo 12, y lo comunicará al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización.

5. También podrán ser arrendatarias las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados, conforme a sus normas reguladoras, para la explotación de fincas rústicas.

6. En todo caso, no podrán ser arrendatarios de fincas rústicas, las personas físicas que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean ya titulares de una explotación agraria, o de varias, cuyas dimensiones y demás características serán fijadas en las distintas comarcas del país por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sin que puedan exceder en total de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío.

Cuando se trate de finca para aprovechamiento ganadero en régimen extensivo, el límite máximo será de 1.000 hectáreas.

En el caso de las cooperativas agrarias y las cooperativas creadas para la explotación comunitaria de la tierra, el límite anterior se multiplicará por el número de miembros que las compongan.

No será de aplicación la limitación a las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas.

7. No podrán ser arrendatarios las personas y entidades extranjeras. Se exceptúan, no obstante:

3.1. La persona jurídica como parte del contrato de arrendamiento rústico

Los contratos celebrados por las personas jurídicas públicas, es decir, por entidades u organismos del Estado, Comunidades Autónomas y entes locales, únicamente quedarán sometidos a la LAR 2003 en el supuesto de que actúen en el tráfico privado y tengan competencia en materia agraria, quedando a salvo, conforme establece el artículo 6.e) LAR 2003, los arrendamientos que afecten a bienes comunales o a los bienes propios de las corporaciones locales y montes vecinales en mano común, que quedarán regulados por sus normas específicas¹⁴. De este modo, se deberá acudir a la ley constitutiva de la persona jurídica pública para constatar si se encuentra facultada para explotar fincas rústicas, exigencia esta establecida en el artículo 9.5.

En cuanto a las personas jurídicas privadas, se exige que en sus estatutos se establezca, como objeto social, el ejercicio de la actividad agraria o de actividades complementarias a esta en el ámbito rural, requisito que fue introducido con la reforma operada en el año 2005 y cuyo cumplimiento resulta sumamente sencillo, puesto que basta con que tal actividad figure en los estatutos junto a otras, sin que ni siquiera sea necesario que se trate de la actividad principal ni que presente relación alguna con esta¹⁵.

3.2. La capacidad para celebrar un contrato de arrendamiento rústico

La LAR 2003 guarda silencio en cuanto a la capacidad exigida para celebrar un contrato de arrendamiento rústico, por lo que deberemos acudir al Código Civil para determinar en qué consiste. Este cuerpo legal no regula en profundidad la materia, por lo que, en primer término, nos basaremos en sus normas relativas a la capacidad exigida para celebrar cualquier tipo de contrato. En este sentido, el artículo 1263 establece que los menores no emancipados y los incapacitados no pueden prestar su consentimiento, si bien el artículo 1264 aclara que “la incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece”. Por su parte, el artículo 322 afirma que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código” y el artículo 323 dice así:

“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

a) Las personas físicas y jurídicas y otras entidades nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, y de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados.

b) Las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, que no estén excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que se encuentren autorizadas a permanecer en España en situación de residencia permanente, de acuerdo con dicha Ley Orgánica y su desarrollo reglamentario.

c) Las personas jurídicas y otras entidades nacionales de los demás Estados que apliquen a los españoles el principio de reciprocidad en esta materia”.

¹⁴ El legislador ha atendido en repetidas ocasiones a la regulación del régimen de la comunidad de montes vecinales en mano común. Se trata de una agrupación vecinal que constituye una comunidad de bienes de tipo germánico, a cuyos miembros corresponde el aprovechamiento de los bienes. En este sentido se expresa LUNA SERRANO, A. “La propiedad forestal”. En LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., y MENDOZA OLIVAN, V. *Elementos de Derecho civil*. Tomo III (Derechos reales), Vol. I, 2ª parte (Posesión y propiedad). 2ª edición. Barcelona: Ed. José María Bosch Editor, 1988, pp. 206-207.

¹⁵ En el mismo sentido, véase GARCÍA CANTERO, G. “Capítulo II: Partes contratantes”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 194.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad”.

Por lo tanto, pueden celebrar un contrato de arrendamiento los mayores de dieciocho años, los menores emancipados y los habilitados de edad. Sin embargo, en ningún caso pueden dar bienes en arrendamiento los menores no emancipados, los incapacitados, los privados de la administración de sus bienes ni los pródigos, si así se establece en la resolución que declare la prodigalidad. Estas observaciones resultan aplicables no sólo a los casos en los que el arrendador o el locatario son personas físicas, sino también a los supuestos en los que participa en el contrato una persona jurídica, dado que, a pesar de que esta, de acuerdo con el artículo 38 del Código Civil, posee capacidad plena para contratar si así viene establecido en sus leyes de constitución y estatutos, tal capacidad debe ser ejercitada, en todo caso, por una persona física, que, obviamente, deberá reunir los requisitos expresados.

Por otra parte, el artículo 1459 prohíbe a los tutores, mandatarios, albaceas, empleados públicos, magistrados, jueces, personas del Ministerio Fiscal, secretarios de tribunales y juzgados, oficiales de justicia, abogados y procuradores comprar determinados bienes, pero estas limitaciones no resultan aplicables por analogía al contrato de arrendamiento, dado que a través de este no se realiza un acto de disposición, sino un acto de administración¹⁶.

Centrándonos en las normas del Código Civil reguladoras de la capacidad para celebrar válidamente un contrato de arrendamiento, destaca el artículo 1548, cuyo contenido es el siguiente:

“Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años”.

No obstante, los padres, tutores y administradores que carezcan de poder especial podrán arrendar los mencionados bienes por un plazo superior a seis años siempre y cuando hayan sido autorizados judicialmente para ello o, en determinados supuestos, el propietario haya prestado su consentimiento, si bien, en opinión de GARCÍA CANTERO, el artículo 1548 ha dejado de ser aplicable al arrendamiento rústico, como consecuencia del contenido del artículo 9.1 de la nueva LAR 2003 y de la nueva redacción del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria¹⁷, que permite inscribir cualquier contrato de arrendamiento rústico, independientemente de su plazo de duración¹⁸.

En este orden de cosas, el artículo 9.4 LAR 2003 regula el supuesto en el que las fincas o explotaciones pertenecientes a un menor de edad hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor de tal forma que permite al menor poner fin al contrato una vez se halle emancipado. Para ello, si, cuando el menor alcanza el estado de emancipación, ya se ha cumplido la duración mínima del contrato, deberá comunicar al arrendatario su deseo de resolverlo en el plazo de seis meses a contar desde la emancipación; si, en el momento de la emancipación, aún no ha transcurrido la duración mínima legal, el menor sólo podrá denunciar el contrato cuando falte un año para su terminación. De esta forma, se protege al arrendatario y al menor de edad y, además, se garantiza el cumplimiento de la duración mínima del contrato establecido por el artículo 12 LAR 2003. No obstante, la eficacia de la denuncia del contrato por parte del menor comenzará a surtir efectos en el plazo de un año a contar desde que fuera realizada, de modo que los daños causados al arrendatario por la expiración anticipada del contrato se vean mermados.

¹⁶ Vid. POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo II. Partes contratantes”. En CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Iustel, 2006, p. 144.

¹⁷ Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de febrero de 1946, n° 58, pp. 1518-1532.

¹⁸ Vid. GARCÍA CANTERO, G. “Capítulo II: Partes contratantes”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos...* op. cit., p. 188.

3.3. Los requisitos a cumplir por el arrendatario

Con la reforma operada por la Ley 26/2005, se ha retornado a la exigencia de que el arrendatario sea un profesional de la agricultura, como lo hacía la Ley de 83/1980. El artículo 9.1 LAR 2003 define, de manera novedosa, al “agricultor profesional”, estableciendo dos requisitos a cumplir por el arrendatario para entender que se trata de un profesional de la agricultura: a) que obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al doble del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM); b) que la dedicación directa y personal a la actividad agraria suponga, al menos, el 25% de su tiempo de trabajo.

Por otra parte, el artículo 9.6 LAR 2003 fija la prohibición de ser arrendatarios a los titulares de fincas o explotaciones agrícolas cuya extensión supere la establecida por los órganos competentes de la comunidad autónoma en la que radiquen, si bien este límite no resulta aplicable a las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que, de conformidad con sus normas reguladoras, se encuentren facultados para la explotación o subarriendo de fincas rústicas. No obstante, el propio precepto que nos hallamos analizando establece un límite cuantitativo máximo que, en ningún caso, podrá ser ampliado por los órganos autonómicos, pero sí disminuido: a) quinientas hectáreas de secano; b) cincuenta hectáreas de regadío; c) en el caso de fincas para aprovechamiento ganadero en régimen extensivo, mil hectáreas; d) cuando se trate de cooperativas agrarias y cooperativas creadas para la explotación comunitaria de la tierra, el límite anterior se multiplicará por el número de miembros que las compongan.

La justificación de esta norma reside en el deseo de evitar que un solo arrendatario acumule grandes superficies, como así se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 26/2005¹⁹, por lo que resulta, cuanto menos, sorprendente que se exima del respeto a estos límites a las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que se encuentren facultados para la explotación o subarriendo de fincas rústicas, máxime cuando el incumplimiento por parte de los obligados a respetarlos implica la inexistencia o nulidad absoluta del contrato²⁰.

Finalmente, de conformidad con la regulación efectuada por el artículo 9.7 LAR 2003, las personas que carezcan de nacionalidad española no podrán ser arrendatarias, salvo si se trata de personas físicas o jurídicas nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de países en los que exista un convenio internacional que lo permita, de personas físicas que tengan su residencia permanente en España o de personas jurídicas y otras entidades nacionales de Estados que apliquen a los españoles el principio de reciprocidad en esta área. En el supuesto de que una persona extranjera que no se encuentre protegida por alguna de estas tres excepciones se constituya en arrendatario, el contrato será nulo de pleno derecho²¹. En cambio, no existen limitaciones basadas en la nacionalidad en relación con la figura del arrendador.

3.4. El arrendador como titular de un derecho de goce

Para ser arrendador no se exige ostentar el pleno dominio de la finca o explotación, sino que es suficiente con ser titular de un derecho real de goce transmisible a terceros, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 10 LAR 2003:

¹⁹ Su tenor es el siguiente:

“Se restablecen los límites a la extensión del arrendamiento de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, con la única modificación del aumento de aquéllos en el caso de las cooperativas, como medio necesario para evitar la acumulación de grandes superficies de arrendamiento en manos de un solo arrendatario. Dicha acumulación iría en detrimento de la movilidad de tierras que se busca y de posibilitar que muchas explotaciones agrarias que no tengan aún la dimensión económica adecuada la alcancen”.

²⁰ Vid. GARCÍA CANTERO, G. “Capítulo II: Partes contratantes”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos... op. cit.*, pp. 182 y 196.

²¹ Puede verse GARCÍA CANTERO, G. “Capítulo II: Partes contratantes”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos... op. cit.*, p. 209.

“Los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca o la explotación se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso subsistirán hasta que este concluya.

También podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando este exceda de la duración de aquellos derechos, si a su otorgamiento hubiera concurrido el propietario”.

Además de los titulares de un derecho de usufructo, superficie o enfiteusis, mencionados expresamente en este precepto, podrán constituirse en arrendadores quienes tengan un derecho de goce análogo sobre la finca o la explotación, de modo que no habría problema en que lo fueran los titulares de un derecho de censo o el sucesor fiduciario²². En estos casos, la duración del arriendo no se rige por la regla general dispuesta en el artículo 12 LAR 2003, sino que finalizará en el momento en el que se extinga el derecho de goce del arrendador²³, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso la duración del contrato se extenderá hasta la finalización de dicho año. Asimismo, en el supuesto de que el propietario del bien arrendado hubiera aceptado expresamente las condiciones del contrato de arrendamiento, la duración del mismo sería la convenida por las partes.

En el supuesto de que el arrendador carezca de legitimación para celebrar el contrato de arrendamiento por no ostentar la propiedad del bien arrendado o por carecer de la titularidad de un derecho de disfrute no personalísimo, al arrendatario únicamente le quedará la posibilidad de ejercitar contra él las acciones personales que derivan de la responsabilidad extracontractual por daños causados interviniendo culpa o negligencia, independientemente de que el arrendamiento se encuentre o no inscrito en el Registro de la Propiedad²⁴.

3.5. La pluralidad de arrendatarios

Nada impide que varias personas se constituyan como arrendatarios de un mismo bien. Si la obligación asumida por estos es solidaria, cada arrendatario tiene el deber de realizar el

²² También podían ser arrendadores los titulares de un derecho de foro, que era una institución jurídica genuina de Galicia y de Asturias nacida tras la celebración de un contrato en virtud del cual el aforante transmitía el dominio útil de una finca y se reservaba su dominio directo, a cambio de un canon anual a abonar por el foratario. Se regulaba en la *Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia de 1663*, pero fue derogado en el año 1987. En este sentido, *vid. Ley 147/1963*, de 2 de diciembre, sobre *Compilación de Derecho civil especial de Galicia. Boletín Oficial del Estado* de 5 de diciembre de 1963, n.º 291, pp. 16973-16982.

Al respecto, puede verse CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. *La Compilación del Derecho civil asturiano. Conceptos, estudios doctrinales, soluciones notariales, Jurisprudencia regional*. Madrid: Ed. Editorial Reus, 2001, pp. 49-51.

En el mismo sentido, *vid. PALMOU LORENZO, J. Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral)*. Madrid: Ed. Fundación Alfredo Brañas y Editorial Reus, 2007, p. 170.

Asimismo, véase BELLO JANEIRO, D. “Las novedades en el Derecho civil de Galicia”. En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) *et. al. ¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2011, p. 175.

²³ Según la doctrina, la expresión “se resolverán” empleada por el artículo 10 LAR 2003 resulta inadecuada. *Vid. ATIENZA NAVARRO, M. L., BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y MAS BADÍA, M. D. “Capítulo II”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, p. 253.

El artículo 12 LAR establece lo siguiente:

“1. Los arrendamientos tendrán una duración mínima de cinco años. Será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor.

2. Salvo estipulación de las partes que establezca una duración mayor, el arrendamiento de fincas y de explotaciones se entenderá concertado por un plazo de cinco años, por lo que, cumplido el tiempo, a no ser que las partes hayan dispuesto otra cosa, al celebrar el contrato o en otro momento posterior, el arrendatario de fincas pondrá a disposición del arrendador la posesión de las fincas arrendadas, si hubiera mediado la notificación a que se refiere el apartado siguiente.

3. El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo contractual, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, si el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, el contrato se entenderá prorrogado por un periodo de cinco años. Tales prórroga se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato”.

²⁴ *Vid. POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo II. Partes contratantes”. En CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)... op. cit., p. 196.*

pago total de la renta. Si, por el contrario, la obligación es mancomunada, ello implica que cada arrendatario está vinculado a una finca determinada y diferente a la de los demás, a pesar de haber celebrado el contrato en un único documento. En el segundo supuesto, en realidad existen varios contratos, a pesar de que todos ellos hayan sido otorgados en un solo título, por lo que cada arrendatario puede actuar con independencia respecto de los demás.

4. EL BIEN ARRENDADO

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1 LAR 2003, el bien arrendado debe ser una finca, parte de ella, varias fincas o una unidad de explotación.

Una finca es rústica siempre y cuando sea destinada a un aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal²⁵, independientemente de su ubicación geográfica. Si se cumple esta premisa, y siempre que no nos hallemos ante uno de los supuestos contemplados por el artículo 7 LAR²⁶, la finca será rústica incluso en el caso de que se encuentre en un centro urbano, con lo que le resultará de aplicación del Código Civil o la LAR 2003 (dependiendo del caso concreto), pero nunca la Ley de Arrendamientos Urbanos²⁷.

Para que dos o más fincas formen una unidad de explotación, es preciso que se complementen entre sí y converjan en la misma finalidad, agrícola, ganadera o forestal. Sobre ellas, cabe la posibilidad de realizar un contrato de arrendamiento por cada una de estas fincas o de optar por una fórmula más simplificada: celebrar un único contrato otorgado sobre todas ellas. Un ejemplo de fincas que forman unidades de explotación son los denominados “lugares acasados”, que son conjuntos de heredades existentes en Galicia alrededor de la casa en la que habita la persona que las cultiva. De este modo, la existencia de dos o más fincas independientes, aun siendo colindantes, en ningún caso constituirán una unidad de explotación.

5. LA DURACIÓN DEL CONTRATO

Los Capítulos IV y VIII de la LAR 2003 regulan el plazo de duración del contrato de arrendamiento y la terminación del mismo, respectivamente. El Capítulo IV está compuesto únicamente por el artículo 12 y el Capítulo VIII comprende los artículos 24 a 27. Este último expone:

“El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente y, recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, en la forma prevista en el artículo 1578 del Código Civil”.

²⁵ El aprovechamiento forestal puede consistir en múltiples modalidades, relacionadas con la tala de árboles, ramas del espurgo, hojarasca, leña muerta, estiércol y hierbas. En este sentido se expresa CASAS-MERCADÉ, F. *Arrendamientos sobre finca rústica*. 1ª edición. Barcelona: Ed. Bosch, 1965, p. 220.

²⁶ El artículo 7 LAR 2003 dispone:

“1. Tampoco se aplicará esta Ley a los arrendamientos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de conformidad con el Título I de la misma, o aquéllos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

a) Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable al que se refiere el artículo 27.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

b) Ser accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento distinto del rústico sea superior en más del doble a éste.

2. Si, vigente el contrato, sobreviniera alguna de las circunstancias determinadas en el apartado anterior, el arrendador podrá poner término al arrendamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 25, mediante un plazo de preaviso de un año. Ello se aplicará igualmente al arrendamiento de explotaciones, cuando las circunstancias contempladas afecten a las fincas que las integran o a otros de sus elementos en una proporción superior al 50 por 100”.

La Ley 26/2005 suprimió la letra c) del apartado 1, que establecía:

“Tener, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o en la zona a las de su misma calidad o cultivo”.

²⁷ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. *Boletín Oficial del Estado* de 25 de noviembre de 1994, nº 282, pp. 36129-36146.

En este sentido, el artículo 1578 del Código Civil mantiene:

“El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente; y, recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al colono saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, todo con arreglo a la Costumbre del pueblo”.

Ambos preceptos fijan un régimen de transición y su contenido es prácticamente idéntico, si bien el artículo 1578 del Código Civil, al que se remite el artículo 27 LAR 2003, se remite, a su vez, a la Costumbre del pueblo.

De este modo, el saliente no debe obstaculizar la realización por parte del entrante de los trabajos u obras preparatorias del año siguiente, pero al entrante no se le permite ir más allá, de modo que deberá abstenerse de realizar toda labor que no pueda ser calificada como “preparatoria”. Además, debe permitir al saliente la recolección de los frutos de la cosecha que dejó pendiente. Como puede observarse, las obligaciones del arrendatario saliente entran en juego cuando el locatario que le sucederá aún no ha tomado posesión de la finca, mientras que las del arrendatario entrante surgen cuando el saliente ya la ha abandonado²⁸.

A pesar de que estos artículos únicamente se refieren al arrendatario saliente y al entrante, entendemos que su contenido debe extenderse a los casos en los que quien se dispone a explotar la finca tras la salida del arrendatario es el propietario o el titular de un derecho de goce (como, por ejemplo, el usufructuario)²⁹.

El artículo 24 LAR 2003 establece las ocho causas que determinan la terminación del arrendamiento³⁰, las cuales serán estudiadas a continuación.

5.1. Expiración del término convencional o legal y de la prórroga

El apartado b) del artículo 24 establece como causa de terminación del contrato la expiración del término convencional o legal y, en su caso, de la prórroga, pero, para examinar esta circunstancia en profundidad, resulta necesario acudir al artículo 12 LAR 2003, regulador de la duración del contrato. Su contenido es el siguiente:

“1. Los arrendamientos tendrán una duración mínima de cinco años. Será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor.

²⁸ A este respecto, véase CASAS-MERCADÉ, F. *Arrendamientos sobre finca rústica... op. cit.*, p. 182.

²⁹ En el mismo sentido se expresa ATIENZA NAVARRO. *Vid.* ATIENZA NAVARRO, M. L., MAS BADÍA, M. D. y MONTÉS RODRÍGUEZ, M. P. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, p. 601.

³⁰ El contenido de este precepto es el siguiente:

“El arrendamiento termina:

a) Por pérdida total de la cosa arrendada y por expropiación forzosa cuando sea también total; si la pérdida es sólo parcial, el arrendatario tiene opción para continuar en el arriendo, y lo mismo en el caso de expropiación forzosa, reduciendo proporcionalmente la renta. En este último supuesto, además, el arrendatario tiene derecho a la indemnización que haya fijado la Administración.

b) Por expiración del término convencional o legal y de la prórroga, en su caso.

c) Por mutuo acuerdo de las partes.

d) Por desistimiento unilateral del arrendatario, al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación.

e) Por muerte del arrendatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos. En tal caso, a falta de designación expresa efectuada por el testador, tendrá preferencia el que tenga la condición de joven agricultor, y si hubiera varios, será preferente el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger entre ellos, por mayoría, al que se subrogará en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido. Si se da esta última circunstancia, será necesaria la correspondiente notificación por escrito al arrendador, en el plazo de un año desde el fallecimiento.

f) En los arrendamientos efectuados a favor de personas jurídicas o de comunidades de bienes, desde el momento mismo en que se extinga la persona jurídica o la comunidad.

g) Por resolución del derecho del arrendador.

h) Mediante resolución o rescisión del contrato en los supuestos legalmente contemplados”.

2. Salvo estipulación de las partes que establezca una duración mayor, el arrendamiento de fincas y de explotaciones se entenderá concertado por un plazo de cinco años, por lo que, cumplido el tiempo, a no ser que las partes hayan dispuesto otra cosa, al celebrar el contrato o en otro momento posterior, el arrendatario de fincas pondrá a disposición del arrendador la posesión de las fincas arrendadas, si hubiera mediado la notificación a que se refiere el apartado siguiente.

3. El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo contractual, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, si el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, el contrato se entenderá prorrogado por un periodo de cinco años. Tales prórroga se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato”.

5.1.1. La duración mínima

Teniendo en cuenta el contenido del artículo 12 y, especialmente, el carácter imperativo de su primer apartado³¹, el plazo de duración del contrato será de cinco años en los siguientes supuestos: a) cuando las partes así lo hayan establecido; b) cuando las partes hayan fijado en el contrato un plazo de duración inferior a cinco años; c) cuando no exista cláusula contractual que regule el plazo de duración contractual.

5.1.2. La duración indefinida

A pesar de que el artículo 12 guarda silencio acerca de si existe o no límite en cuanto al tiempo máximo de duración del contrato, el artículo 1.1 es claro a la hora de determinar que el contrato de arrendamiento tiene un carácter temporal; asimismo, el artículo 1256 del Código Civil niega la posibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos. Por ello, el Tribunal Supremo estableció que no cabe fijar un plazo de duración indefinido, por todo el tiempo que desee el arrendatario o el arrendador³², lo cual no debe llevarnos al error de negar la validez de una cláusula contractual que establezca que el arrendamiento tendrá carácter vitalicio, por toda la vida de uno de los contratantes, lo cual es perfectamente admisible.

La duración del contrato de arrendamiento debe ser por tiempo determinado, pero este requisito ha de ser interpretado con amplitud. Lo que no cabe es la perpetuidad pura, esto es, que la vigencia indefinida del contrato carezca de obstáculos³³.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de octubre de 1984, en la que dispuso lo siguiente:

“Si como tiene reiteradamente declarado esta Sala el contrato de arrendamiento, y en consecuencia el vínculo de tal naturaleza es incompatible con la intemporalidad, en cuanto desnaturalizaría la esencia y naturaleza de tal vínculo jurídico –Sentencias entre otras, de diecinueve de enero de mil novecientos sesenta y cinco–, claramente conduce a la ineficacia de la cláusula octava del contrato de arrendamiento de que se trata, en el aspecto de que al término de los treinta años fijado como plazo de duración se confiere la facultad de prórroga a instancia del arrendatario, o sea, por su propia y exclusiva voluntad sin limitación alguna y únicamente supeditado a compensación de devaluación

³¹ MAS BADÍA afirma taxativamente la naturaleza imperativa del artículo 12.1. Vid. MAS BADÍA, M. D. “Capítulo IV”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, p. 279.

³² Al respecto, véase FUBINI, R. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte general*. 1ª edición. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1930, pp. 337-338.

³³ En esta línea, puede verse CASAS-MERCADÉ, F. *Arrendamientos sobre finca rústica... op. cit.*, p. 4.

de moneda de incremento de renta en un cincuenta por ciento, pues ello significa una manifestación temporal de duración indefinida inoperante en el arrendamiento”³⁴.

Relacionada con esta resolución se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de diciembre de 2005, que dispone:

“Lo que sí es rechazable, porque supondría caer en la indeseable perpetuidad, sería aquel pacto por el que una parte pudiera imponer a la otra indefinidamente la vigencia del contrato o, como dice la STS de 15-10-1984, una prórroga contractual de modalidad indefinida”³⁵.

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 15 de febrero de 2005, referida a un contrato de arrendamiento otorgado sobre un terreno, establece:

“El artículo 1543 CC ciertamente, requiere en el arrendamiento la fijación de un «tiempo determinado», exigencia que en alguna ocasión no se ha considerado contraria a la estipulación de un derecho de prórroga indefinida para el arrendador y potestativa para el arrendatario. Y así, la STS 27-10-1995 declaró que «el arrendamiento de cosas, deberá, en cuanto al requisito del tiempo determinado, acomodarse a lo libremente pactado por las partes, en uso de la libertad contractual conferida como principio general en el artículo 1255 CC»; que «si se establece tal arrendamiento de cosas y se fija con respecto al tiempo, no sólo la previsión de su duración, sino la posibilidad de la prórroga del mismo por voluntad unilateral de la arrendataria, esto desde luego ha de prevalecer»; y que ni siquiera el riesgo de habilitar un contrato de duración indefinida «desnaturaliza el contrato de arrendamiento, para lo que es suficiente aplicar por analogía toda una sociología locaticia existente en la actualidad, en donde la prórroga del contrato funciona a la exclusiva voluntad del propio arrendatario».

Esa sentencia, sin embargo, señala unos condicionamientos –previsión de duración y posibilidad de prórroga del contrato por voluntad unilateral de la arrendataria– que, siendo apreciables en el caso que resuelve –el contrato le suministró los datos necesarios–, no lo son en este con la debida claridad, pues la desafortunada redacción de la cláusula, no integrable con ningún otro elemento, no permite fiablemente establecer que el ejercicio de la prórroga quedase estipulado como facultad exclusiva de la arrendataria, ni, en consecuencia, consentir la excepción que esa resolución vino a introducir en la doctrina jurisprudencial que declara que el vínculo creado por el contrato de arrendamiento es incompatible con la intemporalidad, por desnaturalizar la esencia y naturaleza de tal vínculo jurídico (vd. STS 15-10-84, que cita la de 19-1-65) o que «la duración indefinida es contraria a la naturaleza y carácter temporal del arrendamiento, y supone tanto como ausencia de plazo del mismo, que debe regirse por el artículo 1581 del Código Civil (vd. STS 9-12-85) indefinición y ausencia de plazo que en el caso incluso se han acentuado cuando la propia recurrente dice que las previsiones de expropiación que los contratantes contemplaron en su día en el sector urbanístico en que se ubica la finca han desaparecido en el actual Plan General de Ordenación Urbana, quedando, pues, sometido el contrato que aquellos suscribieron en esa coyuntura a un plus de incertidumbre que, no autorizada otra interpretación por los términos del contrato, dice ya de lo inadmisibles de esa duración «sine die» a la que los arrendadores quedan sujetos”³⁶.

Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de mayo de 2001 afirma:

“El contrato de arrendamiento tiene carácter eminentemente temporal según se desprende de los artículos 1543, 1554-3 y 1569-1 del Código Civil y es por ello que la perpetuidad no se avenga ni conforme con la naturaleza íntima de la cesión de uso o disfrute a menos de impedir o imposibilitar el recobro de los derechos concedidos (ad

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1984, nº 558/1984.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 5ª, de 15 de diciembre de 2005, rec. 411/2005. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta resolución se refiere a un contrato de arrendamiento relativo a un local de negocio.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 2ª, de 15 de febrero de 2005, rec. 472/2004.

exemplum SS. TS de 15 de octubre de 1984 y 11 de febrero de 1986), por lo que la delimitación del plazo es esencial en este negocio jurídico, bien señalando período cierto y determinado o refiriéndolo a un acontecimiento futuro que irremisiblemente ha de suceder, y tanto es así que cuando las partes, con dejación de su soberana facultad dejan de hacerlo es el propio Código Civil (artículo 1581) el que establece normas de carácter subsidiario. Por ello cuando las partes se limitan a establecer que la duración del contrato es por tiempo indefinido o «por años» es claro que no señalan tiempo alguno, pero sin que sea lícito atribuir a tales palabras una significación que no tienen como la de «a perpetuidad», que es, por demás, incompatible con la esencia misma del arrendamiento; consiguientemente, la expresión «indefinido» que se utiliza en el contrato litigioso referida al término significa que el contrato no está sometido a duración determinada, pero sí determinable según las normas supletorias del Código Civil a que se ha hecho referencia, por lo que fijado en el presente caso un alquiler mensual, ha de entenderse que dicho contrato se ha hecho por meses³⁷.

5.1.3. El cómputo del plazo de duración

El plazo de duración del contrato se computa en años naturales, aunque el año agrícola tiene relevancia para determinar, en ocasiones, la finalización del arriendo. Su vigencia comienza en la fecha estipulada por las partes; en caso de ausencia de pacto al respecto, a pesar de que la LAR no establece solución alguna, entendemos que se iniciará el día de la celebración del contrato, salvo en caso de que la puesta a disposición del bien a favor del arrendatario se realice en fecha posterior, en cuyo caso será esta la que constituya el inicio del plazo, por aplicación analógica del párrafo segundo del artículo 9.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos³⁸.

5.1.4. El preaviso

De acuerdo con lo establecido por el artículo 12 LAR 2003, para que el arrendamiento finalice no basta con que transcurra su plazo de duración, sino que, además, es necesario que una de las partes proceda a la denuncia del contrato. Si quien desea finalizar la relación arrendaticia es el locatario, será suficiente con que restituya la posesión del bien arrendado al terminar el plazo de duración del contrato; en cambio, si es el arrendador quien quiere darlo por extinguido, será necesario que notifique su voluntad al arrendatario con al menos un año de antelación, lo cual constituye una excepción a lo establecido por el artículo 1565 del Código Civil, que contempla la regla general de que si el arrendamiento se celebra por tiempo determinado concluirá el día prefijado, sin que sea necesario realizar requerimiento alguno. De este modo, finalizado el plazo de duración del contrato, el arrendatario deberá poner el bien a disposición del arrendador, salvo pacto en contrario, siempre y cuando este se lo haya notificado fehacientemente con un preaviso de, al menos, un año. Si no media la citada notificación en los términos expuestos, el contrato de arrendamiento se entenderá prorrogado tácitamente, por lo que el arrendatario no deberá restituir los bienes, excepto, por supuesto, que la voluntad del colono sea finalizar la relación arrendaticia.

Si el conductor desocupa la finca o explotación fuera de los supuestos contemplados, estará incumpliendo una de sus obligaciones y el arrendador tendrá derecho a reclamarle una indemnización consistente en el importe de la renta que debería abonar por el plazo que deja

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 13ª, de 10 de mayo de 2001, rec. 262/2000.

³⁸ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. *Boletín Oficial del Estado* de 25 de noviembre de 1994, n° 282, pp. 36129-36146.

El artículo 9.1 dispone:

“El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario, si esta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición”.

Resulta también partidaria de la aplicación analógica MAS BADÍA, M. D. “Capítulo IV”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre... op. cit.*, pp. 280-281.

de cumplir. También dará lugar a una indemnización por los daños y perjuicios causados el hecho de que arrendatario no restituya la finca cuando el arrendador se lo haya requerido en los términos expuestos.

5.2. Pérdida o expropiación forzosa del bien arrendado

Según establece el artículo 24.a), el arrendamiento finaliza obligatoriamente en caso de pérdida o expropiación forzosa que afecten a la totalidad del bien arrendado. Si se produce una pérdida parcial, esto es, que implique que la finca sufra unos daños irreparables que reduzcan su productividad, o una expropiación de la misma naturaleza, el arrendatario podrá optar entre dar por terminado el contrato o continuar en el mismo, en cuyo caso la renta será disminuida proporcionalmente.

Por otra parte, en caso de pérdida total o parcial causada por culpa o dolo de uno de los contratantes, la contraparte tendrá derecho a la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios sufridos, en los términos fijados por los artículos 1101 y 1556 del Código Civil³⁹; pero si la pérdida se debe a un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, no existirá tal derecho.

5.3. Mutuo disenso

El apartado c) del artículo 24 prevé, como causa de terminación del arrendamiento, el mutuo acuerdo de las partes, también conocido como “mutuo disenso” o “desistimiento mutuo”. El mutuo acuerdo es causa de terminación de todas las relaciones obligatorias, por ello el *quid* de la cuestión reside en que, teniendo en cuenta que el artículo 12.1 LAR 2003 tiene carácter imperativo, el mutuo disenso únicamente producirá la terminación del contrato si han transcurrido, al menos, cinco años desde su celebración⁴⁰.

5.4. Desistimiento unilateral del arrendatario

El apartado d) del artículo 24 establece que el contrato terminará por desistimiento unilateral del arrendatario, cuando finalice el año agrícola, si bien deberá notificárselo al arrendador con un año de antelación.

A pesar de que el precepto no lo indique expresamente —a diferencia de lo que ocurría con la LAR 1980—, la doctrina mayoritaria entiende que esta causa de terminación del contrato se refiere únicamente al periodo de prórrogas tácitas reguladas por el artículo 12 LAR 2003, de manera que el arrendatario no tiene la facultad de terminar el contrato por desistimiento

³⁹ El artículo 1101 del Código Civil dispone:

“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia, morosidad, y lo que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”.

Por su parte, la redacción del artículo 1556 es la siguiente:

“Si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente”.

⁴⁰ En este sentido, ATIENZA NAVARRO y MAS BADÍA sostienen:

“Creo que al igual que se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor (artículo 12.1 LAR), será nulo cualquier acuerdo posterior que pretenda ese mismo efecto. De esa forma, además, se evitará el posible fraude que podría darse si arrendador y arrendatario pudieran impedir la aplicación del artículo 12 LAR y, sobre todo, la posibilidad de que el primero presionara al segundo para burlar de ese modo la imperatividad del precepto”. ATIENZA NAVARRO, M. L., MAS BADÍA, M. D. y MONTÉS RODRÍGUEZ, M. P. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre...* *op. cit.*, p. 548.

En sentido contrario, CUESTA SÁENZ y POVEDA BERNAL afirman:

“Ciertamente se puede afirmar que el *contrarius consensus* que refleja la norma que nos ocupa, supone convertir en renunciabile el plazo de duración mínimo legal, porque el pactado siempre lo sería”. CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*... *op. cit.*, p. 491.

unilateral cuando este se encuentre en vigor por no haber transcurrido el plazo acordado por las partes o, en caso de inexistencia de acuerdo, el plazo legal de cinco años⁴¹.

5.5. Fallecimiento del arrendatario

El artículo 24.e) dispone que el arriendo termina por fallecimiento del locatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos, y regula el orden de prelación de estos para subrogarse en la posición del finado, sin que el ejercicio de tal derecho compute en el cálculo de las legítimas, toda vez que, a pesar de tener como causa el fallecimiento del causante, al igual que la herencia, no forma parte de ella.

5.6. Extinción de la persona jurídica o comunidad de bienes constitutiva de la figura del arrendatario

Nada obsta para que el arrendatario sea una persona jurídica o una comunidad de bienes, ya que ambas posibilidades se encuentran contempladas en el artículo 9 LAR 2003. Si la persona jurídica o la comunidad de bienes se extingue en virtud de sus normas reguladoras, una de las partes contractuales desaparece, siendo esta la causa de terminación del arrendamiento prevista en la letra f) del artículo 24.

5.7. Extinción del derecho del arrendador

El apartado g) del artículo 24 dispone que el contrato termina por resolución del derecho del arrendador, si bien entendemos que la finalización del arrendamiento se produce por cualquier causa de extinción del mismo, en determinados supuestos, y no sólo por resolución⁴².

De conformidad con el artículo 10 LAR 2003, pueden ser arrendadores los titulares de un derecho real de goce. En tales supuestos, el contrato finalizaría en el momento en el que se extinguiera el derecho de goce del arrendador, salvo que no hubiera terminado el año agrícola, en cuyo caso la duración del contrato se extendería hasta que el mismo llegara a su fin. Asimismo, si el propietario del bien arrendado hubiera aceptado expresamente las condiciones del contrato de arrendamiento, la duración del mismo sería la convenida por las partes.

5.8. Resolución o rescisión del contrato en los supuestos legalmente contemplados

Como determina el artículo 24.h), el contrato finaliza cuando se resuelve o rescinde en los casos previstos por la LAR 2003 y por el Código Civil –en especial, cuando procede la aplicación de los artículos 1124 y 1290 y siguientes–.

5.8.1. Diferencias entre “resolución” y “rescisión”

Atendiendo a que la LAR 2003 y el Código Civil emplean equívocamente, en más de una ocasión, los términos “resolución” y “rescisión”, apuntaremos las diferencias básicas entre ambas figuras.

⁴¹ A este respecto, véase MAS BADÍA, M. D. “Capítulo IV”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre...* op. cit., p. 285.

No obstante, POVEDA BERNAL sostiene que “si la entrega se hace con anterioridad al término contractual, deberá ser consecuencia del ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral”, con lo que en opinión de esta autora, el arrendatario tiene la facultad de desistir del contrato en cualquier momento, no sólo en los casos en los que nos hallemos ante una prórroga. *Vid.* POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo IV. Duración del arrendamiento”. En CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Iustel, 2006, p. 284.

⁴² *Vid.* ATIENZA NAVARRO, M. L., MAS BADÍA, M. D. y MONTÉS RODRÍGUEZ, M. P. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre...* op. cit., p. 563.

La resolución funciona en las relaciones recíprocas o sinalagmáticas, en dos casos: a) como forma de reacción ante el incumplimiento de la contraparte de alguna de sus obligaciones; b) como consecuencia de la modificación extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de la formalización del contrato, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴³. En concreto, el artículo 1124 del Código Civil dispone:

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

En cambio, la rescisión es una categoría de ineficacia del contrato de carácter excepcional que opera en los contratos que, habiendo sido celebrados válidamente, pueden dar lugar a un resultado injusto o contrario a Derecho⁴⁴. Su naturaleza subsidiaria y excepcional se desprende del artículo 1290 del Código Civil, que establece que “los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley”, del artículo 1293, conforme al cual “ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1 y 2 del artículo 1291”, y del artículo 1294, que afirma taxativamente que “la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”. Por su parte, el artículo 1291 concreta lo siguiente:

“Son rescindibles:

1. Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.
2. Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que estos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.
3. Los celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.
4. Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.
5. Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley”.

Asimismo, el artículo 1292 añade:

“Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos”.

⁴³ En esta línea, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II (El contrato en general. La obligación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual)... *op. cit.*, pp. 247-251.

⁴⁴ Entre otros, puede verse DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II (El contrato en general. La obligación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual)... *op. cit.*, pp. 112-115.

5.8.2. Las causas de resolución establecidas por la LAR 2003

La LAR 2003 prevé la procedencia de la resolución del contrato en los artículos 10, 18.3, 19, 25 y 26, aunque, en ciertos casos, emplea equívocamente el término “rescisión”. Dado que el estudio del artículo 10 ha sido abordado en el apartado referido a la terminación del contrato por extinción del derecho del arrendador, comenzaremos con el examen del artículo 18.3, que dispone

“Cuando por causa de fuerza mayor la finca arrendada sufra daños no indemnizables, cuya reparación tenga un coste superior a una anualidad de renta, no estará obligado el arrendador a dicha reparación, debiendo comunicárselo al arrendatario en tal sentido, el cual podrá optar por rescindir el contrato, comunicándose por escrito al arrendador o continuar el arriendo con la disminución proporcional de la renta a que hubiese lugar”.

El supuesto de hecho contemplado en el este precepto constituye una pérdida parcial de la finca, que es una de las causas de terminación del arrendamiento, según se establece el apartado a) del artículo 24 LAR45. Por ello, resulta incomprensible el motivo por el cual en el artículo 18.3 el legislador emplea el término “rescisión” y no el de “terminación” –o “resolución”– utilizado en el artículo 24.a), cuando el supuesto previsto en el primero no es sino una modalidad del fijado en el segundo⁴⁶. El resultado lesivo previsto en el artículo 18.3 no constituye una causa de rescisión, toda vez que no es consecuencia del contrato, sino del hecho de que se producen unos daños que no son indemnizables, por ser inimputables y por tener un coste excesivo.

Por otra parte, en virtud de lo dispuesto por el artículo 19.1 LAR, el arrendador ha de realizar todas aquellas obras, mejoras o inversiones que deban realizarse en la finca arrendada por disposición legal, por resolución judicial o administrativa firmes o por acuerdo firme de la comunidad de regantes sobre la modernización de regadíos para el cambio de sistema de riego. No obstante, en el caso de que estas acciones impliquen el aumento de la producción de la finca o explotación, el locador tendrá derecho a un incremento proporcional de la renta, siempre y cuando el arrendatario la acepte; en caso contrario, el arrendador podrá rescindir el contrato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19.2:

“Cuando las obras, mejoras o inversiones a que alude el apartado anterior sean de tal entidad y naturaleza que, excediendo de la natural conservación de la finca, supongan una transformación que redunde en el incremento de la producción, el arrendador tendrá derecho a la revalorización proporcional de la renta y, en su caso, a la rescisión del contrato, cuando el arrendatario no estuviere conforme con dicha revalorización”.

Duda SÁNCHEZ HERNÁNDEZ acerca de si la norma, al emplear el término “rescisión”, cae en error, puesto que, según este autor, cabe la posibilidad de que el vocablo adecuado fuera el de “resolución”, basándose en que el contrato debería dejar de surtir efectos como consecuencia del incumplimiento por parte del arrendatario de su obligación de satisfacer el importe de la renta⁴⁷. En cambio, consideramos que en este caso no procedería la resolución del contrato, sino su rescisión, puesto que, a nuestro entender, del artículo 19.2 en ningún caso

⁴⁵ El artículo 24.a) LAR, analizado en el epígrafe “Pérdida o expropiación forzosa del bien arrendado”, dispone que el arrendamiento termina:

“Por pérdida total de la cosa arrendada y por expropiación forzosa cuando sea también total; si la pérdida es sólo parcial, el arrendatario tiene opción para continuar en el arriendo, y lo mismo en el caso de expropiación forzosa, reduciendo proporcionalmente la renta. En este último supuesto, además, el arrendatario tiene derecho a la indemnización que haya fijado la Administración”.

⁴⁶ En el mismo sentido se expresan ATIENZA NAVARRO, M. L. y MAS BADÍA, *Vid. M. D. ATIENZA NAVARRO, M. L., MAS BADÍA, M. D. y MONTÉS RODRÍGUEZ, M. P. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre... op. cit., p. 542.*

⁴⁷ *Vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á. “Capítulo VI: Gastos y mejoras”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 326-327.*

se deduce que el arrendatario tenga la obligación inexorable de abonar la renta incrementada, de modo que, de no aceptar la revalorización, no estaría incumpliendo ninguno de los deberes que le corresponden. Resulta acertada la redacción de la norma, en tanto emplea el término “rescisión”, dado que lo procedente sería que el contrato deviniera ineficaz para evitar la producción del resultado indudablemente injusto consistente en que el arrendador habría visto disminuido su patrimonio como consecuencia de la ejecución de las mejoras, sin obtener a cambio una revalorización de la renta.

Teniendo en cuenta que la realización de las mejoras expuestas constituye una obligación del arrendador, si se negara a efectuarlas, entraría en juego el artículo 1098 del Código Civil, en virtud del cual el arrendatario podría ejecutarlas a costa del primero o resolver el contrato⁴⁸.

Por lo que respecta al artículo 25, enumera las causas de resolución del arrendamiento a instancia del arrendador, que analizaremos a continuación:

a) La primera causa, prevista en el apartado a) del artículo 25, es la siguiente:

“Falta de pago de las rentas y de las cantidades asimiladas a la misma, sin perjuicio del derecho de enervación de la acción de desahucio en los mismos términos previstos en las leyes procesales para los desahucios de fincas urbanas”.

La principal obligación del arrendatario es el abono de la renta o, en su caso, de las cantidades asimiladas a la renta, de manera que su incumplimiento supone una causa de resolución del contrato.

Cuando el arrendador ejercita la acción resolutoria prevista en el artículo 25.a), será el locatario quien deberá acreditar que ha cumplido correctamente con sus obligaciones para evitar que la resolución tenga efecto, lo cual resulta sencillo, dado que el artículo 14.2, de carácter imperativo, obliga al arrendador a entregar al locatario recibo del pago.

b) El apartado b) fija la siguiente causa de resolución:

“Incumplir gravemente la obligación de mejora o transformación de la finca, a las que el arrendatario se hubiese comprometido en el contrato y a aquellas otras que vengan impuestas por norma legal o resolución judicial o administrativa”.

Existen dudas acerca de si este precepto resulta de aplicación al incumplimiento de la ejecución de mejoras y transformaciones propias de los arrendamientos ad meliorandum –que son aquellos en los que la renta consiste en la mejora o transformación de la finca– o si se refiere a las mejoras a las que el colono viene obligado en virtud del artículo 20 LAR 2003. Nos inclinamos por la segunda opción⁴⁹. El argumento más contundente que apoya nuestra tesis consiste en que el artículo 25.b) se refiere no sólo a la mejora o transformación a la que el arrendatario estuviera obligado por contrato, sino también a la que estuviera obligado por ley o resolución judicial o administrativa. Teniendo en cuenta que el arrendamiento ad meliorandum únicamente procede por acuerdo expreso de las partes, queda patente que el supuesto de hecho del artículo 25.b) no se agotaría con la aplicación de la primera de las opciones planteadas, sino que tendría un contenido más amplio. Además, cuando el arrendatario incumple la obligación de mejora o transformación en un arrendamiento ad meliorandum, lo que en realidad hace es dejar de abonar una modalidad de renta, y el impago de rentas como causa de resolución se encuentra previsto en el artículo 25.a), por lo que, si

⁴⁸ El artículo 1098 del Código Civil establece:

“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.

⁴⁹ La misma opinión comparte ATIENZA NAVARRO, M. L., MAS BADÍA, M. D. y MONTÉS RODRÍGUEZ, M. P. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre... op. cit.*, p. 576.

optáramos por la primera de las premisas, el artículo 25.b) sería redundante. En consecuencia, el artículo 25.b) se refiere exclusivamente al incumplimiento grave, por parte del arrendatario, de la obligación de realizar las mejoras previstas en el artículo 20 LAR 2003.

c) El apartado c) dispone como causa de resolución del contrato

“no explotar la finca, aun parcialmente, o destinarla, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos a los previstos contractualmente, salvo en los casos impuestos por programas y planes, cuyo cumplimiento sea necesario para la percepción de ayudas o compensaciones en aplicación de la normativa estatal, autonómica o comunitaria aplicable”.

De este modo, son causas de resolución: a) que el arrendatario ni siquiera intente obtener rendimientos de la finca; b) que destine la finca a aprovechamientos diferentes a los establecidos en el contrato (por ejemplo, si contractualmente se previó un destino forestal y el colono destina la finca al aprovechamiento agrícola o ganadero); c) que no la explote como lo haría un buen cultivador; d) que deje sin explotar una parte de la finca. En el caso de que el locatario emplee la técnica del barbecho, que consiste dejar de sembrar la tierra durante un lapso de tiempo, no nos hallaríamos ante una falta de explotación parcial, dado que, a través de esta fórmula, estaría persiguiendo el fin de obtener una mayor productividad.

No obstante, existe una excepción que impide que, aun produciéndose una de las causas analizadas, proceda la resolución del contrato: que halla sido llevada a cabo para percibir ayudas o compensaciones, en cumplimiento de la normativa estatal, autonómica o comunitaria.

d) El apartado d) fija como causa de resolución

“subarrendar o ceder el arriendo con incumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 23”,

A grandes rasgos, los requisitos contemplados en el mencionado precepto son los siguientes: a) que se cumplan los términos acordados por las partes; b) que no se subarriende o ceda una parte de la finca o explotación, sino su totalidad; c) que la cesión o el subarriendo se otorguen por todo el tiempo que resta del plazo del arrendamiento; d) que la renta no supere la pactada entre el arrendador y el locatario; e) que el locador otorgue su consentimiento expresamente, salvo que el subarrendatario o cesionario sea el cónyuge o un descendiente del conductor.

e) La aparición sobrevenida de alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 7.1 es la causa de resolución prevista en el artículo 25.e).

Las circunstancias fijadas por el artículo 7.1 LAR 2003⁵⁰ consisten en que el bien arrendado sea una finca que constituya suelo urbano o urbanizable o que sea accesoria de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico –siempre que el rendimiento distinto del rústico sea superior en más del doble a este–. Pues bien, si tales circunstancias se presentan en el momento en el que se formaliza el contrato, no se aplicará la LAR 2003, sino la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero, si aparecen de forma sobrevenida tras la celebración del contrato, el arrendador tendrá derecho a su resolución, siempre y cuando

⁵⁰ Recordemos el contenido exacto del artículo 7.1 LAR 2003:

“Tampoco se aplicará esta ley a los arrendamientos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de conformidad con el título I de la misma, o aquéllos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas en que concurran alguna de las circunstancias siguientes:

a) Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable al que se refiere el artículo 27.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

b) Ser accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento distinto del rústico sea superior en más del doble a este”.

dirija un preaviso al locatario con un año de antelación, pues así lo dispone el apartado 2 del artículo 7⁵¹.

Como puede observarse, los supuestos contemplados en el artículo 25.e) no implican el incumplimiento de obligación alguna por parte del arrendatario, motivo por el cual hay autores que consideran que este precepto no debería emplear el término “resolución”, sino “extinción”⁵². Pero lo cierto es que la resolución no opera únicamente en caso de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a una de las partes, sino también en caso de modificación sobrevenida de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, que ocasione una gran desproporción entre las prestaciones de los contratantes⁵³, por lo cual, en nuestra opinión, el uso del término “resolución” resulta correcto.

- f) El artículo 25.f) prevé como causa de resolución causar graves daños en la finca, si interviene dolo o negligencia manifiesta.

Según el artículo 1555 del Código Civil, el locatario tiene el deber de utilizar el bien arrendado con la diligencia de un buen padre de familia, esto es, con la diligencia media de un buen cultivador. Si incumple esta obligación, según el artículo 1556 del mismo cuerpo legal, el locador podrá pedir “la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente”. Sin embargo, la LAR 2003, a fin de proteger al arrendatario, exige algo más para que el arrendador pueda resolver el contrato: que el locatario haya actuado con dolo o negligencia manifiesta y que haya causado daños de carácter grave en la finca. En consecuencia, si el arrendatario no ha actuado dolosa o negligentemente o si los daños causados no son graves, el arrendador únicamente tendrá derecho a la indemnización de los mismos, pero no a resolver el contrato.

En este punto, realizaremos una reflexión relativa al empleo del término “rescisión” por el artículo 1556 del Código Civil y del término “resolución” por el artículo 25 LAR 2003. Entendemos que lo adecuado es hablar de resolución, ya que el supuesto de hecho implica el incumplimiento de una de las obligaciones asumidas por el arrendatario. Este punto ha sido estudiado por diversos autores y la doctrina mayoritaria concluye en los términos expuestos⁵⁴. El mismo criterio ha seguido el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de noviembre de 1988:

“Al haber incumplido el demandado la obligación que le incumbía de entregar el local dado en arrendamiento, al no suponer esa entrega el hacerlo sin posibilidad de aplicación del destino pactado, generó la sanción resolutoria que, por modo genérico, reconoce dicho artículo 1124, con proyección específica asimismo en el artículo 1556 del mismo Código, pues que el carácter especial de éste no excluye los efectos que aquel genéricamente considera sin alteración de efectos en el ámbito de la resolución contractual”⁵⁵.

⁵¹ El tenor de este precepto es el siguiente:

“Si, vigente el contrato, sobreviniera alguna de las circunstancias determinadas en el apartado anterior, el arrendador podrá poner término al arrendamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 25, mediante un plazo de preaviso de un año. Ello se aplicará igualmente al arrendamiento de explotaciones, cuando las circunstancias contempladas afecten a las fincas que las integran o a otros de sus elementos en una proporción superior al 50 por ciento”.

⁵² En esta línea, *vid.* ATIENZA NAVARRO, M. L., MAS BADÍA, M. D. y MONTÉS RODRÍGUEZ, M. P. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre...* *op. cit.*, pp. 588-589.

⁵³ *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II (El contrato en general. La obligación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual)... *op. cit.*, p. 251.

⁵⁴ *Vid.* M. D. ATIENZA NAVARRO, M. L., MAS BADÍA, M. D. y MONTÉS RODRÍGUEZ, M. P. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre...* *op. cit.*, p. 596.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1988, nº 878/1988.

Una vez que el artículo 25 LAR termina de detallar las causas por las que el arriendo puede ser resuelto por el arrendador, el artículo 26 dispone:

“Tanto el arrendador, como el arrendatario, podrán rescindir el contrato por el incumplimiento de la otra parte de la obligación de satisfacer gastos de conservación y mejoras, en los términos de los artículos 18, 19 y 20 de esta Ley”.

Este precepto emplea inadecuadamente el término “rescisión”, ya que, como hemos explicado anteriormente, según el artículo 1124 del Código Civil, el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones da las partes origina la resolución del contrato. Además, el artículo 18.2, al que se refiere el artículo 26, habla expresamente de “resolución”⁵⁶.

Como hemos visto, el artículo 25.b) exige que el incumplimiento de la obligación de mejora correspondiente al arrendatario sea grave para que el arrendador ostente el derecho a resolver el contrato. En cambio, el artículo 26 no exige tal gravedad para que opere la rescisión –en realidad, la resolución–. Esto significa que el arrendatario puede resolver el contrato cuando el arrendador incumple las obligaciones relativas a las mejoras reguladas por los artículos 18 y 19 LAR 2003, sin que se exija que se trate de un incumplimiento grave; sin embargo, para que el arrendador pueda resolver el contrato porque el arrendatario haya incumplido las obligaciones referidas a las mejoras previstas en el artículo 20, deberá tratarse de un incumplimiento grave.

5.8.3. Otras causas de resolución

En aquellas comunidades autónomas en las que exista Derecho civil propio que regule el contrato de arrendamiento rústico, se aplicará con preferencia a la LAR 2003, por lo que la terminación del arrendamiento también tendrá lugar cuando concorra alguna de las causas de resolución previstas en la normativa autonómica correspondiente.

También procederá la terminación del arrendamiento si concurre alguna causa de resolución que las partes hubieran establecido de mutuo acuerdo, dado que los pactos celebrados por las partes que no se opongan a las disposiciones imperativas de la LAR 2003 se aplican con preferencia a lo dispuesto por esta.

6. LA RENTA

6.1. Concepto

La LAR 2003 regula la renta en su Capítulo V, compuesto por los artículos 13 a 16. Aunque no define su concepto, podemos afirmar que se trata del precio a abonar por el arrendatario al arrendador, en virtud de lo dispuesto por distintos preceptos del Código Civil. En concreto, el artículo 1543 establece que, en el arrendamiento de cosas, el arrendatario debe entregar un precio cierto como contraprestación al goce o uso de la cosa de la que podrá disfrutar durante un tiempo determinado, y en el primer apartado del artículo 1555 se afirma que el arrendatario debe abonar el precio del arrendamiento en los términos acordados. En el mismo sentido, el artículo 1547 determina:

⁵⁶ Respecto a los tres preceptos mencionados (artículos 18, 19 y 20), únicamente operaría la rescisión, y no la resolución, a favor del arrendador, en caso de que el arrendatario no estuviera de acuerdo en abonar la renta revalorizada a la que hace referencia el artículo 19.2; sin embargo, el arrendatario tendría derecho a la resolución del contrato si el arrendador incumpliera la obligación establecida en el artículo 19.1.

“Cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule”.

La renta es el precio cierto del contrato, que también toma la denominación de alquiler, canon o colonia, aunque el empleo de estos términos resulta inusual⁵⁷. Se trata del elemento real del contrato que constituye la principal obligación del locatario, como contraprestación a realizar por el disfrute y la posesión pacífica del bien arrendado, que deben ser garantizados por el arrendador.

El deber de abonar la renta constituye una obligación de tracto sucesivo y, a diferencia de la renta a abonar en el contrato de arquería, debe ser fija.

Ya en el artículo 1.1 LAR 2003 la renta queda estipulada como un elemento esencial del contrato, siendo esta la razón por la cual su impago constituye una de las causas por las que el arrendador puede instar la resolución del mismo.

6.2. La renta no dineraria

La expresión “renta en especie” hace referencia a cosas fungibles, esto a es, a cualquier tipo de bien determinado que pueda ser reemplazado por otro de la misma calidad (normalmente, frutos, productos agrícolas o cabezas de ganado).

El artículo 13.1 LAR 2003 dispone:

“La renta se fijará en dinero y será la que libremente estipulen las partes. No obstante, si la fijaran en especie o parte en dinero y parte en especie, llevarán a cabo su conversión a dinero”.

De este modo, la renta debe ser fijada en dinero, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior a la LAR 1980 –en concreto con la Ley de 23 de julio de 1942⁵⁸ y el Reglamento de 29 de abril de 1959⁵⁹–, conforme a la cual la renta debía ser establecida en una concreta cantidad de trigo. Con la LAR 2003, en el supuesto de que las partes estipulen una renta en especie o mixta, deberán transformarla en dinero, utilizando unas tablas de equivalencia, y la cláusula contractual en virtud de la cual los contratantes acuerden excluir la conversión de la renta en dinero resultará ilícita⁶⁰. La LAR 2003 deja en manos de la autonomía privada la determinación del momento en el que debe llevarse a cabo la conversión, pero, a falta de pacto, y como consecuencia de la falta de regulación de estos extremos por parte de la LAR, entendemos que la conversión debería ser efectuada en el momento del devengo de la renta.

No obstante, la LAR 2003 no fija sanción alguna para el caso de que se incumpla la obligación de fijar la equivalencia en dinero de la renta pactada en especie, por lo que podría cuestionarse la eficacia de la norma que obliga a hacerlo. Podríamos considerar que, cuando se fija una renta en especie sin transformarla en dinero, se debería realizar el pago en especie⁶¹. En opinión de VICENTE DOMINGO, incluso en los casos en los que se ha realizado la conversión, nada impide que la renta concertada en especie sea pagada en

⁵⁷ Véase CASAS-MERCADÉ, F. *Arrendamientos sobre finca rústica... op. cit.*, p. 5.

⁵⁸ Ley de 23 de julio de 1942, por la que se modifican algunas disposiciones vigentes sobre arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 1 de agosto de 1942, n° 213, pp. 5654-5660.

⁵⁹ Decreto 745/1959, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 7 de mayo de 1959, n° 109, pp. 6694-6713.

⁶⁰ Entre otros, puede verse ATIENZA NAVARRO, M. L., y COLLEL DOMINGO, E. “Capítulo V”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, p. 294.

⁶¹ En esta línea, *vid.* CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)... op. cit.*, p. 295.

especie⁶². Con la LAR 1980, en tal caso, las partes no tenían la obligación de llevar a cabo la citada conversión, salvo que una de ellas lo exigiera.

Lo que resulta incuestionable es que el precio estipulado como renta debe ser cierto, pues el artículo 1543 del Código Civil resulta taxativo al respecto, con lo que cabe preguntarse si en los supuestos en los que se concierta una renta en especie o mixta (parte en especie y parte en dinero) se cumple o no con esta exigencia. La respuesta debe ser afirmativa, siempre que la cantidad y calidad de los frutos queden determinadas en el contrato o puedan ser determinadas posteriormente sin necesidad de realizar un nuevo pacto⁶³. En estos casos, el locatario deberá pagar la renta, incluso en el caso de que la cosecha haya sido nula, atendiendo a que el riesgo del cultivo no debe ser asumido por el arrendador.

Por otra parte, en este punto debemos referirnos a una modalidad especial de pago de la renta, que da lugar al denominado “arrendamiento ad meliorandum” y que se regula en la Disposición adicional primera de la LAR 2003, que dispone:

“En las mejoras de modernización de explotaciones o de transformación de fincas, las partes podrán convenir, al otorgar el contrato o en otro momento posterior, que la renta consista, en todo o en parte, en la mejora o transformación a realizar”.

De este modo, la renta podrá consistir, en todo o en parte, en la mejora o transformación a realizar únicamente en los casos en que los contratantes así lo hayan acordado expresamente.

6.3. La actualización de la renta

El artículo 13.2 LAR 2003 regula la actualización de la renta, como defensa ante la inflación o deflación monetaria y el correlativo aumento o disminución de los precios. Es la denominada “cláusula de estabilización” de los contratos de tracto sucesivo. Este precepto sostiene:

“Las partes podrán establecer el sistema de actualización de renta que consideren oportuno. Pactada la actualización, a falta de estipulación en contrario, la renta se actualizará para cada anualidad por referencia al índice de precios al consumo”.

De este modo, impera la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de acordar o no la actualización de la renta y del sistema a emplear para ello, en su caso. Así, las partes pueden llevar a cabo tres conductas en relación con este tema: a) no efectuar pacto alguno en relación con la actualización de la renta, en cuyo caso esta no será actualizada; b) acordar la actualización, pero sin referirse al sistema a emplear, lo cual dará lugar a que la renta se actualice en el modo establecido por la LAR 2003, es decir, por referencia al Índice de Precios al Consumo (IPC)⁶⁴; c) acordar la actualización y el sistema para llevarla a cabo, que será el que rija en el momento en el que proceda dicha actualización.

Pactada la actualización, deberá ser llevada a cabo anualmente, siempre que el arrendador se lo exija al locatario, puesto que la misma no opera automáticamente ni el arrendatario tiene obligación alguna de calcular el incremento o disminución de la renta. Pero, ¿cuál será el importe a tomar como base? El legislador guarda silencio, si bien, por aplicación analógica de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, podemos afirmar que deberá seguirse el criterio acumulativo, esto es, se tendrá en cuenta la renta de la

⁶² Véase AMAT LLOMBART, P., y VICENTE DOMINGO, E. “Capítulo V: Renta”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 271.

⁶³ *Vid.* AMAT LLOMBART, P., y VICENTE DOMINGO, E. “Capítulo V: Renta”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos... op. cit.*, p. 268.

⁶⁴ En la LAR 1980 se optó por el último índice anual de precios percibidos por el agricultor, establecido por el Ministerio de Agricultura.

anualidad anterior revalorizada, no la renta inicial. En este sentido, es reiterada la jurisprudencia que se inclina por esta opción. En concreto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de enero de 1993, dictaminó:

“Es doctrina reiterada de esta Sala que, salvo pacto en contrario, ha de seguirse el criterio acumulativo, es decir, que, sin perjuicio de operar en la primera actualización sobre la renta pactada, en las sucesivas ha de hacerse sobre la renta inmediatamente precedente, ya incrementada”⁶⁵.

En los mismos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1992 manifiesta:

“El tema de sobre qué renta han de aplicarse las cláusulas de revalorización pactada en los contratos de arrendamiento viene resuelto por la actual doctrina de esta Sala, en el sentido de aplicar el criterio acumulativo; consiguientemente y a salvo de la primera revalorización, que evidentemente ha de operarse sobre la renta inicialmente pactada, para establecer las siguientes ha de tomarse la renta que resulte de la precedente”⁶⁶.

6.4. La renta alzada

Existe la posibilidad de que arrendador y arrendatario acuerden, como renta, una cantidad alzada para todo el tiempo que dure el contrato. En este caso, y salvo pacto en contrario, entrará en juego el artículo 13.3. LAR 2003, que mantiene:

“Cuando el precio se fije en una cantidad alzada para todo el tiempo del arrendamiento, se dividirá por la duración anual pactada para determinar la cantidad que habrá de ser pagada cada año”.

Este precepto tiene carácter dispositivo, por lo que nada impide que los contratantes acuerden que el pago de la renta se efectúe por periodos inferiores o superiores al año, o incluso de forma anticipada⁶⁷, lo cual se encuentra en perfecta consonancia con lo afirmado en el primer inciso del artículo 14, que también carece de carácter imperativo:

“El pago de la renta se verificará en la forma y lugar pactados y, en defecto de pacto o costumbre aplicable, se abonará en metálico por años vencidos en el domicilio del arrendatario”.

6.5. El lugar de pago de la renta

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 14, la forma y el lugar de pago, será el acordado por las partes; en defecto de pacto, será el establecido por la Costumbre y, sólo en ausencia de esta, se aplicará el criterio legal, consistente en que el pago se realice en el domicilio del arrendatario o, lo que es lo mismo, en el lugar de su residencia habitual –que no tiene por qué estar próximo a la finca arrendada–, ya que el párrafo primero del artículo 40 del Código Civil determina:

“Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

No obstante, en los casos en los que proceda la aplicación de lo establecido por el artículo 14, a pesar de que el pago debería ser efectuado en el domicilio del colono –debiendo ir el arrendador a dicho lugar para que el pago pueda materializarse–,

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1993, rec. 3368/1990.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1992, rec. 394/1990.

⁶⁷ El artículo 33 LAR 1980 prohibía expresamente el pago anticipado de rentas por más de un año.

atendiendo al principio de buena fe, el arrendatario quedaría liberado del pago si consignara la cantidad a abonar en una cuenta corriente de la que fuera titular el arrendador conforme a los artículos 1176 a 1181 del Código Civil⁶⁸.

6.6. El justificante de pago

El segundo inciso del artículo 14 dice que “el arrendador deberá entregar al arrendatario recibo del pago”, lo cual constituye una novedad de la LAR 2003 respecto a la LAR 1980. Existen dudas acerca de si este precepto tiene carácter dispositivo o imperativo y, por tanto, de si cabe realizar un pacto en virtud del cual se liberalice al locador de la obligación de emitir un recibo por el pago de la renta. Nos inclinamos por considerar que no cabe pacto en contrario de este artículo, por lo que entendemos que la cláusula por la que las partes llegaron al mencionado acuerdo debería ser nula.

6.7. Las cantidades asimiladas a la renta

El artículo 15 regula el régimen aplicable a las cantidades que, tras haber sido abonadas por el arrendador, pueden ser repercutidas al colono, considerándolas “cantidades asimiladas a la renta” y, en consecuencia, susceptibles de dar lugar al derecho del locador a resolver el contrato, en los términos del apartado a) del artículo 25 LAR 2003. En concreto, el artículo 15 dispone:

“1. Todas las cantidades que hubiese de pagar el arrendador y que por disposición legal sean repercutibles al arrendatario podrán ser exigidas por aquel desde el momento en que las haya satisfecho, expresando el concepto, importe y disposición que autorice la repercusión.

2. El impago de tales cantidades equivaldrá al impago de la renta.

3. El derecho a repercutir prescribirá al año de haberse efectuado el pago por el arrendador”.

Las cantidades a las que se refiere este precepto son las derivadas de tributos, gravámenes y gastos relativos no a la propiedad de la finca o explotación, sino a la posesión de la misma, y que, por disposición legal, sean repercutibles. Tan pronto como el arrendador abone dichas cantidades, tendrá derecho a repercutirlas al arrendatario, siempre y cuando indique la disposición que autorice la repercusión, el concepto y el importe y no haya transcurrido un año desde que efectivamente realizó el pago, que constituye el plazo especial de prescripción extintiva. Asimismo, nada impide que las partes acuerden la repercusión de conceptos no contemplados por la Ley.

7. LA FORMA

En palabras de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN:

“La forma, ante todo, debe considerarse como un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de la voluntad, que es su médula, necesita exteriorizarse, darse a conocer ante los demás. En tal sentido, forma es equivalente a medio de exteriorización de la voluntad (palabra, escritura, conducta)”⁶⁹.

⁶⁸ En el mismo sentido se manifiestan ATIENZA NAVARRO, M. L., y COLLEL DOMINGO, E. “Capítulo V”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y MAS BADIÁ, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre...* op. cit., p. 304.

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I/III (Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual). 2ª edición. Madrid: Ed. Tecnos, 1998, p. 39.

El artículo 11 LAR 2003, que conforma el Capítulo III, regula la forma del contrato de arrendamiento rústico.

7.1. La exigencia de forma escrita

El primer párrafo del artículo 11.1 dispone:

“Los contratos de arrendamiento deberán constar por escrito. En cualquier momento, las partes podrán compelerse a formalizarlos en documento público, cuyos gastos serán de cuenta del solicitante. También podrán compelerse a la constitución del inventario de los bienes arrendados”.

El precepto comienza exigiendo taxativamente la forma escrita del contrato, con lo que parece oponerse al principio de libertad de forma en la contratación consagrado en el artículo 1278 del Código Civil y constituir una de las posibilidades para la aplicación del artículo 1279 del mismo cuerpo legal⁷⁰. Esto es, la LAR exige que el contrato conste por escrito, pero no necesariamente en documento público, sino que basta con que se trate de un documento privado; no obstante, en el supuesto de que una de las partes manifieste a la otra su deseo de elevar el contrato a escritura pública, la parte compelida deberá hacerlo y, en caso de negativa, su voluntad podrá ser doblegada por la manifestada por la autoridad judicial. De este modo, el contrato tiene plena eficacia desde el momento en el que es otorgado en documento privado.

Pero, ¿la forma escrita es un elemento constitutivo del contrato? ¿Acaso los contratos celebrados de forma verbal no surten efectos desde la fecha de su celebración? Consideramos que la exigencia formal es un requisito de forma ad probationem o ad utilitatem, atendiendo, especialmente, al hecho de que los supuestos de forma ad solemnitatem constituyen una excepción al principio general de libertad de forma consagrado en el artículo 1278 del Código Civil y que únicamente proceden en los negocios jurídicos celebrados a título gratuito. De este modo, el contrato sería válido, es decir, no adolecería de un vicio insubsanable y, en consecuencia, no sería nulo de pleno Derecho (como ocurriría en el supuesto de que la forma escrita se exigiera ad solemnitatem)⁷¹. Nada impediría que las partes celebraran un contrato de arrendamiento rústico de forma verbal; si, posteriormente, los contratantes se compelieran al otorgamiento de escritura pública, esta confirmaría un contrato válidamente celebrado, no nacería uno nuevo⁷².

De este modo, el Código Civil admite la validez del contrato de arrendamiento concertado verbalmente, si bien las consecuencias que establece para el caso de que desaparezca la armonía entre las partes son muy desfavorables para el arrendatario. En este orden de cosas, el artículo 1547 regula el contrato de arrendamiento celebrado de forma verbal cuya ejecución ha comenzado y en el que resulta imposible la acreditación del precio acordado. El mencionado precepto, concretamente, enuncia:

⁷⁰ En este contexto, el artículo 1278 del Código Civil enuncia:

“Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

Por su parte, el artículo 1279 del mismo cuerpo legal establece:

“Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

⁷¹ En el mismo sentido se manifiesta POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo III: Forma”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 227-228.

En la misma línea, *vid.* MAS BADÍA, M. D. “Capítulo III”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, pp. 261-262.

⁷² Al respecto, véase POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo III. Forma”. En CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Iustel, 2006, p. 246.

“Cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule”.

De este modo, en este supuesto el Código Civil dispone que el arrendatario deberá devolver el bien en el estado en que lo recibió y deberá abonar el precio que se regule, es decir, el que fijen las partes o, en su defecto, el establecido por la autoridad judicial.

7.2. La presunción de existencia del contrato

En el segundo párrafo del artículo 11.1, que fue añadido con la reforma del año 2005, se establece la presunción de existencia del contrato de arrendamiento en aquellos casos en los que el arrendatario se encuentre en posesión de la finca, afirmación esta que ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina en relación con la falta de respeto por parte del legislador a las categorías posesorias del Derecho civil español⁷³. El contenido de la susodicha norma es el siguiente:

“A falta de pacto entre las partes y salvo prueba en contrario, se presumirá la existencia de arrendamiento siempre que el arrendatario esté en posesión de la finca, y si no constase el importe de la renta, esta será equivalente a las de mercado en esa zona o comarca”.

Resulta, cuanto menos, sorprendente que el párrafo primero del artículo 11.1 afirme el derecho de los contratantes a compelerse mutuamente para formalizar el contrato en documento público y que, por aplicación del párrafo segundo, se presuma que el contrato existe por el mero hecho de que una persona se halle en posesión de la finca.

7.3. El inventario

Cuando el bien arrendado es una explotación agrícola, ganadera o forestal, además de la forma escrita, el artículo 11.2 exige un inventario, en los siguientes términos:

“Los arrendamientos de explotación, por la propia naturaleza de los mismos, deberán ir acompañados de un inventario circunstanciado de los diversos elementos que integran la explotación, del estado de conservación en que los recibe el arrendatario y de cuantas circunstancias sean necesarias para el adecuado desenvolvimiento del contrato”.

Ya en el artículo 2 LAR 2003, en el que se define el arrendamiento de explotación, se exige la necesidad de acompañar al contrato el correspondiente inventario. Esta exigencia formal sería un requisito ad probationem, por las mismas razones argumentadas en relación con la exigencia de forma escrita del contrato⁷⁴.

En los casos en los que el bien arrendado es una finca, cualquiera de las partes puede compeler a la otra a otorgar inventario, según se deduce de la lectura del inciso final del primer apartado del artículo 11.1.

7.4. Los gastos de formalización del contrato y del inventario

El obligado al abono de los gastos derivados de la formalización del contrato en documento público es quien la solicite, pues así lo determina el artículo 11.1 en su párrafo primero. Normalmente, será el arrendatario, puesto que la escritura pública le permitirá

⁷³ Vid. POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo III: Forma”. En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos...* op. cit., pp. 228-229.

⁷⁴ En el mismo sentido se expresa MAS BADÍA, M. D. “Capítulo III”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M. D. (dir.) *et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre...* op. cit., p. 268.

inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad y, por tanto, podrá oponerlo ante un eventual adquirente de la finca por todo el plazo de duración pactado con el arrendador⁷⁵.

A pesar de que la LAR 2003 guarda silencio respecto al reparto de los gastos relativos al otorgamiento de inventario, entendemos que su pago, por aplicación analógica del artículo 11.1⁷⁶, corresponde también al solicitante.

7.5. La inscripción en el Registro de la Propiedad

El tercer párrafo del artículo 11.1, incorporado con la reforma operada en el año 2005, establece:

“La escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si esta se encuentra o no arrendada, como condición para su inscripción en el Registro de la Propiedad”.

De este modo, en caso de enajenación de una finca rústica, para que la escritura pública sea inscribible en el Registro de la Propiedad, se exige que en la misma se deje constancia de si la finca se encuentra o no arrendada, a fin de publicitar el contrato de arrendamiento frente a futuros adquirentes de la finca y asegurar los derechos de tanteo y retracto del arrendatario.

8. CONCLUSIONES

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, modificada mediante la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, es la norma estatal por la que quedan regulados los contratos de arrendamiento rústico y aparcería en aquellas comunidades autónomas que carecen de un Derecho civil propio escrito en la materia.

El arrendamiento rústico es un contrato consensual, sinalagmático, oneroso conmutativo, típico y de tracto sucesivo, a través del cual una de las partes, el arrendador, se obliga a ceder a la otra, al arrendatario, el uso y disfrute de una finca rústica, parte de ella, varias fincas o una unidad de explotación por un tiempo determinado y a cambio de un precio cierto. Al respecto, se entiende que una finca es rústica siempre y cuando sea destinada a un aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal.

El contrato finaliza por expiración del término, que será de cinco años cuando las partes así lo hayan establecido, cuando hayan fijado un plazo de duración inferior o cuando no exista cláusula contractual que regule el plazo de duración. No obstante, para que el arrendamiento termine no basta con que transcurra su plazo de duración, sino que, además, es necesario que una de las partes proceda a la denuncia del contrato. Si quien desea finalizar la relación arrendaticia es el locatario, será suficiente con que restituya la posesión de los bienes al terminar el plazo contractual; en cambio, si es el locador quien quiere darlo por extinguido, será necesario que notifique su voluntad al arrendatario con al menos un año de antelación, pues, de lo contrario, se entenderá tácitamente prorrogado.

También son causas de finalización del contrato la pérdida o expropiación forzosa de la totalidad del bien arrendado, el mutuo disenso, el desistimiento del arrendatario cuando el contrato haya sido tácitamente prorrogado, su fallecimiento —salvo que sus sucesores legítimos deseen continuar en el arriendo—, la extinción de la persona jurídica o comunidad de bienes que actúe, en su caso, como arrendatario y la extinción del derecho real de goce del arrendador en virtud del cual hubiera procedido a celebrar el arriendo. Igualmente, son causas de resolución del contrato el incumplimiento por parte del locador

⁷⁵ Véase POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo III. Forma”. En CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*... *op. cit.*, p. 243.

⁷⁶ En esta línea, *vid.* POVEDA BERNAL, M. I. “Capítulo III. Forma”. En CUESTA SÁENZ, J. M. de la, y POVEDA BERNAL, M. I. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*... *op. cit.*, p. 244.

de su deber de ejecutar ciertas mejoras, la aparición sobrevenida de circunstancias que impliquen que la finca constituya suelo urbano o urbanizable y el hecho de que el arrendatario cause graves daños en los bienes o incumpla obligaciones tales como el pago de la renta, la explotación de la finca o la ejecución de determinadas mejoras, así como la celebración de un subarriendo o de una cesión del arrendamiento si se incumplen determinados requisitos.

La renta es el precio cierto que el arrendatario debe abonar al arrendador como contraprestación al goce y uso pacífico de los bienes. Debe ser fijada en numerario, de modo que si las partes acuerdan una renta en especie deberán llevar a cabo su conversión a dinero, utilizando para ello unas tablas de equivalencia. El lugar de pago será el acordado por las partes, en su defecto el establecido por la Costumbre y, en caso de inexistencia de esta, lo constituirá el domicilio del colono. Si el arrendador abona las denominadas “cantidades asimiladas a la renta”, que son las derivadas de determinados tributos, gravámenes y gastos relativos a la posesión de la finca o explotación, podrá repercutirlas al arrendatario.

La Ley 49/2003 exige que el contrato conste por escrito, en documento público o privado, pero, paradójicamente, establece la presunción de existencia del arrendamiento en aquellos casos en los que el locatario se encuentre en posesión del bien. En realidad, la forma escrita del contrato es un requisito *ad probationem* o *ad utilitatem*, por lo que un contrato celebrado verbalmente sería válido.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. DOCTRINA

AMAT LLOMBART, Pablo, y VICENTE DOMINGO, Elena. “Capítulo V: Renta”. En CABALLERO LOZANO, José María. (coord.) et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 267-293.

ARTIACH CAMACHO, Saioa.

- “Arrendamientos rústicos y contratos de aparcería y admetería en Bizkaia, Araba/Álava y Gipuzkoa (SS. XVI-XIX)”. En MONASTERIO ASPIRI, Itziar (dir.), ARTIACH CAMACHO, Saioa, y BASOREDO OTZERINJAUREGI, Irati. Obligaciones y contratos en el Derecho Civil de Bizkaia, Araba/Álava y Gipuzkoa. Análisis de Fuentes Documentales (SS. XVI-XIX). Bilbao: Ed. Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Comisión de Bizkaia, 2011, pp. 101-141.
- Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2014.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, María Dolores. “Capítulo II”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, pp. 167-258.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, y COLLEL DOMINGO, Ernesto. “Capítulo V”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, 291-313.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, MAS BADÍA, María Dolores, y MONTÉS RODRÍGUEZ, María Pilar. “Capítulo VIII”. En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, 537-602.

AA.VV. “Capítulo I: Disposiciones Generales”. En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 43-159.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, María Dolores. “Prólogo”. En: BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, pp. 27-29.

BELLO JANEIRO, Domingo. “Las novedades en el Derecho civil de Galicia”. En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) et. al. ¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2011, pp. 171-216.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. La Compilación del Derecho civil asturiano. Conceptos, estudios doctrinales, soluciones notariales, Jurisprudencia regional. Madrid: Ed. Editorial Reus, 2001.

CASAS-MERCADÉ, Fernando. Arrendamientos sobre finca rústica. 1ª edición. Barcelona: Ed. Bosch, 1965.

CUESTA SÁENZ, José María de la, y POVEDA BERNAL, Margarita Isabel. Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre). Madrid: Ed. Iustel, 2006.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. "Introducción". En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 23-42.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio.

- Instituciones de Derecho Civil. Vol. I/II (Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual). 2ª edición. Madrid: Ed. Tecnos, 1998.
- Sistema de Derecho Civil. Vol. II (El contrato en general. La obligación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual). 9ª edición. Madrid: Ed. Tecnos, 2005.

FUBINI, Riccardo. El contrato de arrendamiento de cosas. Parte general. 1ª edición. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1930.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. "Capítulo II: Partes contratantes". En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 161-218.

LUNA SERRANO, Agustín. "La propiedad forestal". En LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín, y MENDOZA OLIVAN, Víctor. Elementos de Derecho civil. Tomo III (Derechos reales), Vol. I, 2ª parte (Posesión y propiedad). 2ª edición. Barcelona: Ed. José María Bosch Editor, 1988, pp. 196-208.

MAS BADÍA, María Dolores.

- "Capítulo III". En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, pp. 259-275.
- "Capítulo IV". En BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) et. al. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, pp. 277-289.

PALMOU LORENZO, Jesús. Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral). Madrid: Ed. Fundación Alfredo Brañas y Editorial Reus, 2007.

POVEDA BERNAL, Margarita Isabel.

- "Capítulo II. Partes contratantes". En CUESTA SÁENZ, José María de la, y POVEDA BERNAL, Margarita Isabel. Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre). Madrid: Ed. Iustel, 2006, pp. 110-202.

- “Capítulo III: Forma”. En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 219-235.
- “Capítulo III. Forma”. En CUESTA SÁENZ, José María de la, y POVEDA BERNAL, María Isabel. Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre). Madrid: Ed. Iustel, 2006, pp. 203-254.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “Capítulo VI: Gastos y mejoras”. En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 295-355.

9.2. LEGISLACIÓN

Ley de 23 de julio de 1942, por la que se modifican algunas disposiciones vigentes sobre arrendamientos rústicos. Boletín Oficial del Estado de 1 de agosto de 1942, nº 213, pp. 5654-5660.

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria. Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero de 1946, nº 58, pp. 1518-1532.

Decreto 745/1959, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos. Boletín Oficial del Estado de 7 de mayo de 1959, nº 109, pp. 6694-6713.

Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación de Derecho civil especial de Galicia. Boletín Oficial del Estado de 5 de diciembre de 1963, nº 291, pp. 16973-16982.

Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos. Boletín Oficial del Estado de 30 de enero de 1981, nº 26, pp. 2149-2161.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. Boletín Oficial del Estado de 25 de noviembre de 1994, nº 282, pp. 36129-36146.

Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. Boletín Oficial del Estado de 5 de julio de 1995, nº 159, pp. 20394-20404.

Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos. Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 2003, nº 284, pp. 42239-42246.

Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la Ley 49/2003 de arrendamientos rústicos. Boletín Oficial del Estado de 1 de diciembre de 2005, nº 287, pp. 39414-39418.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Boletín Oficial del Estado de 11 de agosto de 2006, nº 191, pp. 30073-30100.

Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo. Boletín Oficial del Estado de 7 de abril de 2008, nº 84, pp. 18929-18936.

9.3. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1984, nº 558/1984.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1988, nº 878/1988.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1993, rec. 3368/1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1992, rec. 394/1990.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 13ª, de 10 de mayo de 2001, rec. 262/2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 2ª, de 15 de febrero de 2005, rec. 472/2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 5ª, de 15 de diciembre de 2005, rec. 411/2005.

ÁREA DE INNOVACIÓN Y CONTRIBUCIÓN INVESTIGADORA:

Este apartado pretende complementar y ser una aportación investigadora en algunos ámbitos de interés social.

Comenzamos esta nueva singladura con un análisis de uno de los temas que más inquieta a la sociedad española, como es la vivienda, la hipoteca, y la protección del deudor sin recursos.

**EL OBSERVATORIO EUROPEO DEL MERCADO HIPOTECARIO
(HIMEROB)**

*Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia
Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.
Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de
Granada.*

Fecha de recepción: 7 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 11 de julio de 2014

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. HIPOTESIS Y OBJETIVOS. III. MIEMBROS QUE COMPONEN EL EQUIPO INVESTIGADOR Y DE TRABAJO. 3.1. INVESTIGADOR PRINCIPAL, MIEMBROS DEL EQUIPO INVESTIGADOR Y MIEMBROS DEL EQUIPO DE TRABAJO. 3.1.1. INVESTIGADORA PRINCIPAL DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN. 3.1.2. MIEMBROS DEL EQUIPO INVESTIGADOR Y DE TRABAJO. . 3.1.3. APOYOS INSTITUCIONALES RECIBIDOS POR EL PROYECTO. 3.1.4. INSTITUTOS DE DERECHO COMPARADO CON LOS EL OBSERVATORIO PRETENDE TENDER PUENTES DE INTERCAMBIO Y COLABORACIÓN. 3.1.5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS MIEMBROS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN. 3.1.7. FINANCIACIÓN PÚBLICA Y DERIVADA DE LOS MIEMBROS DEL EQUIPO INVESTIGADOR. 3.1.8. BIBLIOGRAFÍA MAS RELEVANTE. IV. FINALIDAD QUE SE PERSIGUE CON EL PROYECTO. ALGUNAS CONCLUSIONES.

RESUMEN: La Unión Europea (UE) ha dictado la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Una Directiva, pionera, aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el pasado 4 de febrero de 2014, por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/CE, que pretende asegurar una mayor protección al deudor hipotecario apostando por la creación de un Mercado Unico Europeo hipotecario y el otorgamiento de créditos hipotecarios responsables. Una directiva con la que se invita a los Estados Miembros a trasponer el contenido de la misma en el plazo máximo de dos años realizando las oportunas modificaciones legislativas necesarias.

En este contexto creemos que resultaría oportuno crear, en la Universidad de Granada, un Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario (HIMEROB) -pionero- que promueva la investigación y transferencia del conocimiento del Mercado Hipotecario, en general, y del crédito hipotecario, en particular, a través del cual se logre impulsar, con carácter estructural, las necesarias reformas legislativas económicas, legislativas y sociales necesarias fruto de la trasposición a la que Europa invita a los Estados Miembros de la Unión Europea. La importancia y gravedad de la situación social lo merece.

Guiados por el Reto Social de incorporar cambios e innovaciones sociales que nos permitan, en el presente salir de la lamentable situación de crisis en que nos encontramos. A través de dicho Observatorio se podrá crear una Red de Expertos de conectados en la WEB HIMEROB que permita unificar los esfuerzos de quienes a nivel Europeo vienen dedicándose al estudio y profundización del Mercado Hipotecario bajo el lema "la unión hace la fuerza" y "sumar no es restar".

ABSTRACT: The European Union (EU) had promulgated the 2014/17/UE Directive of the European Parlamento and the Council about the consumers credit contracts in residential properties. This Directive expects a better protection of mortgage's debtors, in order to create one mortgage European Unique Market, compelling the Member States to change their legislation in period of time of two years.

In this context we think that could be convenient to create one Mortgage European Market observatory in Granada's University (HIMEROB), which promotes the research and knowledge of Mortgage Market and encourages the required economical, legislative and social changes.

Leaded by the assimilation of changes and Innovation in Social Challenge, our aim will be to from the financial crisis. It would be possible to create a NETWORK of EXPERTS in the HIMEROB web page, whose main purpose will be to join the efforts of those involved in the study of the Mortgage Market in the European union.

PALABRAS CLAVE : Observatorio, Mercado Hipotecario, Mercado Unico Hipotecario, Mercado Unico, Hipoteca, Ejecución Hipotecaria, Dación en pago, Prestamo hipotecario, ejecución extrajudicial, economía, sociedad, innovación social, Trasposición legislativa, Ley, Real Decreto, Decreto, Orden Ministerial, Circulares del Banco de España, etc.

KEY WORDS: Observatory, Mortgage Market, Unique Mortgage Market, Unique Market, Mortgage, Mortgage Foreclosure, Dation in Payment, Mortgage Loan, Extrajudicial Execution, Economy, Society, Social Innovation, Law...

I. PLANTEAMIENTO.

Desde la Universidad de Granada hemos presentamos un proyecto de investigación con el objetivo de proponer la creación del "Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario" 2013-2014, concurriendo en la convocatoria de Proyectos del Plan Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad. Cuando preparábamos la memoria del mismo, en Europa se estaba preparando una Directiva sobre contratos hipotecarios (pionera) con la que se pretendía asegurar una mayor protección al deudor hipotecario eliminando las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios¹. Lo que entonces era un proyecto de Directiva sobre el que basamos la memoria del mismo, el pasado 4 de febrero de 2014 se hacía realidad, tras la aprobación de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el pasado 4 de febrero de 2014, por al que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/CE y el Reglamento (UE) núm. 1093/ 2010.

¹ Después de dos años de negociaciones y tras las aprobación por parte de los Veintisiete países que conforman la UE, la Comisión Europea (CE) y el Parlamento Europeo (PE), dieron el pasado 18 de noviembre de 2013 luz verde al texto legislativo; el primero que regulará a escala comunitaria la concesión de préstamos para la compra de bienes inmuebles. Las tres partes alcanzaron un acuerdo provisional sobre el contenido de la directiva que se propone eliminar cláusulas abusivas, fijar estándares mínimos para mejorar la información al consumidor antes de firmar los créditos y reforzar los derechos de los prestatarios durante el desarrollo de los contratos. Para frenar los préstamos irresponsables, las entidades vendedoras de hipotecas deberán ser autorizadas, registradas y supervisadas por las autoridades nacionales para asegurarse de que cumplen requisitos profesionales estrictos. Por otro lado, se reforzarán también los criterios para evaluar la solvencia del comprador, frenando así la concesión de hipotecas a personas que no puedan pagarlas.)

La Directiva Europea, aplicable, tal y como establece el art. 3, a los contratos de crédito garantizados con una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial y a los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir², reconoce derechos a favor de los consumidores imponiendo obligaciones a las entidades financieras y a los propios Estados Miembros.

Desde Europa se apuesta por **crear un mercado único hipotecario que apueste por poner fin al comportamiento irresponsable de los participantes del mercado exigiendo la concesión de créditos hipotecarios responsables** a través de un mercado más eficaz y competitivo. La trascendencia no solo jurídica y económica sino, eminentemente social, tal y como lo acredita el hecho de que fruto de la irresponsabilidad en la concesión de préstamos irresponsables, numerosas familias de nuestra sociedad están condenadas a una grave y dramática exclusión social³, tal y como se infiere de los Considerandos 3 y 5, justifica el empeño de este proyecto a través del cual se trata de apostar por una adecuada y correcta trasposición de las directrices europeas e la normativa nacional. En este sentido, advierten los Considerandos citados, que,

(3) La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas⁴.

² No resultando de aplicación a, los contratos de crédito de pensión hipotecaria en que el prestamista desembolsa un importe a tanto alza o hace pagos periódicos a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien o un derecho un bien inmueble de uso residencial, o no persigue el reembolso del crédito hasta que no se produzcan uno o varios acontecimientos determinados; los contratos de crédito concedidos por un empleador a sus empleados a título accesorio y sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las del mercado; los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos; los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierta y que se reembolsen en un mes; los contratos de crédito resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional o ante cualquier otra autoridad pública; y los contratos de crédito relativos al pago aplazado de una deuda existente, sin gastos y sin garantía hipotecaria o similar. Además, los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a: los contratos de crédito para la adquisición de un bien inmueble que estipulen que el bien no puede ser ocupado en ningún momento como vivienda; los contratos de crédito concedidos a un público restringido, libres de intereses o un tipo de interés inferior al habitual; los préstamos puente; los contratos de crédito en los que el prestamista sea una organización incluida en el art. 2.5 de la Directiva 2008/48/CE.

Además, podrán, también los Estados miembros, no aplicar los artículos 11 y 14 y el anexo II a los contratos de crédito con consumidores garantizados por una hipoteca u otra garantía comparable que no tengan por finalidad adquirir o conservar un derecho sobre el bien inmueble de uso residencial, siempre y cuando apliquen a ese tipo de contratos de crédito lo dispuesto en la Directiva 2008/48/CE sobre información básica e información precontractual.

³ Tal y como se ponen de manifiesto en, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia y Miguel Olmedo Cardenete, *Desahucios y Ejecuciones Hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁴ Tal y como se advierte en el Considerando tercero de la Directiva, "Como consecuencia de ello, el G-20 encargó al Consejo de Estabilidad Financiera que estableciera principios sobre criterios de suscripción correctos con respecto a bienes inmuebles de uso residencial. Aunque algunos de los mayores problemas de la crisis financiera se produjeron fuera de la Unión, los consumidores de la Unión mantienen importantes niveles de deuda, gran parte de la cual se concentra en créditos relacionados con bienes inmuebles de uso residencial. Por tanto, es conveniente garantizar que el marco regulador de la Unión en este ámbito sea sólido, coherente con los principios internacionales y haga un uso adecuado de la gama de instrumentos disponibles, que pueden incluir la utilización de los coeficientes préstamo-valor del activo, préstamo-ingresos, deuda-ingresos y coeficientes similares, unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito, u otras medidas compensatorias para aquellas situaciones en las que los riesgos subyacentes sean más elevados para los consumidores o en las que resulten necesarias para prevenir el endeudamiento excesivo de los hogares. Ante los problemas que la crisis financiera ha puesto de manifiesto, y con el fin de garantizar un mercado interior eficiente y competitivo que contribuya a la estabilidad financiera, la Comisión ha propuesto, en su Comunicación del 4 de marzo de 2009 titulada "Gestionar la recuperación europea", medidas en relación con los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial —entre ellas un marco creíble sobre intermediación crediticia—, con vistas a

(5) Para facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable, es necesario establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión en una serie de ámbitos, teniendo en cuenta las diferencias existentes en los contratos de créditos, que derivan en particular de las diferencias existentes en los mercados nacionales y regionales de bienes inmuebles.

Aún consicente el legislador europeo de la escasa actividad transfronteriza, nota característica del mercado del crédito hipotecario junto a la fragmentación en mercados nacionales y la creciente concentración⁵, retende situar a la Unión Europea en la vanguardia de la legislación hipotecaria mundial, estableciendo un marco robusto para un mercado más transparente y profesional, seguro y competitivo, con un alto nivel de protección a los consumidores, de educación financiera y de inclusión financiera⁶ por miedo de la necesaria armonización de las legislaciones de los Estados miembros tal y como se infiere del Contenido de los Considerandos 6, 7 y 8.

(6) La presente Directiva debe desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores.

(7) A fin de crear un verdadero mercado interior con un grado elevado y equivalente de protección de los consumidores, la presente Directiva establece disposiciones que son objeto de la máxima armonización en relación con el suministro de información precontractual en el formato de la ficha europea de información normalizada (FEIN) y el cálculo de la TAE. Sin embargo, dadas las características específicas de los contratos de crédito para bienes inmuebles y las diferencias en la evolución y las condiciones del mercado entre los distintos Estados miembros, en particular en lo que respecta a la estructura del mercado y a los participantes en el mercado, las categorías de productos disponibles y los procedimientos aplicables en el proceso de concesión de un crédito, conviene que los Estados miembros estén facultados para mantener o adoptar disposiciones más estrictas que las previstas en la presente Directiva en los ámbitos que no se definan en ella como ámbitos de máxima armonización. Este planteamiento diferenciado es necesario a fin de evitar generar un efecto adverso en el nivel de protección a los consumidores relativo a los contratos de crédito en el ámbito de la presente Directiva. Debe permitirse por ejemplo que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas por lo que atañe a los requisitos en materia de conocimientos y competencia del personal y a las instrucciones para cumplimentar la FEIN.

(8) La presente Directiva mejorará la realización y el funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros y el establecimiento de normas de calidad en relación con

implantar, de cara al futuro, mercados responsables y fiables, y restablecer la confianza de los consumidores. La Comisión reafirmó su compromiso con un mercado interior eficiente y competitivo en su Comunicación del 13 de abril de 2011 titulada "Acta del Mercado Único: Las doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza".

⁵ Tal y como afirma, con acierto, el eurodiputado socialista, proponente de esta Directiva, ANTOLÍN SÁNCHEZ PRESEDO, La reforma del mercado hipotecario en Europa, http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-66571.pdf.

⁶ Esta misma idea, se pone de manifiesto en el considerando 6 de la Directiva.

determinados servicios, concretamente la distribución y concesión de crédito a través de prestamistas e intermediarios de crédito, *así como la promoción de buenas prácticas*. La definición de normas de calidad respecto de los servicios de concesión de crédito implica necesariamente la adopción de *determinadas* disposiciones en materia de *reconocimiento, supervisión y requisitos prudenciales*.

Con el objetivo, loable por parte de la Directiva⁷, sin duda, de poner fin a la concesión de créditos hipotecarios irresponsables⁸, emitir eurocédulas hipotecarias, acogerse a los principios del Consejo de Estabilidad Financiera y proporcionar estándares equiparables a la Dodd-Frank Act de Estados Unidos, se apuesta por un mercado hipotecario europeo capaz de alcanzar la madurez deseada exige armonización del derecho de los Estados de la Unión Europea estableciendo un marco jurídico común con disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables a los contratos de crédito garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial. (Art. 1, objeto), invitando a todos los Estados Miembros a contar con el reto de incorporar en el plazo de dos años el contenido de dicha directiva, la primera normativa europea en el ámbito hipotecario, a sus respectivas legislaciones nacionales. Propone, además, la creación de *pasaporte europeo* que permita a los intermediarios de crédito autorizados en un Estado miembro ofrecer sus servicios en toda la UE, como ya ocurre por ejemplo con los fondos de inversión. Los intermediarios tendrán derecho, además, a acceder de forma no discriminatoria a las bases de datos sobre el historial de crédito de sus clientes.

Desde la Universidad de Granada proponemos la creación, a través de este Proyecto de Investigación, del Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario (HIMEROB) -pionero- que promueva la investigación y transferencia del conocimiento del Mercado Hipotecario, en general, y del crédito hipotecario, en particular, impulsando, con carácter estructural, las necesarias reformas económicas, jurídicas y sociales. La importancia y gravedad de la situación social lo merece. Tengamos en cuenta que los Estados miembros, incluida España, dispondrán de dos años (ex art. 42), hasta el 21 de marzo de 2016, para trasponer dicha directiva europea, lo que pondrá fin, confiamos, a la atropellada, precipitada e insegura forma de legislar, en caliente, parcheando con carácter conyuntural los problemas, y de actuar, hasta la fecha, del poder legislativo (nacional y autonómico), ejecutivo (con carácter legal o reglamentario) y judicial (europeo y nacional) quien, en tan sólo tres meses se había tomado posición, de una manera vertiginosa, sobre el drama social que representan los desahucios y las ejecuciones hipotecarias fruto de la crisis económica y del mercado hipotecario y a golpe de muerte o fallo judicial (nacional, como el relativo a la STS sobre cláusulas abusivas o europeo, como el relativo a la STJUE de 14 de mayo de 2013, sobre inadecuación de la ejecución hipotecaria a la directiva de protección de los consumidores)⁹.

Convencidos de que la protección del deudor hipotecario ya sea consumidor o emprendedor, (empresario, pyme o trabajador autónomo), en tanto en cuanto operador económico u operador del mercado¹⁰, ha de ser revisada a nivel nacional protegiéndolo no

⁷ Vid., *el primer comentario de la Directiva, elaborado por Alicia Agüero Ortiz, "Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014, págs. 146-156. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.*

⁸ una cuestión demandada, desde hace ya algún tiempo, por nuestra doctrina. Sobre el particular, vid., NATALIA ÁLVAREZ LATA, "Acceso a ficheros", Manuel Jesús Marín López, *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. ed. ARAZANDI, 2014. Págs. 617 a 641 y MATILDE CUENA CASAS. *Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales*. Año 2012. Pág. 8. http://www.elnotario.es/images/pdf/PRESTAMO_RESPONSABLE.pdf

⁹ Tal y como se pone de relieve en la obra colectiva fruto del primer Congreso Nacional celebrado en la Universidad de Granada en 2013. Sobre el particular, vid., Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia y Miguel Olmedo Cardenete, *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁰ Con acierto advierte María Paz Sánchez Sánchez, La necesaria reforma del préstamo, *Revista la Notaría 1/2014*, p. 53, que las normas sobre transparencia debieran aplicarse a todos los contratos de financiación, ya denominen al prestatario *consumidor, emprendedor, empresario, deudor hipotecario* o, como dice la propuesta de Código Mercantil siguiendo la expresión de Alberto BERCOVITZ, *operador económico u operador del mercado*. Todos ellos tienen derecho a una información veraz y uniforme que les permita comparar antes de decidir

sólo en la fase precontractual y contractual de concesión del crédito hipotecario sino, también, en la fase de realización de la hipoteca, no parece que dispongamos de demasiado tiempo para acometer, con la profundidad, exhaustividad y transversalidad que merecen, las oportunas reformas legislativas de las leyes ya existentes (Código civil y Código de Comercio, Texto Refundido de la ley de Consumidores y Usuarios, Ley Hipotecaria y Ley Concursal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Emprendedores, Ley de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la Ley de protección de deudores hipotecarios, Código Penal, así como numerosos Reales Decretos, Decretos, Ordenes Ministeriales o Circulares de Banco de España) o acometer nuevas reformas legislativas para lo que será no sólo necesario sino conveniente impulsar foros de debate, seminarios, jornadas y congresos que permitan crear una opinión jurídica enriquecida por las aportaciones ofrecidas por los profesionales y operadores económicos que intervienen en la contratación de préstamos hipotecarios de uso residencial que poder trasladar al legislador nacional¹¹ a la luz de la experiencia comparada.

La futura ley que trasponga el contenido de dicha directiva o las futuras reformas legislativas que den traslado de dichas directrices europeas deberán ir dirigidas a (1) proteger a los deudores inmersos en un proceso de ejecución hipotecaria; (2) garantizar condiciones más favorables para los prestatarios en casos de pago anticipado, (3) prohibir la publicidad engañosa y a las entidades crediticias ofrecer productos vinculados a las hipotecas -apostando por una adecuada información-; (4) contemplar, también, la dación en pago en aquellos casos en los que el deudor no pueda hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias: retos e innovaciones de cambio que han de traducirse en la sociedad, (5) impedir, como sabemos, que los Estados miembros se opongan a la dación en pago si las dos partes la acuerdan expresamente en el contrato de crédito, (6) exigir a los bancos que se muestren "razonablemente tolerantes" en el caso de clientes con graves dificultades de pago y que hagan "todos los esfuerzos razonables para resolver la situación" antes de iniciar un procedimiento de desahucio (7) obligar a las entidades financieras, además, a evaluar la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, introduciendo por primera vez estándares a nivel europeo. Si el resultado de la evaluación de solvencia es negativo, la entidad deberá denegar la hipoteca, lo que significa que tendrán que entregar a los clientes un folleto estandarizado de información sobre la hipoteca que, según Bruselas, les permitirá comparar ofertas e identificar la más barata y que más se ajusta a sus necesidades (9), reconocer, además, el derecho de los consumidores a reembolsar la hipoteca antes de su vencimiento dejando a los Estados miembros libertad para imponer el pago de una "compensación justa" al banco y (10) apostar por la creación de un pasaporte europeo que permita a los intermediarios de crédito autorizados en un Estado miembro ofrecer sus servicios en toda la UE, como ya ocurre por ejemplo con los fondos de inversión.

Subsumiendo dichos objetivos en atención a los derechos de los consumidores, las obligaciones de las entidades financieras y de los propios Estados Miembros, podríamos concluir que, los *consumidores*, tendrán derecho a (1) en la fase precontractual a *reflexionar* para aceptar o desistir, durante siete días, antes de quedar vinculado por el contrato de hipoteca, (2) prohibir la publicidad engañosa y ofrecer productos vinculados a las hipotecas, apostando por una adecuada información, (3) *reembolsar la hipoteca* antes de su vencimiento, (4) *garantizar*, además, condiciones más favorables en caso de pago anticipado. En contrapartida, constituyen obligación para las *entidades financieras* de, (5) *evaluar* la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, introduciendo por primera vez estándares a nivel europeo quedando obligada la entidad financiera a denegar el préstamo en caso de que el resultado de la evaluación de solvencia resulte negativo y, (6) a *entregar* a los clientes un folleto estandarizado de información sobre la hipoteca, que, según Bruselas, les permitirá comparar ofertas e identificar la más barata y que más se ajusta a sus necesidades. El folleto deberá avisar de los riesgos asociados con la oferta, por ejemplo

¹¹ Sobre las necesarias y futuras reformas legislativas que esperamos se dicten en 2014, 2015 y 2016, vid., las acertadas palabras de Ángel Serrano Nicolás, en la presentación que realiza en la *Revista la Notaría 1/2014*, que dirige y que titula "*Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 y su trasposición al Derecho Interno español*", pp. 3 a 5.

si es de tipo variable o está contratada en una divisa extranjera. Un folleto de información europeo, FEIN al que se refieren los arts. 14.2 y 14.4, al que se le dedica el Anexo II bastante más aligerado de sobreinformación que ofrecen, en la actualidad, nuestros FIRPE y FRIPE, que los Estados Miembros podrán exigir que sea, incluso, obligatorio antes de que se haga la oferta vinculante. Los consumidores se beneficiarán de una mayor competencia porque la directiva prohíbe, en términos generales, ligar la concesión de la hipoteca a la adquisición de otro producto financiero. No obstante, este vínculo se permitirá en algunos casos como cuando se trata de seguros o de productos de ahorro. Además, la autoridad Bancaria Europea investigará si los países vulneran las reglas o las aplican incorrectamente, lo que supondría un filtro más para analizar la legalidad de las prácticas financieras. Además, los *Estados Miembros* están invitados a (7) *contemplar la dación* en pago en aquellos casos en los que el deudor no pueda hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias impidiendo que los Estados miembros se opongan a la dación en pago si las dos partes la acuerdan expresamente en el contrato de crédito, (8) exigir a los bancos que se muestren "razonablemente tolerantes" en el caso de clientes con graves dificultades de pago y que hagan "todos los esfuerzos razonables para resolver la situación" antes de iniciar un procedimiento de desahucio. Una invitación pensada para la fase de realización de los préstamos hipotecarios que a la luz de la reiterada jurisprudencia de TJUE y del control preventivo y judicial que sobre cláusulas abusivas se está llevando, en la actualidad, por la jurisprudencia registral y judicial menor se prevé se intensificará.

Guiados por el reto de incorporar cambios e innovaciones sociales que nos permitan, en el presente salir de la lamentable situación de crisis en que nos encontramos, a través de dicho Observatorio sobre el Mercado Hipotecario se podrá crear una Red de Expertos de HIMEROB, a la que más adelante nos referiremos, que permita unificar los esfuerzos de quienes a nivel Europeo vienen dedicándose al estudio y profundización del Mercado Hipotecario bajo el lema "la unión hace la fuerza" y "sumar no es restar".

II. HIPOTESIS Y OBJETIVOS DEL PROYECTO.

2.1. Hipótesis.

La crisis económica, profunda, en la que nos encontramos se ha traducido en una situación preocupante por la creciente pérdida de hogares de muchas familias que se encuentran en serias dificultades para cumplir con sus obligaciones de devolución de la deuda asumida por la compra de la vivienda. Las dramáticas situaciones de exclusión social que viven miles de familias en Europa, también en España, convierten en preocupante la creciente pérdida de hogares de muchas familias que se encuentran en serias dificultades para cumplir con sus obligaciones de endeudamiento por la compra de la vivienda. Además, lógicamente, la situación genera un interés mediático ante algunas situaciones personales realmente difíciles que causan una honda preocupación en la ciudadanía (muertes, suicidios y situaciones límites apelan a la conciencia social y política al problema.

No resulta fácil poner cifra a la dramática situación que viven, desde hace ya tiempo, miles de familias en Europa. Desde la agencia de calificación crediticia Standard & Poor's (S&P) se destaca que la tendencia a la baja en la mayoría de los mercados inmobiliarios europeos continuará el año 2013 como consecuencia de la recesión económica... y que los españoles serán los más afectados por esta situación, ya que es, precisamente, España el país donde más caerán los precios de la vivienda. Tras España, los mayores descensos se producirán en Países Bajos (-5,5%) y en Francia (-5%). Desde la Fundación de Estudios Financieros (FEF), se afirma, con acierto, en su informe emitido el pasado febrero de 2013, que a la hora de establecer cambios legales es importante que se tengan en cuenta la comparativa internacional y la visión del inversor institucional en este mercado, especialmente el internacional que tiene un peso significativo en él".

Resulta imprescindible, pues, mirar al resto de países Europeos para superar los obstáculos que las diferencias legislativas impiden para la buena marcha del Mercado hipotecario en el Mercado Unico. Lograrlo permitiría el despegue de nuestra economía.

Uno de los principales problemas, graves, que ha dejado la crisis y el estallido de la burbuja inmobiliaria en España son los desahucios. Una situación dramática que nos gustaría analizar desde un punto de vista interdisciplinar y transversal; que permita revisar desde todos los prismas (sociológico, estadístico, económico, financiero, jurídico, político, legislativo y judicial) los efectos dramáticos y los problemas legales que vive el sector. Hay un volumen importante de títulos hipotecarios españoles en manos de inversores extranjeros cuya seguridad jurídica es crucial para la credibilidad del conjunto del sistema hipotecario español.

En esta situación los poderes públicos Españoles están actuando para mitigar estas situaciones extremas y así lo están haciendo. Sin embargo, el sistema adolece de falta de información suficiente para analizar el verdadero alcance del problema y poder actuar en consecuencia. La falta de formación e información del consumidor unida a las reformas legal precipitadas, tal y como la que, en la actualidad se está acometiendo que podría tener importantes y negativas consecuencias

2.2. Objetivos.

2.2.1. Objetivo general. Visión.

A través de dicho Proyecto nos proponemos crear, en la Universidad de Granada, un Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario (HIMEROB).

El logotipo distintivo del mismo es el siguiente,



Dicho Observatorio cuenta ya con la siguiente URL, <http://www.trek.es/himerob/>

La visión de dicho objetivo general persigue convertir nuestra Universidad, de Granada, en un Centro de Investigación de referencia en materia del Mercado

Hipotecario. Es por ello que el equipo de investigación y de trabajo está compuesto por profesionales expertos en la materia pertenecientes a distintas universidades españolas y extranjeras.



2.2.2 Objetivos específicos (misiones):

Primero. Analizar la Directiva Europea (pinonea) sobre credito hipotecarioa y su trasposición en los Estados miembros de la Unión Europea.

Segundo. Contactar con los agentes sociales, políticos, legislativos, judiciales y con las entidades públicas y privadas que en los Estados miembros de la Unión Europea están trabajando en materia del Mercado Hipotecario;

Tercero. Asistir a la Comisión Europea y al Legislador Nacional, en la elaboración de las políticas legislativas jurídicas, económicas y financieras sobre el Mercado Hipotecario.

III. MIEMBROS QUE FORMAN PARTE DEL EQUIPO INVESTIGADOR Y DE TRABAJO.

La iniciativa de este proyecto surge desde la Universidad Granada gracias a la colaboración y apoyo inestimable del propio decano de la Facultad de Derecho de la UGR, D. Miguel Olmedo Cardenete, Catedrático de Derecho Penal, y de D Francisco Lledó

Yaguez, Catedrático de Derecho Civil y Socio Fundador de Iurelicet. Sin su apoyo y apuesta incondicional a la hora de impulsar el referido proyecto hubiera resultado prácticamente imposible.

3.1. Investigador Principal, Miembros del Equipo investigador y Miembros del Equipo de trabajo.

3.1.1. Investigadora Principal del proyecto de investigación.

Desde un punto de vista formal, en calidad de Investigadora Principal del referido proyecto consto yo en realidad lidera el mismo, también, quienes, como he mencionado con anterioridad, no han dudado en mostrar su apoyo incondicional al mismo, es decir, D. Miguel Olmedo Cardenete y, D. Francisco Lledó Yaguez. Sin su colaboración y apuesta y la del numeroso equipo investigador y de trabajo con el que hemos tenido la suerte de contar y que, en todo momento nos ha brindado su convencimiento al aceptar la invitación a participar en este proyecto, no habría sido posible solicitarlo. A todos ellos, nuestro más sincero y profundo agradecimiento.

3.1.2. Miembros del Equipo investigador y de trabajo.

Los miembros del interdisciplinar e interuniversitario equipo investigador y de trabajo han sido escogidos por ser expertos especialistas en la materia que nos ocupa relativa al mercado hipotecario y al crédito hipotecario.

Un importante número Catedráticos, Profesores Titulares y asociados y ayudantes pertenientes a distintas Universidades Europeas (Granada, Deusto, Madrid, Barcelona, Islas Baleares, Santiago de Compostela, Sevilla, Córdoba, Italia, Alemania, Coímbra) y Américas (Bogotá, Jaramillo), han mostrado su apoyo y colaboración en este iniciativa. Comprobémoslo, distinguiendo entre las distintas Universidades participantes.

A. Universidades Europeas

Universidad de Granada. UGR.

- D. Miguel Olmedo Cardenete. Decano de la Facultad de Derecho de la UGR. Catedrático de Derecho Penal de la UGR.
- D. Pedro Espinosa Hidalgo. Delegado del Rector para la garantía y el bienestar de la UGR.
- D. Juan Antonio Roca Fernández. Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UGR.
- D. Francisco de Asis Sicilia Gutiérrez. Doctor y Director del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales
- D. Juan Luis Monestier. Doctor en Derecho de la UGR.
- D. Sergio Buendía Gálvez. Doctor en Derecho de la UGR.
- D. Luis Cuenca López. Doctor en Derecho de la UGR.
- D. Jose Antonio Camacho. Profesor Titular de Economía de la Facultad de Empresariales de la UGR.
- Dña. María Teresa Sánchez. Profesora Titular de Economía de la Facultad de Empresariales de UGR.

- Dña Mercedes Rodríguez Molina. Profesora Contratada Doctora en Economía Internacional y de España. Facultad de Económicas. UGR.
- D. Javier González Perez-Serrabona. Profesor del Departamento de Derecho Mercantil. UGR.

OBSERVATORIO EUROPEO DEL MERCADO HIPOTECARIO

HIMEROP
OBSERVATORIO EUROPEO DEL MERCADO HIPOTECARIO
Equipo de investigadores

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Investigadora principal INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA. Profesora Titular de Derecho Civil y Responsable-Coordinadora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.	JUAN ANTONIO ROCA FERNÁNDEZ. Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil.
MIGUEL OLMEDO CARDENTE. Catedrático de Derecho Penal. Decano de la Facultad de Derecho.	MARÍA TERESA SÁNCHEZ. Profesora Titular de Economía. Facultad de Empresariales.
PEDRO ESPINOSA HIDALGO. Profesor Titular. Delegado del Rector para la garantía y el Bienestar.	JUAN LUÍS MONESTIER. DOCTOR EUROPEO. Facultad de Derecho.
JOSÉ ANTONIO CAMACHO. Profesor Titular de Economía Internacional. Facultad de Económicas.	LUIS CUENCA. Doctor en Derecho en Granada.
	SERGIO BUENDÍA GALVEZ. Doctor en Derecho en Granada.
	FRANCISCO SICILIA GUTIÉRREZ. Doctor en Derecho en Granada.

Universidad de Deusto, Bilbao.

- D. Francisco Lledó Yaguez. Catedrático de Derecho civil.
- D. Oscar Monje. Profesor Titular de Derecho Civil.
- D. Jorge Blanco. Profesor de Derecho Internacional Privado
- Dña. Ainoa Gutiérrez. Profesora Titular de Derecho Procesal y Directora del Master de la Abogacía de Vizcaia.
- Dña Ana Herrán. Profesora Titular de Derecho Civil.
- Dña Arantza Vicandi. Profesora Investigadora Universidad de Deusto.
- D. Javier Larena. Profesor Encargado de Derecho Procesal Universidad de Deusto.
- D. Ignacio Lledó. Abogado especialista en Derecho Penal Económico. Bilbao.



Universidad de Córdoba

- D. Ignacion Galligo. Catedrático de Derecho Civil de la UC.
- D. Mnauel Espejo. Doctor en Derecho Civil de la UC.
- D. Rafael Linares. Profesor Titular de Derecho Civil de UC.
- Dña Carmen Mingorance. Profesora Titular de Derecho Civil de la UC.
- Dña Maria del Mar Manzano. Profesora Titular de Derecho Civil de la UC.



Universidad de Madrid

- D. Francisco Javier Gómez Gállego. Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DG Registros y Notariado. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Catedrático Acreditado de Derecho Civil
- D. Jose María Díaz Fraile. Registrador de la Propiedad. Catedrático de Derecho Civil.

Universidad de Valladolid

- D. Vicente Guilarte Gutierrez. Registrador de la Propiedad y Mercantil. Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Catedrático de Derecho Civil.

Universidad de Barcelona

- D. Vicente Pérez Daudí. Profesor Titular de Derecho Procesal de la UB.
- D. Jose María Fernández Seijo. Juez de lo Mercantil de Barcelona.
- D. Angel Serrano Nicolás. Doctor en Derecho. Notario de Barcelona. Director de la Revista la Notaría.
- D. Jesús Sánchez García. Abogado de Barcelona. Director de Familex.
- Dña. Verónica Dávalos. Abogada de Barcelona, pertenece al grupo de trabajo de sobreendeudamiento y ejecución hipotecaria de la Comisión de Normativa del Colegio de Abogados de Barcelona y también es abogada de la PAH y una de las autoras de los escrito que han circulado por todo el País de oposición por cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria.

- Dionisio Moreno Trigo (ambos premiados por el ICAB por ser quienes interpusieron, el primero, la cuestión de prejudicialidad ante el TJUE fruto del cual se dictó la célebre Sentencia de 14 de mayo de 2013D. Alfredo Martínez Muriel. Director servicios jurídicos AUSBANC y Delegado en Granada.

Universidad de Santiago de Compostela

D. Angel Rebolledo. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Dña Ana Diaz. Profesora Titular de la Universidad de Santiago de Compostela.



Universidad Felipe II, Aranjuez

Dña Raquel Belinchón Romo. Doctora en Derecho Civil.



Universidad de Islas Baleares

D. Luis Garau. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la UB.



Universidad de Camerino

La apuesta de la Universidad de Camerino ha sido enorme. A impulsos del Profesor D. Antonio Flamini, Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano, son numerosos los profesores que participan en el referido proyecto. Cabría destacar, entre otras, los siguientes:

- D. Giovionno ARIETA. Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Camerino.
- D. Rocco Favale. Profesor Ordinario de Derecho Privado comparado de la Universidad de Camerino.

- D. Luci RUGGERI. Profesor de Derecho Privado de la Universidad de Camerino.
- D. Roberto SCHITTRELLA. Profesor de Política Económica de la Universidad de Camerino.
- D. Rinaldo EVANGELISTA. Profesor Asociado de Economía de la Universidad de Camerino.



Universidad de Perugia

- D. Lorenzo Mezzasoma. Catedrático de derecho privado en la universidad de Perugia. Italia.



Universidad de Friburgo

- D. Roland Hefendhl. Catedrático de Derecho penal. Friburgo. Alemania.



Universidad de Coimbra

- D. Guillermo Oliveira. Catedrático de Derecho Civil. Experto en Bioética, Derecho y Medicina. Universidad de Coimbra. Portugal.

B. Universidades Americanas

Universidad de Bogotá

- D. Carlos Ignacio JARAMILLO JARMILLO. Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Bogotá.



Registradores de la Propiedad, Notarios, Abogados y profesores especialistas en la materia a nivel Nacional.

- D. Alfonso Candau, ex decano del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- D. Fernando P. Méndez, ex decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, y es también miembro nato del Consejo de Dirección del Centro para la Investigación y el Desarrollo Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), entidad creada por la UB y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- D. Luis Pineda Salido. Presidente de AUSBANC.
- D. Manuel Pardos Vicente. Presidente de ADICAE.
- Dña María Mateos Ferrres. Directora de Servicios Jurídicos de AUSBANC.
- D. Alfredo Martínez, Delegado en Granada de AUSBANC.
- Dña Maria Flor Sánchez Ruiz de Valdivia. Abogada especialista en temas bancarios. Granada.
- D. Francisco Estévez Gutiérrez. Abogado especialista en temas bancarios. Granada.
- D. Ramón Siles Fuentes. Asesor Inmobiliario especialista en temas bancarios. Granada.
- Dña Dorotea de Diego Alvarez. Profesora de Economía en el CES Felipe II (Centro adscrito a la Universidad Complutense de Madrid).
- Dña Juana Ballesteros Noves. Profesora Asociada de Economía. Jefa de Administración de Riesgos de Caja Rural. Experta en Sistema financiero
- D. Jose Ignacio Carnero. Abogado especialista en ejecuciones hipotecarias y Derecho Europeo sobre este tema. Barcelona.
- D. Antonio Martínez Sola. Director Comercial de BMN.
- D. Javier Iriarte. Responsable de Comunicación. Personal técnico.

3.1.3. Apoyos institucionales recibido al proyecto.

Numerosos, también, han sido los apoyos institucionales que ha recibido este proyecto, entre los que cabría destacar,

1. El Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
2. La Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.
3. La Cátedra de Derecho Notarial de la universidad de Granada.
4. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano de la ONU encargado de supervisar la realización del derecho a la vivienda por parte de los Estados.
5. Ilustres Colegios de Notarios, Abogados y Jueces.
6. El Consejo General del Poder judicial.

7. Plataforma STOP Desahucios
8. Organizaciones de Consumidores y Usuarios. ADICAE, AUSBANC, etc.
9. Los Ayuntamiento de Granada. Área de Educación, Consumo y Empleo. Sección de Resolución Alternativa de Conflictos. Junta Arbitral de Consumo. El Ayuntamiento de Cájar y Albolote.
10. Bufete de abogados Iurelicet.
11. Promotoras y Empresas constructoras. Promociones Garsami

Nos proponemos difundir y transferir los resultados de investigación que deriven del Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario. Para ello, contamos mediante acuerdo de colaboración con la cofinanciación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en la publicación de dichos resultados en la editorial Tirant lo Blanch de Valencia. También contamos con la colaboración de la editorial Thomson Reus Aranzadi, Tirant lo Blanch, Dykinson, la revista REDES y la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral. Editoriales y revistas de impacto de carácter no sólo nacional sino internacional.

3.1.4. Institutos de Derecho Compañarado con los el Observatorio pretende tender puentes de intercambio y colaboración.

Nos proponemos contactar, además, con,

12. El Institut of European and Comparative Private Law de la Universidad de Girona (la REDEC -al que pertenecemos) constituye, sin duda, un referente en la materia contractual Europeo y del cual forma parte la Investigadora Principal del Proyecto.

13. El Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht (www.mpipriv.de), con sede en Hamburgo, y el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, situado en Heidelberg (www.mpil.de), con el que nos proponemos contactar.

14. El ICAB, a través de los miembros que forman parte de grupo de trabajo familiar y del Colegio de Abogados de Barcelona (Jesús Sánchez, Vicente Daudí, etc.) y de jueces (a través de Fernández Seijo).

Igualmente, estrecharemos lazos con otros Observatorios especializados en Vivienda, Derechos Sociales y Culturales, Empleo, Notariado o delincuencia así como también con otras Universidades que estén trabajando sobre temas relacionados a los objetivos principal y secundarios que persigue obtener conseguir dicho Observatorio.

3.1.5. Antecedentes históricos de los miembros del proyecto de investigación

Los miembros del equipo investigador que participan en este proyecto de investigación aportan desde una visión interdisciplinar abundantes antecedentes y resultados relacionados con el Mercado Hipotecario. El reparto geográfico en Europa de los miembros del equipo investigador -también de los que componen el equipo de trabajo- permitirá coordinar los trabajos de investigación y avances obtenidos a lo largo de estos años de trabajo.

Numerosas son las aportaciones de los miembros del equipo de investigación y trabajo que forman parte de este proyecto de investigación. Cabría destacar, entre otras, las siguientes, sin ánimo exhaustivo:

- La profesora Sánchez Ruiz de Valdivia, es autora de cinco monografías, tres relacionadas con el derecho real de hipoteca, una sobre propiedad urbana y otra sobre cuestiones actuales de la responsabilidad civil. La más reciente, data de 2014, y ha sido publicada en la editorial Tirant lo Blanch (ISBN: 9788490534571) y las otras dos frutos de su tesis doctoral de 1999 (ISBN: 8488973896) -premiada por la Facultad de Derecho (premio Extraordinario de Doctorado) y por la Real Academia de Legislación y

Jurisprudencia de Granada- y 1997, publicada en McHill (ISBN: 8448105788). Es, además, autora de numerosos artículos relativos con el derecho real de hipoteca, la propiedad urbana, los conjuntos históricos, etc y publicados en revista de impacto nacional e internacional (RCDI, REDES, Revista Facultad de Derecho, etc.) y capítulos de libro en editoriales de prestigio (Thomson Reus Aranzadi, Tirant lo blanch, etc.). Miembro perteneciente a numerosas Redes de carácter Internacional y Europeo, entre las que cabría destacar: la Red Española de Derecho Privado europeo y Comparado (REDEC) -Institut of European and Comparative Private Law de la Universidad de Girona-, dirigida por Miquel Martín Casalls (Universidad de Girona), la Red Internacional WG Legal Aspectos Enhr "Derecho Privado Comparado y de la Integración: perspectiva Euro americana", dirigida por Sergio Nasarre (Universidad de Rovira); la Red Internacional de Investigación de Derecho Privado y la Integración de la perspectiva Euroamericana financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia, liderada por Fernando Valenzuela y Jose Luis Perez Serrabona (Universidad de Granada); la Red Labs de laboratorios sostenibles (Universidad de Barcelona). Miembro perteneciente a numerosos proyectos Internacionales financiados por AECE, de Seminario de Derecho Comparado creado en 2006 en la Universidad de Granada. Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada, desde la que viene impulsando numerosas actividades formativas y de investigación desde 2012. Codirectora del Primer Congreso Nacional sobre Desahucios y Ejecuciones Hipotecarias: un problema legal y drama social, 15, 16 y 17 de mayo de 2013, directora de numerosos seminarios y jornadas organizadas por la cátedra, y Directora, también, de tres tesis doctorales, dos de ellas relacionadas con el sector de la construcción, leídas en 2012 y 2013 y miembro de numerosos proyectos de investigación.

- El profesor Olmedo Cardente, es autor de numerosas monografías y trabajos de investigación publicados en revistas de impacto nacional e internacional. Codirector del primer Congreso Nacional sobre la materia y codirector de la obra monográfica fruto del mismo publicada en la editorial Tirant lo Blanch. Ha sido, también, investigador principal de numerosos e importantes proyectos de investigación, y ha dirigido numerosas tesis doctorales sobre la materia.

- El profesor Gómez Gálido, es especialista en el Mercado Hipotecario, director de la monografía sobre la dación en pago, publicada en la Revista Crística de Derecho Inmobiliario. En calidad de Registrador de la propiedad y mercantil y letrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, su participación en dicho proyecto permite disfrutar de numerisimas e importantes aportaciones en la materia relacionada con el Proyecto de investigación. Director del curso aula civil, de formación on line de empleados de los registros de la propiedad (con más de 900 alumnos), durante los cursos 2005/2012. Autor de numerosos artículos en revistas jurídicas y participante en numerosos Congresos y Jornadas relacionadas con la materia.

- El profesor Lledó Yagúez, ha publicado dentro de la obra colectiva los 25 Temas más frecuentes en la protección del Consumidor de Inmuebles, publicados en editorial Dykinso en 2013. Ha participado, también, como ponente en numerosos congresos nacionales e Interacionales sobre la materia y ha dirigido un total de trece tesis doctorales, entre las que cabría destacar la de Francisco García Escárzaga, relativa al préstamo hipotecario: aplicación del Derecho de contratación general en el ámbito del derecho preventivo. y el responsable director de la Oficina del Consumidor de la Mancomunidad de Durango del 2000-2005.

- El profesor Vicente Daudí, ha participado en numeros proyectos de investigación en calidad de investigdor principal, en algunos de ellos, y tine publicados nuemrosos trabajos desde su especialidad procesal en materia de ejecución hipotecaria, participaciones preferentes, etc.

- La profesora Sánchez Martínez, desde el análisis económico del Derecho, ha publicado en revistas de impacto internacional, numeros trabajos de investigación relativos

al sistema de financiación, y al boom inmobiliario y financiero y al mercado hipotecario y la financiación de la vivienda durante los veinte años de funcionamiento del mercado hipotecario.

El abogado en ejercicio, Sánchez García, ha publicado en editoriales de reconocido prestigio sobre las novedades legislativas: RDL 6-2012 y en revista de impacto nacional e internacional, sobre el control de transparencia de las cláusulas abusivas y participaciones preferentes.

- El profesor Gerau Juaneda, desde la óptica del Derecho Internacional aporta numerosos artículos doctrinales en revistas de impacto nacional e internacional relacionadas con el proyecto, entre los que cabría destacar, y aporta una visión de Derecho Internacional Pública imprescindible para la materia.

- El profesor Gallego Domínguez, ha trabajado, también sobre la renegociación de la hipoteca y aspectos relacionados con la tutela del consumidor y el registro de la propiedad.

- La profesora Belinchón Romo, es doctora en Derecho y ha centrado su atención en el estudio de la dación en pago. Un análisis realizado desde la perspectiva del estudio de Derecho comparado. Ha publicado, también, en Revista de impacto de carácter nacional e internacional temas relacionados con la hipoteca de responsabilidad limitada y el contrato de compraventa y la dación en pago.

- La profesora Herrán Ortiz, ha publicado, recientemente, sobre la protección de los consumidores en servicios financieros distincia.

3.1.7. Financiación pública y derivada de los miembros del equipo investigador.

1."Evaluación legislativa de la Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial""Miguel Olmedo Cardenete" Ministerio de Ciencia e Innovación, 2009-2011, 40000 €

2. "Corrupción política y delincuencia urbanística. "Miguel Olmedo Cardenete". Consejería de Innovación, Ciencia y Tecnología (Junta de Andalucía) 2007-2010. 180.000 €

3. "Evaluación Legislativa y Reforma del Código Penal en Materia Vial: Un estudio sobre la Eficacia Preventiva Real de las Normas Penales.""Miguel Olmedo Cardenete" Ministerio de Ciencia e Innovación" 2009-2012. 40.000 €2. Ref. Sv362009 "Prevención y gestión de residuos: estudio preliminar de Indicadores económicos". "Jose Antonio Camacho Ballesta". Código financiadora: 2801. 15/1/2010. 149 días 28.000 €

4."Actualización del documento base del plan de ordenación De recursos mineros de Andalucía (pormian) aspectos socioeconómicos""Jose Antonio Camacho Ballesta. PORMIAN 2009. 1/12/2009, 179 días. 5.000 €

5. "Yacimientos de empleo y políticas sociales: los servicios Relacionados con la atención a personas en situación de dependencia en Andalucía" "Jose Antonio Camacho Ballesta" FUNDACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. 2010-364 días 29339,52 €

6. Ref. SEJ-448 "El Derecho Civil del Siglo XXI (Grupos PAIDI 2010)"" Ignacio Gallego Domínguez" U. Córdoba 2012, 2110,48 €

7. "Medidas de prevención y solución del sobreendeudamiento de los particulares en Cataluña" "Vicente Pérez Daudí" CEJFE, Generalitat de Catalunya. 2012. 5000 €

8. "Estado actual de la regulación de las medidas cautelares en los procesos civiles, transcurridos 8 años desde la aprobación de la LEC." "Vicente Perez Daudí", Ministerio de Educación y Ciencia, 2009, 25000 €

9. “Grup de recerca consolidat de Dret Processal” “Vicente Perez Daudi” Generalitat de Catalunya. 2009. 5.000 €

10. “Creación de recursos didácticos y producción de material docente necesario para impartir diversas asignaturas de Derecho Procesal Civil a través de la metodología de casos con el soporte del Campus Virtual de la UB” “Jaume Alonso-Cuevillas y Sayrol” Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca. Generalitat de Catalunya. AGAUR 2009. 5.000 €

11. “Instrumentos jurídicos de mejora de acceso a la vivienda y estímulo a la financiación y promoción inmobiliaria” “Sánchez Ruiz de Valdivia, I Ministerio de Educación y Ciencia 2007 Hasta 2010. 40.000 €

12. “El contrato de Obra y la protección del consumidor” “Sánchez Ruiz de Valdivia, I” Ministerio de Educación y Ciencia. 2010 Hasta 2013. 40.000 €

13. “Instrumentos jurídicos de mejora de acceso a la vivienda y estímulo a la financiación y promoción inmobiliaria” Sánchez Martínez, M.T. Ministerio de Educación y Ciencia. 2007-2010. 40.000 €

14. “Medidas de prevención y solución del sobreendeudamiento de los particulares en Cataluña” “Vicente Pérez Daudi” Centro de Estudios Jurídicos y de Formación Especializada, Generalitat de Catalunya. 2011. 50.000 €

15. “Protección jurídica de al tercera edad” “Ignacio Gallego Domínguez”, JUNTA DE ANDALUCÍA 2007-2010. 87000 €

16. “Nuevas metodologías para la estimación de la función de distribución y proporciones con aplicación a las fuentes de crecimiento económico” Juan Francisco Muñoz Rosas” Mercedes Rodríguez Molina (IC) CONSEJERIA DE INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPRESA. JUNTA DE ANDALUCÍA. 2012-1460 días. 30322 €

17. “Yacimientos de empleo y políticas sociales: los servicios relacionados con la atención a personas en situación de dependencia en Andalucía” “Mercedes Rodriguez Molina” FUNDACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. 2010-364 días. 239,52 €

18. “Movilidad, costes de cambio e innovación tecnológica en los servicios minoristas: aplicaciones del análisis de los servicios financieros Minoristas.” Santiago Carbó Valverde” Mercedes Rodríguez Molina (IC). JUNTA DE ANDALUCÍA 01/02/2009. 1095 días. 157.923,58 €

19. “Recursos y capacidades de las organizaciones para la actuación proactiva en sectores emergentes” Mercedes Rodriguez Molina. OTROS PROGRAMAS ORGANISMOS PÚBLICOS. 2007- 1085 días 152056,3 €

20. “El menor y el joven como víctima y victimario de la violencia social” “Miguel Olmedo Cardenete” Consejería de Innovación, Ciencia y Tecnología (Junta de Andalucía). 2006-2009. 20.000. €

3.1.8. Bibliografía mas relevante.

AA.VV.: *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch , Valencia, 2014.

AA.VV.: *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, dirigido por Elena Lauroba Lacasa, Marcial Pons, 2012, pp. 337 y ss.

AA.VV.: *Monográfico sobre la dación en pago*. RCDI, 2013, número 735.

ABRIL CAMPOY, J.M. “Comentarios a los Art. 11 y 13 de la L.C.G.C.» en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación” (I. Arroyo y J. Miquel Rodríguez, coord.).

AGÜERO ORTIZ, A.:” Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas”. Centro de Estudios de Consumo. www.uclm.es/centro/cesco. Noticias consumo. Págs. 1 y 2.

ALASTRUEY, R. : “La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad civil”. Revista El Notario del siglo XXI. Nº46. Noviembre-diciembre 2012. Págs. 12 y 13.

ALMAGRO NOSETE, J.: “Un auto «pionero», abierto a grandes horizontes (Ejecución hipotecaria inmobiliaria)”, Diario La Ley, Nº 8088, Sección Columna, 22 May. 2013, pp. 1-8.

ÁLVAREZ, JULIO: “Algunas reflexiones en torno a la reforma del «freshstart» del consumidor en USA”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 12, 2008, págs. 233–359.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma. En “La venta extrajudicial de bien hipotecado”, AA.VV., Editorial Comares 2012

- “Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis”, El notario del siglo XXI. Marzo abril 2011. nº 36

- “Los indignados, el Santander y el Gobierno”, El notario del siglo XXI, Septiembre octubre 2011. nº 39

- “De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El RDL 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas”, El notario del siglo XXI. Abril 2012. Num: 42

- “La ejecución extrajudicial tras el RDL 6/2012”, El notario del siglo XXI, Abril 2012. Num: 42

- “¿AL fin una reforma útil para los deudores hipotecarios?”, El notario del siglo XXI. Abril 2013. Num: 48.

ANCHÓN BRUÑEN, M^a. J.: “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, Diario La Ley, Nº 8127, Sección Doctrina, 16 Jul. 2013.

- “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la norma europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, Diario La Ley, núm. 8050, de 25 de marzo de 2013.

BELINCHÓN ROMO, R.: La dación en pago en Derecho Comparado (Obra recensionada por PÉREZ GURREA, R.: “La dación en pago en Derecho español y en Derecho Comparado”, RCDI, Núm. 735, enero 2013, pp. 624-628).

- “La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago”, Revista de Derecho Privado, núm. 96, marzo-abril de 2012; «El contrato de compraventa y la dación en pago», en Revista Aranzadi Doctrinal, 2010, núm. 1.

- «El contrato de compraventa y la dación en pago», en Revista Aranzadi Doctrinal, 2010, núm. 1.

BALLUGERA GÓMEZ, C.: “Un futuro de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013, Diario la Ley, Nº 8081, Sección Documento On-line, 13 Mayo, 2013.

Pérez Daudí, V. La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial. 004502 - Revista de Derecho Bancario

y Bursátil.130, pp. 79 - 110. (España): Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 2013. ISSN 0211-6138

- Les possibilitats de defensa del deutor hipotecari a la venda extrajudicial. 003582, Món Jurídic. 277, pp. 26 - 27. (España): 2013. Disponible en Internet en: <<http://www.icab.cat/>>

go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cfffacedb1a58854a600312ccaf978b671f543b5e8d2e88a5809a817a>.

BERNABÉU PÉREZ, I. C., «La constitucionalidad del art. 695 de la LEC y el Auto 113/2011, del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 2011. Fundamentos», *Práctica de Tribunales*, núm. 86. Octubre 2011, Págs. 50 y 51.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas”, *Actualidad Civil*, 5 Jun. 2013, Editorial LA LEY, Diario La Ley, N° 8099, 6 Jun. 2013, LA LEY 3039/2013, pp. 1-18.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “No puede definirse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido) salvo por falta de transparencia”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, www.uclm.es/centro/cesco.

- *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*, ed., Aranzadi, Pamplona, 2013.

CARRASCO PERERA, A y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional,” *Diario La Ley*, N° 8159, Sección Doctrina, 30 Sep. 2013.

GALLEGO DOMINGUEZ, I.: *La renegociación de préstamos hipotecarios (Estudio de la Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 1994)*, con prólogo de J.M. González Porrás, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1999.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. Monográfico sobre la dación en pago, RCDI, Núm. 735, Enero 2013, pp. 11-16; «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 735 (Monográfico sobre la dación en pago), Enero-Febrero 2013; “Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, en *La reforma del mercado hipotecario*, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 31 y s.

PEREZ DAUDÍ, V.: “La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 130, pp. 79 - 110. : Centro de Documentacion Bancaria y Bursatil, 2013.

HERRAN ORTIZ, A. I. *La protección de los consumidores en servicios financieros a distancia, Retos del Derecho en una economía sin fronteras*, Ed., Deusto, 2012.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización y edificación*, ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999; “La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario”, *R.C.D.I.*, núm. 662, noviembre-diciembre 2000, págs. 3097-3142; *Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores*, RCDI, núm. 738, julio-agosto 2013, pp. 2329-2352; *Europa pone en jaque el procedimiento de ejecución hipotecaria español? Libro homenaje a Miquel González, José María. En prensa; La necesidad de repensar la protección del deudor hipotecario*, REDES, núm. 4. En prensa; “Los fondos de inversión inmobiliaria y los bienes inmuebles que pueden ser objeto de su inversión y aportación no dineraria”, *Los fondos de inversión inmobiliaria: su papel como instrumento de estímulo de la vivienda en alquiler*, ed., .S. A., 2009, págs. 53-97.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y OLMEDO CARDENETE, M.: *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SEIJAS QUINTANA, F.: *La protección del consumidor en materia de ejecuciones hipotecarias*, ed., Bosch, Barcelona, 2013.

INFORME OLIVER WYMAN: «Mercado hipotecario español. Análisis de las repercusiones de un eventual cambio regulatorio en las garantías». 2011.

SANCHEZ GARCÍA J., “Novedades legislativas: RDL 6-2012 y otras novedades legislativas o reformas que pudieran plantearse o que serian pertinentes”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, ed., Pons, 2012; El control de transparencia sobre los elementos esenciales en los contratos de crédito al consumo”. *Revista de Derecho Vlex* 2013,

- "las participaciones preferentes de entidades financieras intervenidas. Análisis de las posibilidades procesales del inversor”, en el *Derecho*, septiembre de 2012.

IV. FINALIDAD QUE SE PERSIGUE CON EL PROYECTO. ALGUNAS CONCLUSIONES.

Este Proyecto de Investigación, avalado por el numero equipo investigador y de trabajo antes reseñado, se enmarca en el Reto de la Sociedad núm. 6, relativo a *Cambios e innovaciones Sociales*. La hipoteca es el compromiso financiero más importante en la vida de una familia. El mercado hipotecario supera el 52,3% del PIB comunitario. Por eso, la recientemente aprobada Directiva Europea sobre el Crédito Hipotecario (pionera), constituye un reto de cambios e innovaciones para la sociedad europea, en general, y para la española, en particular. La Sociedad exige cambios ante la crisis que experimenta el Sector Inmobiliario en general y el Hipotecario, en particular. La transposición de la directiva europea, pionera, se anuncian una batería de obligaciones para las entidades bancarias a la hora de informar, asesorar y vender productos hipotecarios: un reto, sin duda, en las prácticas comerciales de créditos hipotecarios responsables que comportará cambios e innovaciones sociales importantes.

Numerosos son los cambios que introducirá la nueva directiva y que, en nuestra opinión, se traducen en claros retos para la ciudadanía en general e innovaciones en la práctica contractual crediticia. Innovaciones que apuestan, desde europea, por la transparencia en la información y educación de la ciudadanía europea, en general, y la española, en particular; la existencia de un periodo obligatorio de reflexión (siete días, para firmar o retractarse del contrato del préstamo, más información, dación en pago, flexibilización de los pagos, supervisión, coto a los productos vinculados prohibiendo su obligación, y particularidades en préstamos con moneda extranjera) constituirá, sin duda, un cambio en las prácticas comerciales que apuestan por educar e informar a la ciudadanía, en general, y a los poderes públicos, en particular, para afrontar, de una manera más responsable, cualquier política económica, fiscal y legal que, de manera estructural, demande la sociedad en aras a mejorar el drama que padecen hoy miles de familias en sus economías domésticas.

Analizar, con carácter interdisciplinar, los cambios legislativos oportunos para apostar por un mercado único de servicios financieros motor del Mercado Europeo es, en realidad, nuestra principal intención. Tengamos en cuenta que buena parte de las hipotecas residenciales han sido cedidas a Fondos de Titulización, es decir, que los propietarios de los créditos hipotecarios no son ya las entidades de crédito. Una cuestión que no es baladí y que desconoce gran parte de la ciudadanía. La relevancia de esta cuestión unida al hecho de que la posible solución ya no sólo está en manos, ni depende (al menos únicamente), de la voluntad del acreedor (la entidad financiera) permite tomar en consideración el hecho de que los préstamos hipotecarios afectados pueden haber sido vendidos a inversores extranjeros a través de Fondos de Titulización y que sus representantes legales, las Sociedades Gestoras de Titulización, tienen escaso margen de maniobra al respecto; lo que supone ampliar nuestras miras dirigidas a buscar la mejor solución.

Conscientes, además, de que en muchos casos no ha sido posible renegociar la deuda y de que la segunda oportunidad ofrecidas a consumidores y usuarios, en España, no está funcionando la única alternativa que se anuncia como posible solución al impago de la hipoteca es la ejecución hipotecaria, aunque esta figura sea el último recurso, tal y como ha recomendado el propio Banco Central Europeo (BCE); una recomendación que, dígase de paso, constata, también, en el informe emitido por el BCE -solicitado por el gobierno español antes de que se llevara a cabo la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios-. Una solicitud más burocrática que real a la vista del hecho, sorprendente, de haber decidido aprobar dicha ley aún antes de haber recibido el mencionado informe del BCE. Y es que, tal y como indica el propio BCE, "solo con una estrategia de resolución más amplia se puede hacer frente a los retos que plantean los cambios en las circunstancias económicas de los prestatarios, los cambios sustanciales en el valor de los inmuebles y el posible resultado de hipotecas inviables, manteniendo al mismo tiempo incentivos apropiados tanto para deudores como para acreedores y reduciendo al mínimo el posible riesgo moral".

Guiados por el convencimiento de que los clientes, prestamistas e intermediarios de crédito, gozan de un mercado único eficiente y competitivo en el que exista un elevado grado de protección, impulsando, para ello, la confianza del cliente, la movilidad de los clientes y prestamistas y la actividad transfronteriza de los mismos bajo condiciones equitativas de competencia respetando, al mismo tiempo, los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; creemos oportuno proponer la creación de un Observatorio Europeo que advierta en Europa las distintas prácticas comerciales que obstaculizan el mercado de servicios financieros. Convencidos, también, de que favorecer la estabilidad financiera supone garantizar el funcionamiento responsable de los mercados de crédito hipotecario y que solo así podremos salir de la crisis del sector, quisieramos convertir a la Universidad de Granada, a nivel europeo, en un referente en la materia a través del Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario (HIMEROB).

La oportunidad de crear dicho Observatorio permitirá conectar, en Red, a través de la WEB-HIMEROB a las instituciones de derecho privado y público preocupadas por esta línea de investigación; así como, también, a todos los miembros del equipo de investigación y de trabajo que forman parte de este proyecto. Un proyecto de investigación que ha sido secundado a nivel Nacional e Internacional con un importante equipo de investigadores extranjeros y nacionales adscritos a las distintas Áreas de investigación -económica, financiera, hipotecaria, concursal y procesal- a través de los cuales trataremos de lograr la tan necesaria transferencia del conocimiento y la investigación: una deuda de la Universidad a la sociedad en aras a lograr los cambios e innovaciones sociales adecuados.

Este Observatorio HIPMEROB, pionero en Europa, trataría de fomentar, además, la movilidad y las relaciones externas, contando con una tupida red de convenios de colaboración con instituciones públicas y universitarias en el extranjero y en otras Universidades que a nivel Nacional o autonómico están trabajando para colaborar de manera estrecha aunando esfuerzos en la búsqueda de la solución más adecuada para salir de la crisis del sector. Permitirá, también, tender puentes con los más prestigiosos y punteros Institutos de Derecho Comparado que existen en otros países como el Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y Girona, Barcelona, Francia, Portugal, etc. A través de la emisión de informes, estudios y publicaciones periódicas en Revistas y editoriales de prestigio nacional e internacional trataremos de darle difusión a los trabajos de investigación surgidos al hilo de este proyecto de investigación y fruto de sus resultados teórico-prácticos.

EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA. ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL

Dra. D^a. Arantzazu Vicandi Martínez
Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 8 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 11 de julio de 2014

RESEÑA DEL LIBRO:

MUÑOR RUIZ, JOSEFA. Profesora Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Murcia. (2014) **El delito de conducción temeraria. Análisis dogmático y jurisprudencial**. Dykinson. Madrid.

El libro que el lector tiene en sus manos es un completo estudio del delito de conducción temeraria, que abarca una perspectiva axiomática – deductiva y una jurisprudencial. El tema en cuestión no deja de ser una cuestión de gran importancia, tanto por su actualidad como por sus implicaciones, ya que tal y como la propia autora evidencia, la seguridad vial es la principal causa de muerte en la población de entre cinco y veinte años; problema que se recrudece cada día con el incremento del número total de vehículos en circulación y el deterioro progresivo de las carreteras.

La obra se divide en 8 capítulos, abordándose a lo largo de los mismos aspectos teóricos del tipo delictivo, así como cuestiones prácticas derivadas de su aplicación.

En el primer capítulo se efectúa un análisis de la evolución de los delitos contra la seguridad vial desde una perspectiva legislativa, con el fin de justificar qué nos ha llevado al escenario actual, en lo que al ordenamiento jurídico español se refiere.

El segundo capítulo se centra en el bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad vial, entendido como parcela de la seguridad colectiva, así como en el caso concreto de la naturaleza jurídica del delito de conducción temeraria del artículo 380 del Código Penal.

Idéntica línea es la que mantiene el tercer capítulo, al tratar de los sujetos activos y pasivos de los delitos contra la seguridad vial.

El cuarto capítulo aborda la conducta típica de los delitos contra la seguridad vial, para lo cual la autora detalla de forma exhaustiva conceptos tales como la noción de conducir, la temeridad manifiesta, el peligro para la vida o integridad de las personas; todo ello a fin de delimitar el contenido de los artículos 380 y 381 del Código Penal.

El capítulo quinto estudia las posibles causas de justificación de este tipo delictivo, de entre las que la autora destaca la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; y finalmente, el consentimiento.

El sexto capítulo examina la vertiente subjetiva del tipo penal, comenzando para ello con la imputabilidad (construcción doctrinal dentro de la cual se alude a circunstancias tales como la anomalía o alteración psíquica, el estado de intoxicación, las alteraciones de la percepción y la minoría de edad), seguido de las formas de culpabilidad y su ausencia

(analizando los casos concretos del dolo y el error) y finalmente estudia la inexigibilidad de otra conducta (destacando el miedo insuperable y el autoencubrimiento impune).

El séptimo y penúltimo capítulo analiza las formas especiales de aparición del delito, deteniéndose en nociones fundamentales a tener presentes, como pueden ser la tentativa, el desistimiento y la consumación. Asimismo, la autora trata aspectos controvertidos como la autoría y la participación, las relaciones concursales y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que siempre son susceptibles de crear un halo de incertidumbre en torno al tipo delictivo.

Finalmente, en el último de los capítulos se recogen las consecuencias jurídicas de la conducción temeraria, destacándose de manera especial las penas (tanto privativas de libertad como del derecho de conducción) y también el comiso; prestándose especial atención a lo establecido por el artículo 385 ter, en relación a la rebaja facultativa de la pena.

En consecuencia, esta monografía arroja interesantes conclusiones al tratarse de un estudio que abarca tanto la perspectiva tónica como la dogmática, lo que permitirá al lector tener una visión de conjunto, eminentemente práctica, de un tipo delictual que tanto protagonismo ha alcanzado en la actualidad.

EL CONSTITUCIONALISMO FRUSTRADO. PROYECTOS ESPAÑOLES DE 1834
A 1976

Dra. D^a. Arantzazu Vicandi Martínez
Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 8 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 11 de julio de 2014

RESEÑA DEL LIBRO:

CANOSA, RAUL (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid); GÓNZALEZ RIVAS, JUAN JOSÉ (Magistrado del Tribunal Constitucional); MARHUENDA, FRANCISCO (Director de La Razón); RODRÍGUEZ, Javier (Instituto Madrileño de Administración Pública); ZAMORA, FRANCISCO JOSÉ (Real Centro Universitario Escorial – María Cristina y la UNED) y ZAMORA TOMÁS (Vicedecano Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid).(2014) **El constitucionalismo frustrado. Proyectos españoles de 1834 a 1976.** Dykinson. Madrid.

La obra que el lector tiene a su disposición es una magnífica recopilación de la historia constitucional española, que hace especial hincapié en los precedentes normativos previos a los diferentes textos constitucionales que han llegado a estar vigentes en España a lo largo de la historia; precisamente porque cualquier Carta Magna, además de ser un hecho constitucional, es también un hecho histórico.

Este libro está dividido en un estudio preliminar y seis capítulos, cada uno de éstos referente a un periodo histórico constitucional concreto.

En el estudio preliminar del libro se justifica la necesidad de un trabajo como el que el lector tiene entre sus manos, aduciéndose para ello aspectos tales como el desarrollo de la política en España, su influencia en el constitucionalismo (tanto el realizado como el frustrado) y los problemas que de éste último derivan.

El primer capítulo se centra en el constitucionalismo histórico español, dividiéndose el estudio en dos perspectivas, por un lado las etapas del mismo, y por otro las características comunes a todos los periodos. Ahora bien, lo verdaderamente determinante de este primer capítulo es que la fragmentación de las diferentes fases trasciende de la idea lineal del tiempo, estableciéndose seis etapas diferenciadas: los orígenes del constitucionalismo (1808 – 1833), el constitucionalismo isabelino (1833 – 1868), el sexenio revolucionario (1868 – 1875), la Restauración (1875 – 1931), la Segunda República (1931 – 1936) y el sistema político del general Franco (1936 – 1975). De acuerdo con el criterio de los autores todas estas fases, a pesar de las claras diferencias que puedan mostrar, cuentan con elementos comunes, entre los que destacan: la falta de originalidad de las Constituciones, la estrecha relación entre las Constituciones y los partidos políticos del momento, la forma de gobierno (república o monarquía), los elementos progresistas y tradicionales, así como las distintas formas de organización territorial (centralista, federal y regional).

El segundo capítulo aborda el periodo isabelino, estudiando en primer lugar el contexto histórico del momento, a fin de analizar los distintos textos que vieron la luz durante este lapso temporal (proyecto de Constitución “La Isabelina” de 1834, proyecto Tabla de Derechos de 1834, proyecto revisión del Estatuto Real de 1835, proyectos de Leyes fundamentales de Juan Bravo Murillo de 1852, proyecto de Ley para la reforma de la Constitución de 1853, proyecto de Constitución de la Monarquía española de 1856 y proyecto de reforma de la Constitución de la Monarquía de 1856).

En el capítulo tercero se examina el sexenio revolucionario, para lo cual, tras la obligada referencia al contexto histórico, se acomete la tarea de analizar el proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873.

El cuarto de los capítulos se centra en la Restauración, en el que se estudia el proyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929 tras unas breves notas históricas, a fin de contextualizar el texto legal mencionado.

El penúltimo capítulo se centra en el periodo de la Segunda República, destacando el análisis del anteproyecto de Constitución de la República Española de 1931 y el proyecto de reforma constitucional de 1935, previo examen del contexto histórico de esta época.

Finalmente, el último de los capítulos, relativo al sistema político de Franco, acerca al lector un nutrido examen de proyectos, entre los que se encuentran el proyecto de Ley de Organización del Estado de Ramón Serrano Suñer de 1941, el proyecto de Constitución de Eduardo Aunós Pérez de 1945, el anteproyecto de Leyes Fundamentales de José Luis de Arrese y Magra de 1956, el anteproyecto de Constitución del Estado Español de Manuel Fraga Iribarne de 1963 y los proyectos de reforma de las Leyes Fundamentales de 1976.

En conclusión, esta monografía conforma un profuso recorrido por la historia constitucional, con especial énfasis en el constitucionalismo frustrado, buscando el origen y motivos de este fenómeno.

DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: UN DRAMA SOCIAL Y UN PROBLEMA LEGAL

Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia
Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada
Profesora Titular de Derecho Civil. UGR.

Fecha de recepción: 7 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 11 de julio de 2014

RESEÑA DEL LIBRO:

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA Y MIGUEL OLMEDO CARDENETE. **DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: UN DRAMA SOCIAL Y UN PROBLEMA LEGAL**, Editorial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Agradecida por el interés y la atención mostrada por la Revista REDES no podía ni debía negarme a su invitación para recensionar la obra relativa a Desahucios y Ejecuciones Hipotecarias: un drama social y un problema legal, publicada en la editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Un trabajo, fruto del que, en su día, constituyó el primer congreso nacional sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, los días 16, 17 y 18 de mayo, codirigido por quienes, en su día, fuimos los codirectores de dicho Congreso, celebrado al día siguiente de la publicación de la Ley 1 2013, de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (BOE 15-05-2013), –reformada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE 27-06-2013)- lo que permitió, en el mismo, a ponentes y congresistas reflexionar acerca de la precipitación o no de legislar en caliente, a nivel estatal o autonómico, ofreciendo respuestas coyunturales al problema estructural que deriva de los desahucios y las ejecuciones hipotecarias.

Desde la Universidad de Granada nos propusimos sumarnos a *batalla quijotesca* emprendida, sin precedentes, por el Juez de lo Mercantil del Juzgado de Barcelona, Fernández Seijo quien, en su día, propició la STJUE de 14 de marzo de 2013 tras la cuestión prejudicial planteada. Un juez que continua, en la actualidad, no duda en dictar fallos judiciales novedosos como aquel en virtud del cual ordena devolver el piso a una mujer desahuciada. Un fallo judicial, sin precedentes, a través del cual no se persigue apostar por una devolución masiva de desalojos, pero que abre, sin duda, el debate acerca del atropello que, en ocasiones, producen las entidades financieras cuando al ejecutar el crédito hipotecario lo hacen aún a sabiendas de la escasa cuantía a la que asciende la deuda, y de la voluntad y capacidad de pago de la propia entidad ejecutada. Y es que, en la actualidad, algunas entidades financieras y con la ley en la mano, lo que suele suceder, en la actualidad, es que cuando la entidad insta la ejecución hipotecaria no reclama solo las cuotas que se le adeudan, sino la totalidad del préstamo hipotecario mas los intereses de demora, una cantidad imposible de afrontar. Como en muchos casos, además, la subasta suele quedar desierta, el banco se la adjudica por el 60 por cien del valor de la tasación lo que supone, además, un enriquecimiento a la postre para la entidad, no interesándole, por tanto, ofrecer alternativas que eviten el desahucios al consumidor. Menos aun, dígame de paso, al empresario.

En a penas tres meses, el poder legislativo (estatal y andaluz), ejecutivo y judicial se posicionó tratando de ofrecer alternativas legales, judiciales y extrajudiciales (también de lege ferenda) al drama social que vivían miles de familias españolas. Y lo había hecho, de manera vertiginosa. La dramática situación económica y financiera que vivimos, unida a los

impulsos judiciales Nacionales y Europeos que se habían producido en la materia habían animado a “levantar el velo” de las bondades y debilidades de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria que apostaba, sin titubeos por el “favor creditoris”.

El debate social, político, legislativo y judicial producido al hilo de dicho congreso, en el que numerosos profesionales y expertos en la materia debatieron, entre otros temas, la STJUE de 14 de marzo de 2013, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y cláusulas suelo en la contratación de préstamos hipotecarios (al hilo de la célebre STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013). Trata de analizar, desde una óptica necesariamente interdisciplinar, las *alternativas legales, judiciales y extrajudiciales*, también de *lege ferenda*, surgidas ante la gravedad que presentan las situaciones de exclusión social fruto de esta crisis económica mundial nos propusimos recordar que el derecho a una vivienda digna y asequible es un derecho humano universal, reconocido a nivel internacional y en más de 100 Constituciones Nacionales de todo el mundo.

Tanto El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹, como la Carta Social Europea vinculan el carácter “adecuado” de la vivienda, entre otras cosas, a que sea “asequible” el Comité DESC de Naciones Unidas considera que, independientemente del contexto, hay algunos elementos que hay que tener para que la vivienda se pueda considerar adecuada: a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios materiales e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) accesibilidad; f) lugar y, g) adecuación cultural. El propio Comité DESC ha desarrollado el contenido de este derecho en dos observaciones generales. La Observación general número 4 donde se concretan las condiciones que configuran el carácter “adecuado” de la vivienda; y la Observación General 7 sobre desalojos forzosos. Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el órgano principal de la ONU encargado de supervisar la realización del derecho a la vivienda por parte de los Estados, no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido limitado o restrictivo que lo equipare al simple hecho de tener “un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”².

En este libro participan treinta y tres autores que son presentados por la autora de estas líneas quien, junto a Miguel Olmedo Cardenete tiene el honor de contar en el prólogo con Juan Antonio Xiol Rios, Magistrado del Tribunal Constitucional, para quien en este libro se produce un “cruce espectacular, y hasta cierto punto inesperado, al hilo del derecho europeo, entre, el derecho de los consumidores y el mundo de las ejecuciones hipotecarias demostrando que el derecho civil está en permanente transformación al hilo de la evolución social”. En efecto, y partiendo del interés que el tema despierta desde un punto de vista del Derecho Civil, propio de nuestra especialidad y fruto de las investigaciones que hasta el momento nos habíamos propuesto realizar y conscientes que el tema debía ser analizado desde la óptica del derecho constitucional, procesal, penal, administrativa, y no sólo académica sino profesional, en este libro se analiza un mismo tema desde distintas ópticas, complementarias y enriquecedoras entre sí. Académicos, Registradores, notarios, Jueces y Abogados ofrecen su opinión y asesoramiento como expertos en la materia quienes junto a algunas asociaciones de consumidores y usuarios y la propia plataforma STOP desahucios abordan de manera transversal e interdisciplinar las distintas soluciones o alternativas

¹ A partir de ahora, PIDESC.

² Christophe Golay, Asesor del Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación y Melik Ozden, Director del Programa Derechos Humanos del CETIM y Representante Permanente ante la ONU, El derecho a una vivienda. Un derecho humano fundamental por la ONU y reconocido por tratados regionales numerosas constituciones nacionales en, <http://www.cetim.ch/es/documents/bro7-log-A4-es.pdf>, p. 3 y ss. Todos los movimientos y grupos sociales así como las ONG que defienden a los sin techo, a los que tienen una vivienda precaria y a los que son desalojados no conocen bien los instrumentos internacionales y como usarlos en el ámbito nacional. Esta publicación tiene como objetivo acompañarlos en la reivindicación y la exigencia del respeto del derecho a la vivienda en su lucha cotidiana

legales, judiciales, extrajudiciales y de *lege ferenda*. Y es que, tal y como se insiste en el prólogo de esta obra, “uno de los paradigmas más importantes que inspiran el Derecho Civil, como son el respeto a los derechos, especialmente a la propiedad, a la autonomía de la voluntad y, en suma, a la justicia son planteados y reflexionados”.

Muchas e importantes son las conclusiones que se defiende en esta obra compuesta por cuatro capítulos, el primero dedicado a cuestiones más generales del derecho real de hipoteca y de la ejecución hipotecaria, el segundo, dedicado al control notarial, registral y judicial de cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca, el tercero, relativo a las soluciones legales, notariales, registrales, judiciales y extrajudiciales ofrecidas a los desahucios y ejecuciones hipotecarias, compuesto por cinco secciones, cada una dedicada a cada uno de los aspectos reseñados en el título del capítulo incluida una primera e importante sección dedicada a las soluciones de Derecho Comparado y el cuarto capítulo, relativo a soluciones de *lege ferenda*.

En el **Capítulo Primero**, dedicado a cuestiones generales sobre la hipoteca y la situación de desahucios y ejecuciones hipotecarias en momentos de crisis económica, se abordan, fundamentalmente, cuatro temas importantes. Tras exponer la necesidad de reflexionar, también, acerca de las alternativas de salida a esta situación de crisis para los/as empresas, *pequeños/as y medianos/as empresarios/as* (PYME) y los/as *trabajadores/as autónomos/as*, motores, indiscutibles en nuestra opinión, de la recuperación económica para la necesaria generación de riqueza y la lucha contra el desempleo. Convencidos de que hay que dar una segunda oportunidad, *fresh start*, concediéndoles el derecho a “volver a empezar” sin arrastrar deudas pasadas, una vez el deudor se haya sometido al procedimiento de insolvencia y haya mostrado que es de buena fe, un reto que no logra alcanzar la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, nos propusimos reflexionar en el capítulo primero acerca de la idoneidad de algunos fallos judiciales que abren grandes horizontes en esta línea y la necesidad de crear, desde la Universidad de Granada, un Observatorio Europeo sobre el Mercado Hipotecario, cuestión sobre la que reflexionaremos al finalizar esta presentación.

El derecho real de hipoteca de responsabilidad limitada ha sido otro de los temas analizados con exhaustividad por Antonio Pau Pedrón, Registrador de la Propiedad de Propiedad y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, quien advierte, de manera magistral, que en España, la hipoteca de responsabilidad limitada cuya posibilidad se prevé en el art. 140 LH, escasa aplicación práctica. A pesar de que el art. 140 LH prevé la posibilidad de que las partes pacten la hipoteca de responsabilidad limitada, dicho precepto es superfluo e insuficiente. Superfluo porque, aun sin norma, cabría pactar la responsabilidad limitada de la deuda hipotecaria e Insuficiente porque son muchas las cuestiones que el art. 140 deja sin resolver.

La idoneidad o no de apostar por una hipoteca sin desahucios y la necesidad de rediseñar el contrato de crédito hipotecario como un contrato de consumo, constituyen otros dos temas escogidos y sobre los que se posicionan, con autoridad, Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil de la universidad de Castilla-La Mancha y Director de CESCO, junto a la necesidad, tal y Guillermo Orozco Pardo, Catedrático del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada, respectivamente.

Analizar, en quinto lugar, las cuestiones “Técnicas” que plantea la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, constituye el tema elegido por Francisco Lledó Yagüez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto y Abogado y Socio Fundador de Iurelicet, quien advierte, con acierto, que esta Ley se ha tramitado por vía de urgencia. Tan urgente que la Ley vigente, no ha abordado cuestiones demandadas por la sociedad. Entre estas destacamos la falta de regulación de la llamada “segunda oportunidad” o “fresh start”. Mientras no se acometa esta Ley de “segunda oportunidad” el problema no se habrá solucionado. Una opinión que, desde aquí secundamos y sobre la que se insistirá, con autoridad, en el capítulo tercero en la sección primera relativa al estudio de

Derecho Comparado.

En el **Capítulo Segundo**, relativo al Control Notarial, Registral, Judicial de cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca, aterrizamos en uno de los problemas cruciales que había suscitado el control notarial, registral y judicial de cláusulas abusivas en los contratos de hipotecas, desde que se publicara, en Europa, la STJUE 14 de marzo de 2013 y, en España, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictase la sentencia 241/2013, de fecha 9 de mayo. Desde un enfoque eminentemente interdisciplinar y transversal en este capítulo se analiza la cuestión. Tras analizar junto a Juan Antonio Xiol Rios, el contenido de la Sentencia Europea y las conclusiones de la Jornada convocada por el Consejo General del Poder Judicial en orden a establecer los criterios para fijar el control de cláusulas abusivas, se reflexiona acerca de la abusividad o razonabilidad en orden a la facultades del juez para la normalización del control de préstamos hipotecarios, concluye Miguel Pasquau, Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y profesor titular y catedrático acreditado de Derecho Civil, para quien, una versión moderna del *favor debitoris*, a la que aún no hemos llegado en España, no puede consistir sin más en remedios coyunturales y puntuales para mitigar los efectos de una crisis. Se cierra este capítulo con unas interesantes reflexiones acerca del

Conscientes de que tras el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo la Sentencia 241/2013, de fecha 9 de mayo³, que califica la cláusula suelo como condición general de la contratación y que concluye que dicha cláusula es lícita siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, siendo necesario que este perfectamente informado - el consumidor- del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, este informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, sentando la doctrina de que la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. Tras este fallo en el que se deniegan la devolución de cantidades indebidamente cobradas, línea en la que insisten algunas sentencias de tribunales inferiores, tal y como lo evidencia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, de 10 de junio de 2014, muchas han sido las Sentencias que se posicionan a favor de la devolución de cantidades cuando la acción ejercida es una acción individual, no parece ser el sentir de otros fallos en los que, con mejor criterio a nuestro entender, conceden la devolución de cantidades con sólidos argumentos tal y como expone la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 19 de mayo de 2014 que corrobora el sentir expresado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de fecha 9 de julio de 2013 y 21 de noviembre de 2013, que inciden en el hecho de la distinta acción ejercitada en el caso enjuiciado por dicha Audiencia y el visto por el Tribunal Supremo, que dio lugar a su Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 23/07/13, de Cuenca de 30/07/13, de Murcia de 12/09/13, de Barcelona (Sección 15a), de 16/12/13, de Málaga (Sección 6a) de 12 /03/14 y de Jaén (Sección 1a) de 27/03/14. Una cuestión de trascendencia que divide a la jurisprudencia y sobre la que poco se ha

³ Conscientes de que la postura de los Tribunales, antes de que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictara su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, mantenía dos posiciones encontradas, por un lado, la de aquellos Juzgados que estimaban que la cláusula suelo era nula, en tanto que condición general de la contratación era de carácter abusivo, por lo que condenaban a la entidad a eliminar la cláusula del contrato y a devolver al prestatario las cantidades cobradas de más por aplicación de dicha cláusula al hilo del art. 1300 CC, entendiéndose que la cláusula en cuestión no afecta a un elemento esencial del contrato (en este sentido, Sentencias del Juzgado de lo Mercantil no 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 y del Juzgado de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2011). Y, por otro lado, las sentencias que estimaban que este tipo de cláusula no beneficia exclusivamente a la entidad financiera y, por tanto, consideran que no es nula por abusiva (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 9 de Madrid de 12 de septiembre de 2011).

posicionado nuestra doctrina y sobre la que aún habrá que reflexionar en el siguiente Congreso.

Para analizar el control preventivo de cláusulas abusivas de manera transversal e interdisciplinar este libro cuenta con la participación y colaboración, desde la perspectiva de los consumidores y usuarios, de Fernando Herrero Sáez de Eguilaz, Economista, responsable de comunicación de ADICAE y portavoz de la junta Directiva, y desde la óptica notarial con Luis Rojas Montes, notario de Granada, registral, Sebastián del Rey Barba, *Registrador de la Propiedad de Vic 2. Profesor de Derecho Inmobiliario de la Universitat Internacional de Catalunya*, y académica (a cargo de D. Francisco Pertiñez Vilchez, profesor titular de Derecho Civil) y Dña Abigail Páez (becaria de investigación del Departamento de Derecho Civil).

En el **Capítulo Tercero** nos proponemos analizar las distintas soluciones legales, en Europea y en España (a nivel estatal y autonómico, centrando nuestra atención, fundamentalmente, en Andalucía, por ser nuestra Comunidad Autónoma), judiciales, extrajudiciales y de *lege ferenda*. El propósito central, eje, de esta obra colectiva, se analiza en este capítulo en las cinco secciones que lo conforman mediante un análisis exhaustivo realizado por los distintos especialistas y profesionales en la materia.

Tras analizar, en la Sección 1ª, algunas Soluciones de Derecho Comparado, se pasa a analizar algunas soluciones Constitucionales de carácter estatal, en la Sección 2ª, y autonómico, en la Sección 3ª. Tras centrar su atención en la solución Andaluza, se analizan, a continuación, las soluciones judiciales, en la Sección 4ª, y extrajudiciales, en la Sección 5ª, desde un enfoque interdisciplinar.

En la Sección 1ª, dos son los temas estrella analizados desde una óptica de estudio de derecho comparado. El primero, el derecho real de hipoteca analizado en su fase estática, de constitución, y dinámica, de ejecución de la hipoteca y el segundo tema elegido, de trascendencia crucial, es el relativo a la regulación del Sobreendeudamiento en el Derecho Comparado. En particular, la alternativa de la segunda oportunidad o Frest Start. Expongamos, pues, algunas conclusiones, importantes, sostenidas, en relación al primer tema citada de la mano María Teresa Touriñán Morandeira, Registradora de la Propiedad de Vilalba (Lugo), quien al abordar, de manera profunda y exhaustiva, su estudio ciñéndose a los sistemas jurídicos presentes en la Unión Europea y procurando buscar ejemplos tanto de países de derecho continental, de tradición romanista más afrancesada o de corte germánico y en los sistemas escandinavos y de derecho anglosajón.

El segundo tema, importante, analizado en esta Sección primera, es el relativo, tal y como adelantábamos, a la segunda oportunidad, *fresh start*. Es decir, el derecho a “volver a empezar” sin arrastrar deudas pasadas, una vez el deudor se haya sometido al procedimiento de insolvencia y haya mostrado que es de buena fe. Una medida, alternativa, que tiene su origen, fundamentalmente, en países de cultura anglosajona en los que se entiende que el deudor no puede quedar permanentemente atrapado por la deuda porque tiene derecho a poder empezar de nuevo, a rehacer su vida económica. Una medida que persigue un evidente motivo de justicia social pero también se basa en razones puramente económicas que radica en el pragmatismo estadounidense: hay que recuperar un ciudadano para la sociedad para que, lejos de suponer un lastre para esta, vuelva a contribuir a la creación de riqueza.

En España esta medida está mal tratada en la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización 14/2013, de 27 de septiembre de 2013 (Ley de emprendedores, para acortar, LE) que incluye, en el art. 21 que comportan la reforma del art. 178.2 de la Ley Concursal, en la que se exige que deudor sea de buena fe, es decir, que no se trata de alguien que haya utilizado el engaño o la falta absoluta de previsión para endeudarse; que acredite que el deudor ha vendido todo su patrimonio para satisfacer las deudas pendientes y, finalmente, que exista una supervisión de un organismo público que constata el origen de las deudas. La regulación exigente, tímida, y desacertada por la que

apuesta España, en la que se exige un umbral tan alto al insolvente condena a esta medida a que, lamentablemente, muy pocos insolventes puedan acogerse y disfrutar de ella lo que hace más sugerente y necesario aún reflexionar sobre cómo en derecho comparado se aborda la misma

De este tema se ocupa, en profundidad, García Perulles, abogado y miembro de los Servicios Jurídicos de ADICAE, quien tras analizar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” y del ya anciano, y dedicado principalmente al ámbito empresarial, Informe del Grupo de Expertos del “Proyecto del “Procedimiento Best” Sobre Reestructuración, Quiebra y Nuevo Comienzo”, fechado en septiembre de 2003; un estudio orientado a la cristalización de procedimientos de fresh start para las empresas europeas, en un marco de objetivos que aludían a la alerta temprana, los sistemas legales, el nuevo comienzo y las actitudes sociales se posicionan a favor de dicha alternativa tal y como hace tras conocer las experiencias Francesa y Norteamericana, Nuria Mallandrich Miret, Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona y reflexionar Padric Kenna y Karen LynchShally, acerca de la comparativa entre Inglaterra e Irlanda.

La *Sección 2*, relativa a *las Soluciones que ofrece el Derecho Constitucional y Legal*, se analiza el tema desde una perspectiva legal y judicial, a cargo de Concepción Rodríguez Marín, Profesora Titular de Derecho Civil, Catedrática Acreditada, tomando en consideración la reciente jurisprudencia supranacional junto a Augusto Aguilar Calahorra, Profesor de Derecho Constitucional de la UGR y, desde una óptica penal, de la mano de Josefa Muñoz Ruiz, Profesora de Derecho Penal Doctora en Derecho Universidad de Murcia.

A través de la *Sección 3, relativa al Derecho autonómico*, tratamos de poner de manifiesto cómo la precipitación del legislador estatal también contagió al legislador autonómico. En nuestra Comunidad, Andalucía, se aprobó el Decreto-Ley Andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda (una normativa dictada antes de que se hiciera pública la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (BOE 15-05-2013) suspendida por el propio Tribunal Constitucional quien admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad a la referida ley autonómica. Con la intención de posicionarse acerca de dicha normativa Andaluza Estanislao Aranda, Catedrático de Derecho Administrativo de la UGR y Juan Francisco Sanchez Barrilao, profesor titular de Derecho Constitucional de la UGR

En la *Sección 4ª* se analizan las Soluciones Judiciales que, hoy por hoy, se ofrecen al deudor hipotecario al hilo del proceso de ejecución hipotecaria se abordan cuestiones de candente actualidad, tales como la reforma operada en art. 695 LEC por la Ley de protección de deudores hipotecarios de 2013, la enervación de la acción hipotecaria del art. 693.3 LEC como posible rehabilitación del préstamo hipotecario sobre vivienda familiar, la importancia del valor de tasación en la fijación del tipo de la subasta y la defensa jurídica ante la casuística de las cláusulas abusivas.

La oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria se basaba, como sabemos, en un régimen enormemente restrictivo en cuanto a los motivos por los que el deudor hipotecario, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor, podía oponerse al despacho de ejecución. A pesar de su reiterada declaración de constitucionalidad recordada por el TC en Sentencia 113/2011 de 19 julio, al hilo de la célebre Sentencia Europea de 14 de mayo de 2013 y de la reforma operada en art. 695 LEC por la Ley de protección de deudores hipotecarios hay que continuar con la reflexión y el oportuno debate al hilo de las reflexiones realizadas por Maria José Rivas Velasco, Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Granada, para quien, la modificación del artículo 695, apartado 4 de la LEC operada por la Ley 1/2013 constituye el colofón de las resoluciones adoptadas tras planteamiento por los Jueces españoles de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE que

han dado lugar a las sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, ha sido la admisión de una cuarta causa de oposición a la ejecución hipotecaria. Dicha reforma, si bien constituye un avance respecto de la situación anterior, sin embargo, mantiene la inexistencia de recurso en el supuesto de desestimar la alegación de abusividad y limita igualmente los efectos de la declaración de abusividad.

La enervación de la acción hipotecaria del art. 693.3 LEC como posible rehabilitación del préstamo hipotecario sobre vivienda familiar constituye un tema de candente actualidad. Recientemente el TS ha tenido ocasión de posicionarse en contra de esta posibilidad al hilo de un desahucio como consecuencia de un desahucio por falta de pago de rentas en un contrato de arrendamiento de vivienda, tal y como establece la STS, Sala 1ª, de 27 de marzo de 2014, en la que el Alto Tribunal, "Declara como doctrina jurisprudencial que el pago total de la renta del arrendamiento de una vivienda, fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la posibilidad de la resolución arrendaticia, o en su caso de declarar enervada la acción de desahucio, aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas". Las diferencias entre este tipo de desahucios y el de ejecución hipotecaria justifican con acierto, en opinión de Ignacio Valenzuela Cano, Abogado Director del Departamento de Derecho Civil y Mercantil de HispaColey Servicios Jurídicos, S.L.P, que en materia desahucios por ejecuciones hipotecarias proceda plantearse la posibilidad de enervar la acción. Otro tema de vital importancia es el relativo a la importancia del valor de tasación de la subasta, sobre el que reflexiona Emilio Esteban Hanza Navarro, Notario de Alhaurín el Grande, Málaga, o cómo articular una defensa jurídica ante la casuística de cláusulas abusivas no resulta tarea fácil, de la mano de Juan Luis Monestier Morales, Doctor Europeo, abogado y profesor de la Universidad de Granada.

En la *Sección 5, relativa a Soluciones Extrajudiciales al sobreendeudamiento familiar*, se trata de poner de manifiesto, junto a los especialistas que abordan este tema, las diferencias que existen entre la ejecución judicial y extrajudicial y las bondades de esta última.

La reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sec. 5ª, de 12 de mayo de 2014, nº 143/2014, rec. 138/2014, advierte en el FD Cuarto, que el juez no comparte la argumentación de que el consumidor no está en peor condición en el proceso de venta extrajudicial que en la venta judicial, y que, si bien hay diferencias de regulación, están justificadas por la diferente naturaleza de ambos sistemas de realización. Y añade en el FD Sexto, la diferencia con el procedimiento de ejecución hipotecaria se justifica y es inevitable por el hecho de que el Notario no puede declarar la existencia de cláusulas abusivas por ser competencia de los Tribunales de Justicia. Al respecto, si bien es evidente que el Notario no puede declarar tal abusividad, y debe limitarse a advertirlo al consumidor lo decisivo no es el hecho de que un consumidor deba acudir necesariamente a un procedimiento judicial, sino las circunstancias antes referidas recogidas en la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Sobre las bondades y alternativas extrajudiciales posibles para dar solución y salida a la situación de dramática vivida en la actualidad por miles de familias como consecuencia del sobreendeudamiento familiar, materia en la que centra su atención de manera magistral Segismundo Álvarez Royo-Villanova, Notario de Madrid, para quien, en muchos casos ha faltado disposición del banco a entablar esa negociación, lo que puede responder a diversos motivos. El primero la mezcla de desinterés y falta de procesos adecuados del Banco. Al tratarse de la vivienda habitual, el banco espera que el deudor resuelva el problema con sus propios medios, y solo cuando se ha producido los impagos se muestra dispuesto a hablar con el deudor. Se plantea el autor además la obligación de los notarios a la hora de advertir de todas las consecuencias fiscales derivadas de la dación en pago, pero, además, es necesario que se realicen ciertas reformas en la normativa si se quiere favorecer la dación en pago voluntaria.

Otros temas de candente actualidad son abordados, también, en esta sección, tales como la reforma de la venta extrajudicial de bienes hipotecados constituye otro de los temas importantes que se abordan en esta ocasión de la mano de Antonio Juan García Amezcua, Notario de Atarfe (Granada), la posible inconstitucionalidad de la venta extrajudicial de vivienda hipotecaria reflexiona, con autoridad y exhaustividad, Jesús Sánchez García, Abogado de Barcelona y la mediación hipotecaria sobre cuyo acierto reflexiona, poniendo cifras, Eduardo Torres, decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, para quien la mediación hipotecaria como alternativa extrajudicial de solución de conflictos constituye una opción por la que apostó el Colegio de Abogados de Tarrasa inaugurando en enero de 2012 la primera Oficina de Intermediación Hipotecaria, a nivel local, y el día uno de abril del mismo año se constituyó la primera de España a nivel provincial, en virtud de un convenio suscrito entre el Colegio de Abogados de Granada y la Diputación Provincial. En la actualidad, son un total de 83 colegios de abogados de España los que cuentan con un instrumento parecidos.

En El **Capítulo Cuarto** y último capítulo, relativo a las posibles *soluciones de lege ferenda*, es abordado, por Manuel Pardos Vicente, Presidente de ADICAE y miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios de España y del Comité Consultivo de la CNMV, sobre la idoneidad de apostar por las subastas electrónicas, un tema estrella como alternativa de futuro tras las reflexiones de Jose María de Pablos O, Mullony, Registrador de la Propiedad de Sevilla. Y es que, tal y como indica el autor, el sistema actual de subastas para la realización de créditos se basa en criterios totalmente presenciales. Ello limita notablemente la publicidad y transparencia de la subasta y, como consecuencia, también limita la concurrencia de licitadores. El modelo de subastas debe ir a un modelo de subastas en la red, en línea, accesible desde cualquier lugar y en cualquier momento. Un modelo de portal único para todo tipo de subastas con independencia de quien o ante qué autoridad se inicie el procedimiento, dotada de mecanismos de seguridad razonables, fundamentados en la firma electrónica, el sello de tiempo y la trazabilidad de todas las operaciones y procesos. En este sentido, las subastas electrónicas avanzan en la idea de administración electrónica e interoperabilidad que ya iniciaron las leyes 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia y que se recoge como idea estructural de la Agenda Digital Europea. Nos encontramos, tal y como indica el citado autor, ante una oportunidad inaplazable para modernizar definitivamente el sistema de subastas. Un primer paso parece que se dará con la tramitación como Proyecto de Ley del RDL 27/2012, ya convertido en Ley 1/2013, y la reforma que del artículo 129 de la Ley Hipotecaria este realiza, introduciendo una única subasta electrónica en el BOE. Importantes, también, resultan, a nuestro juicio, las reflexiones acometidas sobre la necesaria ampliación de los supuestos objetivos y subjetivos de protección en la reforma de la ejecución hipotecaria, de la mano de Pedro Antonio Romero Candau, Notario de Sevilla.

El broche de oro, sin duda, lo pone Javier Gómez Gállego Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DG Registros y Notariado. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Catedrático Derecho Civil (acreditación AQU), al referirte al presente y futuro de la garantía hipotecaria tras la SJUE de 14 de marzo de 2014. Tal y como afirma el autor, El sistema hipotecario tiene que ser reformado y mejorado si no quiere desaparecer. Y ya hemos visto que es justo y equilibrado y ha permitido un desarrollo inmobiliario extraordinario en España. Pero debe reaccionarse en esta situación de crisis. La historia demuestra que las garantías que no satisfacen las necesidades del crédito, son sustituidas por otras. Ahora bien, en la búsqueda de un sistema de financiación alternativo al hipotecario debe huirse de sistema de financiación ya superados, como son todos aquéllos basados en el pacto comisorio (prohibido por el artículo 1859 C.C.), en la atribución fiduciaria de propiedad en garantía (ventas en garantía), o las ventas a carta de gracia o con pacto de retroventa en función de garantía de créditos, pues —aunque es verdad que rigen en algunas zonas de nuestro territorio nacional, como es el pacto comisorio en Navarra, o la venta a carta de gracia en Cataluña— y aunque pueden ser considerados como muy protectores del crédito, provocan un desequilibrio contractual abusivo cuando se

ejerce entre un empresario —entidad financiera— y un consumidor.

Confiamos en la utilidad de esta obra para el jurista y el profesional interesando no sólo en obtener información sino en lograr la adecuada comprensión de las nuevas realidades surgidas y tras el análisis del papel que juega el Derecho en situaciones como la que, en la actualidad, estamos viviendo de crisis económica. Una situación que está condenando a miles de ciudadanos a situaciones dramáticas de exclusión social, las reflexiones que en esta obra se contienen se dirigen, fundamentalmente, a mostrar nuestra preocupación. El momento en el que esta obra ve la luz resulta enormemente oportuno. Ahora que Europa nos invita a reflexionar para trasponer, en el plazo de dos años, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial -aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el pasado 4 de febrero de 2014-. Una directiva dirigida a proteger al consumidor, el crédito responsable y a crear un Mercado Unico Hipotecario. Y es que, a pesar de las bondades y debido a las oscuridades detectadas en nuestro *sistema hipotecario*, éste debe ser *reformado con carácter estructural* mirando a Europa. nos proponemos crear, en la Universidad de Granada, un *Observatorio del Mercado Hipotecario* (que proponemos que se llame HIMEROB) capaz de conectar, a través de la RED-HIMEROB con los especialistas y profesionales en la materia para poder informar sobre las necesarias reformas a que debe ser sometido el Mercado Hipotecario Español.

Convencidos, pues, de que los momentos difíciles son los que nos permiten a las personas crecer y mejorar; convencidos, también, de que “la unión hace la fuerza”, de que “sumar no es restar” y de que “de bien nacidos es ser agradecidos”, quisiera expresar nuestro más sincero agradecimiento, en primer lugar, a todos los congresistas que acudieron a dicho evento y que tan magníficas aportaciones y participaciones realizaron, a todos los autores que hacen posible esta obra, en particular, a Jun Antonio Xiol Ríos (magistrado del Tribunal Constitucional) por aceptar prologar este libro y a quienes no dudaron en colaborar en la organización de este evento, un agradecimiento que desearíamos particularidad en Miguel Olmedo Cardenete, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, por su apuesta y codirección en el congreso y en este libro, a Pablo de Angulo González (Decano Territorial de Andalucía Oriental), Salvador Torres (Decano del Ilustre Colegio Notarial), Eduardo Torres (Decano del Ilustre Colegio de Abogados), D. Francisco Sánchez Gálvez (entonces decano-Magistrado de los Jueces de Granada), D. Pedro Espinosa Hidalgo (Delegado del Rector para la Calidad Medio-Ambiental y Bienestar), Guillermo Orozco Pardo (Director del departamento de Derecho Civil), José Luís Pérez Serrabona (Director del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano), Enrique Guillén (Director del Departamento de Derecho Constitucional) y Antonio Orti Vallejo, Investigador Principal del Proyecto de Investigación “Instrumentos jurídicos de mejora de acceso a la vivienda y estímulo a la financiación y promoción inmobiliaria” por la colaboración y dedicación al mismo. A quienes han hecho posible que esta obra vea la luz muchas gracias.

PROTECCIÓN FISCAL DE LA FAMILIA EN UNA SOCIEDAD ENVEJECIDA. EQUIDAD Y EFICIENCIA EN LA GESTIÓN DEL GASTO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

Inmaculada VIVAS-TESON
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 25 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 2 de julio de 2014

RESEÑA DEL LIBRO:

CRESPO GARRIDO, MARÍA, Profesora Titular Hacienda Publica Universidad de Alcalá de Henares. **Protección fiscal de la familia en una sociedad envejecida. Equidad y eficiencia en la gestión del gasto público desde la perspectiva comparada**, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014.

En estas líneas abordamos la reseña de una obra, fruto científico de varios proyectos de investigación concedidos a la autora, lo cual evidencia la vital importancia de la financiación para el impulso y desarrollo de la investigación científica.

Ante todo, comenzaremos por destacar que María CRESPO GARRIDO, Profesora Titular de Hacienda Pública de la Universidad de Alcalá de Henares y discípula del Catedrático de Hacienda Pública Manuel Lagares Calvo, tiene una sólida e intensa trayectoria investigadora, imposible de resumir en unas pocas líneas pero que, sin duda (créame el lector), avala el contenido técnico-científico de esta nueva obra que acaba de ver la luz.

En los últimos años, la autora ha publicado varios artículos en revistas nacionales e internacionales así como otros tantos capítulos en volúmenes colectivos de carácter especializado.

Entre sus distintos trabajos en la materia, podemos destacar la monografía titulada *El IRPF a través de sus dos siglos de existencia*, Universidad de Alcalá, 2003, o de sus artículos o capítulos: “La reconciliación de trabajo y familia a comienzos del Siglo XXI. Un reto inalcanzable sin la implicación masculina”, en *El Derecho y la Economía antes las mujeres y la igualdad de género*, Lex Nova, 2011, pp. 77-88; “Personal Income Taxation reforms in the 21st Century”, en *Comparazione e Diritto Civile*, pp. 1-13, 2011; “Mujer, mercado de trabajo y fecundidad: la conciliación de trabajo y familia. El mayor hándicap para el liderazgo femenino”, en *Castilla La Mancha Economía*, 2011, nº 17, pp. 169-196; “Economic development, family wealth and settlement of the personal life and work”, en *Comunitania, International Journal of Social Work and Social Science*, Nº 4, Julio 2012, pp. 43-61; “Medidas públicas y fiscales que aportan soluciones a los retos actuales: desigualdades económicas y sociales entre hombres y mujeres, es posible una política familiar efectiva con superávit en las cuentas públicas”, en *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cívitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 139-167; “Gasto público y eficiencia: ayudas públicas positivas de conciliación de la vida laboral y familiar, perspectiva fiscal”, en *El futuro de las políticas sociales desde el nacimiento hasta la senectud: la mujer como protagonista*, en Tirant lo Blanch, 2014 (en prensa).

En la presente monografía, como la propia autora anuncia en el preámbulo de la misma, se combina un análisis descriptivo sobre la realidad demográfica en los países de la OCDE, con un estudio presupuestario real que se contrasta con la percepción ciudadana de los niveles de gasto social realizado en España en los diez últimos años, para concluir con una propuesta de reforma fiscal aplicable al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas español que sea capaz de adecuar en parte la capacidad económica real de los ciudadanos al gravamen soportado a través del tributo.

La obra se estructura en tres capítulos, a los que acompañan unas conclusiones generales, una rica bibliografía y 66 anexos.

El primero de ellos está dedicado a las mejoras prácticas en políticas públicas de protección de la familia y fomento de la fecundidad. En él CRESPO GARRIDO considera que el empoderamiento de las familias es uno de los puntos clave en el que los poderes públicos deberían incidir, ya que el capital humano que en ellas se genera constituye la base necesaria para que la sociedad se desarrolle y sobre ellas se constituya un soporte básico en el proceso de generación del Producto Interior Bruto, a través de sus decisiones de consumo e inversión, sin contar la aportación que hombres y mujeres realizan al mercado laboral. Por ello, los poderes públicos están obligados a remover cuantos obstáculos sean necesarios para que las decisiones que atañen a la natalidad se puedan tomar en plena libertad. Tras mostrar la realidad demográfica de los países occidentales, haciendo especial referencia a aquellas políticas públicas de protección familiar que han conseguido mejores resultados, concluye que existe un grupo de países en los que son compatibles altas tasas de natalidad con un alto grado de empleabilidad de las mujeres, siendo en ellos la nota dominante la libertad de entrada y salida del mercado laboral, en el que se evitan anquilosamientos y rigideces que hacen incompatibles acceso al empleo femenino y maternidad. Sin embargo, en los países del sur de Europa estas realidades son antagónicas, por lo que la autora indica una serie de políticas que podrían “importarse”, por ejemplo, en España, las cuales permitirían alcanzar resultados positivos tanto en lo que a las tasas de natalidad se refiere, como en cuanto a porcentaje de madres que accederían a un empleo remunerado.

El segundo capítulo se titula *“Percepción ciudadana sobre el gasto público en familia como instrumento distributivo: prestaciones sociales vs. carga fiscal”*. En él la autora muestra como condicionante básico para la activación de las políticas públicas la organización y gestión administrativa eficaces de los recursos públicos destinados a políticas de educación, sanidad y servicios sociales. En el momento actual existen múltiples servicios públicos prestados por diferentes órganos administrativos, o al menos, en los que las tres Administraciones territoriales son competentes, para lo cual, la autora considera imprescindible una reorganización competencial, si bien, no menos necesario es un certero análisis de la eficacia de las políticas públicas que muestren el estado de necesidad de las mismas y si su prestación está consiguiendo los resultados deseados desde una perspectiva del beneficio social.

Es por tanto, necesario tanto un análisis *ex ante* como un estudio *ex post*, es decir, sin una evaluación previa global y veraz de la situación en la que se encuentra la prestación de los servicios públicos, difícilmente puede conocerse el estado de necesidad de los bienes dotados. Para ello, CRESPO GARRIDO propone una serie de variables sobre las que pueden recogerse datos anuales y que muestran el estado de necesidad de los servicios públicos y puedan servir como referencia a un posterior estudio de necesidad y eficiencia de los recursos públicos. En este proceso *“el papel de las agencias de evaluación de las políticas públicas es irrenunciable, en la medida en que se realice de manera independiente y no instrumentalizado por intereses partidistas”*, afirma la autora.

En el caso español este análisis se hace especialmente necesario ya que educación, sanidad y servicios sociales se prestan por las Comunidades Autónomas con un alto grado

de descentralización, por lo que las diferencias territoriales pueden ser muy significativas. En cuanto a la percepción que los ciudadanos tengan del gasto público social realizado, los españoles revelan una serie de opiniones sobre el grado de aceptación de los servicios educativos, sanitarios y sociales muy diversas.

Y en el tercer y último capítulo, titulado “*El IRPF como tributo no neutral frente al tamaño y composición de la familia*”, en el que la autora muestra una serie de medidas de reforma fiscal que mejore la capacidad de pago de las familias y maximice el bienestar de los ciudadanos, conjugando eficiencia con equidad, planteando diferentes fórmulas que podrían mejorar la capacidad de pago de las familias, adecuándola a su carga fiscal efectiva, lo cual adquiere especial relevancia en un entorno de crisis económica como el actual.

En resumidas cuentas, la autora ofrece propuestas de enorme interés para una necesaria reforma fiscal que revitalice el papel de la familia dentro de la actual realidad demográfica española, contribuyendo a la recuperación económica de nuestro país.