

DIÁLOGOS JURÍDICOS
2022

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

Director

MARÍA VALVIDARES SUÁREZ

Codirectora/Coordinadora

DIÁLOGOS JURÍDICOS

2022

Anuario de la facultad de Derecho
de la Universidad de Oviedo

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, abril 2022



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial 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 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2022 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Javier Gustavo Fernández Teruelo (Dir.) y María Valvidares Suárez (Codir./Coord.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISSN 2445-2688
DL NA 633-2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

CONSEJO DE REDACCIÓN

- PROF. DR. D. JAVIER GUSTAVO
FERNÁNDEZ TERUELO
Universidad de Oviedo
Director
- PROF. DRA. DÑA.
MARÍA VALVIDARES SUÁREZ
Universidad de Oviedo
Codirectora y Coordinadora de número
- PROF. DR. MIGUEL IRIBARREN
BLANCO
Universidad de Oviedo
Secretario
- PROF. DRA. DÑA. CLARA GAGO
SIMARRO
Universidad de Oviedo
Secretaria adjunta
- PROF. DR. D. RAFAEL ARENAS
GARCÍA
Universidad Autónoma de Barcelona
Derecho Internacional Privado
- PROF. DR. D. TOMÁS CANO CAMPOS
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Administrativo
- PROF. DR. D. RICARDO CHUECA
GONZÁLEZ
Universidad de La Rioja
Derecho Constitucional
- PROF. DRA. DÑA. SILVIA DÍAZ
ALABART
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil
- PROF. DR. D. JAUME FERRER LLORET
Universidad de Alicante
Derecho Internacional Público
- PROF. DR. D. JUAN ANTONIO GARCÍA
AMADO
Universidad de León
Filosofía del Derecho
- PROF. DR. D. JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Universidad Complutense de Madrid
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
- PROF. DR. D. JUAN IGNACIO MORENO
FERNÁNDEZ
Tribunal Constitucional
Derecho Financiero y Tributario
- PROF. DR. D. ALFONSO MURILLO VILLAR
Universidad de Burgos
Derecho Romano
- PROF. DR. D. MIGUEL RODRÍGUEZ
BLANCO
Universidad de Alcalá de Henares
Derecho Eclesiástico
- PROF. DR. D. NICOLÁS RODRÍGUEZ
GARCÍA
Universidad de Salamanca
Derecho Procesal
- PROF. DR. D. ÁNGEL ROJO
FERNÁNDEZ-RÍO
Universidad Autónoma de Madrid
Derecho Mercantil
- PROF. DRA. DÑA. LOURDES SANTOS
PÉREZ
Universidad de Salamanca
Filosofía del Derecho
- PROF. DR. D. ÁNGEL SANZ MORÁN
Universidad de Valladolid
Derecho Penal

PROF. DRA. DÑA. MARGARITA SERNA
VALLEJO
Universidad de Cantabria
Historia del Derecho

PROF. DR. D. EDUARDO SERRANO
GÓMEZ
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil

Miembros honoríficos:

PROF. DR. D. BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO

PROF. DR. D. RAÚL BOCANEGRA SIERRA

PROF. DR. D. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN.....	13

ESTUDIOS

ARTÍCULOS

LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA Y LA TEORÍA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	21
<i>Jesús Alfaro Águila-Real</i>	
EL ESTADO INTEGRAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931	57
<i>Agustín Ruíz Robledo</i>	
LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD UNIPERSONAL	75
<i>Jacinto José Pérez Benítez</i>	
AMICUS CURIAE: UNA INSTITUCIÓN, MIL USOS, NINGUNA DEFINICIÓN ...	101
<i>Benedetta Barbisan</i>	
SPACS: ¿ES ORO TODO LO QUE RELUCE?	133
<i>Isabel Fernández Torres</i>	
LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA. ...	151
<i>Gonzalo Rubio Hernández-Sampelayo</i>	

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

NATURALEZA Y ALCANCE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EXTRAESTADUTARIA: CRÓNICA JURISPRUDENCIAL.	169
<i>Paz Menéndez Sebastián y Alba García Torres</i>	

DISCURSOS

EL DERECHO Y LOS ESTUDIOS DE DERECHO A LA ALTURA DEL SIGLO XXI.	187
<i>Joaquín García Murcia</i>	
DISCURSO CON MOTIVO DE LA CELEBRACIÓN DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT	199
<i>Javier Gustavo Fernández Teruelo</i>	

TRABAJOS ACADÉMICOS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL COMO FACTOR CAUSANTE DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES.	209
<i>Beatriz Fernández García</i>	

TRABAJOS DE FIN DE GRADO

LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN TIEMPO DE PANDEMIA. BASES ROMANISTAS, ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 701 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU VIABILIDAD NORMATIVA A EFECTOS PRESENTES	229
<i>Carlos María Antuña Suárez</i>	
EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD: UNA FIGURA IDÓNEA EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES	253
<i>Javier Baidés Noriega</i>	
ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA	271
<i>Nerea Grana Chevaux</i>	

	<u>Página</u>
LAGUNAS JURÍDICAS Y VOLUNTAD DE DERECHO	293
<i>Cristián Pérez García</i>	
EL TRASLADO DE SEDE SOCIAL INTRA-EUROPEO Y LA PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS Y ACREEDORES: ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121.	313
<i>Álvaro Robayna Parres</i>	
LA CADUCIDAD DE LA MARCA POR VULGARIZACIÓN	341
<i>Carmen Roiz López-Cancio</i>	

DIÁLOGOS JURÍDICOS

DIALOGO ENTRE FRANCISCO BASTIDA (FB), PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO, FRANCISCO CAA- MAÑO (FC), PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVER- SIDAD DE A CORUÑA, Y RICARDO CHUECA (RC), PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE LA RIOJA	361
DIÁLOGO ENTRE BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ (B.R.R.), PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA Y RUTH MESTRE I MESTRE (R.M.M.), PROFESORA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA	383

MISCELÁNEA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIÓN DE LA OBRA «REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES TRANSFRONTERIZOS. UN ESTUDIO DEL REGLAMENTO (UE) N.º 2016/1103» DE LA PROF. PILAR JIMÉNEZ BLANCO, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021.	401
<i>Mónica Guzmán Zapater</i>	
RECENSIÓN DE LA OBRA «FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO EN LA ERA COVID» DE LA PROF. PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021	405
<i>Jesús Lahera Forteza</i>	

RECENSIÓN DE LA OBRA «LA RELACIÓN LABORAL INTERNACIONAL» DEL PROF. ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021.	409
--	-----

Noelia Fernández Avello

RESEÑAS DE ACTIVIDAD ACADÉMICA

RESEÑA AL SIMPOSIO INTERNACIONAL DE INVESTIGADORES NOVELES DE DERECHO PRIVADO.	417
---	-----

Giovanni Berti di Marinis y Borja del Campo Álvarez

RESEÑA DEL CONGRESO INTERNACIONAL «NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD», CELEBRADO EL 12 DE JULIO DE 2021 . . .	419
---	-----

Javier Martínez Calvo

RESEÑA DEL I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS DE PREVENCIÓN Y RESPUESTA JURÍDICO-SOCIAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO, 4 Y 5 DE NOVIEMBRE DE 2021	423
--	-----

Javier García Amez, Javier G. Fernández Teruelo y María Paz Fernández-Rivera González

II CURSO INTERNACIONAL SOBRE EXPERIENCIAS DE INNOVACIÓN DOCENTE E INVESTIGACIÓN EN LA ERA DIGITAL, 22-24 DE SEPTIEMBRE DE 2021	427
--	-----

Beatriz García Fueyo

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE LA FACULTAD 2021.	431
---	-----

NOTICIAS

JUBILACIÓN Y NOMBRAMIENTO COMO PROFESOR EMÉRITO DE FRANCISCO BASTIDA FREIJEDO	457
---	-----

JOSÉ MANUEL MARTINO, IN MEMORIAM	459
--	-----

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

PRESENTACIÓN

Ve la luz un nuevo número de Diálogos jurídicos, elaborado durante una travesía que nos obligó a cerrar el curso 2020-2021 de manera virtual, pero con la promesa de una presencialidad que nos ha permitido comenzar el nuevo curso con pasión y ánimos renovados. Los últimos meses de 2021 alumbraron la recuperación de jornadas, seminarios y encuentros presenciales, satisfactorios y reconfortantes para nuestra *ánima* académica, que ha descubierto con emoción que también se genera calor humano incluso cuando se mantiene la distancia de seguridad fijada por los protocolos sanitarios. Esta convivencia entre lo virtual y lo presencial tuvo reflejo, inevitablemente, en las actividades realizadas por el personal docente e investigador de las áreas jurídicas en el marco de la Facultad de Derecho. Entre ellas, una con carácter especialmente emotivo: el sentido homenaje al prof. Francisco Bastida con ocasión de su jubilación. Si bien las circunstancias obligaron a realizar el acto virtualmente, el afecto y la admiración por su obra y su persona impulsó un seminario presencial posterior, lo que a su vez auspició la realización de un extraordinario diálogo –grabado y posteriormente transcrito para su publicación en el presente número– entre tres prestigiosos constitucionalistas: el profesor Bastida, el profesor Ricardo Chueca y el profesor –y ex Ministro de Justicia– Francisco Caamaño.

El contenido del actual número se distribuye en cinco grandes bloques: Estudios, Discursos, Trabajos académicos, Diálogos y, finalmente, un amplio apartado de Miscelánea.

El bloque de Estudios incorpora seis excelentes artículos que abordan una amplia variedad de cuestiones, así como una profunda e interesante crónica jurisprudencial.

En el apartado de artículos, abre el número el trabajo de Jesús Alfaro Águila-Real, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid, cuyas reflexiones se enmarcan en el debate sobre la doctrina de la sociedad nula, partiendo de que el contenido de esta doctrina se limita a los aspectos jurídico-reales o patrimoniales en sentido estricto y no aporta por tanto ninguna «regla» al régimen de la nulidad del contrato de sociedad. Justifica, en segundo lugar, la irrelevancia de la inscripción registral para la aplicación de la doctrina de la sociedad nula, y la descarta, en fin, cuando se aportan bienes al patrimonio social por uno de los socios que carece de la capacidad de obrar o del poder de disposición sobre el bien. A continuación, el trabajo de Agustín Ruiz Robledo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, se ocupa de diseccionar las características principales del Estado integral ideado por la Constitución republicana de 1931, así como de la particular naturaleza

jurídica de los Estatutos de Autonomía y el sistema de resolución de conflictos competenciales. Jacinto José Pérez Benítez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sala 1.ª), especializado en Derecho Mercantil, por su parte, centra su atención en el régimen jurídico de las sociedades unipersonales, valorando, en particular, dicha normativa desde la óptica de la protección de los intereses de terceros. El trabajo de Benedetta Barbisan, Profesora Titular de Derecho Público Comparado *Università degli Studi di Macerata* (Italia), se refiere a la dificultad de delimitar el concepto y función, en la actualidad, de la histórica institución del «amicus curiae». La autora resalta su origen en la cultura anglosajona como herramienta al servicio de los tribunales, y su evolución en el derecho estadounidense que, partiendo de su utilización en el marco de la defensa de los derechos humanos, ha dibujado nuevos perfiles para el *amicus*, resaltando su papel como instrumento «amigo» en la defensa de los intereses de una de las partes. Isabel Fernández Torres, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, estudia un tema de gran actualidad, como es el de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición, conocidas como SPACS, vehículos de inversión de procedencia anglosajona que despiertan actualmente un gran interés en el mercado. Además de explicar su funcionamiento, advierte de los riesgos que conllevan y propone medidas para afrontarlos. El apartado de estudios se cierra con el trabajo del abogado Gonzalo Rubio Hernández-Sampelayo, que aborda el principio de buena administración –recogido de manera expresa en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea– con una mirada retrospectiva que le permite identificar las garantías que forman parte del contenido de dicho principio en la tradición jurídica española.

A continuación, la Profesora Titular Paz Menéndez Sebastián, y la Profesora Ayudante Doctora Alba García Torres, ambas del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, abordan una crónica de jurisprudencia que aporta claridad en el complejo tema del régimen y la categorización de la negociación colectiva extraestatutaria, analizando sus características centrales por oposición a la negociación estatutaria.

En el presente número, tenemos el placer de publicar el discurso que, con ocasión de la Festividad de San Raimundo de Peñafort cuya celebración pudo ser felizmente recuperada en 2021, impartió el Profesor Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid, tan querido en nuestra Facultad. Hemos considerado de interés acompañarlo del Discurso de D. Javier G. Fernández Teruelo, Decano de la Facultad, realizado en dicha ocasión.

El tercer bloque lo conforman una parte de los trabajos académicos –trabajos de fin de Máster y de fin de Grado– que en su momento recibieron la mención de Matrícula de Honor y propuesta de publicación en la revista por parte de la comisión evaluadora. Por razones de espacio, solo se contiene en el presente número una selección –basada en una ulterior revisión independiente– de los trece trabajos de fin de grado (en Derecho o en el PCO ADE-Derecho) que, cumpliendo dichos requisitos, fueron posteriormente reelaborados para acomodarse a los criterios de Diálogos Jurídicos. La mera lectura del Sumario permite apreciar la variedad de materias abordadas, así como el interés de los temas analizados: La sucesión testamentaria

en tiempo de pandemia. Bases romanistas, análisis del artículo 701 del código civil y su viabilidad normativa a efectos presentes, por Carlos María Antuña Suárez; El coordinador de parentalidad: una figura idónea en la gestión de conflictos familiares, por Javier Baidés Noriega; Análisis crítico del procedimiento de reforma constitucional en España, por Nerea Grana Chevaux; Lagunas jurídicas y voluntad de derecho, por Cristián Pérez García; El traslado de sede social intra-europeo y la protección de los socios y acreedores: análisis de la Directiva (UE) 2019/2121, por Álvaro Robayna Parres, y finalmente, La caducidad de la marca por vulgarización, por Carmen Roiz López-Cancio.

A estos trabajos de fin de Grado se suma un trabajo de fin de Máster elaborado por Beatriz Fernández García en el marco del Máster en protección jurídica de Personas y grupos vulnerables, titulado La clasificación profesional como factor causante de discriminación retributiva entre mujeres y hombres.

El cuarto bloque engloba dos diálogos jurídicos. El primero, ya mencionado al inicio de esta presentación, acomuna a tres constitucionalistas de reconocido prestigio –Bastida, Caamaño y Chueca–, que realizan una panorámica por los *topoi* clásicos de la Teoría de la Constitución y del Estado, sin esquivar ningún tema actual por controvertido que pueda resultar, ya se trate de los desafíos al principio democrático, la delicada situación del Tribunal Constitucional o la compleja cuestión de las identidades.

En segundo lugar, se publica el diálogo entre la Profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, Ruth Mestre i Mestre, y la Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, Blanca Rodríguez Ruiz, ambas referentes a nivel estatal en la introducción de planteamientos de teoría crítica en sus trabajos académicos, lo que les permite arrojar luz sobre las situaciones de vulneración de los derechos de quienes son condenados a vivir en los márgenes de un sistema que, de manera persistente y estructural, les oprime, subordina y discrimina.

El quinto y último gran bloque –Miscelánea– recoge una amplia variedad de escritos. En primer lugar, la recensión de tres excelentes e interesantes monografías publicadas durante 2021 por miembros del colegio docente de nuestra Facultad. La Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED, Mónica Guzmán Zapater, recensiona la obra de la también Catedrática de Derecho Internacional Privado, Pilar Jiménez Blanco: *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) n.º 2016/1103*; el Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, Jesús Lahera Forteza, aborda la obra de la ya mencionada Profesora Paz Menéndez Sebastián: *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*; y, por último, Noelia Fernández Avello, Investigadora predoctoral de la Universidad de Oviedo, recensiona la monografía del Catedrático de Derecho Internacional Privado, Ángel Espiniella Menéndez, titulada *La relación laboral internacional*.

Miscelánea recoge también una reseña de las principales actividades desarrolladas durante 2021 en la Facultad de Derecho –en sentido amplio, también aquellas

organizadas por profesorado de los departamentos jurídicos pero que, por razones sanitarias, se desarrollaron de manera virtual– con particular atención a los Congresos y Seminarios internacionales, así como a las tesis doctorales defendidas en el marco del programa de doctorado en Derecho. Este bloque –y el número 7 de Diálogos Jurídicos– se cierra con la noticia de la jubilación del prof. Francisco Bastida Freijedo –junto con el merecido reconocimiento de su trayectoria que supone su nombramiento como profesor Emérito de la Universidad de Oviedo, lo cual supone una excelente noticia para nuestra Facultad–, así como con unas sentidas palabras de despedida para un querido profesor tristemente fallecido en 2021, el prof. de Derecho Penal José Manuel Martino.

Una vez someramente señalados los aspectos materiales vinculados al contenido, quisiera destacar la excelente colaboración del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, que ha culminado en la incorporación de Diálogos Jurídicos al Portal de Revistas de la Universidad de Oviedo, REUNIDO, facilitando con ello la difusión y consulta del anuario (<https://reunido.uniovi.es/index.php/dj>). Agradezco al Director del Servicio de Publicaciones, el profesor –y amigo– Marcos Loredo Colunga, su apoyo y ayuda durante el proceso de incorporación a Reunido. Progresivamente se irán volcando los números anteriores para que todo el contenido de la Revista se encuentre alojado y disponible en dicho portal. En este sentido, la ruta marcada pasa por mejorar los aspectos de difusión y accesibilidad a partir del sistema de *Open Journal System*, al objeto de reforzar los estándares de calidad de Diálogos Jurídicos con la finalidad de alcanzar, lo antes posible, su indexación como revista garantizando, con ello, su calidad, independencia y, en definitiva, su supervivencia.

No quisiera cerrar estas líneas sin agradecer, en primer lugar, la confianza depositada en mí por el Decano de la Facultad, Javier Fernández Teruelo, que creyó, antes que yo misma, que podía abordar esta tarea. Fundamentales en la elaboración del presente número han sido dos extraordinarios compañeros de viaje, sin cuyo trabajo no me vería escribiendo estas páginas de presentación: Miguel Iribarren Blanco, Vicedecano de Calidad e incansable Secretario de Diálogos jurídicos, y Clara Gago Simarro, infatigable Secretaria adjunta. Gracias a ambos por su disponibilidad, cercanía y amabilidad. Agradecimiento que hago extensivo a Ana Cano, por su apoyo administrativo en cuantas solicitudes le hemos trasladado. Por supuesto, este nuevo número no sería posible sin la colaboración de todas las personas que han participado en él, presentando artículos académicos, trabajos de fin de estudios, reseñas, crónicas... a todas las personas que han pensado en el anuario para publicar, vaya nuestro más sincero agradecimiento. Confiamos en que el contenido de este nuevo número resulte de interés para la comunidad docente e investigadora vinculada a la Facultad de Derecho y, en general, al ámbito jurídico, pues es la única razón de su existencia.

MARÍA VALVIDARES SUÁREZ
Codirectora y Coordinadora

Diálogos jurídicos

ESTUDIOS

Diálogos jurídicos

ARTÍCULOS

LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA Y LA TEORÍA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA ⁽¹⁾

THE DOCTRINE OF THE NULL SOCIETY AND THE THEORY OF LEGAL PERSONALITY

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

- I. NULIDAD DEL CONTRATO SOCIAL Y PERSONALIDAD JURÍDICA.
- II. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA. LOS ARTÍCULOS 56 Y 57 LSC.
- III. NULIDAD Y SOCIEDAD INTERNA.
- IV. NULIDAD Y SOCIEDAD EXTERNA O CON PERSONALIDAD JURÍDICA: LA NECESIDAD DE LIQUIDAR EL PATRIMONIO ANTES DE RESTITUIR SUS APORTACIONES A LOS SOCIOS.
- V. LA SOCIEDAD NULA Y LA CONSIDERACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD COMO CONTRATO DE ORGANIZACIÓN.
- VI. EL NACIMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SEPARADO.
- VII. LA IRRELEVANCIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA.
- VIII. LOS VICIOS EN LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL Y LA FALTA DE CAPACIDAD O DE PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES APORTADOS.
- IX. BIBLIOGRAFÍA.

(1) Este trabajo ha recibido financiación en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y universidades, «GOBIERNO CORPORATIVO: EL PAPEL DE LOS SOCIOS II» (Ref.: PGC2018-097984-B-I00). Dirs.: Antonio B. Perdices Huetos, y Blanca Bago Oria. Se publicará en el volumen de homenaje a Ricardo Alonso Soto con motivo de su jubilación. Agradezco a mis compañeros del Área de Derecho Mercantil las observaciones realizadas en el marco de los seminarios en los que se ha expuesto este trabajo y en particular a Nuria Bermejo, Cándido Paz-Ares y Fernando Pantaleón.

Resumen: En este trabajo se realizan tres modestas aportaciones a la discusión sobre la sociedad nula desde la perspectiva de la Parte General del Derecho de Sociedades: la primera afirma que el contenido de esta doctrina se limita a los aspectos jurídico-reales o patrimoniales en sentido estricto, es decir, que la doctrina de la sociedad nula no aporta ninguna «regla» a la doctrina de la nulidad del contrato de sociedad y, por tanto, que su regulación no puede verse como expresión de la voluntad del legislador de *reducir el elenco de causas de nulidad* del contrato de sociedad en relación con otros contratos⁽²⁾. La segunda es que *la inscripción registral es irrelevante* a efectos de aplicar la doctrina de la sociedad nula y esta conclusión vale tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales. Y la tercera es que no hay nulidad del contrato ni se aplica la doctrina de la sociedad nula (y no hay que proceder a la liquidación sino a la restitución al *dominus* del bien de su propiedad) cuando se aportan bienes al patrimonio social por uno de los socios que *carece de la capacidad de obrar o del poder de disposición sobre el bien*.

Abstract: This paper makes three modest contributions to the discussion on the doctrine of the invalid company: the first submits that the content of this doctrine is limited to the real or patrimonial aspects, i.e., that the doctrine of the invalid company does not add any «rule» to the doctrine of the nullity of contracts and, therefore, that its regulation cannot be seen as an expression of the will of the legislator to reduce the list of causes of company's contract nullity in relation to other contracts. The second is that registration in the Commercial Register is irrelevant for the purposes of applying the doctrine of the invalid company, and this conclusion holds for both partnerships and corporations. And the third is that there is no nullity of the contract and the doctrine of the invalid company does not apply (and it is not necessary to proceed to liquidation) when property contributed to the company by someone who lacks title or power of attorney over the property.

Keywords: Dissolution, liquidation, company contract, retroactivity, legal personality.

I. NULIDAD DEL CONTRATO SOCIAL Y PERSONALIDAD JURÍDICA

La doctrina de la sociedad nula se resume diciendo que cuando los vicios que han afectado a la celebración de un contrato de sociedad obligan a declarar su nulidad,

(2) Como sugiere EIZAGUIRRE, J. M.ª: «La sociedad nula», en AAVV: La reforma del Derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, pp. 282 y ss., pp. 299-300: «puntos básicos de la regulación (de la 1.ª Directiva) se estiman la limitación de las causas de nulidad (a esta cuestión me referiré más adelante en el texto) y la salvaguardia de la posición de los terceros respecto de los efectos de la nulidad. Por el contrario, no se considera necesaria la intervención (del Derecho comunitario)... en lo concerniente a cuestiones tales como la regularización o subsanación de la invalidez, legitimación, procedimiento y preclusión de la acción o efectos de la nulidad entre los socios, aspectos que quedan remitidos al legislador interno...». Corrijo, pues, lo expuesto en las entradas sobre la sociedad nula publicadas en el Almacén de Derecho. ALFARO, Jesús, La sociedad nula (i): naturaleza jurídica, Almacén de Derecho, 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-naturaleza-juridica>; ALFARO, Jesús, La sociedad nula (ii): requisitos de aplicación de la doctrina, Almacén de Derecho 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-ii-requisitos-aplicacion-la-doctrina>.

son necesarias reglas especiales *sobre la suerte del patrimonio personificado*. Estas reglas no existen en el Derecho Contractual general porque los contratos tienen, en principio, solo efectos obligatorios de modo que la nulidad de un contrato conducirá a la extinción de los vínculos y, a lo más, a la restitución de los bienes o derechos objeto del contrato que se han transmitido en ejecución de las obligaciones contractuales. Reglas especiales son, sin embargo, necesarias para *garantizar la continuidad del patrimonio* tras la anulación del contrato si, como consecuencia de su celebración, se ha formado uno idóneo para insertarse en el tráfico jurídico. La devolución de las aportaciones a los socios (restitución de las prestaciones) ha de sustituirse por la liquidación si se quiere tutelar adecuadamente a los terceros que se han relacionado con él⁽³⁾.

Hay que entender que en estas circunstancias, aunque el contrato de sociedad sea nulo, no desaparecen por ello ni las obligaciones asumidas por el patrimonio social con terceros ni las obligaciones asumidas por los socios en lo que se refiere a la formación de dicho patrimonio, esto es, básicamente, la de desembolsar las aportaciones prometidas y, en su caso, las de administrar dicho patrimonio. En este sentido, el contrato de sociedad externa es válido tanto *ad extra* como *ad intra*⁽⁴⁾. Así, el socio puede ser condenado al desembolso de los dividendos pasivos⁽⁵⁾. Ahora bien, no hay que ir más allá y suponer que la existencia del vicio es irrelevante contractualmente. Por ejemplo, tras la declaración de nulidad, no hay ninguna necesidad de

(3) Ya la doctrina francesa de hace un siglo decía (HEMARD, Joseph, *Théorie et Pratique des Nullités de Sociétés et des Sociétés de Fait*, 2.ª edición, París 1926 <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3040578c.texteImage>, p. 92): «Malgré son objet illicite, malgré sa nullité, la société a existé. Elle s'est révélée aux tiers, les parties se sont comportées comme des associés; des bénéfices ou des pertes ont été réalisés. Il existe un passé qu'on ne peut anihiler, ignorer; il existe des faits accomplis en commun qu'on ne peut effacer, des contrats qu'on ne peut détruire et qui, pris séparément, sont valables et comportent un règlement de comptes entre les participants. Il faut opérer une liquidation, parce que cette liquidation sauvegardera tous les intérêts en présence». GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid 1976, p. 255, lo explica así: «Sociedades nulas o anulables siguen funcionando, pueden aparecer inscritas, sus socios han realizado sus aportaciones, se ha constituido así un patrimonio cuyos elementos materiales han podido transformarse... han perfeccionado relaciones jurídicas con terceros -unas cumplidas y otras en vía de consumación o que permanecen en su tracto sucesivo- han podido repartir ya beneficios... Todo esto no puede considerarse ni ignorable ni irrelevante».

(4) PAZ-ARES, Cándido, *Sociedad de hecho*, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid 1995, tomo IV, p. 6305, p. 6307. Como explica OECHSLER, J., *Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht*, NJW 2008, 2471 ss., la doctrina alemana tardó mucho, en relación con la francesa, en aceptar los efectos *ad intra* del contrato de sociedad viciado. Para la doctrina actual alemana v., por todos, SCHÄFER, C., *MüKoBGB/SCHÄFER BGB § 705 Rn. 353*.

(5) En un caso de 1880, un tribunal alemán tenía que decidir sobre la demanda presentada por un administrador concursal a través de la que pedía que se condenase al accionista al desembolso de los dividendos pasivos, esto es, la parte del precio de la acción suscrita y no entregada a la sociedad. El accionista se defendió diciendo que su declaración de suscripción de las acciones estaba viciada y que, por tanto, no estaba obligado a desembolsarlas. El Tribunal estimó la demanda y dijo que la denuncia del vicio del consentimiento sufrido por el suscriptor no tiene efectos retroactivos; que el suscriptor no solo «se obliga... frente a la sociedad, sino que a través de la suscripción el accionista participa en la constitución de un sujeto de derecho y hace posible que la sociedad pueda exteriorizarse y participar en el tráfico jurídico. La sociedad no puede evitar su exteriorización, incluso aunque conociera, en dicho momento, la existencia del vicio. Con su constitución, debe ingresar en el tráfico. Aunque se deshiciera lo hecho... no por ello dejaría de existir, sobre todo cuando se trata de derechos de terceros» OECHSLER, NJW 2008, 2471, p. 4272.

considerar que continúan vigentes los pactos obligatorios contenidos en el contrato social (por ejemplo, las prohibiciones de competencia o las prestaciones accesorias o los derechos de adquisición preferente)⁽⁶⁾.

El estudio de la doctrina de la sociedad nula en el Derecho de Sociedades se explica porque el contrato de sociedad *es el instrumento más general que el Derecho pone a disposición de los particulares para formar personas jurídicas*. Formar personas jurídicas significa (i) constituir patrimonios que se separan de los patrimonios desde los que realizan las aportaciones y (ii) dotarlos de agencia o capacidad de obrar lo que (iii) les permite «*adquirir* y poseer bienes de todas clases, así como *contraer* obligaciones y *ejercitar* acciones civiles o criminales» que es como describe la personalidad jurídica el art. 38 CC⁽⁷⁾. Los particulares dotan de capacidad de obrar al patrimonio que han formado determinando (i) cómo tomarán los socios decisiones sobre dicho patrimonio y (ii) designando a los individuos que actuarán en el tráfico por cuenta de y con efectos sobre el mismo⁽⁸⁾.

(6) Este marco de discusión es preferible al basado en distinguir *nulidad de la sociedad o nulidad del acto constitutivo* o en preguntarse si la nulidad «afecta a la sociedad o más bien al contrato que la constituye», v., SÁNCHEZ PACHÓN, L. Á., Las Causas de Nulidad de las Sociedades de Capital, Cizur Menor, 2007, pp. 122 ss. p. 125: «no cabe separar la nulidad del contrato o negocio constitutivo -si se quiere del proceso constitutivo- y la nulidad de la sociedad» pero luego dice que «todas las causas de nulidad... tienen como punto exclusivo de referencia el acto constitutivo». Recuérdese al respecto que la idea de que las sociedades no nacen de un contrato sino de un «acto unilateral colectivo» (*ein einseitiger Gesamttakt*) se remonta a Gierke v., SCHMIDT, K., Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186(1986) pp. 421 ss. p. 423. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, La sociedad nula, en AA.VV. Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación, Madrid 1991, pp. 1012, pp. 1012-1013, Este autor decía que es dudoso, a la vista de la preservación íntegra del patrimonio social que se trate de una «verdadera nulidad» y que hay que preguntarse si estamos, alternativamente, «simplemente ante unos vicios que afectan al propio proceso de su fundación y que solo de una manera indirecta o mediata afectan a la sociedad que nace como consecuencia del acto constitutivo, cuya naturaleza contractual a pesar de algunas opiniones en contra... puede mantenerse...».

(7) La idea de que las partes de las relaciones patrimoniales no son los individuos sino los patrimonios la he visto formulada, por primera vez, en los trabajos de Bonelli, BONELLI, Gustavo, La teoría della persona giuridica, en Rivista di Diritto Civile, 1910, pp. 445-673., v., también ID, *Di una nuova teoria della personalità giuridica, Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1890, pp. 325-360., ambos recogidos en C. Angelici - O. Capolino - P. Ciocca - M. Perassi - M. Stella Richter jr. - G. Terranova, Gustavo Bonelli, un giurista in Banca d'Italia, 2018, pp. 167 ss. y pp. 133 ss. respectivamente, disponible en https://www.bancaditalia.it/publicazioni/altre-pubblicazioni-giuridiche/2018/gustavo-bonelli-giurista/Volume_Bonelli.pdf De la exposición de Bonelli, me he ocupado en esta entrada: ALFARO, J., Gustavo Bonelli sobre la personalidad jurídica, *Almacén de Derecho*, 2019, disponible en <https://almacenederecho.org/gustavo-bonelli-sobre-la-personalidad-juridica> donde se cita también el trabajo de Mario Stella Richter jr. *Persona giuridica e società* publicado en el mismo volumen recopilatorio de los trabajos de Bonelli que se acaba de citar. Sobre el art. 38 CC con más indicaciones, v., DE SALAS, S, Artículo 38. Capacidad de las personas jurídicas, en Código civil comentado / Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.), Vol. 1, 2011 (artículos 1 a 608), pp. 314-321.

(8) Sobre cómo se «genera» la persona jurídica como patrimonio separado del de los socios y dotado de agencia, v., con cierta amplitud, ALFARO, J., Introducción a la Persona Jurídica a partir del Derecho de Sociedades, en *Almacén de Derecho* 2017-2021, <https://almacenederecho.org/leccion-preliminar-derecho-sociedades>. El concepto de patrimonio está «infrateorizado» lo que resulta sorprendente porque permite dar razón de numerosas instituciones del Derecho Privado.

En este trabajo se realizan tres modestas aportaciones a la discusión sobre la sociedad nula desde la perspectiva de la Parte General del Derecho de Sociedades: Se parte de la idea de que la doctrina de la sociedad nula encaja limpiamente en un Derecho de Sociedades formado por dos piezas: una «real», perteneciente al Derecho de los Patrimonios o de la Persona Jurídica (parte del Derecho de Cosas en sentido amplio) y otra «contractual», perteneciente al Derecho de los Contratos. Esta construcción es preferible, tanto a la comprensión *contractualista* como a la comprensión *institucionalista* del Derecho de Sociedades⁽⁹⁾. Y de la misma se derivan tres consecuencias para la construcción de la doctrina sobre la sociedad nula.

a) La primera afirma que el contenido de esta doctrina se limita a los aspectos jurídico-reales o patrimoniales en sentido estricto, es decir, que la doctrina de la sociedad nula no aporta ninguna «regla» a la doctrina de *la nulidad del contrato* de sociedad y, por tanto, que su regulación no puede verse como expresión de la voluntad del legislador de *reducir el elenco de causas de nulidad* del contrato de sociedad en relación con las causas de nulidad en otros contratos (*infra* 2 a 4)⁽¹⁰⁾.

b) La segunda es que *la inscripción registral es irrelevante* a efectos de aplicar la doctrina de la sociedad nula y esta conclusión vale tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales (*infra* 5 a 7).

c) Y la tercera es que no hay nulidad del contrato ni se aplica la doctrina de la sociedad nula (y no hay que proceder a la liquidación sino a la restitución al *dominus* del bien de su propiedad) cuando se aportan bienes al patrimonio social por uno de los socios que *carece de la capacidad de obrar o del poder de disposición sobre el bien* (*infra* 8).

(9) La teoría contractualista ha sido elaborada, sobre todo, por los estudiosos del análisis económico del derecho de sociedades v., por todos, EASTERBROOK, Frank H/ FISCHER, Daniel R., La estructura económica del derecho de las sociedades de capital, trad. esp. de Francisco Marcos, Madrid 1991; la teoría institucionalista fue elaborada por la doctrina alemana de la *Aktiengesellschaft* a partir de los años 20 del pasado siglo. V., con algunas referencias, ALFARO, Jesús, La sociedad anónima alemana y la sociedad anónima española, en *Almacén de Derecho* 2021, <https://almacenederecho.org/49460-2>, aunque no puedo, obviamente, extenderme aquí debería ser evidente que la «empresa» es un patrimonio, que la persona jurídica es un patrimonio dotado de capacidad de obrar y que la sociedad es un contrato que genera la formación de una persona jurídica. Se podría comprobar fácilmente que esta concepción permite superar los límites y las contradicciones tanto de la doctrina contractualista como de la institucionalista.

(10) Según EIZAGUIRRE, J. M.ª: «La sociedad nula», en AAVV: La reforma del Derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, pp. 282 y ss., pp. 299-300: «puntos básicos de la regulación (de la 1.ª Directiva) se estiman *la limitación de las causas de nulidad* y la salvaguardia de la posición de los terceros respecto de los efectos de la nulidad». Corrijo, pues, lo expuesto en las entradas sobre la sociedad nula publicadas en el Almacén de Derecho. ALFARO, Jesús, La sociedad nula (i): naturaleza jurídica, Almacén de Derecho, 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-naturaleza-juridica>; ALFARO, Jesús, La sociedad nula (ii): requisitos de aplicación de la doctrina, Almacén de Derecho 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-ii-requisitos-aplicacion-la-doctrina>.

II. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA. LOS ARTÍCULOS 56 Y 57 LSC

Esta doctrina, tal como está recogida ahora en los artículos 56 y 57 LSC⁽¹¹⁾, suele describirse diciendo que (i) *si se ha celebrado un contrato de sociedad*⁽¹²⁾, (ii) se ha formado un patrimonio separado con las aportaciones y (iii) el motivo de nulidad o anulabilidad *subsiste* en el momento en el que se ejercita la acción de nulidad (v., art. 9.2 LAIE a contrario)⁽¹³⁾, la consecuencia de la estimación de la demanda no es *la restitución de las aportaciones a los socios ni la eficacia retroactiva de la nulidad sino a la apertura de la liquidación*, lo que se traduce en que, en principio, los terceros que se hayan relacionado con la persona jurídica no se ven afectados por la nulidad⁽¹⁴⁾.

Así se recoge ahora, para las sociedades de capital en principio,

a) en el artículo 57.1 LSC que establece que, declarada la nulidad, los vínculos entre los socios se extinguen⁽¹⁵⁾ pero los socios *no* pueden recuperar sus aportacio-

(11) La doctrina de la sociedad nula es una institución antiquísima con origen en el Derecho francés de la Edad Moderna V., ALFARO, Jesús, El verdadero origen (francés) y fundamento de la doctrina de la sociedad nula, Derecho Mercantil 2018, <http://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/05/el-verdadero-origen-frances-y.html> donde se resume el trabajo de OECHSLER, NJW 2008, p. 2471.

(12) No hay «sociedades de hecho», es decir, que exista un contrato de sociedad es imprescindible para que pueda aplicarse la doctrina de la sociedad nula. Si los socios no han celebrado tal contrato pero han creado la apariencia de formar parte de una sociedad y se dan los restantes requisitos de la responsabilidad por apariencia, los socios responderán frente al tercero, pero no por aplicación de la doctrina de la sociedad nula sino por apariencia (v., PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6306; SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 440; SCHÄFER, Staub-HGB, 105, números 331 ss.; y SCHÄFER, MüKoBGB/SCHÄFER BGB § 705 Rn. 353. Indicaciones en ANGELICI, La società nulla, Milán 1975, pp. 38-39, nota 6). Eso sí, basta con que el contrato de sociedad se haya celebrado tácitamente, como cuando los herederos continúan explotando en común la empresa heredada de sus padres o como cuando varias personas montan un negocio en común pero no documentan de ninguna forma su relación. KÜBLER, F, Derecho de sociedades, traducción española, Madrid 2001, p. 545, se refiere a la antigua doctrina elaborada por SIEBERT sobre las «relaciones contractuales de facto» «faktische Vertragsverhältnisse» que se extendió no solo al Derecho de sociedades sino también al derecho laboral, «relación laboral de hecho» y a la responsabilidad contractual «relaciones contractuales de hecho» y que hoy se encuentra abandonada. V., SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 423; v., también, erróneamente a mi juicio, «cuando se considera que tales comportamientos (los actos de desarrollo del objeto social por parte de los socios) corresponden a los típicos de la relación societaria, la aplicación de la disciplina relativa puede deducirse directamente, sin sentir realmente la necesidad, salvo con fines retóricos, de reconocer un momento contractual original» Lo retórico es hablar de un «momento contractual original». Lo procedente es preguntarse si hay o no contrato. ANGELICI, C., *Note minime su la libertà contrattuale e i rapporti societari*, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1394845>.

(13) «El período de vida anormal no debe llevar su efecto hasta destruir la normalización ulterior», GIRÓN, Derecho de Sociedades, pp. 264-265. Una vez que se conoce de la existencia del vicio (del consentimiento, falta de acuerdo sobre cuestiones determinadas, requisitos de forma contractuales etc.), podrá considerarse el contrato como confirmado o convalidado «como consecuencia de la propia puesta en marcha de la organización societaria o como consecuencia de cualquier otro movimiento expreso de la voluntad» PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6306.

(14) Lo que no impide que los contratos entre la persona jurídica cuyo contrato de sociedad está viciado y otros patrimonios puedan terminarse como consecuencia de la declaración de nulidad, v., en general, SÁEZ, M.ª Isabel, PAZ-ARES, Cándido, Los contratos pendientes de ejecución en la fusión, RDM, 243 (2002) pp. 45-70.

(15) Igual que cuando los socios o el juez acuerdan la disolución, v., ALFARO, RdS 61(2021) pp. 91-134.

nes sin proceder previamente a la liquidación del patrimonio social que establece, naturalmente, la preferencia de los acreedores de dicho patrimonio respecto de los socios.

b) El apartado 2 del mismo precepto recoge la regla de la relatividad de la nulidad: la nulidad del contrato de sociedad no afecta a la vinculación del patrimonio social con otros patrimonios⁽¹⁶⁾.

c) En fin, el apartado 3 del art. 57 LSC recoge la preferencia de los acreedores respecto de los socios en la liquidación del patrimonio social y la obligación de los socios de desembolsar la parte de sus aportaciones al capital que hubiera quedado pendiente si el desembolso es necesario para satisfacer a los acreedores⁽¹⁷⁾.

Esto es todo. Sin embargo, suele decirse que la doctrina de la sociedad nula incluye reglas especiales que *reducen el elenco de causas de nulidad* relevantes. Así, *los vicios del consentimiento y otros vicios que afecten a las declaraciones de voluntad de alguno o algunos de los socios* no acarrearían la nulidad del contrato de sociedad por el juego de la doctrina objeto de estas páginas.

A mi juicio, es cierto que estos vicios no provocan la nulidad del contrato de sociedad pero no lo hacen porque el de sociedad es un *contrato plurilateral de duración*, no porque se haya formado un patrimonio personificado como efecto de su celebración que es el fundamento de la doctrina de la sociedad nula⁽¹⁸⁾. Por tanto, estos vicios han de tratarse con *las herramientas propias del Derecho contractual de sociedades* aunque teniendo en cuenta que las reglas generales sobre la nulidad de los contratos, pensadas para los sinalagmáticos, no se adaptan bien al contrato de sociedad en su condición de contrato de duración y plurilateral⁽¹⁹⁾.

(16) Ampliamente sobre estos preceptos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. / DÍAZ MORENO, A., La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs., Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, tomo III, Madrid 1995; SÁNCHEZ CALERO, Sociedad nula, p. 1028 dice que el precepto es «redundante, ya que de otra forma quedaría sin sentido la declaración contenida en el párrafo primero de la aplicación a la liquidación de las normas establecidas por la propia ley». El texto no procede de la Primera Directiva de sociedades (68/151/CEE), que sólo se refiere a la «oponibilidad» de la nulidad en relación con la publicidad registral, de forma semejante a la publicación del acuerdo de disolución. Es probable que el precepto se deba a que no hay una regla semejante entre las normas de la liquidación y a que mientras no cabe duda de que la disolución tiene solo efectos para el futuro, la norma del art. 57.2 LSC deja claro que la declaración de nulidad no tiene efectos retroactivos.

(17) SÁNCHEZ CALERO, Sociedad nula, p. 1028 dice que también este precepto es «redundante» porque reitera la regla idéntica en sede de liquidación.

(18) La doctrina de la sociedad nula no refleja, pues, una «tendencia del legislador a la conservación del contrato social» como afirma una parte de la doctrina italiana (Simonetto, citado por Fauceglia, La Società, 2017 p. 999; BONANNO, C, La nullità delle società per azioni ex art. 2332 del Codice Civile, 2011, disponible en <https://iris.unipa.it/handle/10447/101771?mode=full.347#.YHv-V2czaUk>, pp. 27 ss.

(19) SCHMIDT, K, AcP 186(1986) p. 426: «Die Regeln über nichtige und unwirksame Verträge bedürfen der Modifikation, soweit sie auf mitgliedschaftliche Rechtsverhältnisse nicht passen».

El carácter de contrato de duración lo comparte la sociedad con otros contratos bilaterales y no es necesario, pues, extenderse aquí al respecto⁽²⁰⁾, pero el de sociedad es el único contrato típicamente plurilateral (como recogiera Gayo, *tres faciunt collegium*, en el caso de las corporaciones de base personal), lo que permite tratar los vicios *que afecten al consentimiento o a la capacidad de algunos de los socios ordenando el mantenimiento del contrato entre los restantes*, esto es, la nulidad *parcial objetiva y subjetiva* del contrato de sociedad. En un contrato plurilateral, no es imperativo, pues, que la falta de consentimiento –o el carácter viciado de éste– de una de las partes deba provocar el fracaso de la formación de un contrato vinculante. *Siempre queda la posibilidad de considerar vinculados a los demás*⁽²¹⁾. Por tanto, incluso el vicio del consentimiento relevante no genera la nulidad del contrato⁽²²⁾.

La aplicación de las herramientas societarias de tratamiento de los vicios del consentimiento significa prácticamente que el socio que ha sufrido el error o es víctima del dolo *podrá provocar la disolución de la sociedad o separarse* (o ser excluido) *solo si reúne los requisitos* de la legislación societaria o los previstos en los estatutos para disolver o separarse (o para ser excluido) *recibiendo*, en todo caso, *su cuota de liquidación, no la restitución de su aportación*⁽²³⁾. Es decir, corre con los riesgos de la empresa social desde la constitución de la sociedad⁽²⁴⁾ y el vicio

(20) La restitución de lo que las partes se hubieran entregado recíprocamente, al no haber causa para las atribuciones correspondientes, no es posible prácticamente, en muchos casos como en los contratos en los que se intercambia dinero por un servicio - *do ut facias*- o por un «no hacer» o en los contratos en los que la prestación es consumida por la otra parte en el propio proceso de ejecución del contrato o se intercambia un precio a cambio del uso de una cosa -arrendamiento- intercambios que se articulan, normalmente, como contratos de duración. No obstante hay que distinguir entre los efectos *restitutorios* y los efectos *retroactivos*. La nulidad tiene ambos, pero la resolución solo los primeros. La razón, como ha explicado Pantaleón, es que la nulidad significa que ha de actuarse «como si» el contrato no hubiera existido y, por lo tanto, hay que retrotraer la situación de las partes al momento previo a la celebración del contrato. Por el contrario, la resolución implica que las prestaciones que se han ejecutado recíprocamente las partes devienen, por efecto de la resolución, carentes de causa, de manera que hay que proceder a restituirlas. Pero eso no significa que pueda actuarse, cuando se ha resuelto un contrato, como si el contrato no hubiera existido nunca V., PANTALEÓN, F. Resolución por incumplimiento e indemnización, ADC 1989, pp. 1143 a 1168. En las relaciones duraderas en las que la restitución de las prestaciones no es posible, como dice el parágrafo 313.3 BGB, «el derecho a la restitución se sustituye por el derecho a denunciar el contrato», esto es, se otorga al contratante un derecho potestativo cancelatorio que actúa sólo hacia el futuro, como es la *denuncia*. V., CAÑIZARES, A. *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.

(21) V., art. 1446 Codice civile italiano que, para los contratos plurilaterales prevé que «l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale». V., ROBLES, RDM 1949 pp. 195 y 231.

(22) JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 37 ss., V., también, SÁNCHEZ PACHÓN, Causas de nulidad, pp. 561 ss.

(23) Dice OECHSLER que habrá que probar en el caso concreto si «el impedimento es realmente de suficiente gravedad como para que no sea razonable esperar que los socios se adhieran al contrato de sociedad» aunque la doctrina mayoritaria dice lo contrario porque «en contra de las valoraciones generales jurídico-civiles se vincula a los socios retroactivamente lo que exige que puedan desligarse del contrato para el futuro».

(24) KÜBLER, Derecho de Sociedades, pp. 552-553. Sobre la «justicia» de tal reparto de las pérdidas v., SCHÄFER, Staub-HGB 105, 343: «En el caso de las empresas de inversión, en particular... hay que tener

del consentimiento se «transforma» en una «justa causa» de disolución o separación (o de exclusión)⁽²⁵⁾. Además, ha de remitírsele a las acciones personales contra el causante del vicio del consentimiento padecido.

Como se habrá comprobado, negar que la consecuencia del vicio del consentimiento sea necesariamente la nulidad no se impone por el legislador para proteger a los terceros –a los que protege la necesidad de liquidación del patrimonio social antes de restituir nada a los socios– sino *para proteger a los socios ajenos al vicio*, esto es, aquellos que ni han sufrido el vicio del consentimiento ni lo han provocado⁽²⁶⁾. Es pues un «remedio» típicamente contractual.

Naturalmente, *en el caso de sociedades de dos socios*, si uno de los socios emplea dolo respecto del otro, el socio que ha sufrido el dolo no puede ser obligado a permanecer en la sociedad y podrá reclamar la disolución y que, en la liquidación, se le deje indemne, con cargo a la cuota de liquidación en primer lugar y con cargo al resto de su patrimonio finalmente, de los daños que le hubiera causado la maquinación engañosa del otro socio. No hay socios «inocentes» a los que proteger⁽²⁷⁾.

en cuenta que a menudo se ha engañado a un gran número de inversores, por lo que el patrimonio remanente debe repartirse de la forma más equitativa posible entre ellos, lo que sólo puede conseguirse mediante la aplicación de la doctrina de la sociedad nula».

(25) El socio engañado o que ha sufrido el error podrá provocar la disolución en el caso de las sociedades de personas (v., arts. 1705 y 1707 CC) y sólo tendrá acciones contra el socio o el tercero que le engañó o indujo a error en el caso de las sociedades de capital porque los vicios quedan sanados por la inscripción.

(26) La doctrina española más atenta (JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, pp. 62-63) ha señalado que no puede tratarse de razones ni de protección de terceros ni de protección de los socios (una regulación que permitiera declarar la nulidad de la sociedad con el efecto disolutorio por cualquier causa de las generales del Derecho de contratos favorecería a los socios minoritarios que no tienen en su mano la posibilidad de disolver la sociedad ya que ésta requiere de acuerdo mayoritario) y aventuran que la *ratio* de la limitación se encuentre en «la conservación de las sociedades... como entes... capaces de desplegar una actividad económica; conservación que es considerada en sí misma social y económicamente beneficiosa. Se trata... de salvaguardar los puestos de trabajo... y... la riqueza que puede derivar de la actividad empresarial organizada...». Este argumento no parece muy convincente porque no corresponde al Derecho de Sociedades imponer la conservación de una empresa, *per se*, cuando puede ocurrir que lo más eficiente sea liquidarla y que esa sea la opción más eficiente es más probable cuando concurre una causa de nulidad o anulabilidad del contrato. Si el socio ha sufrido un vicio del consentimiento, difícilmente habrá adoptado una decisión racional al invertir en la sociedad. Por tanto, parece preferible la explicación que se funda en la necesidad de proteger los intereses de los socios «inocentes».

(27) En Derecho alemán, el parágrafo 142 HGB preveía en este sentido que el socio inducido con engaño a celebrar un contrato de sociedad puede reclamar para sí la adjudicación de la totalidad de la empresa social, esto es, la terminación de la relación societaria -disolución- sin liquidación. Se trata de un supuesto de sucesión universal porque el patrimonio social acrece al socio restante. En la nueva redacción prevista para el nuevo § 712 (1) BGB se prevé lo siguiente: «Si sólo queda un socio, la sociedad dejará de existir sin liquidación. El patrimonio de la sociedad pasará al socio restante por vía de sucesión universal en el momento de la retirada del penúltimo socio, si el socio restante ha declarado al penúltimo socio y para entonces, su voluntad de hacerse cargo del patrimonio de la sociedad».

Además, serán de aplicación los remedios indemnizatorios generales contra los que hubieran provocado el vicio del consentimiento o fueran causantes de la nulidad.

La aplicación concreta de estas herramientas a cada sociedad depende de que *se trate de una sociedad de personas o de una sociedad-corporación*. Es decir, mientras que el socio de una sociedad de personas puede disolver la sociedad *ad nutum* si es de duración indeterminada (arts. 1705-1707 CC) –por lo que las instituciones de la separación y exclusión de socios apenas tienen relevancia– el accionista o socio de una sociedad limitada no puede provocar la disolución si no dispone de la mayoría y solo puede separarse o ser excluido cuando así lo prevean la ley o los estatutos. Por tanto, no es la doctrina de la sociedad nula sino *el distinto ámbito de aplicación que tienen las herramientas societarias enumeradas (disolución, separación, exclusión...)* en las sociedades de personas y en las sociedades-corporaciones, lo que explica el distinto «juego» de las causas de nulidad en unas y otras pero no impiden construir la doctrina de la nulidad dentro de las reglas generales sobre nulidad de los contratos.

Así que, a mi juicio, no puede compartirse la opinión de los que sostienen que la doctrina de la sociedad nula incluye la reducción de las posibles causas de nulidad relevantes y que esta se refleja en el carácter *numerus clausus* de las recogidas en el art. 56 LSC, *numerus clausus* justificado por el control preventivo en la formación de la sociedad del notario y el registrador mercantil, y porque la ley suple determinadas menciones en caso de que los socios no las hayan referido en el contrato⁽²⁸⁾. El contenido del art. 56 LSC puede explicarse perfectamente sin necesidad de enmarcarlo en la doctrina de la sociedad nula. El precepto se limita a recoger las reglas generalmente aplicables a la nulidad de cualquier sociedad, pero reflejando las diferencias entre las sociedades-corporaciones de capital y las sociedades de personas. Al limitar el art. 56 LSC las causas de nulidad una vez inscrita la sociedad lo que está es reflejando que los miembros de una corporación (como sí podrían los miembros de una sociedad de personas) no pueden pedir la disolución –y liquidación– aunque concurren vicios que anularían el contrato de sociedad salvo que estén recogidos en ese precepto o en los correspondientes a las causas de disolución (arts. 360 ss.

(28) EIZAGUIRRE, Sociedad nula, p. 312: «cabe agrupar los defectos o vicios fundacionales en... vicios de carácter general, que tienen su fundamento en la disciplina general de los contratos, y vicios de índole especial o propiamente societarios». Obsérvese que sólo los segundos forman parte, propiamente, de la doctrina de la sociedad nula. Respecto de los «especiales o propiamente societarios», pp. 319 ss., están todos relacionados con la formación y atributos del patrimonio social. Y pp. 344 ss. donde agrupa las causas de nulidad -en el Anteproyecto de la Ley de sociedades anónimas de 1989- en causas «concernientes al núcleo objetivo-patrimonial» (no expresión de la denominación social, ilicitud y falta de expresión del objeto social, «incorrecta definición y constitución del patrimonio social») y «causas que atañen al perfil subjetivo-contractual», (incapacidad, falta de pluralidad de socios fundadores) además de las desaparecidas relativas a la irregularidad.

LSC)⁽²⁹⁾. Y lo mismo ocurre con los vicios del consentimiento que haya sufrido cualquiera de los socios⁽³⁰⁾.

Mantener en estos términos la discusión es importante porque pueden explicarse así *las diferencias en lo que a la nulidad del contrato de sociedad se refiere entre sociedades de personas y sociedades-corporaciones*. Estas diferencias no tienen que ver con la personalidad jurídica –con el elemento «real» de la sociedad– sino con sus diferencias en lo que a las reglas de «gobierno» se refiere. Mientras el gobierno de una sociedad de personas es contractual, el de una sociedad-corporación es «normativo» o, dicho en términos más expresivos, el patrimonio de una sociedad de personas lo gobiernan *individuos*-los socios–; el patrimonio de una sociedad-corporación lo gobiernan *reglas*. Pero las sociedades de personas y las corporaciones no se diferencian en su sustrato patrimonial. La personalidad jurídica es una institución unitaria: o hay un patrimonio dotado de capacidad jurídica y de obrar, o no lo hay. No hay personalidad jurídica «simple» y «corporativa» ni diversos grados de personificación. Concebir la doctrina de la sociedad nula en términos estrictamente patrimoniales (consecuencias para la persona jurídica de la nulidad del contrato que dio lugar a su formación) y no incluir en ella las normas contractuales que regulan la nulidad del contrato de sociedad evita la comisión de errores de todo tipo en la delimitación del ámbito de aplicación de cada una de las reglas. Empecemos por examinar la aplicación de las reglas de la nulidad contractual al contrato de sociedad.

III. NULIDAD Y SOCIEDAD INTERNA

Así pues, *nada hay de excepcional en los artículos 56 y 57 LSC en lo que se refiere a las causas de nulidad*: estos preceptos adaptan al contrato de sociedad y, en particular, a las sociedades-corporaciones las reglas generales sobre la nulidad de los contratos. Si disfrutáramos de una regulación de la nulidad de la sociedad incluida en los artículos 1665 ss. CC o en los artículos 218 ss. C. de c., ésta no sería diferente a la contenida en estos dos artículos de la ley de sociedades de capital sino por razón de las diferencias estructurales entre una sociedad de personas y una corporación.

(29) V., VEZIROGLU, Cem, *Buy-out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Laws* (August 9, 2017), disponible en <https://ssrn.com/abstract=3015723> y un resumen con comentarios en ALFARO, Jesús, Separación y disolución por justos motivos, en Derecho Mercantil 2017, <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2017/10/separacion-y-disolucion-por-justos.html>.

(30) V., no obstante, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto, La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs., Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, tomo III, Madrid 1995: señalan que «el verdadero fundamento del tratamiento propuesto para los casos de vicios de la voluntad de una concreta suscripción hay que buscarlo en la necesidad de defender la integridad del capital social en beneficio de terceros una vez que la cifra de dicho capital ha sido publicada en el Registro».

Para demostrarlo, vale recordar que en el Derecho Romano la sociedad era un contrato puramente obligatorio⁽³¹⁾. Por lo que no era necesario regular de forma específica su nulidad. Las reglas generales debían bastar. Dado que en la *societas* no hay bienes que formen un fondo común separado de los patrimonios individuales de los socios, la nulidad no genera ninguna necesidad de restitución. Lo que era de un socio al celebrarse el contrato sigue siéndolo cuando se declara la nulidad. Las contribuciones de los socios al fin común no se traducen en una transmisión de la propiedad de un bien o de la titularidad de un derecho. Si no hay transmisión, no es necesaria la restitución⁽³²⁾. La nulidad, simplemente, extingue el vínculo y obliga a reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de que se celebrara el contrato. A lo anterior, hay que añadir, si hemos de hacer caso a Guarino, que la *societas* romana era típicamente bilateral por lo que la semejanza con los demás contratos no podía ser mayor⁽³³⁾.

Tampoco eran necesarias reglas especiales, en el caso de que el contrato de sociedad implicara que los socios devinieran *copropietarios de los bienes* empleados en la ejecución del contrato de sociedad (sociedad con comunidad de bienes) por ejemplo, porque la sociedad se hubiera contraído para llevar a cabo la adquisición de determinados bienes. En tal caso, las deudas y créditos que pudieran generarse por los socios en ejecución del contrato de sociedad con terceros *serían deudas y créditos de los socios*, no de la inexistente persona jurídica. Anulado el contrato de sociedad, igual que si se hubiera terminado por la llegada del término pactado, los

(31) V., en general, GUARINO, Società, *passim*. BABUSIAUX, U, Zum Konsenserfordernis bei der societas -methodische Bemerkungen zu einem altbekanntem Problem, In: Weber, Rolf H; Stoffel, Walter A; Chenux, Jean-Luc; Sethe, Rolf. Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag. Zürich 2017, pp. 767-784, <https://doi.org/10.5167/uzh-143363>. Nuestro codificador, como es sabido, atribuyó personalidad jurídica a la sociedad civil sólo *in extremis* mediante los arts. 1669 y 1670, sin duda influido por el previo Código de Comercio y leyes de sociedades dictadas en el siglo XIX que habían reconocido personalidad jurídica a las sociedades mercantiles de personas, v., por todos, con más indicaciones PAZ-ARES, Cándido, Comentario al art. 1669 CC, en AAVV, Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid 1991.

(32) PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6305: «el carácter meramente obligacional de la relación permite confiar el tratamiento de sus vicios a las reglas generales (arts. 1300 y ss. CC) complementadas en su caso con las especialidades elaboradas para las relaciones obligatorias de duración y con la doctrina general de la representación aparente...». No se entiende la doctrina alemana más antigua en este punto, v., SCHMIDT, AcP 186(1986) pp. 432 ss., dice con razón -en su esquema teórico de la personalidad jurídica- que «dass die Innengesellschaft niemals -wie eine juristische Person der eine Gesamthandts-gesellschaft- Rechtsträger sein kann», no puede aplicarse una doctrina que presupone la existencia de un «Rechtsträger», o sea de una persona jurídica. Pero luego se pronuncia confusamente a favor de aplicar la doctrina a una «verbandsrechtlich verfasste Innengesellschaft», o sea a una sociedad interna configurada como una corporación, esto es, con órganos. El problema es que no sabemos qué reglas de la doctrina de la sociedad nula considera aplicables. Parecería que se refiere no sólo a la liquidación del patrimonio, sino a la sustitución de la resolución -efectos retroactivos- por la denuncia -efectos hacia el futuro- para dar por terminado el contrato.

(33) GUARINO, A, Solutio Societatis, Labeo, 14(1968) pp. 139-166; ALFARO, J., Denuncia unilateral y derecho de separación en las sociedades de personas, *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/denuncia-unilateral-y-derecho-de-separacion-en-las-sociedades-de-personas>.

bienes habrán de *dividirse* entre los copropietarios⁽³⁴⁾. Si la copropiedad se constituyó por razón de la celebración del contrato de sociedad, una vez terminado éste, debe presumirse que es la voluntad de los socios-comuneros proceder a la extinción, también, de la comunidad. De nuevo, la celebración del contrato de sociedad con comunidad de bienes sobre cada uno de los bienes (art. 392 CC) utilizados por los socios para perseguir el fin común carece de efectos externos.

El problema es que nuestro codificador civil optó, *in extremis* por atribuir personalidad jurídica a la sociedad civil (art. 1669 CC) pero *no incluyó una regulación de las consecuencias patrimoniales de la nulidad del contrato de sociedad civil* cuando los socios no hubieran excluido la formación de una persona jurídica al celebrar el contrato (art. 1699 CC en relación con el art. 39 CC)⁽³⁵⁾. Esta regulación de la suerte que había de correr la personalidad jurídica si el contrato de sociedad que la generó era nulo no podía encontrarse en las instituciones *contractuales* de la disolución, la separación y la exclusión de socios porque ninguna de ellas está ligada a la formación de un patrimonio que se inserta en el tráfico. De forma que el codificador creó, si se permite la expresión, una «laguna»: la regulación de la sociedad nula no era necesaria cuando la sociedad civil era una mera *societas* pero devino una necesidad cuando el codificador atribuyó personalidad jurídica a la sociedad civil.

IV. NULIDAD Y SOCIEDAD EXTERNA O CON PERSONALIDAD JURÍDICA: LA NECESIDAD DE LIQUIDAR EL PATRIMONIO ANTES DE RESTITUIR SUS APORTACIONES A LOS SOCIOS

Las cosas cambian si el contrato de sociedad ha generado una persona jurídica. La aplicación de las reglas generales llevaría a proceder a la restitución de las prestaciones (el efecto retroactivo de la nulidad) y a deshacer todos los contratos celebrados por la sociedad con terceros desde su nacimiento, al haber sido estos celebrados *bajo la condición implícita de que se celebraban con efectos sobre un patrimonio distinto del patrimonio del contratante* (que es el administrador de la sociedad). Si se ha formado una persona jurídica como consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad y éste se declara nulo, habría que considerar que *el patrimonio dotado de capacidad jurídica la pierde con efectos retroactivos* y lo realizado por los agentes

(34) Los patrimonios se liquidan pero los bienes en copropiedad se dividen. V., GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano. Lezioni Istituzionali di Diritto Romano* 2.ª ed. 1963; MIQUEL, José M.ª, Voz División (Acción de división), EJB, Madrid 1985, tomo II pp. 2555 ss.; MIQUEL, José M.ª, Comentarios al Código Civil, ALBALADEJO (dir.), vol. V. 2.º, Madrid 1985; MIQUEL, José M.ª, Comentario del CC, Ministerio de Justicia, Vol. I, Madrid 1991, arts. 392-406; MIQUEL, José M.ª, Voz, Comunidad de bienes, EJB, Madrid 1995, vol. I, pp. 1314 ss.

(35) V., PAZ-ARES, C., Comentario al art. 1669 CC, en AA.VV., Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, 1991 y PANTALEÓN, F., Asociación y sociedad (A propósito de una errata en el Código Civil), ADC 1993, pp. 5-56, esp., p. 27 ss. El art. 39 CC parece referirse sólo a las sociedades-corporaciones, no a las sociedades de personas cuando regula el destino que ha de darse a los bienes de la asociación a la extinción del contrato.

de ese patrimonio debe ser deshecho como si nunca hubiera existido un sujeto de imputación⁽³⁶⁾. Es evidente que esta solución es incompatible con la seguridad del tráfico jurídico⁽³⁷⁾. Para los terceros acreedores del patrimonio social, la disolución o la nulidad del contrato de sociedad y, en general, cualquier vicisitud que afecte al contrato social es *res inter alios* (los socios) *acta*, que *alii* (los patrimonios que se relacionan con el patrimonio social) *non nocet*⁽³⁸⁾.

Es pues, *la intangibilidad de la esfera jurídica de los acreedores* la que impide a los socios proceder a la restitución de las aportaciones sin la previa liquidación –pago– de las deudas que pesan sobre ese patrimonio (liquidación en sentido estricto)⁽³⁹⁾. No es posible restituir las aportaciones a los que las hicieron porque éstas «ya no están», sino que se hallan unidas (gracias al fin común que caracteriza el contrato de sociedad) a otros bienes y derechos, créditos y deudas de forma inseparable. Los bienes aportados se han «transformado» en elementos que «pertenecen» al patrimonio en el sentido de que forman parte de él⁽⁴⁰⁾. Incluso si no se han desembolsado,

(36) «... siguiendo rigurosamente razonamientos de jurisprudencia conceptual, la nulidad de una sociedad debería conllevar la restitución de las aportaciones a los socios pero, además, al suponer la desaparición de la organización nacida del contrato, habría de provocar la nulidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los terceros y la apariencia... de sociedad. Ello, a su vez, impondría la necesidad de la restitución... de las respectivas prestaciones». JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo/DÍAZ MORENO, Alberto, La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs, Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, tomo III, Madrid 1995, p. 26; PAZ-ARES, Sociedad de hecho, pp. 6305-6306: «la aplicación mecánica de las normas generales al tratamiento de los vicios fundacionales encuentra en la realidad del tráfico una resistencia prácticamente invencible».

(37) Sobre los conceptos de seguridad jurídica y seguridad del tráfico sigue siendo fundamental el trabajo de PAZ-ARES, Cándido, Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, Revista de derecho mercantil, nos 175-176(1985), pp. 7-40.

(38) Por eso es una mala doctrina la que afirma que, una vez inscritos en el Registro Mercantil, los estatutos sociales son oponibles a terceros. Los terceros pueden utilizar lo inscrito y asumir que lo que no está inscrito debiendo estarlo no existe (principio de publicidad del registro) pero eso no significa que los socios puedan oponer a los terceros el contenido de los estatutos V., ALFARO, Jesús, Una resolución de la Dirección General casi revolucionaria Derecho Mercantil, 2020, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/una-resolucion-de-la-direccion-general.html>.

(39) V., ALFARO, J., Una nota sobre el concepto de liquidación, en Almacén de Derecho, 2021, <https://almacenderecho.org/una-nota-sobre-el-concepto-de-liquidacion>.

(40) La bibliografía en España sobre el patrimonio es escasa y el concepto adolece de una insuficiente teorización lo que ha reducido su utilización para explicar las instituciones de nuestro derecho privado. Las mejores páginas son, a mi juicio, las escritas por DE CASTRO, F. Temas de Derecho Civil, Madrid 1972, pp. 35 ss. (resumido en ALFARO, J., Patrimonio y persona jurídica en Federico de Castro, *Almacén de Derecho* 2019, disponible en <https://almacenderecho.org/patrimonio-y-persona-juridica-en-federico-de-castro>; v., además, ARROYO, E., Los patrimonios financieros y el trust. RCDI, 693 (2006) pp. 11-61 donde se resumen las doctrinas sobre el patrimonio y se describe con detalle la que asocia el patrimonio a la personalidad y más detalles sobre Zacharia en DE LOS MOZOS, J. J., *La unidad del patrimonio y el trust, de la fiducia, el fideicomiso y el trust*. Tesis Doctoral, Valladolid 2015, pp. 306 ss.; ARROYO, E., Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación / coord. por Martín Garrido Melero, Josep María Fugardo Estivill, Vol. 3, 2005 (Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y «trust»), pp. 601-650 <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/16692>; RIVERO, F. *Teoría general del patrimonio*

las aportaciones figurarán como créditos del patrimonio social y la liquidación de éste exigirá, naturalmente, su cobro si es necesario para atender a los acreedores⁽⁴¹⁾. Sólo en el caso de que el patrimonio social no se hubiera modificado en absoluto (lo que es altamente improbable porque los gastos de constitución de la sociedad se cargan a dicho patrimonio) podría considerarse contraria a la buena fe la negativa a restituir a cada socio lo aportado (v., art. 40 LSC) y, en todo caso, la protección de los terceros estaría asegurada, simplemente, haciendo responder a los socios de las deudas sociales por haberse repartido el patrimonio social antes de proceder a la liquidación.

Y es que la preferencia de los acreedores sobre el patrimonio social respecto de los socios es tan evidente como *la preferencia de los acreedores del causante sobre los herederos en relación con el patrimonio que es la herencia* y pueden trasladarse al Derecho de Sociedades las observaciones que sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario se han realizado por la mejor doctrina, esto es, que la responsabilidad limitada del heredero no se asocia a la obtención del beneficio de inventario sino a la pérdida del mismo por haber confundido su patrimonio con el del causante⁽⁴²⁾. Del mismo modo, los socios que «confunden» su patrimonio con el patrimonio social –retirando sus aportaciones antes de haber procedido a la liquidación del patrimonio social– pierden el beneficio de la responsabilidad limitada.

El interés legítimo de los socios en estas circunstancias no puede ser el de ser preferidos respecto de los acreedores en el pago de su crédito (a la restitución). Ha de ser, sólo, *el de ser tratados igualitariamente con los demás socios*⁽⁴³⁾. Y a este fin se orientan las normas sobre la liquidación en sentido amplio (realizar las operaciones de liquidación del patrimonio que aseguren el reparto proporcional del remanente).

V. LA SOCIEDAD NULA Y LA CONSIDERACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD COMO CONTRATO DE ORGANIZACIÓN

Hasta aquí se ha expuesto la doctrina de la sociedad nula sin haber hecho referencia alguna a la inscripción registral. La verdad es que, examinada la cuestión con detalle, lo que habría que preguntarse es por qué habría de ser relevante la inscripción registral para que resultara aplicable la doctrina de la sociedad nula. Si de lo que se trata

en AA.VV. El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación / coord. por Martín Garrido Melero, Josep María Fugardo Estivill, Vol. 1, 2005 (Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio, pp. 45-138, pp. 47 ss. y especialmente, para la exposición de las «teorías» sobre el patrimonio, pp. 88 y siguientes.

(41) Como señala SCHÄFER (Staub-HGB, 105, 325)... «El patrimonio social... tiene un significado central tanto para las relaciones internas como para las externas ya que los acreedores tienen preferencia para cobrarse sus créditos con cargo a él. Una división del principio de la mano común entre relaciones internas y externas carece de sentido».

(42) PEÑA, M., La herencia y las deudas del causante, Granada 2008, *passim*.

(43) V., OECHSLER, NJW 2008, 2471.

es de proteger el tráfico de la eventual nulidad del contrato de sociedad que generó un patrimonio separado y dotado de capacidad de obrar, lo único relevante debe ser que se haya formado una persona jurídica, no que la sociedad se haya inscrito en el Registro Mercantil.

La perplejidad desaparece si se tiene en cuenta que, históricamente, *adquisición de la personalidad jurídica e inscripción en el Registro Mercantil han estado estrechamente ligadas*. No tiene sentido reproducir aquí la que podría llamarse «historia alemana de la personalidad jurídica y la comunidad en mano común». Baste recordar que el Derecho alemán –de forma singular entre los Derechos continentales– reservó el *nomen* «persona jurídica» (*Rechtsperson*) para las sociedades-corporaciones, esto es, básicamente para la sociedad anónima y luego la limitada y rechazó hasta prácticamente el siglo XXI que las sociedades de personas tuvieran personalidad jurídica. No es que no reconocieran capacidad jurídica y de obrar a las sociedades colectivas (*OHG*) e incluso a las sociedades civiles (*BGB-Gesellschaft*). Es que atribuían esa capacidad a un efecto de la constitución de una «comunidad en mano común» (*Gesamthand*) sobre el patrimonio social por parte de los socios⁽⁴⁴⁾.

Así las cosas, los alemanes no pudieron explotar la teoría del patrimonio y de la persona jurídica para explicar instituciones como la de la sociedad nula. Para poder incorporar esta doctrina desde el Derecho francés tuvieron que sustituir la distinción entre aspectos contractuales y aspectos reales del Derecho de Sociedades por la construcción dogmática del contrato de sociedad como un *Organisationsvertrag*, como un contrato «organizativo»⁽⁴⁵⁾. Si el contrato de sociedad pone en marcha una organización –se dice–, las normas sobre nulidad y anulabilidad que son aplicables, en principio, a la relación obligatoria que también es el contrato de sociedad quedan desplazadas por las normas aplicables a la «organización

(44) De esta cuestión me he ocupado extensamente en algunos trabajos anteriores, entre ellos v., ALFARO, J., Flume y las personas jurídicas: (i) su tesis, *Almacén de Derecho*, 2019; ALFARO, J., La comunidad en mano común y las sociedades de personas, *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacendederecho.org/la-comunidad-en-mano-comun-y-las-sociedades-de-personas>, y ALFARO, J., La personalidad jurídica en El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades, *InDret*, 1(2016). El Derecho francés y el español de la Codificación reconocieron inmediatamente personalidad jurídica a las sociedades mercantiles de personas de manera que se «ahoraron» la deformación de la arcaica figura de la «comunidad en mano común» que tuvieron que llevar a cabo los alemanes para dar forma a la capacidad jurídica y de obrar que se reconocía –como no podía ser de otra forma– a las sociedades mercantiles. Pero otros derechos vincularon la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción en el Registro mercantil. V., ANGELICI, C., Società nulla, p. 11 que cita a FRÉ diciendo que «el acto constitutivo es sin duda un contrato *hasta el momento* en que la sociedad se inscribe en el registro mercantil, pero a partir de ese momento, el contrato viene, por decirlo así, absorbido por un hecho nuevo que es el del surgimiento de una persona jurídica societaria» y añade que es análogo el planteamiento de Kraft en Alemania en el *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*.

(45) V., además de SCHÄFER, (nota anterior), FLEISCHER/THOMA, *Fehlerhafte, passim*. Véase también la expresión de GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid 1975, p. 261; KÜBLER, *Derecho de sociedades*, Madrid 2001, p. 545, con cita de ULMER, *GrossKomm HGB* 105, n.º 333 ss.) y a cómo este carácter exige inaplicar las reglas de la nulidad contractual.

jurídico-societaria» y hace que sea necesario, simplemente, proceder a la disolución y liquidación *ex nunc*⁽⁴⁶⁾.

Se demostrará que la doctrina alemana llega a resultados semejantes a los aquí alcanzados porque, en realidad, las referencias al carácter organizativo del contrato de sociedad como justificación de las consecuencias jurídicas es «jarabe de pico» ya que éstas se extraen de la formación de un patrimonio separado como consecuencia de la celebración del contrato de sociedad y la promesa de aportar por parte de los socios, y *no estrictamente del carácter organizativo del contrato de sociedad*. En consecuencia, la doctrina mayoritaria alemana no explica limpiamente el papel de la inscripción registral. Porque si la doctrina de la sociedad nula se aplica a todos los tipos societarios, ¿cómo puede justificarse en la inscripción de la sociedad en el registro mercantil para los tipos societarios en los que ésta no es imprescindible para la formación del patrimonio separado o ni siquiera posible? Y ¿cómo se explica su aplicación a la sociedad en formación o a la asociación, que son corporaciones cuya personalidad jurídica corporativa no depende de la inscripción?

Y es que el contrato de sociedad no es un contrato organizativo porque genere una persona jurídica como un efecto «organizativo» de su celebración, sino porque su contenido está formado, en gran medida, *por reglas organizativas*, esto es, por reglas sobre *cómo y por quién se tomarán decisiones sobre los asuntos objeto del contrato de sociedad* y fundamentalmente sobre el patrimonio social: *cómo y por quién se tomarán las decisiones sobre ese patrimonio y cómo se elige, vigila y destituye a los que actuarán en el tráfico con efectos sobre ese patrimonio*⁽⁴⁷⁾.

Pero el presupuesto de aplicación de la doctrina de la sociedad nula *no es la celebración de un contrato organizativo*-también la sociedad interna está fundada en un contrato organizativo en el sentido de que contiene reglas sobre cómo tomar decisiones sobre los asuntos sociales— *sino la formación de un patrimonio al que se dota de capacidad de obrar*, o sea, la erección de una persona jurídica. Y, por esta razón, la mejor exposición de esta cuestión en la doctrina alemana es la de Ulmer, que *concentra el «efecto organizativo» en la formación de un patrimonio separado*. Así dirá que «a través del acto de constitución de una sociedad externa, los socios pierden el poder de disposición ilimitado sobre relaciones que van más allá de su

(46) Para lo que sigue, he utilizado básicamente la exposición de SCHÄFER, que es el autor del Comentario Staub al Código de Comercio, a su parágrafo 105, números de margen 315 ss. Y, del mismo autor, MüKoBGB/Schäfer BGB § 705, Rn 347 ss., especialmente, para lo que sigue, números de margen 354 ss. En la doctrina italiana, puede verse la construcción de ANGELICI, Società nulla, que tiene tal nivel de abstracción y emplea tal cúmulo de conceptos ad hoc para explicar la sociedad nula que me ha resultado incomprensible.

(47) En contratos muy incompletos como el de sociedad, se sustituyen las reglas que prescriben o prohíben comportamientos por reglas que atribuyen competencias de decisión. Poner en marcha una organización ahorra extraordinariamente en costes de regulación en el momento de la celebración del contrato., v., ALFARO, J. Los problemas contractuales en las sociedades cerradas, InDret 4.2005 y la mejor teorización de los contratos que generan una corporación es la de VANBERG, V. J., *Las organizaciones como sistemas constitucionales*, Revista Libertas 31 (Octubre 1999).

relación interna» y usa la doctrina de la *protestatio facto contraria*: no se puede, por un lado, constituir un patrimonio que se pone en relación con terceros y pretender dar eficacia retroactiva a un vicio del contrato obligatorio que generó tal patrimonio con el efecto de anular las vinculaciones con los terceros. Los socios «deben atenerse a las reglas sobre el patrimonio separado que han creado y al contrato que han celebrado hasta tanto no se haga valer el vicio...»⁽⁴⁸⁾.

¿Cómo afecta este fundamento a la aplicación de la doctrina de la sociedad nula. De dos formas. En primer lugar, afecta al «momento» a partir del cual se aplica dicha doctrina, esto es, al momento a partir del cual ha de procederse a la liquidación del patrimonio social antes de restituir sus aportaciones a los socios (*infra* 6). En segundo lugar afecta al valor de la inscripción registral en las sociedades de capital (*infra* 7).

VI. EL NACIMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SEPARADO

Como la doctrina alemana no reconoce formalmente personalidad jurídica a todas las sociedades externas tiene que anudar la aplicación de la doctrina de la sociedad nula en el ámbito de las sociedades de personas, no a la constitución de la sociedad –a la celebración del contrato de sociedad– sino a la inscripción en el registro mercantil, en el caso de las sociedades de capital y de la sociedad colectiva y, en el caso de la sociedad civil, a que «se haya ejecutado» el contrato de sociedad o a la «efectiva puesta en marcha de la organización social»⁽⁴⁹⁾. Es decir, en el momento en el que los designados administradores *empiezan a actuar en el tráfico en nombre de la sociedad*. No es suficiente la «simple formación del patrimonio social»⁽⁵⁰⁾. En la

(48) Esta aportación de Flume y Ulmer se generalizó afirmándose que la doctrina de la sociedad nula es un principio general del Derecho de sociedades entendido como derecho de las organizaciones, lo que permite elaborar la doctrina de la sociedad nula sobre la base de principios aplicables a todos los tipos societarios (de sociedades externas).

(49) SCHMIDT, AcP 186(1986), p. 425 citando una sentencia de 1935 del Reichsgericht: «bei schon in Vollzug gesetzten gesellschaftsrechtlichen Gebilden...» PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6307. En la doctrina italiana, por todos, BONANNO, Nullità, p. 132; ANGELICI, Società nulla, pp. 35-37: hay que distinguir entre «l'ipotesi della società "non eseguita"» in cui non vi sarebbero ostacoli alla utilizzazione della disciplina generale della invalidità, e quella della società «eseguita»: solo in questo momento sorge il problema di tutelare i terzi e solo allora appaiono le difficoltà pratiche di una operatività ex tunc della anomalia negoziale.

(50) KÜBLER, Derecho de sociedades, p. 547; SCHÄFER, MüKoBGB/SCHÄFER BGB § 705 Rn. 331; contra, en el sentido del texto, distinguiendo entre sociedad colectiva y sociedad civil (recuérdese que en Derecho alemán, el § 123 HGB anuda la eficacia de la sociedad colectiva a su inscripción en el registro mercantil) OECHSLER: «streitig ist ob die Bildung von eigenem Vermögen der GbR (Gesamthandsvermögen) ausreicht. Ist jedoch zu bejahen: Dadurch, dass der GbR Forderungen oder das Eigentum zugeordnet sind, sind die Schutzzwecke der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft berührt»; ULMER en el Fs Flume II, non vidi, apud SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 441: la aplicación de la doctrina de la sociedad nula depende de la constitución del patrimonio social. SCHMIDT [AcP 186 (1986) p. 441], erróneamente a mi juicio, se

doctrina italiana se distingue entre el «acto constitutivo» –la celebración del contrato de sociedad– y «el desarrollo de la actividad», distinción que parece semejante a la que realiza la doctrina alemana⁽⁵¹⁾.

Entre nosotros, en algunos autores se lee que lo relevante es la «ejecución» del contrato de sociedad imputable a –con la aprobación de– todos los socios y que, a tal efecto, sería bastante con que se hubieran realizado las aportaciones. Pero todos admiten que basta con que se hayan realizado «negocios jurídicos preparatorios» de la participación del fondo común en el tráfico jurídico para que sea aplicable la doctrina de la sociedad nula⁽⁵²⁾.

Al lector atento le habrá venido a la cabeza la discusión que tuvo lugar hace décadas en relación con el *nacimiento* de la personalidad jurídica. Frente a la tesis de Girón y otros que exigía la «publicación» de la sociedad, esto es, su participación en el tráfico, Paz-Ares afirmó que la persona jurídica se erige –que el patrimonio se separa del patrimonio individual de los socios– en el mismo momento en que se celebra el contrato de sociedad. Porque aceptar la tesis de la «publicación» implicaría que no sabríamos a ciencia cierta cuándo nace la persona jurídica; no podríamos responder a preguntas como ¿cuándo dejan de ser los bienes aportados por los socios propiedad de los socios para serlo de la sociedad? ¿Cuándo se imputan los créditos o las deudas al patrimonio social? ¿Cuándo empieza a responder el patrimonio social? Y, sobre todo, si la personalidad se adquiere

manifiesta en contra porque dice que la «característica de la formación de un patrimonio social es propia de las personas jurídicas corporativas y personalistas y refleja sólo una situación típica, pero no la única». A su juicio lo relevante es «el fundamento corporativo» - *verbandrechtliche Grundlage*- y ese fundamento existe desde que se pone en funcionamiento (*Ingangsetzen*) una organización corporativa («*verfassten Organisation*»).

(51) La discusión italiana puede verse en ANGELICI, C. *Discorsi di Diritto Societario* (2008). En AA.VV. *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de Commerce*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394420, resumido y comentado en ALFARO, J., *Angelici sobre personalidad jurídica y Derecho de Sociedades*, en *Derecho Mercantil*, 2019, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/04/angelici-sobre-personalidad-juridica-y.html> v., también, ANGELICI, C. *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, 2010, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1530746 y comentado en ALFARO, J., *Cuestiones sobre la responsabilidad de los socios por las deudas sociales en las sociedades de personas*, *Derecho Mercantil*, 2019, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/04/cuestiones-sobre-la-responsabilidad-de.html>.

(52) PAZ-ARES, *Sociedad de hecho*, p. 6307: «ha de entenderse suficiente la realización de negocios jurídicos con terceros, aunque éstos tengan naturaleza meramente preparatoria (en las sociedades de capital, bastará la inscripción en el registro). No parece en cambio que pueda reputarse condición bastante la mera ejecución del contrato en el ámbito interno mediante la prestación de las aportaciones prometidas por los socios». GIRÓN pone en el centro de la doctrina de la sociedad nula la «efectiva puesta en práctica» (*Derecho de sociedades*, p. 263). Girón señala «Si un socio puede anular su vinculación por un vicio -error o dolo- y no ha aportado aún aquello a que se comprometió», si se admite «que se le pueda obligar a aportar... lo que ocurriría es que se provocarían las anomalías que hacen inevitable la técnica de las sociedades de hecho, en vez de partirse de que éstas venían dadas de antemano... Asimismo, una aportación consistente en bienes que permanecen inalterados y sin que las obligaciones contraídas por la sociedad... justifique su conversión en dinero, no necesita someterse... (a)... liquidación y puede ser devuelta a su titular», GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, p. 265.

actuando, ¿cómo puede actuar alguien –la sociedad– que no tiene personalidad jurídica hasta que no actúa? ¿Cómo podrían reclamar los administradores a los socios que desembolsen la aportación prometida? ¿Con efectos sobre qué sujeto estarían actuando los administradores cuando reclaman a los socios el desembolso de la aportación?

Pues bien, anudar la aplicación de la doctrina de la sociedad nula al inicio del desarrollo del objeto social (*Geschäftsbeginn*) como hace la doctrina alemana mayoritaria, es, a mi juicio, incorrecto. Y la concepción que aquí se ha defendido de la sociedad nula y la personalidad jurídica llevan a concluir que la doctrina de la sociedad nula será de aplicación desde el momento de la constitución de la sociedad porque en ese momento se formará la persona jurídica: en ese momento se forma el patrimonio con las aportaciones que realizan o han prometido realizar los socios; el patrimonio ostenta la calidad de sujeto de imputación de derechos y obligaciones patrimoniales y desde ese momento, como se verá inmediatamente, el patrimonio social está dotado de capacidad de obrar⁽⁵³⁾.

VII. LA IRRELEVANCIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA

Si lo que se acaba de afirmar es correcto, la doctrina alemana que pone el énfasis en la inscripción registral tampoco parece aceptable en nuestro Derecho, sencillamente porque *nuestro Derecho no anuda la adquisición de la personalidad jurídica a la inscripción registral ni siquiera en las corporaciones*.

Es cierto que el momento en el que se forma la persona jurídica es conceptualmente distinto en las sociedades de personas y en las sociedades de capital-corporaciones. En las primeras, en nuestro Derecho, tal momento coincide *ministerio legis* con la celebración del contrato de sociedad. La razón es simple de explicar. *Las sociedades de personas nacen ya con capacidad de obrar* en el sentido que he explicado más arriba: *nacen ya dotadas de los individuos que van a gobernar el patrimonio social y pueden ponerlo en relación con otros patrimonios porque los socios son administradores «natos»*⁽⁵⁴⁾. Por tanto, no hay duda de que, desde el momento de la celebración del contrato de sociedad, hay un patrimonio personificado, esto es, un patrimonio al que se le pueden imputar derechos y obligaciones patrimoniales y dotado de capacidad de obrar porque los socios pueden actuar en el tráfico con efectos sobre el mismo.

En las sociedades de capital, la situación es distinta porque el patrimonio formado por las aportaciones de los socios *no tiene «quien lo gobierne»* en el momento en

(53) Que en la inmensa mayoría de los casos, la solución que se aplique sea la misma sea cual sea la tesis que se siga no es relevante. *Covert tools are not reliable tools*.

(54) ALFARO, Jesús, La doctrina de los órganos sociales: autoorganicismo y heteroorganicismo, *Almacén de Derecho*, 2017-2021, <https://almacenderecho.org/la-doctrina-los-organos-sociales-autoorganicismo-heteroorganicismo>.

el que se constituye la sociedad. Los socios han de dotar al patrimonio no solo de reglas de gobierno sino que han de designar a los individuos que pueden proporcionar al patrimonio social la capacidad de obrar. Esto sucede –ambas cosas [art. 22.1 e) LSC]– *con el otorgamiento de la escritura pública* (sociedad en formación)⁽⁵⁵⁾. El contrato de sociedad anónima o limitada es un contrato formal⁽⁵⁶⁾.

La conclusión no se deja esperar: Si la sociedad en formación es una sociedad con personalidad jurídica y dotada de reglas de gobierno de su patrimonio de carácter corporativo (reglas para gobernar –tomar decisiones sobre– el patrimonio en lugar de individuos), se confirma que la inscripción registral es irrelevante a los efectos aquí discutidos. Las sociedades de capital adquieren la personalidad jurídica relevante a los efectos de aplicar la doctrina de la sociedad nula con el otorgamiento de la escritura pública.

De esta forma se puede cerrar el círculo: para que sea aplicable la doctrina de la sociedad nula basta con que se haya formado el patrimonio separado y se le haya dotado de capacidad de obrar. Tal ocurre en las sociedades de personas con la celebración del contrato. En las sociedades de capital tal ocurre con el otorgamiento de la escritura pública.

Por tanto, *la adquisición de la personalidad jurídica corporativa no se anuda por nuestro legislador a la inscripción en el Registro Mercantil*⁽⁵⁷⁾. Lo que la inscripción provoca es –a lo más– la «transformación» del «tipo de la sociedad en formación» que, no se olvide, es un tipo corporativo, en la sociedad definitiva, anónima o limitada. La transformación, recuérdese también, es la única modificación estructural que no afecta a la personalidad jurídica de la sociedad, solo a las reglas de gobierno

(55) Además de las referencias en las notas siguientes, v., CARBAJO, F., La sociedad en extinción. Extinción societaria y concursal de sociedades de capital, RdS 62 (2021) pp. 127-176, p. 151, nota 56: «mientras las sociedades personalistas nacen con el contrato... en las sociedades de capital la constitución de la organización... se vincula al otorgamiento de escritura pública (requisito formal que tiene eficacia constitutiva ex artículos 19 y 20 TRLSC)».

(56) Como dice Sáez, la función de la forma (escritura pública) no es la de proteger frente al apresuramiento a los contratantes/socios. Si así fuera, habría que exigir la escritura pública con mayor razón para constituir una sociedad colectiva, en las que la responsabilidad de los socios es ilimitada (art. 127 C de c). Se trata de generar certidumbre a los terceros en relación, sobre todo, con el momento de la constitución del patrimonio separado de la sociedad anónima o limitada.

Además, naturalmente, de la garantía del cumplimiento de las normas legales que corresponde a la intervención del notario. El contenido de los estatutos y de la escritura de constitución se encuentra listado -como mínimo obligatorio- en los arts. 22 y 23 LSC. SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, La sociedad mercantil en formación, Madrid 2001, pp. 62 ss. y p. 212.

(57) Como explica SÁEZ, Sociedad en formación p. 353, con la inscripción, «la sociedad en formación es ya una sociedad de capitales definitiva sometida sin restricciones al régimen dispuesto a tal fin por el ordenamiento... hay continuidad en la situación patrimonial. Tanto el patrimonio social como el capital social tienen la misma configuración... antes y después de la inscripción...». Y los conceptos jurídicos válidos para explicar esta continuidad no pueden ser ni los de transmisión ni los de sucesión universal porque con ellos «se da a entender que estamos en presencia de un cambio de sujeto (*rectius*, un cambio en la titularidad del patrimonio), de tal forma que la sociedad que celebró tales negocios antes de la inscripción es otro sujeto jurídico distinto de la sociedad resultante de la inscripción».

del patrimonio social. La inscripción, pues, no modifica en absoluto la estructura patrimonial de la sociedad de capital. Hay continuidad⁽⁵⁸⁾. Se explica así el verdadero sentido de la afirmación –dogmática más que normativa– del art. 33 LSC cuando dice que con la inscripción «la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido». Significa que con la inscripción, serán aplicables al *gobierno* del patrimonio social, definitivamente y sin las especialidades de la ley para la sociedad en formación, las reglas de gobierno del tipo corporativo elegido por las partes (sociedad anónima o limitada)⁽⁵⁹⁾.

Si los socios «programan» constituir una sociedad anónima o limitada y proceden a celebrar el contrato, acordar los estatutos y designar administradores pero no otorgan la escritura pública, no estaremos ante una sociedad anónima o limitada en formación pero no cabe duda de que estaremos ante una persona jurídica a la que le será aplicable la doctrina de la sociedad nula.

Si, finalmente, la sociedad se documenta en escritura pública pero no se inscribe y deviene irregular, art. 39 LSC, la personalidad jurídica no se ve afectada. Es decir, la irregularidad no hace que el patrimonio social pierda ni la capacidad de obrar, ni la capacidad jurídica. Sólo se ven afectadas las reglas de gobierno del patrimonio en la medida en que las corporativas sean incompatibles –que no lo son o lo son en muy escasa medida– con las normas del Código de Comercio o el Código Civil sobre la sociedad colectiva o civil respectivamente⁽⁶⁰⁾.

(58) SÁEZ, Sociedad en formación p. 353.

(59) V., con más referencias a la doctrina mayoritaria, CARBAJO, RdS 62 (2021), pp. 149-150 v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y RECALDE CASTELLS, A. Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital, *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, pp. 689-738 también disponible en *RDM*, 290(2013), pp. 171-212; v., también, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. Sobre las vías de solución al problema de las relaciones jurídicas pendientes tras la cancelación de las sociedades de capital, *Liber Amicorum Emilio Beltrán*, 2015, pp. 869 ss. Carabajo afirma correctamente que «resulta artificioso... e innecesario hablar de diferentes grados de personalidad jurídica asociados a la existencia o inexistencia de inscripción registral... en rigor no existe un proceso gradual de formación de la... personalidad jurídica». Pero este autor no distingue el elemento contractual del elemento «real» de la sociedad cuando dice que «lo que se produce es un proceso gradual de formación y de extinción de la sociedad de capital, a partir de diferentes formalidades que van desde la constitución de la organización para desarrollar una actividad en el tráfico hasta su completa extinción mediante la liquidación de todas sus relaciones jurídicas». Como se ve y se ha denunciado en el texto más arriba, este tipo de afirmaciones sustituye el análisis por la descripción y carece de valor heurístico. Y así se demuestra cuando se continúa leyendo a Carabajo quien afirma que «el tipo societario-capitalista... será el mismo en las distintas fases... sociedad no inscrita... sociedad inscrita... sociedad disuelta y en liquidación... la sociedad será siempre la misma, como organización dotada de personalidad jurídica independiente... variando únicamente el régimen jurídico... una vez... inscrita... (se aplicará)... el régimen jurídico ordinario o pleno... momento en el que todos sus caracteres o elementos tipológicos serán oponibles erga omnes» (la inscripción registral no convierte a los estatutos en un contrato oponible a terceros, ergo, esta afirmación es incorrecta v., Resolución de 27 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública comentada por el autor en *Derecho Mercantil 2020*, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/una-resolucion-de-la-direccion-general.html>). Finalmente -p. 151- Carabajo se suma a la concepción de la extinción de la sociedad como un «proceso gradual» que he criticado en mi trabajo de la RdS 61 (2021) pp. 91-134.

(60) La doctrina mayoritaria (v., por todos con más indicaciones SAEZ, Sociedad en formación, pp. 127-132 y p. 149 donde sigue a PAZ-ARES, C., Curso de Derecho Mercantil dir. URÍA/MENÉNDEZ, tomo

Lo anterior se confirma con la referencia a las asociaciones. El art. 5.2 LODA establece que es *con el otorgamiento del «acta fundacional»* (en documento privado, no necesariamente en documento público) con el que la asociación adquiere «su personalidad jurídica y plena capacidad de obrar». Y, nuevamente, el legislador ha impuesto como contenido de dicha acta fundacional «La designación de los integrantes de los órganos provisionales de gobierno» (art. 6.1 e) LODA) al margen de los estatutos sociales que deben, también, incluirse en el acta (art. 7).

Así las cosas, el esfuerzo de la doctrina alemana para atribuir a la inscripción efectos sanatorios de los vicios del contrato de sociedad o el efecto del nacimiento de la personalidad jurídica no resulta aprovechable entre nosotros⁽⁶¹⁾. La aplicación de la doctrina de la sociedad nula no depende en absoluto de la inscripción en el Registro Mercantil.

El mayor obstáculo al que se enfrenta esta conclusión es, sin embargo, el art. 56 LSC⁽⁶²⁾ que parece entender aplicable la doctrina de la sociedad nula sólo a las sociedades inscritas. Pero, en realidad, si se atiende a lo que se ha expuesto más arriba sobre la sociedad en formación y su «transformación» por la inscripción en la sociedad anónima o limitada definitivas, el obstáculo desaparece. La referencia

I pp. 527-529 de la posición de PAZ-ARES me he ocupado en detalle en *Personalidad jurídica y sociedad, Almacén de Derecho*, 2019, <https://almacenederecho.org/personalidad-juridica-y-sociedad>) ha considerado como un rasgo de la personalidad jurídica corporativa la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales. V., mi posición crítica al respecto en ALFARO, J. Una nota sobre el pretendido privilegio de la responsabilidad limitada de los accionistas, *Almacén de Derecho*, 2021, <https://almacenederecho.org/una-nota-sobre-el-pretendido-privilegio-de-la-responsabilidad-limitada-de-los-accionistas>.

(61) V., SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 426: «der Gesetzgeber in einem technisch ausgereiften Verbandsrecht das unscharfe Merkmal des Vollzugs durch einen konstitutiven Staatsakt -eine Registrierung oder eine Verleihung- ersetzen kann. Wo das positive Recht einem solchen Staatsakt Konstitutivwirkung für die Schaffung eines Rechtsträgers beimisst (dies ist im geltenden Privatrecht bei den juristischen Personen der Fall!), kommt es im Einzelfall weder auf den Vollzug noch auch nur auf den Verbandscharakter des Rechtsträgers an». De ahí deduce Schmidt que la inscripción sana los vicios del contrato de sociedad de forma semejante a como lo hace la ejecución de un contrato viciado. Entre nosotros, quizá EIZAGUIRRE, *Sociedad nula*, pp. 293-295 «dado el particular relieve conferido a la inscripción de la sociedad anónima en el Derecho alemán». GIRÓN, por su parte, también habla de los «efectos sanatorios» de la inscripción «como consecuencia de la confianza en la calificación y en la publicidad registrales» GIRÓN, ADC 1949, p. 1390; DRURY, *Modern L. Rev.* 1985, p. 647; ULMER, Peter, *Hachenburg - Grosskomm GmbHG*, parágrafo 2, número margen 90 y ss. Pero la doctrina mayoritaria española niega, con razón que la inscripción tenga efecto convalidante o sanatoria, JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO *Nulidad*, p. 65.

(62) Como explican Fleischer y Thoma, esta disputa se ha producido en Italia sosteniendo Angelici que el art. 2332 Cc (que recoge la norma de los artículos 56-57 LSC en nuestro Derecho) no puede aplicarse analógicamente a las sociedades de personas porque el fundamento de la misma es la inscripción registral, inscripción que no es constitutiva en las sociedades de personas, de manera -dice Angelici- que hay que aplicar las reglas generales sobre la nulidad. La tesis de Angelici ha sido contestada apelando, por un lado, a la aplicación de la doctrina de la apariencia y, por otro, haciendo referencia a las abundantes normas promulgadas con posterioridad que extienden la aplicación de las reglas sobre las modificaciones estructurales -entre las que se incluyen las normas sobre la nulidad de dichas modificaciones- a las sociedades de personas y no solo a las de capital. Tal extensión sería una «interpretación auténtica» del art. 2332 Cc y, por tanto, justificaría la aplicación de la doctrina de la sociedad nula a los vicios del contrato de sociedad de personas.

del precepto a la inscripción únicamente significaría, en todo caso, que la nulidad de la sociedad de capitales en formación vendría regulada por las normas generales sobre la doctrina de la sociedad nula y no por los artículos 56 y 57 LSC. Pero esta interpretación es absurda una vez que se reconoce simultáneamente (i) que las normas sobre la nulidad de sociedades son normas de Derecho Contractual y no forman parte de la doctrina de la sociedad nula y (ii) que el artículo 56 contiene reglas de Derecho Contractual aplicables a todas las sociedades-corporación por lo que también han de aplicarse, directamente o por analogía, a la sociedad en formación que, como ha quedado dicho, es una sociedad-corporación.

Un último argumento se extrae de la Primera Directiva. Como es sabido, los artículos 56 y 57 LSC traen causa de los artículos 3, 11 y 12 de la Primera Directiva⁽⁶³⁾ y el artículo 11 no hace referencia a la inscripción. Es más, de la dicción del art. 7 de la Directiva se deduce precisamente que la aplicación de la doctrina de la nulidad de sociedades está vinculada a la adquisición de personalidad jurídica por la sociedad ya que dicho precepto se refiere expresamente a la responsabilidad del actuante por las deudas contraídas por cuenta de la sociedad antes de que ésta hubiera adquirido personalidad jurídica, que es una cuestión que se remite al derecho nacional⁽⁶⁴⁾. Por tanto, una interpretación el art. 56 LSC conforme con la Directiva nos llevaría a entender que la doctrina de la nulidad de sociedades tal como viene concretada en los artículos 56 y 57 se aplica no sólo a la sociedad anónima o limitada inscritas sino *también a la sociedad anónima o limitada en formación*.

Pero es más razonable interpretar la referencia a la inscripción en el sentido de que, dado que con la inscripción «nace» la sociedad anónima o limitada definitiva (art. 33 LSC) –por «transformación» de la sociedad en formación– es lógico que se anude a ella la aplicación de la doctrina de la sociedad nula⁽⁶⁵⁾ pero eso no impide aplicar –si se quiere– por analogía la doctrina a la sociedad en formación⁽⁶⁶⁾ y, *mutatis*

(63) PRIMERA DIRECTIVA DEL CONSEJO de 9 de marzo de 1968 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (68/151/CEE). V., EIZAGUIRRE, Sociedad nula, pp. 300 ss.; BONANNO, Nullità, p. 54.

(64) Dice el art. 7 de la Primera Directiva que «Si se hubieran realizado actos en nombre de una sociedad en constitución, antes de la adquisición por ésta de la personalidad jurídica, y si la sociedad no asumiese los compromisos resultantes de estos actos, las personas que los hubieran realizado serán solidaria e indefinidamente responsables, salvo acuerdo contrario».

(65) No hay diferencia con la sociedad en formación en lo que se refiere a la conservación del capital social. Con razón, SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 427: no es la diferencia entre la estructura patrimonial de las sociedades de personas y las corporaciones lo relevante.

(66) La aplicación de lo previsto en los artículos 56 y 57 LSC a la sociedad en formación e la doctrina de la sociedad nula regulada para las sociedades de capital en los artículos 56 y 57 LSC es aplicable a la sociedad en formación porque ésta es una sociedad-corporación y, por tanto, completamente análoga en este punto a la sociedad anónima o limitada. La doctrina alemana dice que una vez definitiva con la inscripción, no pueden devolverse las aportaciones a los socios que cubren la cifra de capital porque se alegue la existencia de un vicio en el contrato de sociedad: «este principio se extiende a cualquier pretensión basada en el Derecho Civil general que un socio tenga contra la sociedad limitada por un defecto contractual e impide que se pueda minorar el patrimonio social necesario para cubrir la cifra de capital ya

mutandi y dada la ausencia de regulación de la sociedad nula en el Código civil o de Comercio, también a las sociedades de personas. La regulación de los artículos 56 y 57 LSC no es, en absoluto, excepcional.

VIII. LOS VICIOS EN LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL Y LA FALTA DE CAPACIDAD O DE PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES APORTADOS

Lo que tienen en común todos los vicios que enumera el art. 56 LSC como causas de nulidad (es decir, que autorizan a los socios a pedir la liquidación del patrimonio social) es que todos ellos afectan a la persona jurídica, esto es, al patrimonio separado⁽⁶⁷⁾. Son causas de nulidad del contrato que, *además*, afectan a la formación del patrimonio separado. Por tanto, se siguen de su producción tanto las consecuencias de la denuncia contractual –por tratarse de un contrato de duración–, esto es, la terminación del contrato con efectos hacia el futuro, como las consecuencias de la aplicación de la doctrina de la sociedad nula –sustitución de la restitución de las aportaciones por la liquidación–.

Los vicios en la formación del patrimonio social relevantes son:

(i) que no haya existido *separación patrimonial* (ausencia de pluralidad de partes salvo el caso de la sociedad unipersonal) porque el contratante y el titular del patrimonio que se pretende separar sean el mismo individuo. Los bienes y derechos aportados por ese *pseudo* único socio a la sociedad siguen formando parte directa del patrimonio del socio fundador y si otro u otros socios realizaron aportaciones pero su voluntad de hacerlo no existió, simplemente tendrán una acción para reclamar la restitución de lo aportado en fase de liquidación de ese patrimonio. En efecto, en relación con la causa de la letra a) del apartado 1 del art. 56 LSC, «no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores» y no teniendo el único fundador voluntad de constituir una sociedad unipersonal (o sea, separar un patrimonio del que, no obstante, sigue siendo titular indirecto), no puede distinguirse entre el patrimonio del único socio cuya voluntad concurrió efectivamente a la constitución de la sociedad y el patrimonio social como patrimonio separado⁽⁶⁸⁾. Si todos los socios fundadores son incapaces (letra b del apartado

sea por ejercicio de acciones de daños o de restitución o enriquecimiento» ULMER, Peter, Hachenburg - *Grosskomm* GmbHG, parágrafo 2, número margen 90 y ss.) Se incluyen, naturalmente, las aportaciones al capital no desembolsadas.

(67) V., para lo que sigue, sobre todo, JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 75.

(68) Los acreedores de una sociedad colectiva de dos socios demandaron a uno de ellos por una deuda social y éste se defendió diciendo que el otro socio le había estafado. El Tribunal Supremo suizo condenó al socio estafado a pagar la deuda social de su patrimonio: «quien pasa a formar parte de una sociedad colectiva celebra no solo un contrato de sociedad con sus consocios, sino que emite una declaración de voluntad hacia todos los terceros que se relacionen con la sociedad... según la cual... reconoce el poder de representación de todos los socios que no hayan sido excluidos de la administración social». En otro caso alemán de los años

1 del art. 56 LSC), no puede producirse la transmisión de los bienes aportados del patrimonio de los socios incapaces al patrimonio social-separado⁽⁶⁹⁾.

(ii) que no se haya *descrito el conjunto de bienes* que forman inicialmente el patrimonio separado (las aportaciones de los socios, la cifra de capital dado el carácter de sociedad de capital). Si no se expresa en la escritura de constitución qué bienes se aportan (letra c) del apartado 1 del art. 56 LSC), no puede determinarse qué bienes forman el patrimonio separado inicial (y, por tanto, no podrán atribuirse deudas y créditos o nuevos bienes a ese patrimonio) y lo propio ocurre con la cifra de capital (letra f) ya que esta cifra determina el nivel de aportación mínimo al que se han obligado los socios⁽⁷⁰⁾.

50, un estafador logró convencer a unos pardillos de que había inventado un sistema para producir diamantes artificiales. Los pardillos celebraron un contrato de sociedad con el estafador que, posteriormente, se dio a la fuga y los pardillos se pelearon entre ellos. En concreto, uno de ellos, que todavía no había desembolsado su aportación, se negaba a hacerlo. Los tribunales le condenaron al desembolso y a pasar por la liquidación de la sociedad aunque el contrato de sociedad era anulable por haber concurrido dolo. Hay que garantizar la igualdad de trato de todos los socios. El caso lo hemos tomado de FLEISCHER, Holger and THOMA, Carl-Friedrich, Fehlerhafte Personengesellschaft und Scheingesellschaft: Eine rechtsvergleichende Gegenlese, en *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert - Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, pp. 841-868, GRIGOLEIT, Hans Christoph and PETERSEN, Jens eds., 2017; disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3090332>. Ahora bien, en sociedades de dos socios, y como se recoge en una sentencia del Tribunal Supremo alemán de 6 de febrero de 1958, es razonable permitir a un socio negarse a desembolsar su aportación si la sociedad no ha empezado a actuar en el tráfico y, por tanto, a invertir y explotar el fondo común formado por las aportaciones de los socios, si el socio alega que padeció un vicio del consentimiento al celebrar el contrato de sociedad. Esta consecuencia parece conforme con la buena fe (*dolo facit qui petit quod statim redditurus est*) ya que, ejercida la acción por dolo, habría que considerar terminada la sociedad -disolución por justos motivos- y el socio que ha sufrido el engaño tendría derecho a que se le devolviese lo que había aportado. Sería absurdo que atribuyéramos al socio doloso una acción para exigir el cumplimiento del contrato por parte del socio engañado-inocente. Pero cuando estamos ante una sociedad de más de dos socios, permitir al socio que ha sufrido el dolo negarse a realizar el desembolso perjudica a los demás socios «inocentes», esto es, a todos los que no sean el que realizó la maquinación engañosa e indujo al socio a celebrar el contrato de sociedad. En el caso general, pues, procede condenar al socio a desembolsar la aportación y ordenar la liquidación de la sociedad entregándole la cuota de liquidación que resulte tras haber pagado todas las deudas sociales. En definitiva, se trata de hacer correr al socio engañado con el riesgo. Obligar al socio a realizar su aportación «tiene la finalidad -dijo el Supremo alemán- de repartir equitativamente las pérdidas sufridas por la sociedad como consecuencia de la conducta del estafador en proporción a la participación de cada uno de los socios». Naturalmente, el socio que ha actuado dolosamente, debe perder todo derecho a la cuota de liquidación, al menos en lo que quede cubierto por el art. 1107.2 CC.

(69) Dicen JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 91, que la causa de nulidad hace referencia al plano contractual, no al plano organizativo de la sociedad: «*otorgar... validez a una sociedad fundada por incapaces hubiera supuesto una quiebra de los principios generales en materia de contratos tan grave y evidente que decidió evitarse aún a costa de que el sistema de la nulidad de la sociedad misma se viera comprometido en su coherencia interna*». En efecto, si la incapacidad de alguno genera la disolución (parcial) y no la restitución de su aportación, ¿por qué no operar por esta vía también cuando todos los socios son incapaces? Quizá la facilidad con la que puede apreciarse la incapacidad (en el caso de los menores de edad). De ahí que los autores no consideren que se produce esta causa de nulidad en caso de la llamada incapacidad natural pero no declarada judicialmente mediante un juicio de incapacitación. Si uno al menos de los socios es capaz, la sociedad se mantiene.

(70) Es decir, la «suma de responsabilidad» asumida por los socios.

(iii) que no se haya *formado efectivamente el patrimonio separado*: que no se hayan desembolsado las aportaciones, o sea, que no se haya «ejecutado» el contrato de sociedad y, por tanto, no se haya producido la transferencia de las aportaciones del patrimonio de los socios al patrimonio social en la medida mínima establecida por la ley para las sociedades corporaciones⁽⁷¹⁾.

(iv) que *el destino-fin común próximo— que se pretende dar a ese patrimonio sea ilícito*. La letra e) recoge dos causas de nulidad cuando dice «Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público». El carácter ilícito o contrario al orden público del objeto social supone que el patrimonio separado se ha formado para darle un uso ilícito y, por tanto, ha de ser decomisado. La falta de expresión en los estatutos del «objeto social» es un resto de la histórica necesidad de asignar un «fin» al patrimonio que se separa porque no se podía separar patrimonios si no era para destinarlos a fines específicos —recuérdese que eso es una *universitas*⁽⁷²⁾—. Un conjunto de bienes se convierten en un patrimonio cuando tienen asignado un fin.

(v) que *no se haya identificado al patrimonio* (los patrimonios separados cuyo titular es una sociedad se identifican a través de la denominación o razón social). La letra d) recoge el art. 56.1 LSC la omisión, en el contrato de sociedad, de los elementos que se suelen calificar como «atributos de la persona jurídica»: «la denominación de la sociedad» y los bienes que forman parte del mismo (cifra de capital y desembolso, letra g).

Existe un tercer grupo de vicios que impiden *que determinados bienes o derechos pasen a formar parte —a pertenecer— al patrimonio social*. Estos vicios no desencadenan la aplicación de las consecuencias de la nulidad de los contratos ni la aplicación de la doctrina de la sociedad nula. Simplemente impiden la transmisión

(71) En 1991, Jesús Gil y Enrique Cerezo fingieron el desembolso de las acciones del Atlético de Madrid Sociedad Anónima Deportiva y se apoderaron ilícitamente de más del 90% del capital social simulando que aportaban sus propios fondos cuando, en realidad, se inventaron un crédito a su favor en las cuentas del club deportivo y, a través de un préstamo, ingresaron en la cuenta del club el dinero correspondiente al desembolso para extraerlo inmediatamente y devolverlo a la entidad bancaria que le había hecho el préstamo. La constitución de la sociedad anónima deportiva fue así, nula de pleno derecho (art. 56 LSC -falta de desembolso-) V., *La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014*, que confirma sustancialmente la de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de marzo de 2011. Y, para un caso muy semejante en relación con el Betis, v., la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 15 de septiembre de 2017 todas ellas resumidas y comentadas en Derecho Mercantil <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/02/gil-no-era-sutil.html>; <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/09/gil-no-era-sutil-y-lopera-tampoco-lo-era.html>.

(72) Getzler parte de la idea de «fondo» (*fund* en inglés que sabemos que viene del latín *fundus* y que hace referencia a un conjunto de bienes, no solo al terreno, que permiten la explotación del terreno para fines agrícolas y ganaderos) y lo hace porque, probablemente, está pensando en lo que entre nosotros se denominaría una comunidad en mano común o copropiedad sobre un conjunto de bienes, créditos y deudas, en definitiva, sobre un patrimonio unidos entre sí -los bienes- *por el fin común que llevó a los propietarios a unirlos* (constituyeron una sociedad para jugar al golf) o por el fin que resulta de que los individuos que forman el grupo hayan devenido copropietarios (los coherederos a la muerte del causante común) GETZLER, Joshua *Plural Ownership, Wills and the Aggregation of Wills*, *Theoretical Inquiries in Law*, 10(2009).

de la propiedad del bien o la titularidad del derecho a favor del patrimonio social y, en consecuencia, legitiman al propietario –al *verus dominus*– a reivindicarlo y, en general, al ejercicio de las acciones que protegen los derechos absolutos también frente a la sociedad, esto es frente a la persona jurídica. Digo «frente a la persona jurídica» porque la formación de ésta no se pone en duda.

Esto ocurre típicamente en dos grupos de casos. Por un lado, los casos de *socios incapaces*⁽⁷³⁾. La aportación realizada por alguien que carece de la capacidad para disponer de sus bienes no es eficaz para transmitir el dominio en el sentido del art. 609 CC. Por tanto, el incapaz podrá anular su declaración de voluntad y exigir la restitución del bien o derecho.

La doctrina, sin embargo, ha extraído *a contrario* del art. 56.1 LSC b) («Por la incapacidad de todos los socios fundadores») la conclusión según la cual la incapacidad de uno o varios socios permite declarar la nulidad de la sociedad pero con el efecto de apertura de la liquidación, por tanto, también los socios incapaces estarían obligados a realizar el desembolso pendiente –si es necesario para pagar las deudas sociales– y sólo recibirían su cuota de liquidación: «la confianza de los terceros y la seguridad del tráfico son entendidas por la Ley como merecedoras de más enérgica tutela que el patrimonio de los incapaces»⁽⁷⁴⁾ De ahí que la anulabilidad de la vinculación debida a la incapacidad de un solo socio, no podría tener otro efecto que el de una disolución parcial con efectos... *ex nunc* (derecho de separación que habrá de ejecutarse mediante una reducción de capital).

A mi juicio, eso *no es lo que debe deducirse del art. 56.1 LSC*. Ese precepto lo que establece es que la presencia de un incapaz entre los socios fundadores no impide la continuidad de la sociedad *entre los demás socios y la persistencia del patrimonio social, naturalmente, formado con las aportaciones de los demás socios*. El incapaz podrá anular su declaración de voluntad y exigir la restitución de su aportación⁽⁷⁵⁾. En el caso de sociedades de capital, además, habría que aplicar las normas de protección del capital social dado que una parte del patrimonio social sería restituido al socio incapaz. Y, en todo caso, la presencia del incapaz podrá desatar el ejercicio de facultades contractuales y provocar la disolución de la sociedad o la separación o la exclusión de un socio cuando, de acuerdo con las reglas generales aplicables al contrato de sociedad, pueda calificarse como causa de disolución, separación o exclusión. Es decir, los demás socios podrán disolver la sociedad sólo por aplicación de las reglas generales

(73) En este sentido, no hay un tercer requisito negativo para aplicar la doctrina de la sociedad nula que sería el de que no haya intereses superiores que impidan tener por válida la sociedad constituida defectuosamente. En esos casos, como dice Schäfer lo que procede es asegurar la indemnidad del incapaz (veremos más adelante que esto es perfectamente posible) o decomisar el remanente que resulte de la liquidación de la sociedad o las ganancias por aplicación de las normas civiles (art. 1666.2 CC) y penales en su caso. V., ampliamente, COCA, Ivó/PANTALEÓN, Marta, Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O, ADC, tomo LXXIV, 2021, fasc. I, pp. 113-216, pp. 176 ss.

(74) JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 41.

(75) K. Schmidt, *AcP* 186, p. 154.

(art. 1705 y 1707 CC; 224-25 C. de C., 336 ss. LSC)⁽⁷⁶⁾. Si la sociedad tiene sólo dos socios (uno de ellos incapaz), la solución debe ser la misma respecto al socio incapaz.

El segundo grupo de casos es aquel en los que *se aporten bienes propiedad de terceros* –singularmente bienes gananciales por un cónyuge sin el consentimiento del otro– o bienes *extra commercium*. El falsamente representado en la celebración de un contrato de sociedad *no queda vinculado y sus bienes no pasan a formar parte del patrimonio separado* por lo que podrá reivindicarlos⁽⁷⁷⁾ sin que la sociedad pueda excepcionar apelando a la doctrina de la sociedad nula⁽⁷⁸⁾. Ahora bien, la sociedad se mantendrá entre los socios restantes que podrán decidir igualmente disolverla por el carácter esencial de la aportación del falsamente representado o exigir la responsabilidad del *falsus procurator*.

Esta solución se justifica en la *falta de imputabilidad* al representado de lo hecho por el falso representante. El patrimonio del falsamente representado no puede considerarse vinculado y, por tanto, no puede ser obligado a desembolsar la aportación y, en caso de que ésta haya sido realizada por el *falsus procurator*, tiene que tener derecho a reivindicarla. En la concepción que aquí se prefiere, es mejor decir que los bienes aportados por el *falsus procurator no han pasado a formar parte del patrimonio social*, de manera que, con independencia de las consecuencias indemnizatorias frente a los acreedores sociales y los propios socios de éste, si esos bienes no forman parte del patrimonio social, no puede afectarles la liquidación.

(76) Se muere el padre, y heredan el restaurante de su propiedad, su mujer y sus cuatro hijos. Tres de ellos menores de edad. La madre y los hijos celebran un contrato de sociedad civil para gestionar el restaurante. La madre pide un crédito a un banco para la sociedad. Se plantea la cuestión de si el hijo mayor de edad en el momento de constituir la sociedad civil responde del pago del crédito como socio. El Tribunal Supremo alemán consideró que la sociedad se constituyó válidamente, a pesar de que hubiera hecho falta autorización judicial para que los menores hubieran podido consentir válidamente. El resultado es que el hijo que era mayor de edad en el momento de la constitución responde de la deuda. SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed. Colonia 2002, pp. 137 y 149.

(77) Un caso de este tipo ocupó a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012. ECLI:ES:TS:2012:4808. El marido aporta bienes gananciales a una sociedad que constituye actuando en nombre propio y en el de su mujer -gracias a un poder del que disponía- en la que hay también un socio muy minoritario conectado al marido. En las tres instancias se declara que el marido carecía del poder de disposición necesario para aportar los bienes gananciales ya que abusó del poder de representación. En la constitución de la sociedad limitada no concurrió ninguno de los vicios listados en el art. 56 LSC, de manera que el Supremo dice bien cuando dice que la sociedad «no puede ser declarada nula» pero no puede ser declarada nula ni con efectos *ex tunc* ni con efectos *ex nunc*. Y tampoco puede condenarse a la apertura de la liquidación como previene el art. 57 LSC. Hace bien, pues, el Supremo al no ordenar la apertura de la liquidación. Pero, en el caso el marido se presentó como apoderado de su mujer, de manera que no quería obligarse personalmente con lo que se plantea el problema bien conocido de la venta de cosa ajena y la posibilidad de considerarla válida pero incumplida o de considerarla nula cuando existió *contemplatio domini* y, por tanto, todas las partes «querían» vincularse con el *dominus*, no con el representante sin poder. Pero en el caso daba todo igual porque el único tercero era el socio minoritario que era un empleado del marido.

(78) «La actuación de un representante sin poder de representación no es suficiente, a falta de imputabilidad a la persona representada, para establecer la participación en una sociedad nula de dicha persona» MüKoBGB/SCHÄFER, § 705 Rn. 327; SÁNCHEZ PACHÓN, *Causas de nulidad*, pp. 586 ss.

La diferencia valorativa de las conductas de las partes en casos como éstos o como el de los incapaces comparados con los casos en los que los socios han sufrido un vicio del consentimiento es notable. Como señala Ulmer, los socios que han sufrido el error o el dolo han actuado, no obstante, voluntariamente al realizar la aportación y, con ello, han contribuido a la constitución de (un patrimonio separado) una persona jurídica con la que han entablado relaciones los terceros. El cónyuge o el incapaz, no.

Naturalmente, el incapaz cuando salga de su incapacidad o el falsamente representado podría ratificar lo hecho por el *falsus procurator* y tal ratificación puede ser tácita, especialmente, derivada de la *voluntaria ejecución del contrato* de sociedad por el falsamente representado, puesto que hay que interpretar su conducta como de ratificación⁽⁷⁹⁾.

El tratamiento de los casos de *violencia e intimidación* debe ser semejante porque en tal caso no hay declaración de voluntad imputable al que sufre la violencia y, por tanto, no es coherente aplicar la doctrina aplicable a los vicios del consentimiento. Estos casos han de tratarse como los de ausencia de declaración (nulidad parcial subjetiva del contrato de sociedad) y permitir al socio exigir la restitución⁽⁸⁰⁾.

En cuanto a los acreedores sociales, deben resultar protegidos en estos supuestos por las normas sobre la obligación de desembolsar las aportaciones. Si el socio aportó –y se obligó a entregar a la sociedad– un bien sobre el que no tenía poder de disposición, habrá incumplido su obligación de desembolso frente a la sociedad y ésta tendrá a su disposición todos los remedios recogidos para las sociedades de capital en los artículos 73 ss. esp. 81 ss. LSC y con la adaptación del contrato en el caso de sociedades de personas, la obligación de aportar es exigible desde el momento en que se establezca la caja de la sociedad (art. 171 C de C) y la sociedad puede exigir al socio el cumplimiento forzoso de la obligación de aportar o puede excluirlo de la sociedad, reteniendo, en este último caso, «las cantidades que le correspondan en la masa social» (arts. 170 y 218.4.ª C. de C.) o, si esas aportaciones eran esenciales, proceder a la disolución. En el caso de sociedades de capital, si la restitución de la aportación provoca que el patrimonio social quede por debajo de la mitad de la cifra de capital, la sociedad deberá disolverse [art. 363.1 e) LSC] y el socio aportante (el *falsus procurator*, o sea el marido) responderá frente a la sociedad –y frente a los acreedores subrogatoriamente– viniendo obligado a restañar el capital mediante el

(79) KLIMKE, Dominik, Fehlerhafte Gesellschaft und Vertretung ohne Vertretungsmacht (NZG 2012, 1366) en relación con la confirmación, para comprobar si la ha habido o no, habrá que examinar caso por caso. Así, no la habrá en el caso de representación de la sociedad-socio por un órgano no competente (El antiguo miembro del consejo de administración sabía al celebrar un acuerdo de sociedad con «su» antigua sociedad anónima «que en realidad el consejo de supervisión era el que debía haber celebrado el contrato de sociedad en virtud del parágrafo 112 AktG. Que el consejo de vigilancia participe en la ejecución del contrato de sociedad no puede considerarse como ratificación ante la falta de indicios de que el consejo de vigilancia hubiera reconocido su competencia». La ejecución del contrato de sociedad debe poder imputarse al socio falsamente representado, por ejemplo, porque haya desembolsado personalmente o con su autorización, las aportaciones.

(80) También en los casos en que alguno de los socios haya sido inducido bajo condiciones inaceptables a formar parte de la sociedad -sociedades leoninas- (nulidad parcial objetiva del contrato de sociedad) V., JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, *Nulidad*, p. 113.

desembolso a su propio cargo de las cantidades necesarias para restablecer el equilibrio patrimonial. Naturalmente, los socios pueden decidir, voluntariamente, disolver y liquidar la sociedad en cuyo caso, si los bienes sociales no son suficientes para pagar a todos los acreedores, se desatarán las consecuencias concursales (responsabilidad concursal de los socios) e indemnizatorias (art. 367 LSC) correspondientes.

De forma semejante deben resolverse los casos en los que alguien, cometiendo un delito de alzamiento de bienes o, más genéricamente, en *fraude de acreedores*, aporta bienes personales a una sociedad para ponerlos al abrigo de éstos (STS de 23 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5384): aplicando las normas generales sobre rescisión de atribuciones patrimoniales realizadas en fraude de acreedores. El *acreedor del socio es tan tercero como el acreedor de la sociedad* y, siendo anterior en el tiempo, no hay ninguna contradicción de valoración en darle preferencia sobre los acreedores sociales. Dar preferencia a éstos últimos sobre el primero sería tanto como promover las conductas fraudulentas. Técnicamente, habría que negar, de nuevo, el poder de disposición al socio-deudor.

En definitiva, los casos de aportaciones sociales en los que el socio que realiza la aportación carece de poder de disposición sobre los bienes porque éstos pertenezcan a otra persona o porque el aportante actúe en fraude de acreedores o encontrándose ya en situación de insolvencia no deben resolverse considerando nula la constitución de la sociedad y condenando a la apertura de la liquidación, sino restituyendo lo aportado –si se ha desembolsado, si no se ha desembolsado, el verdadero dueño no tiene que hacer nada– a su verdadero dueño y gestionando, a continuación, de acuerdo con las reglas del Derecho de Sociedades, las consecuencias que la restitución tenga para el patrimonio social⁽⁸¹⁾.

Para terminar, no debería haber duda de la posibilidad de reactivar una sociedad a la que se le hubiera aplicado la doctrina de la sociedad nula y, por tanto, hubiera entrado en liquidación⁽⁸²⁾.

(81) JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, *Nulidad*, p. 44.

(82) V., EIZAGUIRRE, EJB III p. 4471 que aduce, con razón, el art. 9 LAIE. *Contra* GARCÍA-CRUCES, J. A., *La Reactivación de la sociedad*, en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Valencia 3.ª edición 2015, pp. 101 ss., p. 111 que afirma que no se puede generalizar sin más la norma del art. 9 LAIE pero tampoco argumenta por qué. Como se ha explicado, la aplicación de la doctrina de la sociedad nula sólo requiere que se trate de sociedades con personalidad jurídica y la AIE tiene personalidad jurídica. GARCÍA-CRUCES reconoce inmediatamente (p. 112), siguiendo a BATALLER que lo único necesario para la reactivación es que estemos ante una sociedad con personalidad jurídica que haya entrado en liquidación, justo el supuesto de aplicación de la doctrina de la sociedad nula. Pero insiste en que no es posible la reactivación de la sociedad nula acusando a los que afirman lo contrario de incurrir en una petición de principio: «cabe cuestionarse si las causas de nulidad merecen una consideración diferente - *ad ex*. Imponiendo la necesidad de extinguir el ente social e impidiendo cualquier otra posibilidad- respecto de las causas de disolución acogidas en nuestro derecho positivo, pese a tener ambas como característica común la de ser presupuestos que, en orden a la extinción de la sociedad, determinan la apertura del período liquidatorio». Creo que GARCÍA-CRUCES yerra respecto del significado de la doctrina de la nulidad de las sociedades. El objetivo no es «la apertura del procedimiento de liquidación a fin de lograr la extinción -mediante su cancelación registral- de la sociedad viciada» como dijo ya en 1995. El objetivo de la doctrina de la sociedad nula es proteger a los terceros que se relacionan con un patrimonio social cuando el contrato

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, Jesús, Las sentencias Bankia del Tribunal Supremo, Almacén de Derecho, 2016 <http://almacenederecho.org/las-sentencias-bankia-del-tribunal-supremo/>.
- Introducción a la Persona Jurídica a partir del Derecho de Sociedades, en *Almacén de Derecho* 2017-2021, <https://almacenederecho.org/leccion-preliminar-derecho-sociedades>.
 - La doctrina de los órganos sociales: autoorganicismo y heteroorganicismo, *Almacén de Derecho*, 2017-2021, <https://almacenederecho.org/la-doctrina-los-organos-sociales-autoorganicismo-heteroorganicismo>.
 - El verdadero origen (francés) y fundamento de la doctrina de la sociedad nula, *Derecho Mercantil* 2018, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com/2018/05/el-verdadero-origen-frances-y.html>.
 - Separación y disolución por justos motivos, en *Derecho Mercantil* 2017, <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/10/separacion-y-disolucion-por-justos.html>.
 - La sociedad nula (i): naturaleza jurídica, *Almacén de Derecho*, 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-naturaleza-juridica>.
 - La sociedad nula (ii): requisitos de aplicación de la doctrina, *Almacén de Derecho* 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-ii-requisitos-aplicacion-la-doctrina>.
 - La sociedad nula (y iii): especialidades de las sociedades de capital, *Almacén de Derecho* 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-iii-especialidades-las-sociedades-capital>.
 - La comunidad en mano común y las sociedades de personas, *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/la-comunidad-en-mano-comun-y-las-sociedades-de-personas>.

que dio lugar al mismo presenta vicios que podrían anularlo y, también, proteger a los socios inocentes en relación con el vicio de nulidad. Por tanto, el interés del legislador es, precisamente, proteger al tráfico en el que se ha insertado ese patrimonio ordenando sustituir la restitución de las prestaciones a los socios -típico efecto de la nulidad de un contrato bilateral- por la liquidación del patrimonio, esto es, por la entrega a los socios sólo de su cuota de liquidación que implica, necesariamente, que se han pagado previamente todas las deudas que pesaran sobre ese patrimonio. Por tanto, si los socios eliminan la causa de la nulidad (v. art. 57 LSC), no hay inconveniente alguno en reactivar la sociedad cumpliendo con los requisitos generales para la reactivación. Otra cosa es que la causa de la nulidad de la sociedad sea de orden público -una sociedad constituida para blanquear dinero o para articular un cártel- en cuyo caso, lo que procede es, igualmente, la liquidación pero sin entrega a los socios de sus cuotas de liquidación que deberán ser objeto de decomiso o destinarse a indemnizar a las víctimas de la conducta ilícita de los socios. GARCÍA-CRUCES dice, sin embargo, (p. 116) que «la nulidad societaria tiene un significado conceptualmente distinto a la disolución y que ha de obligarnos, con todas sus consecuencias a diferenciar ambos institutos» lo que es una nueva prueba de que, a mi juicio, no entiende correctamente las instituciones de las que habla. La nulidad no ha de ser distinguida de la disolución porque ambas no son homogéneas. La nulidad hace referencia a que el contrato carece de uno de los elementos esenciales para su validez. La disolución hace referencia a la terminación del contrato de sociedad. V., ampliamente, ALFARO, Jesús, La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal, *RdS* 62(2021), y ALFARO, *RdS* 61 (2021), *passim*.

- Una resolución de la Dirección General casi revolucionaria Derecho Mercantil, 2020, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/una-resolucion-de-la-direccion-general.html>.
 - Una nota sobre el concepto de liquidación, en Almacén de Derecho, 2021, <https://almacenederecho.org/una-nota-sobre-el-concepto-de-liquidacion>.
 - La sociedad anónima alemana y la sociedad anónima española, en Almacén de Derecho 2021, <https://almacenederecho.org/49460-2>.
 - La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas, Revista de Derecho de Sociedades, RdS, 61 (2021) pp. 91-134.
 - La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal, RdS 62 (2021), pp. 95-126.
 - Los problemas contractuales en las sociedades cerradas, InDret 4.2005.
- ANGELICI, C., *La società nulla*, Milano, 1975.
- ANGELICI, C. *Discorsi di Diritto Societario* (2008). En AA.VV. *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de Commerce*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394420.
- Note minime su la libertà contrattuale e i rapporti societari, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1394845>.
- ANGELICI, C. *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, 2010, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1530746.
- BABUSIAUX, Ulrike, *Zum Konsensfordernis bei der societates –methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem*, In: Weber, Rolf H; Stoffel, Walter A; Chenaux, Jean-Luc; Sethe, Rolf. *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*. Zürich 2017, pp. 767-784, <https://doi.org/10.5167/uzh-143363>.
- BATALLER, J., *La disolución*, en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3.^a edición, Valencia 2016, pp. 23 ss.
- BONANNO, Claudio, *La nullità delle società per azioni ex art. 2332 del Codice Civile*, 2011, disponible en <https://iris.unipa.it/handle/10447/101771?mode=full.347#.YHv-V2czaUk> p. 7.
- CARBAJO, F., *La sociedad en extinción. Extinción societaria y concursal de sociedades de capital*, RdS 62 (2021) pp. 127-176.
- COCA, Ivó/PANTALEÓN, Marta, *Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O, ADC*, tomo LXXIV, 2021, fasc. I, pp. 113-216, pp. 176 ss.
- DE SALAS, Sofía, *Artículo 38. Capacidad de las personas jurídicas*, en *Código civil comentado / Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.)*, Vol. 1, 2011 (artículos 1 a 608), pp. 314-321.
- EASTERBROOK, Frank H/ FISCHER, Daniel R., *La estructura económica del derecho de las sociedades de capital*, trad. esp. de Francisco Marcos, Madrid 1991.
- EIZAGUIRRE, José M.^a, «La sociedad nula», en AAVV: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 282 y ss.

- FAUCEGLIA, Giovanni, Riflessioni in tema di nullità della società di capital e valutazione del conferimento del bene in natura, Tribunale di Cagliari, Sez. impr., 24 maggio 2016, n. 1600, *Le Società* 2017, pp. 994 ss.
- FLEISCHER, Holger and THOMA, Carl-Friedrich, Fehlerhafte Personengesellschaft und Scheingesellschaft: Eine rechtsvergleichende Gegenlese, en *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, pp. 841-868, GRIGOLEIT, Hans Christoph and PETERSEN, Jens eds., 2017; disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3090332>.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio, La Reactivación de la sociedad, en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Valencia 3.ª edición 2015, pp. 101 ss., p. 111.
- GETZLER, Joshua *Plural Ownership, Wills and the Aggregation of Wills*, *Theoretical Inquiries in Law*, 10(2009).
- GIRÓN, José, «*La fundación de la sociedad anónima en el anteproyecto de reforma*», *ADC* 1949, p. 1359 ss.
– *Derecho de Sociedades*, Madrid 1976.
- GUARINO, Antonio, *Solutio Societatis*, *Labeo*, 14(1968) pp. 139-166.
– *La società in Diritto Romano*, reimpr. Nápoles, 1988.
– *Diritto Privato Romano. Lezioni Istituzionali di Diritto Romano* 2.ª ed. 1963.
- HEMARD, Joseph, *Théorie et Pratique des Nullités de Sociétés et dess Sociétés de Fait*, 2.ª edición, París 1926, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3040578c.texteImage>.
- HÜFFER, Uwe, *Gesellschaftsrecht*, Munich, 1989.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo/DÍAZ MORENO, Alberto, La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs., *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo III, Madrid 1995.
- JIMENO BORRERO, Jesús, *La compañía de comercio sevillana entre 1747 y 1848*, Sevilla, 2020.
- KLIMKE, Dominik, *Fehlerhafte Gesellschaft und Vertretung ohne Vertretungsmacht NZG* 2012, pp. 1366 ss.
- KÜBLER, Friedrich, *Derecho de sociedades*, traducción española, Madrid 2001.
- LITEWSKI, Wieslaw, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, *Revue historique de droit français et étranger* (1922–) Quatrième série, Vol. 50, No. 1 (JANVIER-MARS 1972), pp. 70-82.
- LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF/JAEGER, *Kartellrecht*, 3.ª Ed. Munich, 2016.
- MIQUEL, José M.ª, *Comentarios al Código Civil*, ALBALADEJO (dir.), vol. V. 2.º, Madrid 1985.
– *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, Vol. I, Madrid 1991, arts. 392-406.
– *Voz*, Comunidad de bienes, *EJB*, Madrid 1995, vol. I, pp. 1314 ss.
– *Voz* División (Acción de división), *EJB*, Madrid 1985, tomo II, pp. 2555 ss.
- OECHSLER, Jürgen, *Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht*, *NJW* 2008, 2471.
- PAZ-ARES, Cándido, *Comentario del art. 1665 en AAVV*, *Comentarios del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1991.

- Comentario del artículo 1666 en AA.VV., Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, tomo II, pp. 1333 ss.
- Comentario al art. 1669 CC, en AAVV, Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid 1991.
- Sociedad de hecho, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid 1995, tomo IV, p. 6305.
- PEÑA, M., La herencia y las deudas del causante, Granada 2008.
- ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo, La nulidad de las sociedades mercantiles en el Derecho español, RDM 1949, pp. 161 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, La sociedad mercantil en formación, Madrid 2001.
- SÁEZ, M.^a Isabel, PAZ-ARES, Cándido, Los contratos pendientes de ejecución en la fusión, RDM, 243 (2002) pp. 45-70.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, La sociedad nula, en AA.VV. Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación, Madrid 1991, pp. 1011 ss.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel, Las Causas de Nulidad de las Sociedades de Capital, Cizur Menor, 2007.
- SCHÄFER, Carsten, Münchener Kommentar zum BGB, § 705, 8.^a edición, Munich 2020.
- Staub-Kommentar zum HGB § 105 Handelsgesetzbuch: HGB, Band 3: §§ 105-160, 5.^a ed. 2009.
- SCHMIDT, Karsten, Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186(1986) pp. 421 ss.
- Gesellschaftsrecht, Colonia *et alii*, 4.^a ed. 2002.
- SOLER PRESAS, Ana, *La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio*, ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. IV, pp. 1227-1276.
- THUM, Randi, Der fehlerhafte Formwechsel Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG, Jena, 2000 https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00000824/disneu.pdf.
- ULMER, Peter, Hachenburg-Grosskommentar zum GmbHG, 1990, Berlín-N. York, 8.^a edición, I, pp. 163 ss.
- VANBERG, V. J., *Las organizaciones como sistemas constitucionales*, Revista Libertas 31 (Octubre 1999).
- VEZIROGLU, Cem, *Buy-out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Laws* (August 9, 2017), disponible en <https://ssrn.com/abstract=3015723>.

EL ESTADO INTEGRAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931⁽¹⁾

THE «INTEGRAL STATE» IN THE SPANISH CONSTITUTION

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL MOMENTO CONSTITUYENTE.
- II. LA DECISIÓN POLÍTICA FUNDAMENTAL SOBRE LA FORMA DE ESTADO.
- III. LAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL ESTADO INTEGRAL Y SUS CONSECUENCIAS.
 - 1. **Un Estado compuesto distinto del Estado federal.**
 - 2. **La soberanía reside en el Estado.**
 - 3. **El principio de voluntariedad.**
- IV. EL PAPEL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.
 - 1. **El Estatuto de autonomía se configura como una ley estatal «sui generis».**
 - 2. **El Estatuto es la ley básica de la región autónoma.**
- V. EL ORDEN COMPETENCIAL.
 - 1. **La distribución de materias.**
 - 2. **Las presunciones sobre las competencias regionales.**
 - 2.1. La cláusula residual.
 - 2.2. La prevalencia del derecho estatal.
 - 2.3. La interpretación del Tribunal Garantía sobre estos dos mandatos.
- VI. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.
 - 1. **La resolución ordinaria de los conflictos: el Tribunal de Garantías.**
 - 2. **La inspección estatal de la ejecución autonómica de ciertas leyes estatales.**
 - 3. **La resolución extraordinaria.**

(1) Una versión previa de este trabajo se ha publicado en Joan Oliver Araujo y Agustín Ruiz Robledo (dirs.), *Comentarios a la Constitución de 1931 en su 90 aniversario*, CEPC, Madrid, 2021.

VII. LOS ENTES LOCALES.

1. **Visión general.**
2. **La autonomía municipal.**
3. **La provincia.**
4. **Los entes locales en las islas.**

VIII. CODA FINAL.

I. INTRODUCCIÓN: EL MOMENTO CONSTITUYENTE

Según la teoría constitucional, una asamblea constituyente no tiene condicionamientos previos que le impidan jurídicamente adoptar las decisiones que considere más conveniente para incluir en la norma fundamental del Estado. Ahora bien, eso no supone que no tenga condicionamientos políticos, pues los constituyentes no son marcianos libres de cualquier vinculación con los grupos sociales del país, elegidos además sin ningún programa político. Incluso puede darse el caso de que esos condicionamientos previos sean entendidos por los miembros de la asamblea como acuerdos vinculantes que deben respetar. Pues bien, algo de eso pasó con los constituyentes españoles elegidos en junio de 1931, de forma muy especial con la parte de Constitución que se va a estudiar aquí, la distribución territorial del poder político: la mayoría de ellos se sentían, de alguna forma, vinculados con el Pacto de San Sebastián de 17 de agosto de 1930 en el que se acordó —entre otros temas que ahora no nos interesan— la autonomía de Cataluña; lo que implícitamente suponía el abandono de la organización unitaria del Estado, considerada por el primer constitucionalismo español como la mejor forma de garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Pero como el pacto no se formalizó por escrito, pronto se dieron versiones distintas de lo acordado, hasta el punto de que los catalanistas lo consideraron base para proclamar el 14 de abril la República catalana «*com estat integrant de la federació ibèrica*»⁽²⁾. Es más, el 14 de julio, el mismo día que se inauguraron las Cortes, la «*Diputació Provisional de la Generalitat*» aprobó un proyecto de Estatuto de Autonomía, ratificado por una Asamblea de Ayuntamientos catalanes y refrendado, el dos de agosto, por los ciudadanos (sin muchos controles democráticos, la verdad) y enviado ese mismo mes a las Cortes, es decir incluso antes de que Jiménez de Asúa presentara el Proyecto de Constitución el 28 de ese caluroso mes⁽³⁾.

(2) Francesc Maciá, «República Catalana», 14 de abril de 1931, <https://mdc.csuc.cat/digital/collection/pavellorepu/id/962/>. El texto escrito más verosímil que da cuenta de los asistentes (no asistió el PNV) y lo que pactaron entre ellos en el hotel Londres de la capital donostiarra es una «Nota Oficiosa» que se publicó en *El Sol*, de 19 de agosto de 1930, p. 5 (puede consultarse en la Hemeroteca Nacional: <https://bit.ly/3hfsYv6>). Explica este pacto usando los testimonios de Azaña, Alcalá-Zamora, Indalecio Prieto y demás asistentes, Julio GIL PECHARROMÁN, «Vísperas republicanas. El pacto de San Sebastián», en *La Aventura de la historia*, núm. 82, 2005, pp. 54-59. También, Santiago VARELA DÍAZ, *El problema regional en la Segunda República española*, Unión Editorial, Madrid, 1976, pp. 19-20.

(3) Aunque *la cuestión catalana* estuvo muy presente en los debates constituyentes [Ver nota 4] las Cortes no empezaron a discutir este proyecto hasta diez meses después, en mayo de 1932. Antes, en los

II. LA DECISIÓN POLÍTICA FUNDAMENTAL SOBRE LA FORMA DE ESTADO

Por tanto, las Cortes Constituyentes estaban condicionadas, de facto, en su decisión política fundamental de cómo organizar territorialmente el poder político: no podrían elegir el Estado unitario y necesariamente deberían de dar algún tipo de autonomía a Cataluña. A pesar de este condicionamiento (o precisamente por él), el debate sobre la regulación constitucional de las autonomías fue arduo y difícil, empezando por discernir lo que se había pactado en San Sebastián, como si el «auténtico momento constituyente» hubiera estado en el verano de 1930⁽⁴⁾. Frente a la minoría partidaria de mantener el unitarismo tradicional (donde sobresalió el animoso profesor Antonio Royo Villanova⁽⁵⁾) y la minoría defensora del federalismo (el débil partido federal y los catalanistas aunque con posturas distintas entre ellos; uno hacía hincapié en el federalismo homogéneo, los otros en el Estado catalán), la verdadera disyuntiva

primeros meses de 1932, una Comisión parlamentaria modificó el proyecto para adaptarlo a la Constitución, con cambios tan relevantes como reclasificar a Cataluña de *Estado autónomo* a *Región autónoma*, recortes en sus competencias, bilingüismo, etc. Las Cortes lo aprobaron definitivamente el 9 de septiembre. Una exhaustiva recopilación de toda la documentación que originó la *cuestión catalana* en Teresa Abelló Güell, *El debat estatutari del 1932*, Parlament de Catalunya, Barcelona, 2007.

(4) La frase es de Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1932, p. 77. Como ejemplos de interpretaciones distintas del Pacto de San Sebastián, se pueden citar el enfrentamiento en el Congreso entre Felipe Sánchez Román, que consideraba que lo acordado fue el compromiso de discutir en las Cortes Constituyentes un proyecto de autonomía para Cataluña, y Manuel Carrasco i Formiguera, para quien el acuerdo era mucho más porque partía del «reconocimiento del principio de la autodeterminación» de Cataluña [*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española (DSCCRE)*, de 25 de septiembre de 1931, núm. 45, pp. 1.176 y 1.180, respectivamente <https://bit.ly/3eRGp2B>]. Dos meses antes, en junio, se había dado una fuerte discrepancia entre gobiernos sobre lo pactado el 17 de agosto de 1930: el Presidente de la Generalitat provisional, Francesc Macià, el 10 de junio dirigió un discurso a la Asamblea de diputados que estaba redactando el *Estatut*, en el que pidió que «no dieran un paso atrás» y reclamó que se cumpliera el Pacto de San Sebastián, que «era, señores diputados, y ahora es, que las Cortes aceptasen el Estado de hecho que se había creado en Cataluña» (*El Sol*, 11 de junio de 1931, p. 1, <https://bit.ly/3gqrkGc>). Por su parte, el Gobierno Provisional emitió una nota «Con motivo del mensaje del señor Macià ante la Asamblea de la Generalidad», en el que rechazaba su versión del Pacto: «Lo allí convenido no era ni podía ser la aceptación ciega de situaciones futuras de hecho totalmente imposibles de prever y sí el compromiso de presentar a la deliberación de las Cortes Constituyentes, cuyo poder soberano nadie podía limitar, el proyecto de Estatuto, expresión genuina y contrastada de la voluntad de Cataluña o de cualquier otra región» (*El Sol*, 12 de junio de 1931, p. 1 <https://bit.ly/3zwmQ8w>).

(5) El propio autor, catedrático de Derecho Administrativo y diputado de la minoría agraria, incluyó muchas de sus intervenciones en el libro que escribió comentando artículo por artículo la Constitución; en él resalta especialmente cómo en su opinión se había redactado procurando que no fuera incompatible con el texto del Estatuto catalán. Antonio ROYO VILLANOVA, *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931, con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imp. Castellana, Valladolid, 1934. De parecida opinión fue Nicolás Pérez Serrano (que era letrado de las Cortes, además de profesor): «hubo una total y completa inversión de términos, ya que, en vez de trazarse primero, objetivamente, los criterios generales para la futura organización nacional, y venir luego Cataluña a seguirlos por lo que a ella tocaba, se hizo exactamente lo contrario: fijar Cataluña su posición, y no consentir luego que contra ella se atentara» (*op. cit.*, p. 77). Sobre ambos catedráticos ha escrito unas interesantes páginas Francisco SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República: los iuspublicistas*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 109-137 y 146-179, respectivamente. En este libro también se estudia a otro de los catedráticos de Derecho presentes en las Cortes Constituyentes, Luis Jiménez de Asúa (pp. 137-145).

era decidir si la autonomía política sería para todo el territorio o únicamente para Cataluña, el País Vasco y Galicia, las únicas regiones que tenían fuerzas políticas propias. La mayoría de los constituyentes, tras acelerados y arduos debates⁽⁶⁾, rechazaron que la Constitución realizara ella misma una distribución del poder político y prefirieron la fórmula que podremos llamar de autonomía a la carta propuesta por la ponencia constitucional, presidida por Luis Jiménez de Asúa. Sin duda, el fracaso de la fórmula federal en 1870 no animaba a volver a repetirla; además no existía un sentimiento social generalizado en ese sentido en toda España. Argumentos a los que se podría añadir el recelo con el que el PSOE veía la autonomía, tanto por su visión internacionalista como porque varios de sus dirigentes temían que los conservadores controlaran algunas regiones, creando *islas vaticanistas*⁽⁷⁾. Por eso, inspirándose en la Constitución de Weimar⁽⁸⁾, intentaron diseñar un *tertium genus* entre el Estado unitario y el federal: «La República constituye un Estado integral compatible con la autonomía de los Municipios y Regiones»⁽⁹⁾. Con gran claridad lo explicó Luis Jiménez de Asúa en el discurso de presentación del Proyecto de Constitución:

(6) Los debates sobre el Estado integral han sido explicados con detalle por diversos autores, por todos ellos, Andrés DE BLAS GUERRERO, «El debate doctrinal sobre la autonomía en las Cortes Constituyentes de la II República», en *Historia Contemporánea*, núm. 6, dedicado a 1931: Una constitución y un sistema político, 1991, pp. 119-144. También (con amplia reproducción de discursos y extractos del *DSCCRE*), Santos JULIÁ, *La Constitución de 1931*, Iustel, Madrid, 2009. No está de más señalar las prisas del debate, hasta el punto que Pérez Serrano escribió: «La primera característica que este Título ofrece es la *premura* con que se discute» (*op. cit.*, p. 77). Las prisas también se dieron en todo el *iter constitutionis*, que en mi particular opinión fueron producto de la idea de Constitución que tenía la mayoría de la Cámara: como reflejo de la concepción del Estado de esa mayoría, norma de partido, no de consenso. He desarrollado esta tesis en Agustín RUIZ ROBLEDO, «La Constitución de 1931: una constitución de contenido moderno, de voluntad clásica», en Miguel Gómez Oliver (dir.), *Memoria de España. A los 90 años de la Segunda República Española*, Comares, Granada, 2021.

(7) Indalecio Prieto fue especialmente reticente a la autonomía del País Vasco por el riesgo de que se creara un «Gibraltar vaticanista». Cfr. Luis SALA GONZÁLEZ, «Indalecio Prieto y el "problema vasco"» (1930-1931), en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. 38 (Especial), 2001, pp. 311-322. <https://doi.org/10.5209/CHCO.53681>.

(8) Cfr. Giacomo DEMARCHI, *Provincia y territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Dykinson, Madrid 2016; *in totum* y, en especial, pp. 199 y ss. Para las influencias extranjeras en toda la Constitución, cfr. Javier CORCUERA ATIENZA, «La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 629-695.

(9) Art. 3.1 CE. Según Jiménez de Asúa, el calificativo «integral» se tomó de las matemáticas. Antonio Royo Villanova criticó el adjetivo hasta la misma sesión de la votación final de totalidad porque «no es castellano» y propuso «Estado total». Cfr. las intervenciones de ambos en el *DSCCRE*, de 9 de diciembre de 1931, núm. 88, respectivamente, p. 2.906 y p. 2.907 (<https://bit.ly/3eszQ6n>). Para Pérez Serrano, el término se debió al «culto profesor D. Miguel Cuevas, que sostiene la superación de los viejos conceptos del *Estado unitario* y del *Estado federal* por un tipo nuevo modelado sobre el caso de la Alemania contemporánea» (*op. cit.*, p. 63). Con ironía, don Nicolás añade su propia opinión sobre la utilidad del nuevo vocablo: «Acaso el adjetivo integral tenga como única ventaja la de ser absolutamente vacío de sentido, con lo cual cada uno puede rellenarlo a su manera. Esto, sin embargo, no es afrontar el problema: es eludirlo». (*Ibidem*). Sobre el padre del Estado integral, *vid.* Giacomo DEMARCHI, «Nelle quinte del costituzionalismo razionalizzato. Miguel Cuevas y Cuevas e la costituente spagnola del 1931», en *Itinerari di ricerca storica*, Tomo XXXIV, núm. 1 (nueva serie), 2020, pp. 75-84.

«Deliberadamente no hemos querido decir en nuestra Constitución que España es una República federal; no hemos querido declararlo, porque hoy tanto el unitarismo como el federalismo están en franca crisis teórica y práctica [...] Frente al Estado unitario, tiene el integral la ventaja de ser compatible, sin imponerlos, con diversos grados de autonomías regionales, cuando sean pedidas y procedentes, junto a un régimen de vinculación de otros territorios nacionales no preparados para aquellas formas de autarquía. Y frente al Estado Federal, tiene el provecho de permitir, sin desnaturalizarse, la existencia de estos territorios, ligados por estrecha dependencia político-administrativa al Estado –sin perjuicio de los diversos grados posibles de descentralización administrativa–, junto a aquellas otras regiones que quieren y están capacitadas para asumir funciones de autodeterminación, en grado de distinta intensidad, que son variantes de matiz en las posibles autonomías regionales diversas, sin imponer una relación uniforme entre el Estado y unos y otros territorios»⁽¹⁰⁾.

III. LAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL ESTADO INTEGRAL Y SUS CONSECUENCIAS

1. Un Estado compuesto distinto del Estado federal

Todavía siguen las trompetas de la Academia –se podría escribir parafraseando el inicio del discurso de Jiménez de Asúa– debatiendo sobre si el Estado integral es en verdad una forma de Estado diferente al unitario y al federal. Ya desde el mismo momento de aprobarse la Constitución empezaron los académicos a discutirlo: Adolfo Posada⁽¹¹⁾ y Eduardo Llorens⁽¹²⁾ consideraron que como la soberanía no se compartía se trataba de un Estado unitario; García Valdecasas afirmó que en

(10) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *DSCCRE* de 27 de agosto de 1931, núm. 28, p. 14.

(11) Adolfo POSADA, *La nouvelle constitution espagnole*, Librairie Recuell Sirey, París, 1932, pp. 136 y ss. [Hay traducción moderna: *La nueva constitución española: el régimen constitucional en España: evolución, textos, comentarios* (traducción de Antonio María Bueno Armijo y estudio preliminar a cargo de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006]. De similar opinión, Segismundo ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, «El Estado integral», en *Revista de Derecho Público*, núm. 45, 1935, pp. 261-272.

(12) Eduardo L. LLORENS, *La autonomía en la integración política. La autonomía en el Estado moderno. El Estatuto de Cataluña. Textos parlamentarios y legales*, Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932 (hay reedición, Reus, Madrid, 2008), pp. 19 y 98-99. Llama la atención que, a pesar del título de su obra, a este profesor de la Universidad de Friburgo no le pareciera acertada la calificación de «Estado integral»: «truismo innecesario y sorprende la manera de formularlo» (p. 99). Siendo precisos, hay que señalar que Llorens (en línea con Kelsen) no acababa de ver que entre el Estado unitario y el federal hubiera una diferencia cualitativa, empezando por la soberanía: «En este punto, el Estado federal no presenta ninguna diferencia con respecto a los demás Estados y es tan "unitario" como el que más» (p. 150, en las siguientes sigue analizando las diferencia entre ambos Estados, que relativiza).

sustancia era federal, pero que se había evitado el término⁽¹³⁾; Gaspare Ambrosini teorizó su sustancia independiente⁽¹⁴⁾, etc. Con el profesor Oliver Araujo⁽¹⁵⁾, tengo para mí que esta última postura teórica es la más adecuada para definir al Estado integral porque, a diferencia del Estado unitario, en el integral existen una pluralidad de poderes políticos territoriales y, a diferencia del federal, el principio dispositivo marca una dinámica propia. Pero como el espacio es limitado y he dado mi opinión en otro sitio con más espacio⁽¹⁶⁾, mejor será que no me demore en este debate y me centre en analizar aquí las características del Estado integral tal y como lo diseñó la Constitución de 1931 y las consecuencias que el propio texto extrae de ellas, básicamente en los quince artículos del Título I. De todas formas, sí que es conveniente resaltar que, fuera o no fuera un tipo de Estado distinto, lo cierto es que el Estado integral ha tenido influencias en el constitucionalismo posterior, muy especialmente en el Estado regional de la Constitución italiana de 1947 y en el Estado autonómico de la española de 1978.

2. La soberanía reside en el Estado

«España, en uso de su soberanía...» comenzaba el Preámbulo de la Constitución republicana para indicar la existencia de un único poder constituyente. El artículo 1 establecía que todos los poderes de la República emanaban del pueblo. Se evitó el «discutido concepto de Nación»⁽¹⁷⁾, pero toda la Constitución deja claro que el único

(13) «Ha sido un recelo ante la palabra lo que nos ha movido fundamentalmente a descartarla», Alfonso GARCÍA VALDECASAS, *DSCCRE* de 16 de septiembre, núm. 39, p. 958 (<https://bit.ly/3cVyujk>). No estoy seguro de que la mayoría de los miembros de la Comisión compartieran las palabras de García Valdecasas, que contradicen al presidente Jiménez de Asúa, porque en los debates se recogen opiniones de distintos diputados que marcan las diferencias entre el Estado integral y los otros dos, como Claudio Sánchez Albornoz, Juan Botella Asensi, etc. Desde luego, para Niceto Alcalá-Zamora no cabía duda de que eran tipos de Estados diferentes: «hay diferencias notables entre un régimen genuinamente federal y un tipo ecléctico o federalizable, cual es el de nuestra Constitución. Una que sea plenamente federal es, por ello, plenamente igualitaria» (*Los defectos de la Constitución de 1931*, Imprenta R. Espinosa, Madrid, 1936. Cito por la reed. de Civitas, Madrid, 1981, p. 96).

(14) Gaspare AMBROSINI, «Un tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale», en *Rivista di Diritto Pubblico*, Tomo XXV, núm. 2, 1933, pp. 93-100 (puede consultarse, con un poco de paciencia, en <http://digitale.bnc.roma.sbn.it/tecadigitale/visore/#/main/viewer?idMetadato=14876654&type=bncr>). También Nicolás PÉREZ SERRANO: «¿Unitarismo o federación? Ni lo uno ni lo otro, aunque con mayor propensión a lo segundo» (*op. cit.*, p. 41).

(15) Joan OLIVER ARAUJO, *El sistema político de la Constitución Española de 1931*, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1991, p. 52.

(16) Agustín RUIZ ROBLEDO, *El Estado autonómico*, CEMCI, Granada, 1989, pp. 44 y ss.

(17) Luis Jiménez de Asúa, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Reus, Madrid, 1932, p. 53. Este *discutido concepto* de nación no fue siempre evitado por los constituyentes: aparece en los artículos 53, 67, 76, 77 y 117. Por eso mismo, es muy plausible la tesis de que pesó mucho el deseo de contentar a los nacionalistas catalanes y vascos, como dijo el propio Alfonso García Valdecasas en el debate: «Nosotros los miembros de la Comisión, no podemos ser sospechosos, puesto que hemos renunciado espontáneamente a usar una palabra como la de nación, que podría parecer una hostilidad contra ciertas regiones» (*DSCCRE*, de 16 de septiembre de 1931, núm. 39, p. 959 <https://bit.ly/3cVyujk>).

pueblo titular de la soberanía que se reconocía era el español en su totalidad, que sólo estaba representado por las Cortes (art. 53). Y de esta posición clara de partida, la Constitución tomaba dos decisiones, una institucional y otra normativa, relacionada con la manera de formar la voluntad estatal, que la alejaban del modelo de Estado federal: la elaboración de las leyes, y la reforma de la Constitución. En ambas, las Constituciones federales dan participación a los Estados miembros, generalmente mediante una segunda Cámara de composición territorial, así como requiriendo el consentimiento de un determinado número de Estados para la modificación de la *Lex legum*.

Sin embargo, la Constitución de 1931 seguía en estos dos puntos el modelo de Estado unitario: sólo establecía una Cámara (art. 51), que era la única institución con capacidad para aprobar la reforma constitucional, con un quórum especial de dos tercios, disolución de la Cámara y posterior ratificación por las nuevas Cortes (art. 125). Como tampoco el procedimiento del artículo 125 establecía ningún límite a la reforma, las regiones no tenían ningún instrumento legal para oponerse a una hipotética reforma que hubiera propuesto la vuelta al Estado unitario o, menos radicalmente, redujera sus competencias, como en seguida notó la doctrina⁽¹⁸⁾. La exclusión de las regiones en la formación de la voluntad estatal era tan absoluta que tampoco tenían iniciativa legislativa, ni iniciativa de reforma constitucional, que sólo se atribuían al Gobierno y al Congreso (arts. 60 y 125).

Por el contrario, la Constitución republicana daba participación a las regiones en un importantísimo órgano estatal, en el que no suelen participar directamente los Estados federados: el Tribunal de Garantías Constitucionales, que, lógicamente, tenía entre sus competencias los conflictos entre el Estado y las regiones autónomas (art. 121). Pero, en una lógica difícil de comprender, esos «representantes» lo eran de todas las regiones, tuvieran o no autonomía: «un representante por cada una de las regiones españolas, elegido en la forma que determina la ley»⁽¹⁹⁾.

(18) Cfr. Eduardo L. LLORENS, *op. cit.*, p. 177.

(19) Artículo 122. El Proyecto constitucional de la Comisión sí señalaba «Un representante por cada una de las Regiones autónomas que se constituyan» (art. 118); pero una enmienda de los diputados de la Alianza Republicana Eduardo Ortega y Gasset y Claudio Sánchez Albornoz logró suprimir el inciso final. Por eso, la «Ley relativa al Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933» (este es el nombre con el que se publicó la ley en la *Gaceta de Madrid* de 30 de junio de 1933 y no «Ley orgánica») estableció en su artículo 11 las siguientes regiones: «Andalucía (provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla). Aragón (provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza). Asturias (provincia de Oviedo). Baleares (provincia de su nombre). Canarias (provincias de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife). Castilla la Nueva (provincias de Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara, Madrid y Toledo). Castilla la Vieja (provincias de Ávila, Burgos, Logroño, Palencia, Santander, Segovia, Soria y Valladolid.). Extremadura (provincias de Badajoz y Cáceres). Galicia (provincias de Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra). León (provincias de León, Salamanca y Zamora). Murcia (provincias de Albacete y Murcia). Navarra y Vascongadas (provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya). Valencia (provincias de Alicante, Castellón y Valencia)». El Gobierno de Martínez Barrio aprobó en junio de 1936 un proyecto de ley para, entre otras cosas, modificar esta relación (*Gaceta de Madrid* de 30 de abril de 1936, núm. 121, pp. 890-892). Pero el golpe de estado de julio de 1936 impidió su tramitación.

El artículo 13 de la Constitución republicana prohibía la federación entre las regiones autónomas. Mandato del que el Tribunal de Garantías extrajo que era un mandato para prohibir el federalismo de una forma consciente, «por estimación reflexiva de todo el problema»⁽²⁰⁾. Este artículo permaneció inalterado a lo largo del proceso constitucional, sin que ningún grupo político intentara su modificación. Sin duda, estaba pensado con el fin de evitar cualquier desafío a la unidad de España, aunque los constituyentes lo dijeron de forma elíptica, para que fueran los intérpretes los que extrajeran esta conclusión: «los riesgos que hubiera representado el principio de la posible federación de regiones son hartamente notorios para que sea preciso razonarlos»⁽²¹⁾. Idéntico fin –además de garantizar la igualdad– tenía la prohibición del artículo 17: no podrán regular las regiones autónomas ninguna materia «con diferencia de trato entre los naturales del país y los demás españoles».

3. El principio de voluntariedad

La Constitución de 1931 permite una nueva distribución del poder político, pero no la realizó ella misma. La autonomía como posibilidad para permitir que «puedan vivir las regiones que no sientan el impulso de la autonomía y aquellas que lo sientan con mayor intensidad y que se crean capacitadas por la plena madurez política»⁽²²⁾. Los constituyentes rechazaron diseñar ellos un mapa regional y lo dejaron a la voluntad de cada territorio. De ahí que la doctrina use la expresión principio de voluntariedad o, ya en época más reciente, principio dispositivo.

La idea fue criticada desde el mismo momento en que la expuso la Comisión que preparó el Proyecto constitucional, porque –según una citada frase de Ortega– suponía «una división en dos Españas diferentes: una compuesta de dos o tres regiones ariscas; otra, integrada por el resto, más dócil al Poder central». No se reproduce tanto otra frase del discurso en el que el filósofo previó el efecto *imitación* que supone el principio dispositivo y que tanto hemos visto –y vemos– en la España autonómica: «tan pronto como exista un par de regiones estatutarias, asistiremos en toda España a una pululación de demandas parejas, las cuales seguirán el tono de las ya concedidas que es más o menos querámoslo o no nacionalista, enfermo de particularismo. Resultará, pues a la postre, España ordenada íntegramente, pero de mala manera, en regiones»⁽²³⁾. No tuvo éxito Ortega y se consagró la autonomía como posibilidad,

(20) Sentencia de 6 de junio de 1935. Cito por Martín BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 292.

(21) Nicolás PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, p. 95.

(22) Niceto ALCALÁ-ZAMORA, *DSCCRE* de 23 de septiembre de 1931, núm. 43, p. 1.089 <https://bit.ly/2SM8n7G>. Don Niceto cambió posteriormente de opinión y se volvió muy crítico del Estado «federalizable» de la Constitución republicana (*vid.* nota 12).

(23) José Ortega y Gasset, *DSCCRE* de 4 de septiembre de 1931, núm. 33, pp. 20 y 21. La Constitución de 1978 volvió a usar esta técnica del principio dispositivo, a mi juicio, con un gran efecto centrífugo. Mucho

apartándose así tanto de la tradición unitaria española como del modelo federal. Voluntariedad que se llevó hasta el extremo de permitir que una provincia pudiera renunciar al régimen autonómico y volviera al régimen común (art. 22); posibilidad que, seguramente, fue propiciada por las supuestas reticencias de los habitantes de algunas provincias, como Álava, a integrarse en una región autónoma⁽²⁴⁾.

Lógicamente, si la autonomía era una posibilidad, se hacía imprescindible regular un procedimiento para llegar a ella, lo que se hizo en los artículos 11 y 12 de la Constitución. El primero exigía unos requisitos previos a las provincias que quisieran formar una región: debían ser limítrofes (con la cautelosa advertencia de señalar que este requisito no era exigible a los territorios insulares entre sí) con características «históricas, culturales y económicas comunes». Si acordaban constituirse en «región autónoma para formar un núcleo político administrativo, dentro del Estado español», tendrían que elaborar un Estatuto, aunque el artículo no daba más precisiones sobre quién sería el responsable de prepararlo. Por su parte, el artículo 12 especificaba el procedimiento para que ese proyecto se convirtiera en ley:

a) Que lo propusiera la mayoría de sus Ayuntamientos, o por lo menos, los que comprendieran los dos tercios del censo electoral de la región.

b) Que lo ratificaran, según el procedimiento señalado en la Ley electoral, por lo menos los dos tercios de los electores censados en la región. Si el plebiscito fuere negativo no podrá renovarse la propuesta de autonomía hasta transcurridos cinco años. Las dos terceras partes de los electores (no de los votantes) sobre un texto estatutario concreto parece un quórum difícil de lograr, por no decir imposible; que contrasta con la carencia de cualquier referéndum para aprobar la Constitución o su reforma⁽²⁵⁾. Por ello, no es de extrañar que los tres exitosos referendos celebrados a su amparo no fueran un ejemplo de estricto control independiente de resultados⁽²⁶⁾.

más acertada me parece la decisión de la Constitución italiana de realizar un mapa regional atreviéndose a mencionar por su nombre a las regiones de régimen especial. He tratado este tema desde una perspectiva del Derecho comparado en Agustín RUIZ ROBLEDO, «Five ideas on the Spanish autonomous state in the hope they are useful for Nepal», en *Blog of the IACL Research Group on Constitution-making and Constitutional change* (<http://constitutional-change.com/five-ideas-on-the-spanish-autonomous-in-the-hope-they-are-useful-for-nepal>), 24 de marzo de 2014.

(24) No he encontrado en los debates referencias a este artículo. Jiménez de Asúa se limita a comentar: «Este artículo no tiene precedentes en el Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora ni en el Proyecto parlamentario. Fue introducido por una enmienda del Sr. Alonso de Armiño y aceptada por la Comisión» (*Proceso histórico de la Constitución*, cit., p. 176). Por mi parte, añado que Tomás Alonso de Armiño y Calleja era un diputado del conservador Partido Agrario elegido por Burgos. Sobre este partido y, en general, todos los de derechas, *cfr.* José Manuel CUENCA TORIBIO, *Historia de la derecha en España*, Almuzara, Córdoba, 2017.

(25) Es muy probable que los recelos del PSOE hacia la autonomía estuvieran detrás de este requisito. En su programa parlamentario, aprobado en el Congreso extraordinario de julio de 1931, se exigía «la previa consulta al pueblo antes de asentir al Estatuto autonómico de una personalidad regional» (*Apud.* Miguel ARTOLA, *Partidos y programas políticos 1808-1936*, Aguilar, Madrid, 1974, tomo II, pp. 450 y 451).

(26) Estos tres referendos (plebiscitos, según la terminología de la época) se celebraron el día 2 de agosto de 1931 en Cataluña; el 5 de noviembre de 1933 en el País Vasco y el 28 de junio de 1936 en Galicia.

c) Que lo aprobaran las Cortes, punto este que merece ser tratado en el epígrafe siguiente.

IV. EL PAPEL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

1. El Estatuto de autonomía se configura como una ley estatal «sui generis»

El Estatuto era una ley con características especiales: no era una ley ordinaria del Estado, pues para que las Cortes pudieran aprobarlo necesitaban que previamente también lo hubiera hecho la región. De ahí que podamos considerar que era necesaria una cooperación entre la región *in fieri* y el Estado. Pero tampoco era una ley regional o (mucho menos) una Constitución de un Estado miembro que las regiones pudieran elaborar sin participación estatal o con un mínimo control de constitucionalidad. Es más, la Constitución permitía que las Cortes pudieran alterar *ad nutum* el proyecto de Estatuto, aunque una rápida lectura del artículo 12 puede hacer pensar que el Congreso sólo tenía una capacidad limitada para debatir y modificar el proyecto: «Los Estatutos regionales serán aprobados por el Congreso siempre que se ajusten al presente título y no contengan, en caso alguno, preceptos contrarios a la Constitución, y tampoco a las leyes orgánicas del Estado en las materias no transmisibles al poder regional, sin perjuicio de la facultad que a las Cortes reconocen los artículos 15 y 16».

La letra del precepto parece impedir que el texto estatutario sea debatido, estableciendo un simple asentimiento que sólo puede ser negado si incumple la Constitución o las leyes orgánicas (precisión que supone ya un control más amplio al del texto constitucional). Pero la frase final, salvando las competencias estatales de los artículos 15 y 16, deja sin sentido todo lo anterior: en el artículo 15 se enumeran las materias de exclusiva competencia legislativa del Estado, que pueden ser ejecutadas por las regiones «en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes». Y en el siguiente, artículo 16, se establece que en las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores podrán corresponder a las regiones la legislación exclusiva y la ejecución directa, siempre que lo acuerden las Cortes. Por eso, estos dos artículos permiten desechar un enjuiciamiento restrictivo de los Estatutos. Desde luego, así lo entendió la Comisión cuando propuso que se le añadiera esa precisión a la enmienda que se convirtió en el artículo 12, como explicó Jiménez de Asúa: «Los cuales [los artículos 15 y 16] es evidente y obvio que reconocen al Parlamento la plena facultad para examinar a fondo el Estatuto catalán»⁽²⁷⁾.

Sobre ellos, Adolfo HERNÁNDEZ LAFUENTE, «Los referéndums de autonomía en la II República», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 5, 1978, pp. 97-119.

(27) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *DSCCRE* de 25 de septiembre de 1931, núm. 45, p. 1.178 (<https://bit.ly/3eRGp2B>). La enmienda de César Juarros y Ortega, de la Derecha Liberal Republicana (el partido de Alcalá-Zamora), proponía: «Los Estatutos regionales serán aprobados por el Parlamento siempre que se ajusten al presente título y no contengan preceptos contrarios a la Constitución y a las leyes orgánicas del

2. El Estatuto es la ley básica de la región autónoma

Si la autonomía era una posibilidad que podrían iniciar las provincias interesadas, pero cuyo contenido dependía, en última instancia, de la voluntad de las Cortes, una vez que el Estatuto era aprobado se convertía en, según el artículo 11, «la ley básica de la organización político-administrativa de la región autónoma, y el Estado español la reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico». Por tanto, adquiriría una posición especial en el sistema de fuentes: no podía ser modificada por una ley ordinaria y su reforma debería hacerse siguiendo el procedimiento que él mismo hubiera establecido. Por decirlo con palabras del Tribunal de Garantías: «La autonomía es un precepto constitucional que, iniciándose como una simple posibilidad en el artículo 11, adquiere efectividad por el acuerdo a que éste se refiere y como tal es inatacable una vez cumplidos los requisitos constitucionales»⁽²⁸⁾. Precisamente, la Ley del Tribunal de Garantías extraía la lógica consecuencia de esta *inatacabilidad* del Estatuto desde el punto de vista del ordenamiento regional: las leyes regionales serían inconstitucionales «cuando incidan en infracción de los preceptos de su respectivo Estatuto» (art. 29).

La Constitución guardaba completo silencio sobre el contenido de los Estatutos, más allá de algunas prohibiciones generales como la de incluir normas contrarias a la Constitución o establecer diferencias entre los ciudadanos por el lugar de nacimiento (art. 17). Por eso, los redactores de los Estatutos tenían amplio margen para establecer los distintos aspectos de la autonomía: instituciones de autogobierno, competencias, fuentes de financiación, etc. Eso suponía, teóricamente, que podrían coexistir regiones autónomas con poder legislativo propio con otras que no lo tuvieran; por no señalar las diferencias en el número de competencias. Por decirlo brevemente, la falta de precisión constitucional permitía la existencia de diferentes tipos de autonomía y desde luego provincias «directamente vinculadas al Poder central» (art. 22). Contra esta objeción, los defensores del Estado integral argumentaron que así se permitía que cada Estatuto respondiera a las características de cada región, «nada de imitaciones, nada de uniforme, nada de traje de patrón con el que hayan de vestirse todas las regiones, una gradación diferencial, flexible y sutil en los matices»⁽²⁹⁾.

Estado en las materias no transmisibles al Poder regional» (Apéndice 7.º al *DSCCRE* de 10 de septiembre de 1931, núm. 36, p. 1, <https://bit.ly/3wXsEGx>).

(28) Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 5 de marzo de 1936, fundamento 3.º (*Apud*. Martín BASSOLS COMA, *op. cit.*, p. 225). En esta importante sentencia se declara inconstitucional la Ley de 2 de enero de 1935 de suspensión del régimen autonómico catalán. En ella, el TGC evita señalar si esta característica especial de los Estatutos les da una naturaleza jurídica propia, distinta a las leyes ordinarias: «Si bien los Estatutos de Autonomía previstos en la Constitución no son leyes de categoría constitucional, lo es el principio de autonomía de que nace y es también cierto que el artículo 11 de la Constitución relacionado con el siguiente párrafo final del primero les confiere el carácter de leyes orgánicas del régimen político y administrativo del país e impone al Estado la obligación de reconocerlas como parte integrante de su ordenamiento jurídico» (*Ibidem*, p. 224).

(29) Niceto ALCALÁ-ZAMORA, *DSCCRE* de 23 de septiembre de 1931, núm. 43, p. 1.089 (<https://bit.ly/2SM8n7G>). Ya he recordado, que don Niceto cambió posteriormente de opinión y se volvió muy crítico del Estado «federalizable» de la Constitución republicana (*vid.* nota 12).

Sin embargo, más plausible que esa razón es considerar que lo que realmente latía debajo de la falta de disposiciones constitucionales sobre los Estatutos era dar la máxima facilidad al proyecto de Estatuto que ya estaba en las Cortes cuando estas debatían la Constitución, el catalán; con independencia de mantener un amplio margen de maniobra si en el futuro se presentaban nuevos Estatutos, lo que no era muy probable si se controlaba con cierto rigor los referendos de ratificación. Llegado el caso, esa libertad del legislador, daría lugar a que el contenido de cada Estatuto fuera no tanto el *traje* que cada región quisiera, sino el que se cortara en el Congreso según la correlación de fuerzas políticas que hubiera en el momento de su debate y, muy especialmente, de la capacidad de presión de las fuerzas regionalistas. Por otra parte, el ansia de emulación (que ya se ha señalado que vio Ortega) llevaría tendencialmente a la homogeneidad de las normas estatutarias, de tal manera que los líderes locales de los partidos, nacionalistas o no, buscarían un diseño institucional y un haz de competencias similar al contenido en el Estatuto catalán. La similitud que se observa en líneas generales entre los Estatutos catalán y vasco e incluso en el proyecto gallego, en el anteproyecto andaluz y en otros textos regionales⁽³⁰⁾ hace pensar que el efecto imitación se estaba produciendo en la España republicana, tal y como después ha pasado en el Estado autonómico.

V. EL ORDEN COMPETENCIAL

1. La distribución de materias

Como ya se ha adelantado, la distribución de competencias que efectúa la Constitución de 1931 estaba inspirada en la Constitución de Weimar –modelo de Estado integral según Jiménez de Asúa– y en la austriaca de 1920. El sistema adoptado se basaba en una división tripartita de las materias:

1. Materias que le correspondían en exclusiva al Estado, teniendo este el monopolio de las competencias legislativas y las ejecutivas: la nacionalidad, las relaciones Iglesia-Estado, asuntos exteriores, defensa «en los conflictos de carácter suprarregional o extrarregional», jurisdicción del Tribunal Supremo «salvo las atribuciones que se reconozcan a los poderes regionales»⁽³¹⁾, sistema monetario y financiero, etc., hasta un total de 18 materias (art. 14). La redacción del artículo 20 que finalmente

(30) Como es de sobra conocido, los tres únicos proyectos de Estatutos redactados (y refrendados, ver nota 25) fueron lo de Cataluña, el País Vasco y Galicia; pero en toda España había iniciativas regionalistas, si bien de muy distinta fuerza política y social. Así, se redactaron lo que podemos llamar borradores de textos estatutarios al menos en Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias y Valencia. Estos textos están recogidos en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Enrique ORDUÑA REBOLLO y Rafael MARTÍN-ARTAJÓ, *Documentos para la historia del regionalismo en España*, IEAL, Madrid, 1977.

(31) Esta salvedad permitía dar competencias judiciales a las regiones autónomas, como efectivamente hicieron el Estatuto catalán (art. 12) y el vasco (art. 3) y preveía el proyecto de Estatuto gallego (art. 13). No hay una previsión similar en el artículo 149.1 de la Constitución de 1978, si bien los Estatutos del Estado

aprobaron las Cortes Constituyentes vino a complicar este régimen de exclusividad del Estado diseñado en el artículo 14, dando la impresión de que las regiones serían las encargadas de ejecutar administrativamente estas materias. Desde luego, el texto final que aprobaron las Cortes era tan complejo de interpretar como el contrato de *Una noche en la ópera*: «Las leyes de la República serán ejecutadas en las regiones autónomas por sus autoridades respectivas, excepto aquellas cuya aplicación esté atribuida a órganos especiales o en cuyo texto disponga lo contrario, siempre conforme a lo establecido en este título». Como lo que se disponía en el título I era una distinción entre las leyes de la República cuya ejecución correspondía al Estado (art. 14) y las que podrían corresponder a las regiones (art. 15), el artículo 20 quedaba como un fósil del régimen previsto en el Proyecto, pero sin aportar nada al texto final, como muy bien vio García Valdecasas al pedir, sin éxito, su supresión: «resulta un precepto extraordinariamente equivoco, extraordinariamente retorcido, y que, en última instancia, no viene a decir absolutamente nada»⁽³²⁾.

2. Materias en que el Estado tenía la competencia legislativa y la competencia ejecutiva podía ser asumida por las regiones, aunque «en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes», que podían atribuir estas competencias ejecutivas en el propio Estatuto (art. 11.2), o bien en una ley posterior (art. 18). Las trece materias relacionadas eran: legislación penal, social, mercantil, procesal y civil, ferrocarriles y carreteras de interés general, prensa y espectáculos, derecho de expropiación, etc. (art. 15). Ahora bien, la Constitución republicana especificaba, en su artículo 20, que esa ejecución regional no impedía que el Gobierno central pudiera desarrollar las leyes estatales mediante reglamentos porque le atribuía el entonces llamado poder de ordenanza, «aún en los casos en que esta ejecución corresponda a las autoridades regionales»⁽³³⁾. Potestad que, aunque la Constitución de 1978 no tiene un precepto parecido, sigue teniendo en el Estado autonómico el Gobierno central gracias a la interpretación del concepto de «legislación» que ha hecho el Tribunal Constitucional⁽³⁴⁾.

autonómico asumieron competencias sobre «la administración de la administración de Justicia», opción plenamente avalada por el Tribunal Constitucional (STC 56/1990, de 29 de marzo).

(32) Alfonso GARCÍA VALDECASAS, *DSCCRE* de 25 de septiembre de 1931 núm. 45, p. 1.196 (<https://bit.ly/3eRGp2B>). Efectivamente, el texto original del Proyecto (art. 19, finalmente 20) servía para permitir que las regiones pudieran ejecutar las leyes estatales, pero devino superfluo cuando se añadió previamente un artículo específico con ese contenido (el definitivo 15). El texto del Proyecto era: «Las leyes de la República serán ejecutadas, en las regiones autónomas, por las autoridades regionales, salvo aquellas leyes cuya ejecución este atribuida a órganos especiales, o en cuyo texto se disponga lo contrario».

(33) Curiosamente, esta disposición favorable al Estado central recibió una dura crítica de un centralista como Antonio Royo Villanova, demostrando así que sus preferencias ideológicas no le impedían su capacidad de análisis técnico: «doctrinalmente, absurdo, lo que dice el párrafo segundo del art. 20, puesto que si el Gobierno de la República se reserva la facultad de dictar reglamentos, aun para aquellas leyes cuya ejecución corresponde a las autoridades regionales, contradice el derecho de éstas, ya que la potestad de ejecutar las leyes implica, como una de sus atribuciones esenciales, la potestad reglamentaria» (*La Constitución española, cit.*, p. 77).

(34) Esta es una jurisprudencia constante desde que el Constitucional la estableciera por vez primera en su STC 18/1982, de 4 de mayo. Luego SSTC 57/1982, de 27 de julio; 7/1985, de 25 de enero; 249/1988, de

3. El artículo 16 autoriza a los Estatutos para que otorguen en las materias no comprendidas en los artículos anteriores la legislación exclusiva y la ejecución directa a las regiones autónomas. Pero no les concede expresamente ninguna. Vuelve a ponerse de manifiesto aquí el deseo de los constituyentes de remitir a un momento posterior el contenido de la autonomía, permitiendo así los *trajes a medida* de los que hablaba en los debates constituyentes el Presidente del Gobierno Provisional, Niceto Alcalá-Zamora.

2. Las presunciones sobre las competencias regionales

2.1. La cláusula residual

El artículo 18 de la Constitución republicana establecía una cláusula residual, según la cual todas las materias que no estuvieran atribuidas a las regiones autónomas «se reputarán propias de la competencia del Estado». Es decir, que en última instancia el poder residual pertenecía al Estado, a diferencia de lo que sucede en la organización federal clásica. En cualquier caso, el artículo 18 preveía que el Estado «podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley». Lógicamente, estas competencias podrían reintegrarse al Estado por el mismo mecanismo, sin tener que acudir a la reforma estatutaria.

2.2. La prevalencia del derecho estatal

El artículo 21 de la *Lex legum* de 1931 daba prevalencia al derecho estatal sobre el regional «en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas [las Regiones autónomas] en sus respectivos Estatutos» y, a *contrario sensu*, daba prevalencia, como una garantía de la autonomía, al derecho regional sobre el estatal en todo lo que fuera de exclusiva competencia de la Región autónoma según su Estatuto.

2.3. La interpretación del Tribunal Garantía sobre estos dos mandatos

El Tribunal de Garantías Constitucionales, en su polémica Sentencia de 1934 sobre la Ley catalana de contratos de cultivo, extrajo de estos dos artículos unas consecuencias discutibles para los casos de duda sobre los títulos competenciales porque consideró que debían de emplearse a favor del Estado, sin usar antes otras técnicas de interpretación: «Pero si el citado artículo 18 enjuicia el momento estático de las

20 de diciembre; 196/1997, de 13 de noviembre; 190/2002, de 17 de octubre; 30/2003, de 18 de diciembre, etc. Criterio que no comparte un sector doctrinal, *cfr.* (con interesante estudio del precedente republicano), Xavier BERNADÍ GIL, «Competencias ejecutivas y potestad reglamentaria», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 6, abril 2008, pp. 320-364. Mi propia opinión en Agustín RUIZ ROBLEDO, *Compendio de Derecho Constitucional*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 237-238.

relaciones entre el Estado y las Regiones (el de distribución de competencias) el artículo 21, al establecer que «el derecho del Estado español prevalece sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas en su respectivo Estatuto», atiende al momento dinámico de la relación en el cual se hace necesario afirmar una primacía con ocasión de un conflicto que es preciso decidir. Así, cuando la duda surge acerca de si una materia ha sido o no atribuida a la exclusiva competencia regional, la presunción jurídica a que en última instancia hay que apelar se muestra favorable al Estado»⁽³⁵⁾.

VI. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. La resolución ordinaria de los conflictos: el Tribunal de Garantías

El Título I de la Constitución de 1931 no señala expresamente cómo se resolverán los conflictos ordinarios entre el Estado y las regiones, pero el Título IX no dejaba lugar a dudas: el control de la legislación regional sólo podía realizarlo el Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 121). Igualmente, las disposiciones y actos administrativos regionales se sometían al control de los tribunales ordinarios, según los procedimientos legales (art. 101). Por tanto, el régimen general de la resolución de conflictos en el Estado integral era similar al de los Estados federales.

2. La inspección estatal de la ejecución autonómica de ciertas leyes estatales

Además de este régimen general, que podemos llamar de igualdad entre las dos esferas del poder político, la Constitución republicana preveía dos casos especiales en que el Gobierno central podía supervisar los actos de una región, que luego se completaron con alguna disposición estatutaria que merece la pena reseñar:

A) La ejecución de las leyes sociales «será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los Tratados Internacionales que afecten a la materia» (art. 15.1 *in fine*). En desarrollo de este artículo constitucional, los dos Estatutos que aprobaron las Cortes determinaban el procedimiento de esta inspección laboral: el Gobierno podía requerir a las autoridades regionales para que subsanasen «las deficiencias que se observen en la ejecución», pero si éstas (Generalidad en el caso catalán y el órgano ejecutivo en el País Vasco) consideraban que la reclamación era injustificada «la divergencia será sometida al fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales, de acuerdo con el artículo 121 de la Constitución» (art. 6 del Estatuto catalán y art. 11 del vasco).

(35) Sentencia de 8 de junio de 1934, fundamento 10 (*Apud.* Martín BASSOLS, *op. cit.*, p. 265).

B) Fuera del Título I, el artículo 50 regulaba la enseñanza en las regiones autónomas con lengua propia y ordenaba que «El Estado ejercerá la suprema inspección en todo el territorio nacional». Los dos Estatutos aprobados por las Cortes silenciaban esta suprema inspección educativa (art. 7 del catalán y art. 4 del vasco).

C) Lo que sí instituyeron los dos Estatutos fue una nueva inspección: la alta inspección del Estado sobre la ejecución de tratados y convenios que versaren sobre materias atribuidas total o parcialmente a la competencia regional (arts. 13 y 9, respectivamente). Pero como en el caso de la enseñanza, no se regulaba cómo podría hacerse efectiva esa inspección y, sobre todo, cuáles serían las consecuencias si el Estado concluía que una región no estaba aplicando adecuadamente la legislación estatal o los tratados. Aplicando tanto la analogía con la legislación laboral como el régimen general de las competencias, la lógica interpretativa es que, si esa era la conclusión de la inspección estatal, no le quedaría otro remedio que acudir al Tribunal de Garantías.

3. La resolución extraordinaria

El artículo 19 de la Constitución permitía que el Derecho estatal pudiera imponerse al regional incluso en materias de exclusiva competencia de éste, «cuando así lo exigiere la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República». El procedimiento para ello era muy estricto: el Tribunal de Garantías era el competente para determinar esa necesidad de armonización. Y, una vez cumplido el requisito, las Cortes por mayoría de sus dos terceras partes aprobarían mediante ley «aquellas bases a que habrán de ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas». Con este amplísimo quórum, no es de extrañar que no se aprobara ninguna ley de bases, a pesar de los conflictos que se presentaron entre el Estado y la Generalidad.

VII. LOS ENTES LOCALES

1. Visión general

Como no podía ser de otra manera, el gran tema de la «Organización territorial» del Título I fue la creación de las regiones autónomas, que alteraba radicalmente el tradicional Estado unitario liberal. Por eso, los entes locales quedaron en un segundo lugar en las preocupaciones de los políticos republicanos, primero en los debates constituyentes y luego en la legislación ordinaria. El Gobierno Provisional, que tantas normas de la Dictadura derogó o rebajó de rango, mantuvo casi íntegro el Estatuto municipal de 1924 «por exigencias de realidad»⁽³⁶⁾. La República no

(36) Artículo 4 del Decreto de 16 de junio de 1931, derogando, anulando, estimando reducidos al rango de preceptos meramente reglamentarios, y declarando subsistentes, los Reales decretos y Reales órdenes que

tuvo su propio texto legal municipal hasta cuatro años después, la Ley municipal de 31 de octubre de 1935. Esta, igualmente imbuida de realidad, dejó vigentes los distintos reglamentos de desarrollo del mamotrético y muy solvente Estatuto municipal de Calvo Sotelo. Antes, los constituyentes habían aplicado los principios del Estado democrático al ámbito local en dos artículos, el 9 y el 10 de nuestro Título I. Veámoslo con un poco de detalle.

2. La autonomía municipal

La tradicional concepción española del municipio como la primera institución política en la que se organizaba la sociedad se siguió manteniendo en el artículo 10 de la Constitución republicana, si bien por vez primera se extrae la conclusión lógica: el municipio es autónomo en «las materias de sus competencias»; aunque la Constitución no especificaba cuáles eran, remitiendo por tanto implícitamente a la legislación ordinaria. Ahora bien, ni el artículo 14 ni el 15 reservaban al Estado estas leyes municipales; por lo que los Estatutos podrían atribuírselas a sus regiones, como efectivamente hizo el artículo 10 del Estatuto catalán, aunque con una precisión: esta legislación no podrá reducir la autonomía municipal «a límites menores que los que señale la ley del Estado» (en parecidos términos, el art. 2.a.3.º del vasco).

El artículo 9 de la Constitución de 1931 sí se cuidó de garantizar, primero, que los Ayuntamientos serían elegidos por sufragio universal (que aquí significaba de todos los hombres y mujeres mayores de 23 años), igual, directo y secreto; y, después, que los alcaldes estarían legitimados democráticamente, bien porque fueran elegidos por los concejales, bien por los vecinos. La gran paradoja de esta regulación constitucional es que nunca llegó a aplicarse porque durante su vigencia solo se celebraron unas elecciones parciales en 1933 en los pequeños municipios en los que no se habían celebrado las del 14 de abril de 1931. Además, se celebraron elecciones municipales en Cataluña en 1934.

3. La provincia

La Constitución republicana no garantizaba la autonomía de la provincia con la misma contundencia que hacía con el municipio; demostrando los recelos que muchos españoles sentían hacia una institución que cuando se creó, a principios del siglo XIX, fue mucho más producto de decisiones políticas que de la decantación histórica.

Sin embargo, su regulación constitucional adquirió tal importancia que, con Pérez Serrano, podemos hablar de la «venganza de la provincia»⁽³⁷⁾: aunque había

se mencionan (*Gaceta de Madrid* núm. 168, de 17/06/1931, pp. 1.445-1.447). Sobre este Decreto y, en general, sobre toda la legislación local republicana, *vid.* Enrique ORDUÑA REBOLLO, *Historia del Municipalismo Español*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 186-192.

(37) Nicolás PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, p. 87. En la página 81 está la cita que enseguida recogeré en mi Coda final.

nacido como una creación arbitraria del legislador decimonónico, lo cierto es que a la altura de 1930 se había consolidado ya como una realidad y, por eso, la Constitución no solo la mantenía como una «mancomunidad de municipios», respetando su división ya tradicional «salvo las modificaciones que autorice la ley» (art. 10); sino que se establecía como base sobre la que constituir las regiones autónomas (art. 11); además (como ya se ha señalado) con posibilidad de volver al régimen común (art. 22). Como tantas otras disposiciones constitucionales, no hubo tiempo de aprobar la ley que debería de determinar su régimen jurídico.

4. Los entes locales en las islas

El artículo 10 de la Constitución republicana incorporó una previsión específica para resolver lo que venía siendo una «polémica intestina» (Pérez Serrano, de nuevo) entre las islas (Canarias, con posible extensión a las Baleares): cada isla podría constituir un cabildo que tendría las mismas competencias que las provincias. La redacción era tan ambigua que permitía tanto su simultaneidad con las dos diputaciones provinciales canarias, como su sustitución. Tampoco hubo ley de desarrollo que resolviera el dilema.

VIII. CODA FINAL

El mismo Pérez Serrano hizo en 1932 un buen resumen del texto constitucional republicano (de lo que se podía leer en él y de lo que estaba implícito): «Subsiste, aunque sin definirla, la Nación española, que se va hacia un autonomismo federalista; que existe por lo pronto una Región autónoma (Cataluña); que están a punto de organizar otras (Vascongadas desde luego y Galicia acaso), que quizás sigan las demás provincias sin adoptar el régimen regional; que los territorios insulares tendrán una situación *sui generis*, que lo mismo ocurrirá con las plazas de soberanía en Marruecos, que el Municipio será autónomo, y que al cabo de algunos [años] veremos cuál es en definitiva la orientación del Estado español porque la Constitución abre la puerta al porvenir en vez de reconocer el presente». Como es de sobra conocido, el golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y la posterior Guerra Civil impidieron que el Estado integral creado en la Constitución de 1931 pudiera desplegarse. Para la especulación teoría quedó, por tanto, muchos de los enigmas técnicos que presentaba. La convivencia entre españoles naufragó por razones mucho menos jurídicas, relacionadas con la incapacidad de convivir pacíficamente personas de distintas ideologías.

LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

LIABILITY RULES IN SINGLE-MEMBER COMPANIES

JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Especialista mercantil

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL ORIGEN HISTÓRICO Y EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.
 - 1. **La evolución del reconocimiento de la sociedad unipersonal.**
 - 2. **Los fundamentos dogmáticos del reconocimiento de la unipersonalidad societaria y su incorporación al Derecho español.**
- III. EL RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE – NORMAS DE ORGANIZACIÓN.
 - 1. **Formalidades en la constitución de la sociedad unipersonal.**
 - 2. **Los aspectos organizativos de la sociedad unipersonal: la junta general y el órgano de administración.**
 - 2.1. La junta general de la sociedad unipersonal.
 - 2.2. El órgano de administración en la sociedad unipersonal.
 - 2.3. Las acciones de responsabilidad del administrador en la sociedad unipersonal.
- IV. LA PROTECCIÓN DE TERCEROS EN LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.
 - 1. **La exigencia de publicidad de la unipersonalidad.**
 - 2. **Los contratos entre el socio único y la sociedad unipersonal.**
 - 2.1. Ámbito objetivo.
 - 2.2. Ámbito temporal.
 - 2.3. Las exigencias de transparencia: forma escrita, inscripción en libro, y mención en memoria.
 - 2.4. Las consecuencias del incumplimiento de las exigencias legales: inoponibilidad y responsabilidad.

2.5. La regla de la inoponibilidad a los acreedores en el concurso.

2.6. La singular acción de responsabilidad por las ventajas ilícitas.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad de un solo socio es por completo habitual en nuestro parque societario, al punto de que, según estadísticas del Registro Mercantil Central, en 2020 nada menos que el 43,62% de las sociedades de capital españolas eran sociedades unipersonales, en una línea de sostenido incremento en los últimos años. La sociedad unipersonal no supone ninguna anormalidad en el Derecho de sociedades.

Así las cosas, la justificación doctrinal de la sociedad unipersonal como forma legítima de organización de la empresa ha dejado de resultar decisiva, y los problemas se centran en determinar y precisar las especialidades de su régimen jurídico. La cuestión hoy no es la de la admisión de la sociedad de un solo socio, originaria o sobrevenida, ni su configuración dogmática. El problema es el de la determinación de las garantías adicionales, o el de la concreción de las normas especiales que desarrollan su particular régimen jurídico. En general, estas normas tienden al objetivo de la protección de terceros, al confundirse el interés social con la voluntad del socio único.

Pero, constatada esta realidad, por su relativa proximidad, sigue resultando de interés repasar los hitos de la evolución del reconocimiento de lo que hoy se concibe como un mero estado societario, y antaño constituía una realidad paradójica, en apariencia contraria a los principios básicos del orden público mercantil. También resulta de interés comprobar cómo el Derecho español contemplaba desde el silencio legislativo la polémica surgida en otros ordenamientos del entorno, que mantenían posturas diametralmente opuestas, –su prohibición, en las legislaciones de origen latino, frente a la permisividad de los ordenamientos de tradición germánica–, y que cristalizaron en normas comunitarias que fueron sentando las bases para aproximarse con normalidad al fenómeno.

Este interés viene justificado por la necesidad de comprobar si las normas introducidas por la LSRL, y conservadas casi intactas en la LSC, satisfacen adecuadamente aquellos objetivos, y si los preceptos del Derecho positivo que configuran el régimen especial de la sociedad unipersonal son interpretados correctamente y de una manera eficaz. Nótese, además, que en la sociedad unipersonal concurre la paradoja de constituir el instrumento de acceso a la limitación de responsabilidad para el empresario individual, al tiempo que desempeña el papel de articular la organización de los grandes grupos internacionales.

Adelantamos la conclusión de que estas normas de protección de terceros, en el estado actual de nuestra legislación, son insuficientes, imprecisas y, en algunos casos, redundantes.

II. EL ORIGEN HISTÓRICO Y EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

1. La evolución del reconocimiento de la sociedad unipersonal

El debate⁽¹⁾ sobre la admisión del fenómeno de la unipersonalidad societaria, –al menos en la forma de la sociedad devenida unipersonal, por la concentración de todas las participaciones en un solo socio–, comenzó en la segunda mitad del siglo XX, con el enfrentamiento entre dos modelos: el germánico, proclive a su reconocimiento, y los sistemas latinos como polo opuesto, con especial protagonismo del Derecho francés⁽²⁾. No obstante, la constitución originaria de una sociedad de capital con exclusiva participación de un ente público resultaba generalmente admitida en todos los ordenamientos.

El reconocimiento de la unipersonalidad fue ligado a la visión cada vez más tolerante respecto de la admisión en el tráfico de las sociedades de favor, (con pluralidad de socios ficticia), una vez más con la destacada excepción del Derecho francés que, al menos hasta los años treinta del pasado siglo, las combatía con las técnicas de la simulación contractual y del levantamiento del velo. En buena medida, la excepcionalidad del fenómeno justificaba la inexistencia en las legislaciones de una prohibición expresa de la unipersonalidad societaria, pero el disfavor del legislador se mostraba a través de instrumentos indirectos, bien fuera legitimando a la sociedad, al socio o a los terceros, para promover su disolución cuando las participaciones se hubieran concentrado en un solo socio, (sistema francés), o bien, (sistema italiano), imponiendo al socio devenido único un particular sistema de responsabilidad por las deudas sociales⁽³⁾.

El *Código Civile* italiano de 1942, (arts. 2362 y 2497), fue pionero, –luego lo haría el Reino Unido, con la *Companies Act* de 1948, secc. 31–, al establecer la

(1) ALONSO UREBA, A. *La sociedad unipersonal*, en *La Reforma del Derecho español de Sociedades de Capital*, ALONSO UREBA, CHICO ORTIZ, y LUCAS FERNÁNDEZ, (Coords.), Civitas, Madrid, 1987, pp. 217-280.

(2) Sobre la evolución del desarrollo doctrinal y legislativo de la sociedad unipersonal, puede verse: CARBAJO CASCÓN, F. *La sociedad de capital unipersonal*, Aranzadi, 2002.

(3) La admisión generalizada de la sociedad unipersonal ha incidido en el reconocimiento de las sociedades de favor. Si bien históricamente ambas figuras han caminado de la mano, –para justificar su prohibición y en su evolución posterior hacia su admisión más o menos plena–, el hecho del reconocimiento legislativo expreso y la existencia de normas especiales en la sociedad unipersonal, –expresamente incluidas en el Derecho europeo, con la 12.^a Directiva–, obliga a interrogarse sobre la exigencia de que estas mismas cautelas, o similares, se adopten en las sociedades de favor, ante la insuficiencia de la causa de nulidad y del expediente de la nulidad societaria, previsto en el art. 56.1, a) LSC. El hecho de la admisión de sociedades limitadas de función sucesiva refuerza la exigencia de que se adopten cautelas especiales para garantizar la integridad del capital en la SU, al modo que lo hace el Derecho italiano, por ejemplo, al exigir el desembolso íntegro de las aportaciones dinerarias en el momento de la constitución, y si es devenida unipersonal, en un plazo no superior a 90 días, v. arts. 2342, 2464, del Codice.

responsabilidad del socio único en los supuestos de unipersonalidad sobrevenida, imponiéndole una responsabilidad ilimitada por las obligaciones surgidas durante el tiempo en que el permaneció la unipersonalidad; el sistema, empero, sólo se activaba en el caso de que la sociedad deviniera insolvente. La medida, –auspiciada por VIVANTE, como recuerda ALONSO UREBA⁽⁴⁾–, fue criticada por inflexible, desde posiciones que postulaban simplemente el establecimiento de medidas de publicidad frente a terceros. La interpretación doctrinal de la regla también relajó su rigor, al asumirse, de forma casi generalizada, que se trataba de una forma de responsabilidad subsidiaria del socio, con exclusión de toda responsabilidad solidaria. También se entendió, en general interpretación, que la insolvencia, conformada como presupuesto para el nacimiento del deber legal, no tenía que ser judicialmente declarada, bastando que se probara la insuficiencia patrimonial o el sobreseimiento en los pagos. La responsabilidad subsidiaria del socio único por las obligaciones contraídas durante la unipersonalidad, subsistía aunque se recuperase la pluripersonalidad, o aunque el socio único dejara de serlo. También se consideró que esta norma de responsabilidad no resultaba aplicable a los casos de sociedades de favor.

La desconfianza de los sistemas latinos hacia la sociedad unipersonalidad corría paralela al rechazo frente a la sociedad de favor, fenómeno considerado patológico desde su visión como una creación artificial fraudulenta, buscada para disimular el ejercicio de actividades empresariales por el empresario individual. En estos casos, la doctrina francesa negaba la presencia de la *affectio societatis*, con la consecuencia del reconocimiento de una legitimación pública para el ejercicio de la acción de nulidad, por simulación del contrato fundacional. El polo opuesto a estas doctrinas lo protagonizó el Derecho alemán, que ya desde finales del siglo XIX, –así como otros sistemas bajo su influencia, como el austríaco o el holandés–, fue proclive al reconocimiento y a la admisión de la sociedad devenida unipersonal y a las sociedades de favor⁽⁵⁾.

La evolución posterior del problema es conocida. La doctrina permisiva y la doctrina contraria a su admisión confluirán a partir de los años 60, con el reconocimiento generalizado de la sociedad unipersonal, incluso de forma originaria. Suele citarse en este lugar la pionera ley alemana de 1969, (*UmwG*, arts. 50 y ss.), y sobre todo la reforma de la legislación de sociedades de responsabilidad limitada, con la *GmbHG*, 1980, hito al que siguió la ley francesa de 1985⁽⁶⁾.

El desarrollo del Derecho Comunitario fue coetáneo, –y en buena medida asumió la función de catalizador–, con los últimos pasos de esta evolución. Como observa QUIJANO⁽⁷⁾, los principios fundacionales de las Comunidades Europeas abocaban

(4) ALONSO UREBA, A. *op. cit.*, p. 233.

(5) ALONSO UREBA, A. *op. cit.*, pp. 227 y ss.

(6) CARBAJO CASCÓN, F. *op. cit.* Pp. 66 y ss.

(7) QUIJANO GONZÁLEZ, J. La armonización del derecho de sociedades en la Unión Europea: antecedentes y novedades, revista DECONOMÍ, año III, n.º 1, disponible en: efaidnbmnmbnibpcajpcglclefindmkaj/

casi naturalmente a la intervención armonizadora en el Derecho de sociedades, como instrumento destinado a la facilitación del intercambio económico y la libre circulación de bienes, capitales y servicios. La Segunda Directiva, (77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976), –entendida como la piedra angular del Derecho de sociedades europeo en esta fase de desarrollo inicial–, excluyó que la consecuencia de la unipersonalidad sobrevinida fuera la disolución de pleno derecho de la sociedad. No obstante, hubo que esperar a la última de las directivas de esta primera fase de armonización del Derecho de sociedades comunitario, para encontrar el reconocimiento expreso de la sociedad de responsabilidad limitada de un solo socio, originaria o sobrevinida, con la Duodécima Directiva, (89/667/CEE, de 21 de diciembre de 1989⁽⁸⁾). La Directiva vino guiada por el propósito de facilitar la creación de instrumentos jurídicos que permitieran limitar la responsabilidad del empresario individual, pero también asumía que la unipersonalidad podría servir como instrumento de organización de grupos. La norma comunitaria identificó los tres sectores que precisaban de especial regulación: prevenir los riesgos de la unipersonalidad en la integridad del capital social, garantizar la existencia de publicidad suficiente, y asegurar la transparencia de los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad⁽⁹⁾.

2. Los fundamentos dogmáticos del reconocimiento de la unipersonalidad societaria y su incorporación al Derecho español

Debe reconocerse a la RDGRN de 21.6.1990, (BOE 14.8.1990), el mérito de haber marcado el camino para la admisión en nuestro Derecho de la sociedad unipersonal, con un carácter *praeter legem*, a pesar del elocuente silencio del legislador. El Centro Directivo siguió la opinión, –claramente minoritaria por entonces–, de un sector de la doctrina, que interpretaba que el silencio legislativo era expresión del alineamiento del Derecho español con la postura más permisiva, propia de la legislación alemana. La resolución salió al paso de los argumentos de la nota de calificación negativa del registrador, que eran los tradicionales para negar virtualidad a la sociedad de un solo socio: a) su incompatibilidad intrínseca con el concepto de sociedad; b) la falta de justificación del reconocimiento de una personalidad jurídica separada del socio único; y c) la contradicción con el principio de responsabilidad patrimonial universal de la creación artificial de un patrimonio separado.

La incompatibilidad ontológica entre sociedad y unipersonalidad, anclada en la concepción contractualista del fenómeno societario, tan solo puede predicarse de las sociedades de personas. Modernamente se entiende que en la sociedad de capital el contrato social tiene un fin organizativo, no obligacional, destinado a

viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fpublicaciones%2Frevista-deonomi%2Farticulos%2FEd-0006-N03-QUIJANO.pdf&clen=309929&chunk=true.

(8) En la actualidad, sustituida por la Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único.

(9) CARBAJO CASCÓN, F. *op. cit.* pp. 75-82.

regular las relaciones entre los socios y la sociedad, y a normar su funcionamiento; ello explica que el contrato dé nacimiento a un ente independiente de las vicisitudes de sus miembros, y que la sociedad no deba disolverse por la reunión de todas sus participaciones en una sola mano. Por ello el reconocimiento de personalidad jurídica no va ligado, ni a la presencia originaria de un contrato, ni a la pluralidad de socios: la personalidad jurídica es un atributo del ente válidamente constituido, un instrumento técnico creado por el Derecho para lograr la autonomía jurídica de un patrimonio, independiente de la personalidad de sus miembros. Por tal razón, el patrimonio personificado tiene la virtualidad de subsistir aunque los socios queden reducidos a la unidad.

Tampoco existe contradicción entre el fenómeno de la unipersonalidad societaria y el principio estructural de la responsabilidad patrimonial universal, consagrado con carácter general en el artículo 1911 del Código Civil. Este principio se asume como no incompatible con el reconocimiento de la limitación de responsabilidad de los patrimonios con personalidad jurídica, cuya justificación está en que se dote a determinadas masas de bienes y derechos de autonomía patrimonial suficiente para garantizar sus relaciones con terceros, constituyéndose un fondo de responsabilidad adecuado en relación con los fines de la organización. El artículo 1911 del Código Civil lo que prohíbe es la separación patrimonial al margen de las vías jurídicas legales, pero ninguna norma positiva impone el establecimiento de una responsabilidad universal para el socio único de una sociedad de capital.

Y sobre estas objeciones, el fundamento del reconocimiento de la sociedad unipersonal fue anticipado por el Centro Directivo con el argumento de la presencia de una «razón práctica» de doble dirección, coincidente con la que inspiró la norma comunitaria: la de permitir al empresario individual concurrir al mercado en igualdad de condiciones, y facilitar la transmisión *mortis causa* de su patrimonio, así como permitir a los grupos de sociedades organizarse, con el efecto adicional de facilitar la transmisión de unidades empresariales.

Esta visión pragmática de una realidad que debía asumir el Derecho es hoy una simple constatación de la dualidad de fines a las que atiende la sociedad de un solo socio: instrumento de facilitación de la organización de grupos y de la intervención en el tráfico del empresario individual. Si bien el fundamento dogmático más sólido para el reconocimiento de la unipersonalidad societaria vino ligado a su relación como forma de organización de la gran empresa, –ligado a su admisión en el ámbito de la sociedad anónima y, en particular, de la sociedad cotizada–, su reconocimiento legislativo se inició con la contemplación de la realidad más modesta de facilitar al empresario persona física su participación en tráfico. Esta última finalidad, ya plenamente reconocida la unipersonalidad como un mero «estado societario»⁽¹⁰⁾, ha contado con otros instrumentos complementarios, como ha sucedido con la Ley

(10) ALFARO, J. *El Derecho de Sociedades y la sociedad unipersonal, I y II*, en el blog Almacén de Derecho, 21 septiembre de 2017; disponible en: <https://almacendederecho.org/derecho-sociedades-la-sociedad-unipersonal-i>.

14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, reguladora de la figura del «*emprendedor de responsabilidad limitada*» en cualquier ramo de actividad⁽¹¹⁾.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE. NORMAS DE ORGANIZACIÓN

Como hemos anticipado, descartado el problema de su fundamentación dogmática, la cuestión principal del «*estado societario*» unipersonal está en la concreta regulación de los aspectos que pueden comprometer los intereses de terceros: la integridad de las aportaciones, la garantía del desembolso mínimo, el sistema de responsabilidad durante el proceso fundacional, la conveniencia de establecer normas especiales sobre integración y vinculación del patrimonio social, y sobre todo, la regulación del problema de la autocontratación, especialmente cuando el socio es administrador, lo que intensifica la exigencia de protección de los acreedores. Paralelamente, la existencia de un solo socio obliga a una tarea de depuración de los aspectos organizativos en la sociedad unipersonal. En suma, el reconocimiento de la unipersonalidad como una situación de normalidad societaria descarta la necesidad de dotarla de un régimen jurídico autónomo frente al resto de sociedades de capital, pero la singularidad de la presencia de un solo socio obliga necesariamente a una tarea de depuración de la aplicación del régimen societario común, ante la evidencia de la inaplicación de las normas que se basan en la existencia de una pluralidad de socios, en particular las que regulan la formación de la voluntad del ente. Este régimen jurídico exorbitante se contiene en los artículos 12 a 14 LSC, que conforman el capítulo III del Título I, dedicado a las «*Disposiciones Generales*» sobre las sociedades de capital.

1. Formalidades en la constitución de la sociedad unipersonal

El artículo 12 LSC sintetiza el criterio «*formal*» de la sociedad unipersonal, a través del reconocimiento expreso de las dos formas del «*estado*» de la unipersonalidad societaria: la constitución originaria por un solo socio, persona física o jurídica, y la unipersonalidad sobrevenida, con la precisión de que la reunión de todas las participaciones o acciones en la propiedad de un solo socio se produce también aunque aquéllas pertenezcan a la sociedad. Frente al tenor literal de la ley, no se trata de dos «*clases*» de sociedades unipersonales: el régimen jurídico es el mismo, si bien tan

(11) La figura no ha recibido el favor de su implantación en la realidad práctica. En realidad, la ley, más que permitir la creación de un patrimonio de afectación separado, se limita a excluir del ámbito de la responsabilidad universal del art. 1911 a la vivienda habitual del empresario, y además, bajo ciertas condiciones de índole cuantitativa, sin llegar a establecer una clara separación de patrimonios con la constitución de un patrimonio de afectación, modalidad que tan solo permite la constitución de una persona jurídica societaria.

sólo la falta de publicidad de la declaración de unipersonalidad sobrevenida acarreará la responsabilidad solidaria del socio.

Las normas generales reguladoras de la constitución de las sociedades de capital, (Título II LSC), son aplicables también a la unipersonalidad originaria. La constitución de una sociedad unipersonal no demanda especialidad alguna en la redacción de los estatutos sociales, ni tampoco en la redacción de la escritura de constitución, más allá de la obvia constatación de la innecesariedad de la inclusión de normas de organización interna. Expresamente prevé el artículo 22 LSC la obligatoria mención del socio único, aunque convenga advertir de la utilidad de la previsión de la hipótesis de la conversión futura de la sociedad en pluripersonal, con inclusión de normas sobre forma de adoptar acuerdos órganos colegiados, (art. 23, f). Adviértase de que la falta de concurrencia en el acto constitutivo de la voluntad efectiva del socio único fundador determina la nulidad de la sociedad, (art. 56.1.a) LSC).

No existen dificultades para la aplicación a la sociedad unipersonal de las normas de la sociedad en formación⁽¹²⁾, (arts. 36 a 38 LSC), aunque no pueda decirse lo mismo respecto de la regulación positiva del fenómeno de la sociedad devenida irregular. No parece posible aplicar las normas de la sociedad civil o de la sociedad colectiva al socio único que no inscribe la sociedad, (art. 39 LSC), pues en tal caso la responsabilidad del socio único que deja transcurrir un año desde el otorgamiento de la escritura sin solicitar la inscripción registral sería más leve que la prevista específicamente para el supuesto del socio único que incumple la norma de publicidad de la pluripersonalidad, (art. 14 LSC), lo que carece de sentido. Además, dogmáticamente, aplicar al socio único las normas de responsabilidad del socio en la colectiva, cuando no puede haber sociedad de personas unipersonal, tampoco resulta correcto. Por esta razón, la responsabilidad del socio único que no inscribe debe ser ilimitada y directa⁽¹³⁾, pero no por razón de una aplicación analógica del artículo 14 LSC, sino porque en tal caso no existe separación de patrimonios efectiva, y el socio único responderá por igual frente a sus acreedores o frente a los acreedores sociales.

La única especialidad de la constitución originaria de la sociedad unipersonal está en la constatación de que en su origen no existe un contrato plurilateral, sino un acto jurídico fundacional, circunstancia de la que no se extraen más consecuencias jurídicas que las ya mencionadas sobre la exclusión de las normas de organización plurisubjetiva.

La sociedad devenida unipersonal siempre fue mirada con menos suspicacia que la unipersonalidad originaria, pese a que tradicionalmente se entendiera como una situación transitoria. La unipersonalidad surge cuando todas las acciones o participaciones pasen a ser «*propiedad*» de un solo socio. Por esta razón, los fenómenos en los

(12) CARBAJO CASCÓN, F. *op. cit.* Pp. 338 y ss. Para la sociedad unipersonal irregular, pueden verse págs. 354 y ss.

(13) RONCERO SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 12 LSC, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, GARCÍA-CRUCES y SANCHO GARGALLO, (directores), Tirant lo Blanch, 2021. Pp. 479 y ss.

que se produce una disociación entre la propiedad y la titularidad en el ejercicio de los derechos del socio único se resuelven en favor del criterio dominical, (casos del usufructo, o de la prenda de acciones o participaciones, por ejemplo), y la sociedad será considerada unipersonal. La unipersonalidad va ligada al reconocimiento de la personalidad del socio único, por lo que no puede existir en los casos de simple pluralidad subjetiva, sin reconocimiento legal de personalidad jurídica independiente, (es el caso de las comunidades de bienes, u otras formas de comunidad).

2. Los aspectos organizativos de la sociedad unipersonal: la junta general y el órgano de administración

La unipersonalidad societaria es un estado más o menos permanente, no una clase autónoma de sociedad de capital. Esta circunstancia, que implica la ausencia de un régimen jurídico específico, determina la aplicación en bloque de todas las normas de la LSC, con excepción de aquéllas que resulten incompatibles con la presencia de un solo socio, o lo que es lo mismo, de las normas que tienen como presupuesto su pluralidad. Pero la personificación jurídica del patrimonio separado obliga al establecimiento de normas mínimas de organización que regulen la forma de representar al ente en su actuación frente a terceros. Por esta razón, en la sociedad unipersonal debe existir también la típica dualidad orgánica entre la junta general y el órgano de administración, como titular del poder de gestión, externa, (ejecución de las decisiones adoptadas por el socio único), e interna, (gestión del contrato social). También pueden los estatutos prever la creación de órganos facultativos, como sucede con todas las sociedades de capital.

2.1. La junta general de la sociedad unipersonal

La normalidad del fenómeno de la unipersonalidad justifica que las normas societarias no contengan especialidad alguna sobre la regulación de los órganos sociales, más allá de una previsión general de que «*en la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general*», (art. 15 LSC), coincidente con la prevista en el artículo 4.1 de la Duodécima Directiva. Con ello quiere decirse que existe un haz de competencias específicas del órgano social que no pueden venir atribuidas al órgano de administración. Pero ello no deja de constituir una ficción, pues es evidente que la junta no opera como órgano deliberante y decisor, y que las decisiones de esta supuesta «*junta*» no son más que la expresión de la voluntad del socio único. Tampoco las normas sobre convocatoria, quórum, formación de la mesa, etc. pueden tener aplicación alguna, razón por la que suele entenderse que la junta de la sociedad unipersonal es siempre una junta universal.

Esta última conclusión, –que la junta de la sociedad unipersonal debe ser tenida como una junta universal–, no es segura. Aunque en la práctica suelen formalizarse de tal modo las actas con las decisiones del socio único, no deja de constituir una

forzada ficción, una artificiosidad innecesaria para dejar de lado un conjunto normativo pensado para una realidad diferente, y ello genera algunos problemas en relación con normas específicas que exigen la presencia de terceros para la válida adopción de acuerdos, (por ejemplo, la regla que exige la presencia del administrador concursal en caso de concurso para la validez de la constitución de la junta, –art. 127.2 TRLC–, o la que impone un deber específico de presencia de los administradores sociales, art. 180 LSC). Por este motivo resulta preferible entender que el socio único ejerce las funciones de la junta general con su sola decisión, que podrá adoptar en cualquier momento o lugar, y que, eso sí, deberá formalizarse en acta, como elemental requisito para asegurar su autenticidad, (art. 15.2 LSC). Nótese que la ley no exige acta notarial, ni siquiera para las decisiones de mayor trascendencia, pero la forma de la escritura pública será necesaria para la inscripción registral, en su caso. La especificación de la forma del «acta» supone la aplicación en bloque de la normativa que regula la llevanza y legalización del libro de actas, (art. 26.1 CCom, art. 18.1 de la Ley 14/2013), así como de la doctrina interpretativa del acta como forma no *ad substantiam*, sino *ad probationem*.

Los acuerdos del socio único, –expresados por sí o por medio de representante, que también podrá adoptar el acuerdo si comprendido dentro del ámbito de la representación–, podrán impugnarse con arreglo a las normas generales, con la relevante matización de la exclusión del interés social como motivo de impugnación, (art. 204.1 LSC), pues el interés social no es distinto del interés del socio único. El interés social no es el interés objetivo de la empresa, sino el interés de los socios, y si ésta es la pauta para determinar si el acuerdo social es impugnabile, es obvio que si la voluntad del socio define el interés social no puede haber una causa autónoma de impugnación del acuerdo por un tercero en la sociedad unipersonal. Al menos así eran las cosas hasta la reforma del artículo 225.1 por la Ley 5/2021, de 12 de abril, que impone a los administradores el deber de subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa. En otro lugar hemos defendido la irrelevancia práctica de esta regla en el ámbito del Derecho de sociedades⁽¹⁴⁾, pero su inaplicación a la sociedad unipersonal nos parece todavía más evidente.

2.2. *El órgano de administración en la sociedad unipersonal*

No existen especialidades en relación con la forma de administrar la sociedad unipersonal. La presencia obligatoria de un órgano de administración determina la aplicación en bloque del régimen jurídico propio de éste, previsto en el Título VI de la LSC. Por esta razón, el órgano de administración puede adoptar cualquiera de las modalidades previstas en el art. 210 LSC.

(14) PÉREZ BENÍTEZ, J. J. *La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva*, Almacén de Derecho, mayo 2021. Disponible en: <https://almacendederecho.org/la-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-en-el-contexto-de-la-reestructuracion-preventiva>.

La frecuencia con que el propio socio asume las funciones de administración no desnaturaliza la existencia y el régimen jurídico del órgano de administración de la sociedad unipersonal. No debe verse en ello un fenómeno fraudulento o irregular, que justifique la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, tanto más cuanto que suele ser la opción seguida en los casos en que el empresario individual decida ejercer a través de un ente personificado su actividad.

Los principales problemas que plantea el funcionamiento del órgano de administración en la sociedad unipersonal son básicamente los dos siguientes: de un lado, la anómala previsión del art. 15.2 LSC, que atribuye la ejecución de las decisiones del socio único, –como decisiones de la junta general–, a los administradores o «*al propio socio*»; y de otro, la pervivencia en este ámbito del deber de lealtad de los administradores sociales, previsto en los arts. 227 y ss. LSC.

La primera cuestión plantea un problema de delimitación de competencias entre el socio único y el órgano de administración, en particular en los casos en los que éste venga desempeñado por personas, –físicas o jurídicas–, diferentes. La interpretación literal del precepto conduce al absurdo de entender que el socio único puede ejecutar sus decisiones, –que son decisiones de la sociedad–, por propia voluntad, al margen o en paralelo, a la actuación de los administradores. La intención de la norma parece tener la explicación de facilitar la inscripción en el Registro Mercantil de las decisiones del socio único, antes de la reforma operada en el RRMer, (*vid.* art. 109.3); el precepto, en consecuencia, debe entenderse, a mi ver, corregido en el sentido de que la ejecución de las decisiones del socio único únicamente se ejecutarán por éste cuando sea el socio único quien asuma las funciones de administrador, (o cuando tenga atribuido poder suficiente por el órgano de administración).

La segunda cuestión complementa los problemas sobre la existencia de un deber de lealtad entre el socio único y la sociedad. Cuando es el propio socio único el que asume las funciones de administrador único, la relación fiduciaria desaparece, y con ella la configuración del deber de lealtad en sentido propio. Basta para comprobar esta afirmación con constatar la irrelevancia del sistema legal ideado para garantizar la lealtad, en particular el régimen de dispensa previsto en el art. 230. Las normas reguladoras del deber de lealtad, que garantizan el deber de fidelidad de quien gestiona intereses ajenos, y que toman en cuenta la asunción por el administrador de poderes discrecionales, buscan evitar la anteponición de los intereses propios del administrador a los intereses de la sociedad, riesgo inexistente en el caso del socio único-administrador. Así lo afirmó el TS en su sentencia 693/2017, de 20 de diciembre, que califica como incorrección la fundamentación de la Audiencia Provincial en el marco de una acción de calificación concursal. La Audiencia había basado la condena, con fundamento en la cláusula general del anterior art. 164.1 LC, en el incumplimiento por el administrador social, (persona jurídica), de una sociedad unipersonal del deber de lealtad. El TS mantiene la calificación culpable sobre la base del perjuicio causado a los acreedores sociales, y sostiene que apreciar la existencia de deberes fiduciarios, o la aplicación de las normas sobre el deber de lealtad, en el marco de

una sociedad unipersonal cuando la sociedad matriz del grupo es la socia única y la administradora, resulta «*problemático*»⁽¹⁵⁾.

Por el contrario, no existen especialidades en relación con el deber de diligencia del administrador, que permanece en toda su vigencia, tanto si el socio único asume la administración, como si opta por designar a un administrador ajeno, persona física o jurídica, con las particularidades a que se ha hecho referencia más arriba.

2.3. *Las acciones de responsabilidad del administrador en la sociedad unipersonal*

En consecuencia, si no existe un deber específico de lealtad del socio único a la sociedad, debe entenderse también modificado el régimen jurídico de las acciones tendentes a la exigencia de responsabilidad al administrador, cuando es el socio el que asume esta función. Ello supone una importante singularidad en el tratamiento de esta clase de acciones, tanto más cuanto que la reforma operada por la Ley 31/2014 en la LSC modificó de forma profunda las consecuencias procesales de la infracción de la lealtad, en materia de legitimación (239.1), y en sus consecuencias (arts. 227.2, y 232).

La ausencia del elemento de la alteridad impide también apreciar la existencia de conflictos de interés entre el socio y la sociedad y, en consecuencia, la aplicación del régimen jurídico del art. 190 LSC. No existe un deber de lealtad del socio en la sociedad unipersonal. El interés social (que no puede confundirse con el «*interés de la empresa*») se identifica, para el Derecho de sociedades⁽¹⁶⁾, con la suma de intereses particulares de todos los socios⁽¹⁷⁾. Por esta razón se dice que el interés social lo definen los socios con eficacia constitutiva con la adopción de acuerdos en la junta general. Este marco resulta inaplicable en el ámbito de la sociedad unipersonal, donde la voluntad del socio único vale como acuerdo de la junta. Además, es obvio que el sistema instaurado en el art. 190 para disciplinar los conflictos de interés

(15) EMBID, J. M. y SALA A. *La sociedad unipersonal, el deber de lealtad del administrador único y la calificación concursal con condena por el déficit*. Revista de Derecho Mercantil, n.º 309, Julio-Septiembre 2018. Los autores apuntan a que, si bien la sociedad unipersonal ha contado en la doctrina con meritorios estudios, «*el tratamiento concreto de las múltiples vicisitudes que, tanto en el plano funcional como estructural, le pudieran afectar ha quedado sin atender*».

(16) PÉREZ BENÍTEZ, J. J. El papel del administrador desde la perspectiva de los conflictos societarios. Los deberes de los administradores. En ORTEGA BURGOS, (Dir.) *Tratado de Conflictos Societarios*, Tirant lo Blanch, 2019. Pp. 323 y ss.

(17) La cuestión de la definición del interés social tiene una relevancia capital a estos efectos. Si, como defendemos, éste se identifica con el interés de los socios, no cabe hablar de conflicto de interés socio-sociedad en la sociedad unipersonal. Pero si se opta por concepciones abiertas, que identifican un interés superior de la empresa a su supervivencia o su continuidad, o por concepciones institucionalistas del interés social, -como interés superior al de los socios-, se abre la puerta a la posibilidad de apreciar tanto conflictos de interés socio unipersonal-sociedad, como también la existencia de un deber de lealtad del socio único-administrador. Desde luego, la reciente reforma del art. 225.1 LSC, por la Ley 5/2021, de 12 de abril no constituye un paso en la buena dirección.

socio-sociedad no resulta aplicable, pues no cabe privar al socio único del derecho de voto, lo que significaría pura y simplemente la prohibición absoluta de la adopción de acuerdos; y tampoco cabría aplicar el régimen del apartado 3 del precepto.

La *acción individual de responsabilidad*, prevista, (como norma de remisión), en el artículo 241 LSC, habrá de fundarse en el incumplimiento del deber de diligencia en el caso de que el socio único asuma la administración, y su actuación cause daño a terceros. Nótese, no obstante, que su fundamento no está en la existencia de un deber fiduciario de diligencia entre el administrador y la sociedad, sino que se confunde dentro del régimen general de la responsabilidad extracontractual: no hay razón para buscar en estos casos la presencia de un específico «*ilícito orgánico*», del que habla la jurisprudencia. Por esta razón, si el socio único asume la administración, no hay lugar para la aplicación de la regla de la *business judgement*, del artículo 226.

La *acción de responsabilidad por deudas* también permanece vigente (art. 367 LSC), pero su régimen jurídico presentará singularidades, pues es evidente que no pueden computar los plazos de convocatoria de la junta previstos con carácter general. El administrador de la sociedad unipersonal conserva el deber de instar la disolución en los casos previstos en el artículo 363 LSC, a cuyo efecto deberá requerir al socio único en el plazo de dos meses la adopción del correspondiente acuerdo, lo que sustituirá al acto de la convocatoria formal, (deber primario), y ante la ausencia de decisión del socio único válidamente requerido, el administrador deberá promover la disolución judicial en un nuevo plazo de dos meses. Si se incumple cualquiera de los dos plazos, surgirá la responsabilidad del administrador por las obligaciones sociales contraídas con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución.

El ejercicio de la *acción social* también experimenta una notable modificación. Como se dijo, ya no servirá en su función de vehículo idóneo para la exigencia del deber de lealtad cuando el socio desempeñe la administración, al faltar la relación fiduciaria, exigente de alteridad. Carecerán de aplicación, como es evidente, las normas de legitimación de la minoría, (art. 239 LSC), aunque permanezca la legitimación de los acreedores. La acción social solapa su contenido con la norma especial del art. 16 LSC para el caso de la obtención de ventajas por el socio único a costa de la sociedad, a la que se hará referencia más adelante⁽¹⁸⁾.

En todos los casos, desde el plano subjetivo, no resultará insólito la extensión del título de imputación al socio único en los casos en los que pueda ser calificado como administrador de hecho, al concurrir la hipótesis del art. 236.3 LSC.

Finalmente, la *responsabilidad por el déficit concursal* de los administradores sociales como personas afectadas por la calificación, (art. 456 TRLC), tampoco ha de presentar especialidades, como expresa la sentencia anteriormente citada, (STS 693/2017). La aplicación de la regla será general, tanto en el caso en el que la función de administrador de la sociedad unipersonal haya sido encomendada a un

(18) LATORRE, N. *Las acciones de responsabilidad contra los administradores en la sociedad unipersonal, comentario a la STS de 11 de septiembre de 2018*, Revista de Derecho Mercantil, n.º 312/2019, Civitas.

tercero, como en el caso en que venga también asumida por el socio único, ante la evidencia de la posibilidad de identificar al socio único como persona afectada, en su condición de administrador de hecho.

Puede, por último, apuntarse como regla general aplicable también al régimen jurídico de la sociedad unipersonal, que el tercero que se considere perjudicado podrá ejercitar contra el socio único, o contra el administrador, la *acción de levantamiento del velo*, en el caso de que la constitución de la sociedad o el empleo de la personalidad jurídica se haya utilizado de forma fraudulenta⁽¹⁹⁾.

IV. LA PROTECCIÓN DE TERCEROS EN LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

La protección de los terceros inspira el régimen especial de la sociedad unipersonal, que se conforma por dos grupos de normas: las que exigen publicar la situación de unipersonalidad, y las que regulan el fenómeno de la contratación del socio único con la sociedad; en ambos casos se establecen las consecuencias del incumplimiento de las prescripciones legales. A diferencia de otros ordenamientos, no hay normas especiales en el Derecho español de protección de la integridad del capital social en la sociedad unipersonal. Asumida la normalidad de la sociedad unipersonal, se admite que no existe más riesgo en contratar con una unipersonal que con cualquier otra sociedad de capital, pero siempre que se dé publicidad a la presencia de un único socio.

1. La exigencia de publicidad de la unipersonalidad

La Duodécima Directiva preveía en su artículo 3 la exigencia de publicidad de la unipersonalidad sobrevenida. La LSRL fue más lejos y exigió el otorgamiento de escritura pública, y posterior inscripción en el Registro Mercantil, para la constitución originaria, –lo que no constituye ninguna novedad en relación con el régimen general de la constitución de las sociedades de capital–, así como para la constancia de la unipersonalidad sobrevenida⁽²⁰⁾; también se exige la escritura pública para hacer constar el cambio de socio único y para la pérdida de la unipersonalidad, (art. 13.1 LSC). Y no considerándose suficiente la publicidad registral, el legislador español exigió que la unipersonalidad se hiciera pública también en la documentación mercantil, («*en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria*», art.

(19) Al menos, esta es la opinión tradicional, que ha dejado huella en la jurisprudencia. Con todo, se trata de una opción dudosa, desde la consideración formalista de la sociedad unipersonal como un mero estado societario. Vid. CARBAJO CASCÓN, F. *op. cit.* pp. 197 y ss.

(20) La descripción legal del supuesto de hecho no puede ser más imprecisa, cuando se hace referencia al cambio de socio único a consecuencia de «*haberse transmitido alguna o todas las participaciones o todas las acciones ...*».

13.2), norma sin parangón en las legislaciones del entorno, y que carece de sentido en el caso en el que se prevea que la unipersonalidad presentará un carácter transitorio.

A la hora de establecer las sanciones por el incumplimiento del régimen legal, el artículo 14 tan sólo anuda consecuencias al incumplimiento de las normas de publicidad de la unipersonalidad sobrevenida⁽²¹⁾, estableciéndose la responsabilidad solidaria del socio único por las deudas sociales contraídas durante la unipersonalidad no inscrita. De ahí se sigue que la única publicidad relevante es la prevista para la unipersonalidad sobrevenida, para lo que ley exige que se inscriba una «*declaración de tal situación*»⁽²²⁾ con la formalidad de la escritura pública que, si bien en puridad debería ser otorgada por el órgano de administración, nada debería impedir su otorgamiento por el socio único, sobre cuya cabeza se establecen las consecuencias del incumplimiento⁽²³⁾.

La responsabilidad solidaria del socio único, que verá vinculado su patrimonio como patrimonio de refuerzo de las deudas de la sociedad, –al margen de que ésta sea o no solvente–, se produce *ex lege* por la doble exigencia del acto omisivo de la inscripción en el Registro Mercantil, y el requisito temporal del transcurso de un período de seis meses «*desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal*». En el momento en el que se cese en el incumplimiento, con la inscripción de la unipersonalidad, cesa la responsabilidad por las deudas contraídas con posterioridad, (art. 14.2), lo que significa que permanece la responsabilidad solidaria por las contraídas antes. Lo que se sanciona es la falta de publicidad registral, no la falta de otorgamiento de la escritura; si ésta se otorga, pero no se inscribe en seis meses, surge la responsabilidad. Nótese que el supuesto de hecho de la norma es la conversión de sociedad pluripersonal en unipersonal sin publicidad registral, no el cambio de socio único o la pérdida del carácter unipersonal. La medida, criticada por un sector de la doctrina⁽²⁴⁾, presenta escasa virtualidad práctica, dada la dificultad de que los terceros conozcan la identidad del socio único.

2. Los contratos entre el socio único y la sociedad unipersonal

La potencial confusión patrimonial entre el socio único y la sociedad unipersonal constituye un espacio abonado para actuaciones espurias que pretendan vulnerar

(21) La ausencia de constancia en la documentación podría dar lugar a una sanción pecuniaria, ex art. 24.2 del Código de Comercio, si no lo impidiera el principio de tipicidad propio del Derecho sancionador.

(22) El RRM exige, -arts. 174.2 y 203.2-, la expresión en tal declaración de «*la identidad del socio único, así como la fecha y naturaleza del acto o negocio por el que se hubiese producido la adquisición o la pérdida del carácter unipersonal o el cambio de socio único*». Debe insistirse en la exigencia de la escritura pública, en lugar del documento público, que bastaría, por ejemplo, para operar la transmisión de participaciones sociales a un único socio.

(23) RONCERO SÁNCHEZ, A. *op. cit.* pp. 496 y ss.

(24) RONCERO SÁNCHEZ, A. *op. cit.*, tacha la previsión de rigurosa y de corta al mismo tiempo, pues pudo preverse como medida más efectiva el cierre registral, de probada eficacia para asegurar el cumplimiento de las obligaciones registrales.

los derechos de los acreedores de ambos patrimonios separados. La ausencia del mecanismo de control consistente en la posibilidad de que los socios minoritarios controlen o, eventualmente, impugnen las actuaciones del socio único, obliga al establecimiento de mecanismos legales que aseguren, en primer término, la publicidad de las transferencias entre ambos patrimonios, y en segundo lugar, el establecimiento de incentivos para evitar conductas oportunistas perjudiciales para terceros.

Sin embargo, en el origen histórico de la sociedad unipersonal la contratación del socio único con la sociedad no constituía un problema específico. Como se ha expuesto más arriba, las normas prohibitivas facultaban a los terceros para instar la disolución de la sociedad reducida a un solo socio a instancia de parte, o establecían la responsabilidad del socio por los contratos celebrados por la sociedad con terceros en situación de unipersonalidad, pero las legislaciones no contenían una previsión específica respecto de los contratos entre el socio único y la sociedad. Ello podía resultar enteramente lógico, porque la sociedad unipersonal, en las legislaciones prohibitivas, suponía un fenómeno anómalo que generaba desconfianza en su existencia misma.

Admitida la realidad de la sociedad unipersonal, resultaba necesario regular los contratos de la sociedad con el socio. La Duodécima Directiva, en su artículo 5 contemplaba el problema expresamente, pero con una idea de favorecimiento del tráfico se limitaba a aludir a exigencias de publicidad de *«los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por el mismo»*, que *«deberán constar en acta o consignarse por escrito»*, con la posible exclusión de las *«operaciones corrientes celebradas en condiciones normales»*. El precepto, además, sin una razón aparente, –pues el riesgo de actuaciones fraudulentas resultaba idéntico–, contenía una limitación objetiva, al referirse tan sólo a los contratos celebrados *«entre el socio único y la sociedad representada por él mismo»*, lo que suponía excluir el requisito de la publicidad respecto de todos los contratos celebrados por los administradores de la sociedad, cuando éstos fuera personas diferentes al socio.

El legislador español abordó el problema con mayor intensidad. La LSRL introdujo una norma específica con este fin, con tres disposiciones específicas: a) una triple exigencia de publicidad de los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad, (forma escrita, transcripción en un libro legalizado, y referencia expresa en la memoria); b) una norma sancionadora del incumplimiento anterior, pero solo en caso de concurso; y c) una norma de responsabilidad del socio único frente a la sociedad por las ventajas obtenidas en perjuicio de aquélla.

Los contratos entre el socio y la sociedad siempre han sido mirados con desconfianza. Si el socio es mayoritario o de control, los contratos del socio con la sociedad tienen riesgo de expropiación, por lo que pueden activarse mecanismos diversos, previstos en las normas generales, (a través principalmente de las acciones de impugnación de acuerdos, tanto de la junta como del órgano de administración), al margen de las normas específicas de responsabilidad de administradores en el caso de que el socio contratante sea también administrador, (donde entra en juego el

deber de lealtad y la regulación de los conflictos de interés). La ausencia de vigencia de estos mecanismos de control justifica la existencia de normas especiales en la sociedad unipersonal.

En puridad, en los casos de contratos entre el socio único y la sociedad no se está en presencia de un fenómeno de autocontratación. En la autocontratación existe riesgo de conflicto de interés, de ahí la existencia de normas prohibitivas o de cautelas, tanto respecto de los socios, (exclusión de voto, autorización previa, en el régimen hoy previsto en el art. 190 LSC), como de los administradores sociales, (arts. 228 y ss.), que reducen el riesgo de expropiación del patrimonio social. Diferentemente, en el caso de los contratos entre el socio y la sociedad unipersonal, el interés del socio y el interés de la sociedad son coincidentes, por lo que el potencial perjuicio se localiza directamente en el patrimonio de terceros, sean éstos acreedores del socio o de la sociedad.

2.1. *Ámbito objetivo*

Tanto la Directiva como la ley española reducen el ámbito objetivo de las normas especiales a los «*contratos*», lo que plantea la duda de si el término ha de interpretarse en sentido restrictivo o técnico, como acuerdo bilateral tendente al establecimiento de relaciones recíprocas, o si resulta posible operar con criterios teleológicos de interpretación, de manera que se vean comprendidos, además de los contratos *stricto sensu*, las atribuciones patrimoniales unilaterales, la constitución de formas de garantía, e incluso las operaciones intrasocietarias. La inclusión de estos otros actos de atribución patrimonial, que propiamente no responden a la naturaleza del contrato, es unánimemente aceptada, precisamente atendiendo a los intereses que se tratan de proteger, pues es llano que la constitución de una hipoteca sobre bienes de la sociedad, o de una garantía personal para garantizar obligaciones del socio único, o las atribuciones gratuitas, presentan idéntico riesgo de perjuicio para los terceros que los contratos. Esta interpretación se ha visto confirmada por la jurisprudencia, que opta por delimitar el ámbito objetivo del precepto en relación con toda atribución patrimonial, (*vid.* STS 201/2020, de 28 de mayo). Por tanto, se incluyen también actos de disposición unilateral, como la renuncia, compensación, o la condonación de créditos.

La inclusión de las relaciones jurídicas intrasocietarias plantea mayores problemas. Estas operaciones, (fusiones, escisiones, cesiones globales) presentan idéntico potencial fraudulento de los intereses de terceros. La sentencia citada aplicó el precepto a operaciones de modificación estructural. Entrarían así bajo el ámbito objetivo de la norma el incumplimiento de prestaciones accesorias, pagos de dividendos pasivos, etc.⁽²⁵⁾.

(25) En contra, BOQUERA MATARREDONDA, J. El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único. Estudios sobre la Ley Concursal, en Libro Homenaje a Manuel Olivencia, vol. 2, 2005, pp. 1805-1832.

Si bien en Derecho español se ha optado por no limitar las exigencias legales a los contratos celebrados fuera de las operaciones corrientes a precio de mercado, —como permitía la Directiva—, la configuración de la hipótesis de la norma no consiente la inclusión de otras operaciones igualmente lesivas, realizadas por sujetos jurídicos formalmente diferentes, como sucede con los contratos celebrados entre la sociedad y otra sociedad unipersonal con idéntico socio. Estas actuaciones podrán ser atacadas mediante las técnicas tradicionales del levantamiento del velo o a través de las técnicas rescisorias, concursales o comunes.

2.2. *Ámbito temporal*

Las normas especiales de protección de terceros sólo operan durante el tiempo que permanezca la unipersonalidad. Si el contrato se celebra en un contexto de pluralidad de socios y posteriormente la sociedad deviene unipersonal, las normas que examinamos no serán de aplicación, ni en relación con las cautelas exigidas respecto de la celebración del negocio, ni en relación con sus consecuencias.

2.3. *Las exigencias de transparencia: forma escrita, inscripción en libro, y mención en memoria*

El sistema de protección por el que ha optado la ley española incrementa las garantías previstas en la Directiva. Los contratos entre el socio y la sociedad deberán constar por escrito, obviamente en aquellos supuestos en los que no existan normas especiales de imposición de forma constitutiva, como sucede con la constitución de las garantías reales, (o con la admisión de las operaciones intrasocietarias). La exigencia de la forma escrita no debe entenderse con carácter *ad substantiam*, pues la sanción que establece la norma no es la nulidad del negocio, que no tutelaría suficientemente los intereses de los terceros a los que se trata de proteger.

Resulta patente que la exclusión de la contratación verbal no constituye garantía suficiente frente a posibles manipulaciones del contenido negocial, o frente a operaciones de postdatación. Por esta razón se añade la exigencia de su constancia en un libro registro, obligación que pesará sobre los administradores, no sobre el socio único que no asuma la administración. Pudo optarse por la inclusión de los contratos en el libro de actas de la sociedad, pero con la intención evidente de reforzar las garantías de publicidad de los contratos entre el socio y la sociedad, la ley ha exigido a las sociedades unipersonales la llevanza de un libro registro especial, sometido a las mismas garantías de legalización que el libro de actas, (art. 106 RRM). El precepto exige la «*transcripción*» del contrato, lo que es tanto como exigir su reproducción literal e íntegra, exigencia que no se reproducirá en relación con la exigencia de inclusión en la memoria. No obstante, puede postularse una interpretación no sacramental de la regla, matizada en función de las circunstancias concurrentes, por ejemplo, cuando se reitera el mismo contrato, o cuando su clausulado sea excesivamente prolijo, o resulte amparado por exigencias de confidencialidad. Como se ha apuntado y se

desarrollará más adelante, la sanción frente al incumplimiento de estos requisitos no es la nulidad del negocio, por lo que puede interpretarse que las condiciones no transcritas en el libro, o no publicadas o referenciadas en la memoria, no podrán perjudicar a terceros, que simplemente podrán considerarlas por no puestas. La exigencia de constancia en el libro de actas presupone el requisito de la escritura, que resulta redundante. Debe insistirse en que la ley no excluye las operaciones habituales o de pequeña cuantía, como permitía la Directiva.

Pero la auténtica medida de publicidad de los contratos entere el socio único y la sociedad, ante el carácter no público del libro de actas, radica en la exigencia de inclusión en la memoria, a lo que se añade la exigencia de que ésta deberá depositarse cuando la ley lo exija. Sin embargo, frente a lo exigido en relación con el libro especial, la ley no exige la transcripción literal del contrato en la memoria, lo que resultaría excesivo y arriesgado, en particular en relación con el derecho a proteger el secreto empresarial. Por este motivo la ley estima suficiente la constancia en la memoria de la «*naturaleza y condiciones*» del contrato, lo que puede interpretarse como la necesidad de incluir los pactos esenciales, al menos desde el punto de vista de la protección de los intereses de terceros, (magnitudes cuantitativas, objeto y duración, serían las magnitudes más relevantes).

El carácter de norma especial hace insuficiente a estos fines el cumplimiento de las exigencias generales que, para todo contrato celebrado entre la sociedad con sus socios o administradores, establece como contenido mínimo de la memoria el apartado 16.^a del artículo 260, que se refiere tan sólo a la «*conclusión, modificación, o extinción anticipada*». Tampoco ha lugar a distinguir entre memoria ordinaria o abreviada a estos efectos.

2.4. Las consecuencias del incumplimiento de las exigencias legales: inoponibilidad y responsabilidad

Un sistema ideado para proteger el patrimonio de los terceros frente a los actos fraudulentos o expropiatorios del socio único resultaría incompatible con la sanción de nulidad absoluta como reacción frente al incumplimiento de las exigencias legales. Como sucede en general con relación a los vicios invalidantes del negocio, la sanción de la nulidad absoluta resulta excepcional, y es sólo justificable cuando se comprometen aspectos estructurales o de orden público. Pero tampoco un régimen de anulabilidad a instancia de parte resulta suficiente para prevenir o sancionar las conductas oportunistas o expropiatorias, favorecidas por el secreto y la oscuridad de la confusión de intereses entre el socio y la sociedad. La Directiva dejó a los ordenamientos nacionales la determinación de las consecuencias del incumplimiento de las exigencias de publicidad y transparencia. El legislador español optó por el establecimiento de un doble régimen: uno común para situaciones de insolvencia judicialmente declarada, y otro especial, para reprimir las conductas más lesivas: la regla de la inoponibilidad a los acreedores en el concurso, y el establecimiento de una singular acción de responsabilidad. No obstante, la técnica legislativa empleada, como se verá, resulta harto discutible.

2.5. *La regla de la inoponibilidad a los acreedores en el concurso*⁽²⁶⁾

El riesgo que podían afrontar los acreedores, –tanto los de la sociedad como los del socio único–, en caso de insolvencia de la sociedad unipersonal se entendió tradicionalmente como uno de los mayores obstáculos para permitir su existencia misma. La ausencia de mecanismos eficaces de tutela justificaba, como se vio más arriba, en el Derecho italiano la imposición de una responsabilidad subsidiaria al socio único en caso de insolvencia de la sociedad por todas las obligaciones contraídas frente a terceros. La norma se interpretó en sentido amplio, no exigiendo la declaración formal de insolvencia.

La regla contenida en el apartado segundo del artículo 16 LSC opera en un contexto diferente. Se trata de garantizar el cumplimiento de las exigencias de transparencia y publicidad, sancionando la omisión de la obligación de hacer constar, –también de la constancia incompleta, podría entenderse–, en el acta, (lo que implica también lógicamente la no constancia por escrito), o en la memoria, pero sólo de los contratos⁽²⁷⁾ socio-sociedad. Tras la reforma operada con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Concursal, se ha clarificado el presupuesto de aplicación del precepto, pues ahora queda limitado a la declaración judicial del concurso, frente a la situación previgente que se refería con menor precisión a situaciones de insolvencia definitiva o provisional. De este modo, quedan fuera de su ámbito de aplicación todas las situaciones de preinsolvencia, tanto las amparadas por la comunicación al juzgado de negociaciones con los acreedores, como las operaciones de refinanciación en general.

Por tanto, el incumplimiento de las exigencias de transparencia y publicidad no determinan ni la nulidad ni la anulabilidad de los contratos. Tampoco se ha configurado una hipótesis de rescisión, por ejemplo, a través del mecanismo de la facilitación de la prueba del requisito del fraude. No existe sanción para el caso de incumplimiento de la obligación de constancia de los contratos en el libro y en la memoria en situaciones de «normalidad» o de solvencia, (al margen de la acción de responsabilidad del apartado tercero, como se verá inmediatamente). En estas situaciones, cualquier conducta fraudulenta en los contratos del socio único con la sociedad podrá restañarse con los mecanismos generales de la rescisión por fraude o del abuso del derecho, (o con el eventual empleo de la técnica del levantamiento del velo societario).

La hipótesis de hecho del precepto se refiere al incumplimiento de las exigencias de constancia en el libro registro y mención en la memoria, que deberá estar depositada con arreglo a las reglas generales del depósito de los documentos contables. La redacción literal apunta a una exigencia cumulativa de ambos requisitos:

(26) Sobre la cuestión, puede verse: *Los contratos entre el socio único y la sociedad unipersonal en el concurso*, Boletín Mercantil, n.º 100, octubre 2021, donde se plantea expresamente el alcance del art. 16.2 LSC en sus diversas vertientes.

(27) Sobre el ámbito objetivo, debe reiterarse que el término contrato debe ser interpretado en sentido amplio, *vid.* GALÁN LÓPEZ, 3778.

inoponibilidad al concurso si el contrato no consta ni transcrito en el libro-registro ni en la memoria, así como el preceptivo depósito con arreglo a la ley, de manera que la omisión de tan solo uno de los requisitos determinaría la inaplicabilidad del precepto, lo que no aparenta tener sentido, por lo que debe postularse una interpretación correctora de su literalidad; por tanto, tanto las posiciones crediticias a favor del socio único, (en el concurso de la sociedad), como en favor de ésta, (en el concurso del socio único) serán inoponibles a la masa si el contrato no consta en el libro-registro, si constando no figura referenciado en la memoria, o si ésta no ha sido depositada con arreglo a la ley.

La regla es por completo independiente del perjuicio o beneficio que tales contratos pudieran reportar para la masa, (así como del hecho de su eventual carácter fraudulento, por ejemplo, en los casos en los que el contrato no exista una efectiva o equitativa contraprestación), que se combatirá eventualmente con las reglas generales de la rescisión concursal, (con el favorecimiento del requisito del fraude de acreedores, al tratarse de créditos de personas vinculadas, 228.1.^a TRLC). Tampoco existen requisitos temporales, a diferencia de lo que sucede en las rescisorias; si la unipersonalidad desaparece, la regla será aplicable si el contrato se realizó en tal situación. Lo que se exige es que cuando se celebró el contrato la sociedad fuera unipersonal y se incumplieran las exigencias formales, con independencia de la situación existente en el momento del concurso.

No oponible a la masa significa literalmente que las posiciones crediticias que ostente el socio único no pueden satisfacerse en el concurso de la sociedad, ni las de la sociedad en el concurso del socio único, ni en moneda concursal, ni con como crédito contra la masa, pero la regla no impide su exigibilidad una vez que el concurso concluya. Vistas así las cosas, el AC no podría incluir en las masas activa o pasiva las posiciones crediticias, mucho menos contra la masa⁽²⁸⁾.

Pero el precepto no establece una regla general sobre la validez de los contratos en el concurso, distinta a las previstas en los artículos 156 y ss. TRLC. Quiere ello decir que, como respecto de todos los contratos en los que sea parte el concursado, la declaración de concurso no determina la resolución del vínculo, y las cláusulas en tal sentido se tendrán por no puestas. La especialidad juega respecto de los contratos pendientes de cumplimiento, bien por parte de la sociedad o del socio concursados, bien por parte de ambas partes. El contrato socio único-sociedad, no publicitado correctamente, es vinculante *inter partes*, pero esta vinculación no puede lograrse en el concurso, porque la posición crediticia en favor del socio único o de la sociedad no es oponible a la parte *in bonis*, ni al resto de acreedores.

(28) Sobre el concepto de oponibilidad a la masa, en Boletín Mercantil, El Derecho-Lefebvre, n.º 100, octubre 2021, véanse los comentarios de VALENCIA GARCÍA, F., RONCERO, A. y GARCÍA-VILLARRUBIA, M. Éste último ilustra sobre los efectos de la inoponibilidad entre las partes del contrato al margen del ejercicio de toda acción judicial, y sobre los requisitos de competencia y legitimación de las posibles acciones ante los tribunales. La conclusión de que la ley no configura una acción específica de inoponibilidad resulta evidente.

En el caso de concurso de la sociedad, si el contrato no crea obligaciones recíprocas, la posición crediticia del socio no se incluirá en la masa pasiva si el contrato no cumple con las exigencias de publicidad; si existen obligaciones pendientes de cumplimiento por la sociedad, el crédito del socio no se incluirá en la masa pasiva; y si existen obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del socio, ninguna razón existe para que el crédito de la sociedad no se incluya en la masa activa, lo que perjudicaría a los acreedores a quienes la norma trata de proteger. Si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso, la regla general indica que el socio debería seguir cumpliendo las suyas con cargo a la masa, según el artículo 158 TRLC. Pero si se hubieren incumplido las reglas de transparencia del artículo 16.1 LSC, la administración concursal no incluirá la posición crediticia del socio en la masa pasiva, y podrá no cumplir la prestación de la concursada, al resultar el contrato inoponible.

La facultad de resolución de los contratos de tracto sucesivo, –arts. 160, 161 LC–, por incumplimientos anteriores o posteriores podrá ejercitarse con arreglo a las normas generales, con el efecto de no incluirse en la masa las posiciones crediticias en favor del socio único.

Pero si el contrato se ha consumado, no se ven razones para que se retrotraigan sus efectos. A diferencia de lo que sostiene alguna opinión⁽²⁹⁾, si el contrato se ha consumado no procede la restitución de prestaciones, de suerte que, por ejemplo, en una compraventa deba restituirse el bien a la masa activa y desaparecer el crédito de la masa pasiva. La afirmación de que los contratos entre el socio y la sociedad que incumplan los requisitos de forma son atribuciones patrimoniales sin causa no me resulta aceptable. Si el contrato se ha consumado la restitución de prestaciones sólo cabrá por la vía de la rescisión, (beneficiada por la presunción de perjuicio), pero el artículo 16.2 sólo se refiere a las posiciones crediticias en favor del socio único, (en el contrato de la sociedad), o de la sociedad, (en el concurso del socio), que son las que dan lugar a su inclusión en la lista de acreedores. Lo contrario generaría una situación de inseguridad jurídica que permitiría retrotraer los efectos de cualquier contrato, sin límite temporal alguno. No se genera ninguna situación de enriquecimiento injusto⁽³⁰⁾. La inoponibilidad se refiere a contratos pendientes de cumplimiento, donde el socio único mantenga una posición crediticia, que no se podrá cobrar en moneda concursal. La inoponibilidad significa que el contrato no puede ser invocado frente a la parte *in bonis*, pero si ya se han agotado sus efectos no ha lugar a invocar posición alguna frente a los terceros protegidos. No se trata

(29) BOQUERA MATARREDONDA, *op. cit.* P. 1825.

(30) Debe insistirse en que esta posición no es unánime. En nuestra opinión, en el caso, por ejemplo, de la compraventa consumada de un bien entre el socio único y la sociedad en concurso que incumpla las exigencias de forma, no procede que la sociedad restituya el bien y el socio el precio, si el contrato se ha consumado. El único remedio en tal caso sería la rescisoria, común o concursal.

de una acción revocatoria concursal singular⁽³¹⁾. Las mismas reglas operarían en el caso de concurso del socio único, respecto de las posiciones crediticias que ostente la sociedad.

La inoponibilidad no se configura como un mandato al administrador concursal, de manera que puede resultar legítimo que, por razones de oportunidad, pueda considerarse que la vigencia o validez del contrato resulte favorable para los intereses del concurso⁽³²⁾. Ello no impide que si el administrador concursal⁽³³⁾ decide mantener la vigencia del contrato, pueda ser ejercitada una acción de impugnación de la lista por cualquier legitimado. En cambio, el contrato sería válido *inter-partes*, porque lo que se establece es que la prestación a favor del concursado es inoponible a la masa, pero no cabría ejercer ninguna acción de cumplimiento pendiente el concurso.

Nótese que, fuera del campo de aplicación de la norma, todos los créditos del socio único frente a la sociedad presentarán el carácter de subordinados, con arreglo a lo previsto en el artículo 281.5.º, en relación con el artículo 283.1.1.º, o si concurre en él la cualidad de administrador, por la vía del apartado 2.º. Del mismo modo, los actos perjudiciales para la masa activa se verán afectados por la presunción relativa de perjuicio del artículo 228.1.º TRLC.

Fuera, por tanto, de esta regla especial del artículo 16.2, el concurso del socio único o de la sociedad unipersonal, no presenta especialidad alguna. El socio único como acreedor podrá solicitar el concurso necesario⁽³⁴⁾, y el socio administrador deberá solicitar el voluntario. En caso de apertura de la sección de calificación, la posición del socio único en el concurso de la sociedad normalmente abocará a la declaración de persona afectada o a la apreciación de situaciones de complicidad.

2.6. *La singular acción de responsabilidad por las ventajas ilícitas*

El sistema de protección de terceros frente al riesgo del conflicto de interés entre el socio único y la sociedad se cierra con la previsión contenida en el apartado 3 del artículo 16 LSC: «*Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos a que se refiere el apartado primero, el socio único responderá*

(31) En contra, GALÁN LÓPEZ, C. *Algunas cuestiones en torno al régimen concursal de protección de los acreedores de las sociedades unipersonales*, (art. 128.2 LSRL), Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde, Volumen 4, p. 3801, que la identifica con una acción revocatoria especial.

(32) En la misma línea, GARCÍA-VILLARRUBIA, M., en *op. cit.*, y BOLDÓ RODA, C., en *El concurso de la sociedad unipersonal*, Anuario de Derecho Concursal, n.º 7/2006, Civitas.

(33) Nótese, como observa GARCÍA-VILLARRUBIA, M., en *op. cit.* Boletín Mercantil, que la determinación de a quién corresponda la decisión sobre la conveniencia de considerar el contrato inoponible para el concurso dependerá del régimen de intervención o suspensión adoptado respecto de las facultades de administración y disposición del deudor.

(34) Por improbable que pueda resultar el supuesto, como observa BOQUERA, *op. cit.* p. 1807.

frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos».

El ámbito objetivo de la norma se determina por remisión al apartado primero del precepto, esto es, a todos los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad unipersonal. No es, a diferencia de lo dispuesto en el apartado 2, una norma tendente a garantizar el cumplimiento de las exigencias de forma, sino que opera respecto de todos los contratos, con independencia de la solvencia o insolvencia de las partes. El potencial riesgo de expropiación, dada la existencia de una situación de conflicto de interés, justifica la existencia de una norma de responsabilidad en los casos en los que pueda demostrarse que el contrato ha generado ventajas al socio único en perjuicio de la sociedad *«a consecuencia de dichos contratos»*.

A primera vista puede verse la ineficacia práctica de la regla, que discurre pareja a su deficiente técnica jurídica. Se trata de una singular acción de responsabilidad dirigida a restañar el patrimonio social perjudicado por la conducta oportunista del socio único en la concertación del contrato. No es una acción de responsabilidad contractual, sino que trata de proteger todo perjuicio, directo o indirecto, causado a la sociedad que tenga origen en un contrato con el socio único. Su finalidad es restañar el patrimonio social perjudicado, y en este sentido recuerda la naturaleza de la acción social de responsabilidad que puede ejercerse contra los acreedores sociales; en definitiva, protegiendo el patrimonio de la sociedad frente al socio único se trata de garantizar los intereses de terceros ajenos a los contratos entre socio único y sociedad. Por ello, el remedio debe verse como una acción indemnizatoria de los perjuicios patrimoniales sufridos por la sociedad, que no afecta a la eficacia o ineficacia del contrato en el que aquellos perjuicios han tenido origen, y es independiente de toda voluntad fraudulenta, o incluso de la propia consciencia del perjuicio. No se trata de sancionar las ventajas o beneficios obtenidos en el contrato por el socio único, sino tan solo de indemnizar por los perjuicios o quebrantos causados a consecuencia de dichos contratos en el patrimonio social, (lo que presupone un desequilibrio de prestaciones en los bilaterales, y afecta a todo el beneficio del socio único en los unilaterales).

Pero la norma carece de ninguna regla accesoria sobre legitimación, más allá de la discutible previsión temporal bianual desde la fecha de celebración del contrato. Ello desemboca en su práctica inutilidad, pues la acción sólo tiene sentido si puede ser ejercitada por los terceros, –a los que trata de proteger–, pues no resulta pensable que vaya a ser ejercitada por los administradores de la sociedad unipersonal en contraposición de los intereses del socio único. Por esta razón, –al margen del supuesto del ejercicio de la subrogatoria común, del art. 1111 sustantivo–, debe entenderse que la eficacia del precepto sólo puede jugar en los casos en los que desaparezca la unipersonalidad o cambie el socio único, (los nuevos administradores ostentarán legitimación activa, y el que fue socio único la pasiva), con lo que la previsión de un plazo de caducidad bianual carece de sentido y resulta disfuncional, salvo que se entienda que el plazo debe computar desde que el tercero legitimado conozca la existencia del perjuicio, lo que contraviene el tenor literal. Además, nótese que el plazo comienza desde la celebración del contrato, al margen de las reglas especiales previstas para su publicidad, (inscripción en el libro-registro y publicación en la memoria).

Por tanto, nos atrevemos a afirmar que la norma resulta inoperante y superflua, y que los terceros perjudicados por el contrato deberán acudir a las normas generales de impugnación de los contratos, (rescisoria común, acciones de responsabilidad contra los administradores, o levantamiento del velo) y olvidarse de esta singular acción, en la que todo resulta discutido, pues no se ve el motivo para aplicar siquiera analógicamente las normas sobre legitimación o efectos de la acción social de responsabilidad, con la que solo emparenta indirectamente⁽³⁵⁾.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J. *El Derecho de Sociedades y la sociedad unipersonal, I y II*, en el blog Almacén de Derecho, 21 septiembre de 2017; disponible en: <https://almacende-derecho.org/derecho-sociedades-la-sociedad-unipersonal-i>.

(35) La ineficacia de la regla del art. 16.3, que precedió a la actual normativa concursal, explica su escasa vigencia práctica. Con todo, resulta interesante analizar un supuesto concreto en el que protagonizó un litigio que finalizó con confirmación de la sentencia desestimatoria en la STS 201/2020, de 28 de mayo. Se trató de un litigio por el cual los administradores de una sociedad unipersonal, Nueva Pescanova, SAU, creada por segregación de Pescanova, S.A., demandaban al socio único, sociedad matriz, por las ventajas supuestamente reservadas ilícitamente en el marco del convenio concursal alcanzado en el concurso de Pescanova, S.A. (PVA, en adelante) y en los concursos de nueve de sus sociedades filiales. En el proyecto de reestructuración del grupo, los administradores de Pescanova, SA incluyeron determinadas ventajas o posiciones en favor de la sociedad, que se justificaron en la necesidad de garantizar su estabilidad y su continuidad. Estas ventajas supuestamente no figuraban en los convenios concursales.

El fundamento de la demanda estaba exclusivamente en la cita del artículo 16.3; se defendía el carácter contractual del Proyecto común, aprobado en la junta de PVA y por el socio único en la junta de NPVA.

La sentencia de la Audiencia Provincial, (SAP Pontevedra, 234/2017, de 22 de mayo), desestimó íntegramente con costas. La tesis esencial de la sentencia radica en sostener que las atribuciones patrimoniales previstas en un proyecto que articula una reestructuración empresarial no se incluye en el ámbito objetivo del artículo 16.3, norma que excluye las operaciones intrasocietarias, limitándose a las operaciones externas entre socio y sociedad, a las propias de su tráfico jurídico. En todo caso se rechazó que las supuestas ventajas reservadas por el socio único supusieran atribuciones extravagantes.

Por el contrario, el voto particular propone analizar si las ventajas aseguradas por el socio único eran legítimas o no, dentro del marco de reestructuración proyectado en los convenios.

La STS 201/2020, de 28 de mayo desestimó el recurso de la demandante. Interpretando el precepto, la sentencia sostiene que el art. 16.3 trata de proteger el patrimonio social, de manera que la legitimación corresponde a la sociedad y el interés tutelado es el suyo propio, frente a posibles abusos del socio único. Los acreedores, indirectamente afectados, podrán actuar por subrogación, o bien los socios posteriores una vez tomen el control de la sociedad con la pérdida de la unipersonalidad. La compensación va dirigida a restañar el patrimonio social.

El TS admite en hipótesis que el Proyecto común, aunque sirviera de base para la modificación estructural, constituyera el objeto de la acción, siempre que pudieran aislarse actos que cayeran dentro de su ámbito de aplicación. Pero el contexto negocial en el que se suscribió ese documento en el caso resulta muy relevante. Confirma la tesis de la sentencia de apelación de que resultaba justificado que Pescanova, que quedaba como mera tenedora del capital social de la nueva sociedad, mantuviera ciertas medidas de apoyo a costa de la nueva, al haber retenido parte relevante del pasivo concursal. Tras justificar que se opera dentro del estrecho marco de la revisión probatoria de la casación, el TS considera que las medidas impugnadas eran razonables «en atención, de una parte, a su naturaleza, y de carácter temporal, y de otra a su justificación».

- ALONSO UREBA, A. *La sociedad unipersonal*, en AA.VV. (coords. ALONSO UREBA, CHICO ORTIZ, y LUCAS FERNÁNDEZ), *La Reforma del Derecho español de Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid, 1987.
- BOQUERA MATARREDONDA, J. *El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único*. Estudios sobre la Ley Concursal, en Libro Homenaje a Manuel Olivencia, vol. 2, 2005.
- CARBAJO CASCÓN, F. *La sociedad de capital unipersonal*, Aranzadi, 2002.
- DÍAZ MORENO, A. *Comentarios a los arts. 12 a 17 LSC*, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, (ROJO-BELTRÁN, coords.), T. I, 2011.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M., VALENCIA GARCÍA, F. y otros. *Los contratos entre el socio único y la sociedad unipersonal en el concurso*, PÉREZ BENÍTEZ, J. (Coord.), *Boletín Mercantil, El Derecho-Lefebvre*, n.º 100, octubre 2021.
- EMBID, J. M. y SALA A. *La sociedad unipersonal, el deber de lealtad del administrador único y la calificación concursal con condena por el déficit*. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 309, Julio-Septiembre 2018.
- LATORRE, N. *Las acciones de responsabilidad contra los administradores en la sociedad unipersonal, comentario a la STS de 11 de septiembre de 2018*, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 312/2019, Civitas.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J. *El papel del administrador desde la perspectiva de los conflictos societarios. Los deberes de los administradores*. En ORTEGA BURGOS, (Dir.) *Tratado de Conflictos Societarios*, Tirant lo Blanch, 2019.
- *La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva*, *Almacén de Derecho*, mayo 2021. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-en-el-contexto-de-la-reestructuracion-preventiva>.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. *Comentario al artículo 12 LSC*, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, GARCÍA-CRUCES y SANCHO GARGALLO, (directores), Tirant lo Blanch, 2021.

AMICUS CURIAE: UNA INSTITUCIÓN, MIL USOS, NINGUNA DEFINICIÓN⁽¹⁾

AMICUS CURIAE: ONE INSTITUTION, NO DEFINITIONS, LOTS OF USES

BENEDETTA BARBISAN

Profesora Titular de la Università Degli Studi Di Macerata

SUMARIO

- I. LA INSTITUCIÓN DEL «AMICUS CURIAE» EN LA HISTORIA ENTRE TRADICIONES ANTIGUAS Y EVOLUCIONES MODERNAS.
- II. EL AMICUS CURIAE EN LA EXPERIENCIA DE ESTADOS UNIDOS: «FRIENDS OF THE COURT» OR «FRIENDS OF THE PARTY»?.
- III. LA FIGURA DEL «AMICUS CURIAE» EN LA ERA DE LA ONGIZACIÓN DE LA SOCIEDAD.

Resumen: El presente trabajo explora los orígenes históricos de la institución del *amicus curiae* en el derecho anglosajón, como herramienta de asistencia en la función de dictar la mejor justicia posible, y su evolución en el marco del derecho estadounidense que, a partir de las experiencias de las ONG y otras entidades sin ánimo de lucro, la aproxima más a una herramienta cercana a una de las partes en conflicto.

Abstract: This paper explores the historical origins of the institution of *amicus curiae* in English common law, as a tool for assistance in the function of making justice, and its evolution within the framework of US law that, based on the experiences of NGOs and other non-profit entities, brings this institution closer to a party tool.

Palabras clave: *Amicus curiae*, *friend of the Court*, *brief*, derecho inglés, derecho norteamericano, ONG, Tribunales ingleses, Corte Suprema de Estados Unidos.

(1) En la traducción se ha respetado el uso del inglés hecho por la autora en la versión original en italiano, tanto en las citas como en las denominaciones oficiales que aparecen en el texto.

Keywords: *Amicus curiae*, friend of the Court, brief, English law, law of the U.S., ONG, English Courts, U.S. Supreme Court.

I. LA INSTITUCIÓN DEL «AMICUS CURIAE» EN LA HISTORIA ENTRE TRADICIONES ANTIGUAS Y EVOLUCIONES MODERNAS

Ya sea por encargo directo del Tribunal o por iniciativa propia, el *amicus curiae*, que proporciona a los jueces información para una correcta resolución de la controversia pendiente, es una figura típica del derecho inglés⁽²⁾, en cuyo seno nació en el siglo XV⁽³⁾, presente en la actualidad en varios ordenamientos de *common law* y, en menor medida, de derecho civil, aunque con diversas formulaciones. Incluso en Reino Unido, esta institución ha jugado durante décadas un papel totalmente residual, estando reservado el acceso a esta institución, raramente utilizado por lo demás, a unos pocos sujetos —el *Attorney General*⁽⁴⁾, la *Law Commission*⁽⁵⁾, la *Equality and Human Rights Commission*⁽⁶⁾,

(2) Si en los primeros tiempos el *amicus curiae* debía tener la condición de abogado, a partir de la ley 4 Hen.IV (1403) cualquiera podía intervenir en el proceso. La tradición quería que su papel fuera el de «instructing, warning, informing and moving the court» (W. E. BALDWIN, *John Bouvier's Law Dictionary: Baldwin's Century Edition*, New York, Banks Law Publishing Company, 1928, p. 69).

(3) La primera vez que el término *amicus curiae* aparece en el ordenamiento inglés es en Y.B. 4 Hen. VI. 16 (1426). En este sentido Note, *Amici curiae*, 34 *Harv. L.R.* 773 (1921), p. 774, nt. 15. «Any man can inform the court in the case so that the court will not render judgment on an insufficient record» (Y.B. 7 Ed. IV, 16 (1486)). Pero existen evidencias que se remontan al Siglo XIV, según las cuales ya se trataba de una práctica aceptada [Y.B. Hil. 26 Ed.III, 65 (1353)]. Véase igualmente E. R. BECKWITH e R. SOBERNHEIM, *Amicus Curiae - Minister of Justice*, en 17 *Fordham L. Rev.* 38 (1948).

(4) El *Attorney-General* se puede constituir como *amicus* en un proceso en el que el gobierno no sea parte, pero en cuya sentencia tenga interés la Corona por ser un precedente, o cuando el recurso haya planteado una cuestión de política pública sobre la que el poder ejecutivo pueda expresar consideraciones útiles. También puede ser invitado por el mismo tribunal en casos en los que, si no fuera así, los jueces no podrían escuchar todos los argumentos legalmente relevantes, como, por ejemplo, la representación de los niños no nacidos. En este sentido, puede recordarse el caso de los gemelos siameses, debatido ante la Court of Appeal en el mes de septiembre del 2000, en el que dos abogados fueron invitados por la propia Corte para valorar si la cirugía necesaria para separar a los dos gemelos podía implicar la comisión de un delito. El *Attorney-General* declaró que, desde el año 2000 al 2002, el número de encargos de este tipo que se asignaron fue siempre creciente -32, 32 y 36, respectivamente- (LORD GOLD-SMITH, *Friend of the court*, in *Counsel*, febrero de 2002, pp. 30-32, n. 4).

(5) La *Law Commission* es la agencia legislativa independiente creada por la *Law Commissions Act* 1965, con la finalidad de monitorizar la legislación de Inglaterra y Gales, y de recomendar las reformas legales que pudieran ser necesarias. La finalidad de la *Law Commission* es asegurar que la ley sea «fair, modern, simple, cost effective».

(6) La *Equality and Human Rights Commission* (EHRC) -que, en 2007, recogió la herencia de la *Commission for Racial Equality*, introducida por la *Race Relations Act* de 1976; de la *Equal Opportunities Commission*, creada por la *Sex Discrimination Act* de 1975; y de la *Disability Rights Commission*, aprobada por la *Disability Discrimination Act* de 1995, todas ellas, por lo demás, habilitadas para constituirse como *amicus curiae*- es un órgano independiente creado por la *Equality Act* de 2006 siguiendo los resultados del Libro blanco *Fairness for All: A New Commission for Equality and Human Rights*, cuya finalidad general era «to work towards the development of a society where equality and rights are rooted». Llamada a interceptar las instancias de igualdad antes de que se conviertan en recursos judiciales, su radio de acción incluye el

la *Law Society*⁽⁷⁾ y la *Motor Insurer's Bureau*⁽⁸⁾— en parte debido al carácter esencialmente oral del contencioso, que excluye la presentación de *brief*⁽⁹⁾. Sin embargo, en años recientes, la práctica de esta institución ha vivido un incremento considerable⁽¹⁰⁾, en parte gracias a la adopción del Human Rights Act de 1998, que «*had accelerated the rate of intervention, with «more people with more rights» seeking adjudication on polycentric issues and legal questions with a decidedly political hue*»⁽¹¹⁾.

Por el modo en que se ha manifestado a lo largo de la historia, son dos las figuras implicadas en la definición del *amicus curiae*: una es la que interviene en

contraste con la discriminación racial, sexual y las desigualdades por razón de edad, discapacidad, orientación sexual y por razones religiosas. Si bien técnicamente está operativa en los ordenamientos de Inglaterra y Gales, es una institución para los derechos humanos reconocida a nivel nacional.

(7) La *Law Society* representa y apoya a los abogados de Inglaterra y Gales, promoviendo el acceso a la justicia y facilitando las relaciones con los clientes. Fundada por la Royal Charter emitida en 1845 y repetidamente confirmada con posterioridad, su regulación se inspira en el *Solicitors Act* de 1974, el *Courts and Legal Service Act* de 1990, el *Access to Justice Act* de 1999 y el *Legal Service Act* 2007.

(8) La *Motor Insurer's Bureau* es la sociedad privada creada en 1946 que compensa a las víctimas de accidentes de tráfico causados por conductores sin seguro o que no son localizados.

(9) Sobre la inescrutable tradición de la argumentación oral en los tribunales ingleses y su cuestionable efectividad, especialmente si se compara con las costumbres estadounidenses de los *brief*, véase R. MARTINEAU, *Appellate Justice in England and the United States*, Getzville NY, W. S. Hein, 1991. La hipótesis de emular el modelo estadounidense, también en referencia a la limitación del tiempo permitido para los argumentos orales se discute en M. ZANDER, *The Law-Making Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 452-53.

(10) En el caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS*, [1985] 3 All ER 402, la *House of Lords* debía pronunciarse sobre la licitud de los consejos sobre métodos anticonceptivos realizados por parte de los médicos a menores de dieciséis años. La recurrente había impugnado una circular del *Department of Health and Social Security*, que autorizaba a los médicos en determinadas circunstancias. Durante el proceso, dado que nadie parecía representar los intereses de los menores de edad, el *Children's Legal Centre* solicitó poder presentar una memoria escrita y, posteriormente, intervenir con un argumento oral, pero la *House of Lords* no lo admitió. Sin embargo, desde entonces y de manera gradual, los tribunales ingleses han escuchado de manera más benigna y frecuente las solicitudes de los *amici curiae*. Por lo demás, no han cambiado solo en el número, sino también en el tenor de su intervención: «from invitation by court, to application to the court; from official or statutory body, to lobbying group, commercial organisation or professional body; and from ostensibly neutral submissions, to rather more partisan argument» (S. HANNETT, *Third Party Intervention: In the Public Interest*, en *Public Law*, 2003, p. 128).

(11) M. ZANDER, *The Law-Making Process*, *cit.*, p. 457. A quien, a propósito del creciente intervencionismo del poder judicial propiciado por la Human Rights Act de 1998, escribió que «an expansive intervention regime shifts the courts towards a legislative function, by allowing intervention to operate as one of several tactics in a campaign strategy and by permitting political battles lost elsewhere to be revisited» (S. HANNETT, *Third Party Intervention: In the Public Interest*, *cit.*, p. 129), le siguió la réplica según la cual «(t)he Human Rights Act has changed the legal landscape, or to be more precise has introduced an explicit and broader dimension of rights adjudication to supplement the time-honoured role of the judiciary under the common law in making decisions as to the scope of fundamental rights. In carrying out this enhanced role, the judiciary have inevitably to adopt a more complex and contextually sensitive approach than hitherto, as suggested by Lord Steyn in *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department*. None of this makes the judicial process more "political" than it has been hitherto: the task of the court remains to address the issue at stake through the legal framework within which they operate, informed by a full contextual understanding which may only be possible if third party intervention has occurred» (M. ARSHI and C. O'CONNOR, *Third party interventions: the public interest re-affirmed*, en *Public Law*, 2004, p. 76).

el proceso debido al interés general de colaboración con los jueces en la persecución de la justicia como fin superior –y, en estas circunstancias, es la propia corte la que le atribuye un encargo pericial–. La segunda es completamente ajena a las razones de la controversia e interviene, siempre como una forma de colaboración, pero espontáneamente, con la finalidad de ofrecer información desconocida por el tribunal –como, por ejemplo, la muerte del imputado en rebeldía– o de desenterrar precedentes que el juez no conozca, realizando la función del llamado *oral Shepardizing*⁽¹²⁾ o, incluso, para señalar errores manifiestos⁽¹³⁾. En un caso más bien extremo que está documentado, Sir George Treby, miembro del Parlamento, informó al tribunal de su participación en la votación de aprobación de la *Statute of Frauds and Perjuries*, cuyo significado estaba siendo cuestionado, para facilitar la deliberación necesaria para una correcta interpretación alineada con las intenciones originales del legislador⁽¹⁴⁾.

En el primer caso, por tanto, el *amicus* encargado por el juez se parece –pero no es posible saber si se trata de una similitud querida o accidental⁽¹⁵⁾– al *consiliarius* romano que, desde la edad antigua y durante toda la República y el Imperio, implicaba al magistrado en el proceso con el objeto de que expresara su propia valoración, siempre con respeto de los principios del derecho, para agilizar la decisión sobre el litigio⁽¹⁶⁾. El segundo tipo, sin embargo, que a diferencia del primero no responde a una idea abstracta de la justicia sino a exigencias de justicia individual, tomó forma en la Inglaterra medieval⁽¹⁷⁾, y es el antecedente de la institución que actualmente se encuentra vigente en muchas de las jurisdicciones anglosajonas contemporáneas.

(12) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, en 72 *Yale Law Journal* 694 (1962), p. 695.

(13) En este sentido, los Yearbooks informan de muchas intervenciones de este tipo, no solo para dar voz a los menores, sino para resaltar errores obvios o mencionar las leyes vigentes sobre el punto en cuestión. Véase *The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (1656) (error manifiesto); *Falmouth v. Strode*, 11 Mod. 137, 88 Eng. Rep. 949 (Q.B. 1707) (información sobre la muerte de una de las partes); *Beard v. Travers*, 1 Vesey Sen. 313, 27 Eng. Rep. 1052 (Ch. 1749) (intervención en nombre de algunos niños implicados en el proceso); *The Prince's Case*, 8 Coke 1, 29a, 77 Eng. Rep. 481, 516 (1606) (llamando la atención del tribunal sobre una ley vigente).

(14) *Horton & Ruesby*, Comb. 33,90 Eng. Rep. 326 (K-B. 1686).

(15) Véase G. CRISCIUOLI, *Amicus Curiae*, en *Enc. giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.

(16) Sobre las dificultades para rastrear los rastros documentados en el *amicus curiae*, véase S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, cit., 363: «The central difficulty in pointing to the Roman law as the source of the *amicus curiae* is that term does not appear in Roman scripts or writings in reference to jurists who had performed that function since the third or fourth century. There are constant references to offices of the *amici*, *consillari*, *iurisconsulti* or *iurisprudentes*, *ius publice respondendi* and *ministrator* but not to an *amicus curiae*. This does not necessarily indicate that the institution did not exist in Roman times, as explicit evidence of even renowned Roman institutions is often unavailable in Roman scripts».

(17) En esa época, dado que el proceso judicial se desarrollaba en la plaza pública, cualquiera que asistiera podía intervenir para compartir con el tribunal hechos y noticias relevantes. Véase M. K. LOWMAN, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?*, en 41 *Am. U. L. Rev.* 1243 (1992).

En todo caso, el *amicus curiae* que se impuso de manera general en los orígenes del Reino Unido para después trasplantarse a otros contextos jurídicos, pero no al resto de Europa⁽¹⁸⁾, es una figura alejada de intereses personales respecto de la controversia en la que decide participar de manera espontánea, pero inspirada por la valoración de la justicia en ese caso en particular –una noción de justicia que se refiere a las partes implicadas en el proceso y a su litigio, y no a una concepción teórica propia–. Precisamente bajo este modelo se fue afirmando más allá del Canal de la Mancha –en la época del nacimiento y evolución del *common law* a partir de la segunda mitad del siglo XV– para suplir la falta del derecho a la asistencia legal⁽¹⁹⁾ de las personas imputadas por delitos contra la Corona, permitiendo con ello que los sujetos ajenos al mundo forense pudieran trasladar información a su favor durante el juicio, con la finalidad de conjurar eventuales errores judiciales y el consiguiente deshonor de la corte⁽²⁰⁾.

No ha quedado rastro alguno en nuestros días del origen del *amicus curiae*, ni de las razones y circunstancias por las que se introdujo en el sistema jurídico inglés⁽²¹⁾. No se nos permite conocer en qué medida el *consiliarius* romano y la ausencia de defensa legal en los procedimientos penales hayan podido combinarse para dar forma a esta institución en su moderna fisonomía. Sin embargo, tal vez el *amicus curiae* ha terminado por englobar de alguna manera ambos precedentes, que han sido recientemente absorbidos respectivamente por la institución de los *law Clerk* que asisten a los jueces para profundizar en cuestiones jurídicas, y por las garantías constitucionales de los derechos de la persona imputada. A pesar de ello, la razón de ser del *amicus curiae* no ha desaparecido, por cuanto «(t)he court's attention

(18) Con la posible excepción de Francia, donde está previsto por el Código de procedimiento civil, y en la África francófona, donde ha quedado algún rastro. Véase E. ANGELL, *The Amicus Curiae - American Development of English Institutions*, 16 *International Constitutional Law Quarterly* 1017 (1967), p. 1017, nt. 3.

(19) Sobre el nexo entre ausencia del derecho de defensa y la institución del *amicus curiae*, véase F. M. COVEY, Jr., *Amicus Curiae: Friend of the Court*, en 9 *DePaul L. Rev.* 30 (1959), pp. 34-35. Prueba de ello sería que la única mención de la práctica del *amicus* aparece en la sección dedica a la «*Criminal Law*» en los *Institutes* de Coke.

(20) «It is for the honor of a court of justice to avoid error [...]. Barbarism will be introduced, if it be not admitted to inform the court of such gross and apparent errors in offices»: en este sentido, *The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (Ex. 1656).

(21) Un intento de reconstruir las hipótesis más plausibles y acreditadas sobre la génesis del *amicus curiae* en el sistema de derecho consuetudinario inglés es el de S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, en 2 *Singapore Journal of Legal Studies* 352 (2010), pp. 357-60. La primera hipótesis considera que el propio derecho, intrínseco al tribunal, a solicitar ayuda, haya generado y construido la práctica del *amicus*. La segunda, definida como *the bystander* (o *intervening Good-Samaritan*) theory, se refiere a los tiempos en que, en ausencia de defensa legal, un imputado podía ir acompañado de sus conocidos, como testimonia Coke en sus *Institutes*. Pero que un amigo interviniese espontáneamente en defensa del imputado no debe haber sucedido con tanta frecuencia como para haber creado la práctica del *amicus curiae* (En este sentido, *BELLHOUSE e A. LAVERS, The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?*, cit.). La tercera hipótesis se refiere a la defensa del honor del tribunal corrigiendo los posibles errores. La cuarta se llama oral «shepardizing», es decir, la revisión de antecedentes que el tribunal ignora o ha olvidado tener en consideración. Por último, la quinta propone la teoría según la cual la introducción del *amicus curiae* servía para eludir los límites del sistema acusatorio.

should be drawn to obvious error or facts that the parties have failed to present due to ineptitude or self-interest. In so doing, the amicus curiae may prove a true friend of the Court»⁽²²⁾.

No cabe duda, pues, de que, a pesar de las muchas páginas en sombra en la historia de esta institución, y de más de una ambigüedad nunca disipada, una característica crucial del *amicus curiae* de ascendencia inglesa es estar al servicio del tribunal y no de las partes – friend of the court y no friend to the court–. Por otro lado, cuando todavía a día de hoy un *Advocate of the Court*⁽²³⁾ –es decir, un asesor como el admitido en el dramático caso de los gemelos siameses Gracie y Rosie Attard⁽²⁴⁾– es convocado para apoyar un tribunal inglés, debe actuar de manera totalmente imparcial, ya que está encargado de asistir al tribunal y no a las partes⁽²⁵⁾.

Igual que, a lo largo de los siglos, la práctica de admitir *amicus curiae* no ha cambiado por parte del tribunal, si bien la admisión no se configura como un derecho del *amicus* a comparecer, ni siquiera ha cambiado con el tiempo su razón de ser como institución capaz de preservar el honor del tribunal en la administración ordinaria de justicia y de facilitar la evolución racional de la ley «as a safeguard against judicial arbitrariness and for the preservation of free government»⁽²⁶⁾. Sin embargo, los jueces ingleses no han sabido elaborar una definición de la institución y de su espacio de intervención, y por ello se ha mantenido una alta discrecionalidad de los tribunales a la hora de admitir los escritos procesales, así como de la flexibilidad de la propia institución para adaptarse a las circunstancias y actores más variados⁽²⁷⁾.

(22) F. M. CONVEY, Jr., *Amicus Curiae: Friend of the Court*, cit., p. 37.

(23) Las Guidelines de 2001 excluyen que los tribunales puedan nombrar un *Advocate of the Court* «where a point of law was being argued affecting a government department which is not represented (the court could ask the Attorney to make arrangements for the department to be represented); where the Attorney-General believed that the public interest required him to intervene as a party (the court could give the Attorney the right to intervene); where the court believed that a litigant in person should get free (pro bono) representation to argue a point of law (the court could give the defendant an adjournment to permit him to seek such representation); where in a criminal trial the defendant was unrepresented, the prosecutor's duty as "a minister of justice" was to assist the court with all questions of law (it would be surplusage to appoint an Advocate to the court to perform the same role)» (LORD GOLDSMITH, *Friend of the court*, cit., p. 31).

(24) Re A (conjoined twins) [2001] 2 WLR 480. Las niñas nacieron unidas a la altura del abdomen. Una arteria de Gracie irrigaba el sistema circulatorio de Rosie, ya de por sí muy frágil y comprometido. La cirugía para separarlas habría permitido a Gracie sobrevivir con una probabilidad de más del 90 por ciento, pero implicaba la muerte de Rosie. Por otro lado, sin la intervención quirúrgica, Gracie no habría aguantado más que unos pocos meses, lo que implicaba la muerte de ambas antes de los seis meses de edad.

(25) M. ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., p. 454.

(26) E. R. BECKWITH e R. SOBERNHEIM, *Amicus Curiae - Minister of Justice*, cit., p. 38.

(27) S. KRISOLV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, en 72 *Yale L.J.* 694 (1963), p. 695. Entre los casos más extremos, se recuerda Ex parte Lloyd, citado en Ex parte Elysee, Monte 69,70 n.a. (Ch. 1830), en el cual un abogado había acordado, en diferentes momentos, defender a ambas partes. Durante el juicio, se encontró en medio de esta incompatibilidad sin saber cómo resolverla. Lord Chancellor no tenía potestad para sugerirle al abogado cómo resolver el problema pero, calificándose como *amicus curiae*, pudo aconsejarle sobre cómo proceder (*ivi*).

Pero, sin lugar a duda, es en Estados Unidos donde el *amicus curiae* conoce su más afortunada afirmación, con un desarrollo completamente diferente. Desde el punto de vista numérico, las intervenciones de los *amici curiae* se han multiplicado prodigiosamente en las décadas comprendidas entre finales de los años Cuarenta y Sesenta del siglo pasado: por revisar algunas estadísticas, en el año 1948-49, se depositaron ante la Corte Suprema federal setenta y cinco memorias de *amici curiae* para cincuenta y siete litigios pendientes. Las decisiones de la Corte, las opiniones concurrentes y disidentes fueron, en aquel año, setenta y seis en total: en once casos, comparecieron veinticuatro *amici curiae*, a veces incluso más de dos por sentencia. Durante el curso judicial 1963-64, en cincuenta y nueve pronunciamientos de ciento cuarenta y uno se constituyeron setenta y cinco *amici curiae* provenientes de los diversos niveles de gobierno (federal, estatal, de condado, municipal y de agencias administrativas) así como de organizaciones no gubernamentales (ONG). Finalmente, durante el año 1964-65, las sentencias fueron cuarenta y siete, y los *amici curiae*, cien⁽²⁸⁾. Aún más indicativo resulta el hecho de que el 85 por ciento de las causas resueltas ante la Corte Suprema hasta finales del siglo XX recibiera una memoria de al menos un *amicus curiae*, y que entre 1946 y 2001, las memorias depositadas fueran más de quince mil para algo menos de cuatro mil casos⁽²⁹⁾. En la actualidad, el 98 por ciento de los casos de la Corte Suprema viene acompañado por *amici curiae*⁽³⁰⁾: en 1996, el porcentaje todavía era del 90 por ciento; en 1981, era del 71 por ciento; y en 1976, solo el 35 por ciento⁽³¹⁾.

Pero es, sobre todo, desde el punto de vista de los objetivos y la utilidad de los *amici curiae* donde la práctica estadounidense se ha distanciado más de los precedentes ingleses, trazando el camino para una derivación completamente nueva de la institución. De hecho, si históricamente el *amicus curiae* asistía a los tribunales proporcionando información útil para evitar errores durante el proceso, indiferente a las partes y a sus reivindicaciones, poco a poco se fue consolidando en Estados Unidos la idea según la cual actúa *para influir en el resultado de las decisiones*. Que este giro tuviera lugar, en particular, después de la Segunda Guerra Mundial, casa bien con la actividad de *lobbying* ante el Congreso que se abrió paso en medio de las dificultades generadas por la recuperación económica de la posguerra y la política internacional, cuando un presupuesto federal astronómico atrajo a miles de lobistas a la capital, que representaban a organizaciones poderosas y activos igualmente grandes. La Corte Suprema no ha sido inmune. El dispositivo de *lobbying* disponible para su uso ante la Corte es el *amicus* breve⁽³²⁾.

(28) E. ANGELL, *The Amicus Curiae American Development of English Institutions*, cit., pp. 1027-28.

(29) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 48.

(30) A. ORR LARSEN y N. DEVINS, *The Amicus Machine*, en 102 *Va. L. Rev.* 1901 (2016).

(31) A. WOHL, *Friends with Agenda. Amicus Curiae Briefs May Be More Popular than Persuasive*, en 82 *A.B.A.J.* 46 (1996).

(32) F. V. HARPER y E. D. ETHERINGTON, *Lobbyists before the Court*, en 101 *U.Pa.L.R* 1172 (1953), p. 1172.

La transición desde un modelo tradicional de actor neutral al servicio de la justicia hasta la moderna acepción de militante partidario de un interés involucrado en la controversia caracteriza de manera particular lo que sucedió con el *amicus curiae* en Estados Unidos. En otras jurisdicciones, particularmente las de la Commonwealth⁽³³⁾, la institución ha conservado la pureza del modelo antiguo. Con el tiempo, el *amicus curiae* ha echado raíces en Sudáfrica, Sri Lanka y la India; en Francia y Quebec, en Luisiana y en el África francófona; y también en España, Texas, Latinoamérica y Filipinas⁽³⁴⁾, tocando también las costas de Japón y Turquía, sin olvidar China⁽³⁵⁾. Por no hablar de los tribunales internacionales (en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Mundial del Comercio y la Corte Penal Internacional⁽³⁶⁾), en los que se ha establecido sin dificultad⁽³⁷⁾. La universalidad de su difusión y supervivencia, de una u otra manera, es precisamente la prueba más plástica de su alta adaptabilidad. «It has meant, since leaving Roman hands, different things to different people but the title has, rather remarkably, endured»⁽³⁸⁾. Sin embargo, la misma flexibilidad que ha permitido su fortuna sin fronteras, es también motivo de la nebulosidad de la noción jurídica, definida como «unhelpful», «imprecise» y «deceptively simple»⁽³⁹⁾.

(33) Respecto de los países africanos de la Commonwealth, Sudáfrica es el ejemplo a tener en cuenta. Así, O. JONAS, *The Participation of the Amici Curiae Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa: A Tale of Two Jurisdictions*, en 59 *J. Far. L.* 329 (2005), para ampliar la práctica del *amicus curiae* como «vindicator of rights for the politically powerless and marginalized» y J. C. MUBANGIZI y C. MBAZIRA, *Constructing the Amici Curiae Procedure in Human Rights Litigation. What Can Uganda Learn From South Africa*, en 16 *Law Democracy & Dev.* 199 (2012). Incluso antes de la entrada en vigor de la constitución posterior al apartheid, el modelo sudafricano de *amicus curiae* se definió como «versatile», y que «fulfills a wide range of diverse and important functions» (C. MURRAY, *Litigating in the Public Interest: Intervention and the Amici Curiae*, en *South African J. Human Rights* 240 [1994]).

(34) A. D. E. LEWIS y D. J. IBBERTSON (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 7.

(35) *Ibid.*, p. 14.

(36) La única Corte que ha introducido una disposición bastante restrictiva sobre el *amicus curiae* es la Corte Internacional de Justicia (CIJ). El artículo 34 de su Estatuto restringe el acceso como *amici* únicamente a las organizaciones internacionales públicas y a los Estados. En 2004, la CIJ adoptó la *Practice Direction XII*, que regula también la participación de las ONG internacionales. Un enfoque restrictivo similar se aplica también al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS) que, sin embargo, permite el acceso también a organizaciones internacionales híbridas, como la *International Union for the Conservation of Nature*. Véase A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, en 26 *EJIL* 851 (2015), p. 862.

(37) Véase D. B. HOLLIS, *Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty*, en 25 *B.C. Int'l. & Comp. L.* 235 (2002); Dinah Shelton, *The Participation of Non-governmental Organisations in International Judicial Proceedings*, en 88 *Am. J. Int'l L.* 611 (1994); E. LEVINE, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, en 29 *Berkeley Journal of International Law* 200 (2011) y A. DOLIDZE, *The Arctic Sunrise and NGOs in International Judicial Proceedings*, en *ASIL Insights*, 3 enero de 2014, extraído de www.asil.org/insights/volume/18/issue/1/arctic-sunrise-and-ngos-international-judicial-proceedings.

(38) S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, *cit.*, p. 360.

(39) J. BELLHOUSE & A. LAVERS, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?* en 23 *C.J.Q.* 187 (2004). Y, extendiendo la mirada a otros ordenamientos de common law, es difícil llegar a una excepción

No es casual que, precisamente como resultado de la mutación política en su papel respecto del clásico canon de neutralidad, *el amicus curiae* pasara a llamarse, en el Reino Unido, *Advocate of the Court*, según lo acordado en un memorándum conjunto firmado el 19 de diciembre de 2001 por el Attorney-General, Lord Goldsmith, y por el Chief Justice of England and Wales, Lord Woolf, en vista del hecho que «the line between the role of an amicus and the intervener has not always been drawn too clearly»⁽⁴⁰⁾.

Pero la aproximación al concepto jurídico es solo uno de los aspectos del problema, ya que existe otra perspectiva del *amicus* que debe ser considerada, esto es, la del perfil de sujetos que piden intervenir. Una cierta iconografía –inspirada sobre todo por las batallas impulsadas por organizaciones no gubernamentales (ONG) rodeadas de un aura heroica, como la NAACP⁽⁴¹⁾ o la ACLU⁽⁴²⁾, para la desegregación racial en Estados Unidos y la emancipación de las personas afroamericanas– transmitió la

unánime y exhaustiva: en Australia, el *amicus curiae* es un profesional del derecho cualificado para asistir al tribunal (*In the marriage of PW and CA Rogers and Fernandez* [1988] 12 *Fam. L.R.* 467 (Family Court of Australia); en Canadá, es un pasante quien informa al juez de una cuestión legal (*Grice v. R* [1957] 11 D.L.R. [2d] 699 [Ont. S.C.]) o un abogado neutral quien asiste al tribunal a petición de éste (*R. v. Lee* [1998] 125 C.C.C. [3d] 363 [N.W.T. S.C.]); en Inglaterra, el papel del *amicus curiae* es el de ayudar al tribunal a presentar las leyes de manera imparcial (*Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.* [1968] 2 Q.B. 229 at 266 [C.A.]); en Hong Kong, resulta difícil aceptar la intervención de un *amicus curiae* sin que haya sido invitado a comparecer (*Hong Kong v. David Ma Wai-kwan* [1997] 2 Hong Kong Cases 315 at 359 [C.A.]); y también es así en Malasia (*Re Application by Hamid bin Hassan; Hamid bin Hassan v. Returning Officer*, Karak [1979] 2 M.L.J. 183 y *Tai Choi Yu v. Ian Chin Hon Chong* [2002] 5 M.L.J. 518 [H.C.]), donde un consultor del Disciplinary Board of the Bar Association es invitado para alcanzar una decisión justa según el interés público (*Nadarajan s/o Verayan v. Hong Tuan Teck* [2007] 7 M.L.J. 640 [H.C.]); en Sudáfrica, el *amicus curiae* no resulta implicado en la gestión del caso (*Grinshaw v. Mica Mines Ltd.* [1912] Transvaal Provincial Division Decisions 450 y *Connock's Motor Co. Ltd. (SA) v. Pretorius* [1939] Transvaal Provincial Division Decisions 355) y, finalmente, en Estados Unidos, donde el *amicus curiae* interviene durante el procedimiento para asistir al tribunal con información (*Village of North Atlanta v. Cook*), 133 S.E.2d 585, 219 Georgia Reports 316 (Sup. Ct. 1963) pero nunca contra un imputado [*State v. Finley*, 242 Minn. 288, 294, 295, 64 N.W. 2d 769 (1954)], tratándose de un individuo o grupo que, previa autorización del Tribunal, presenta una memoria con la intención de influir en el tribunal [*Airlines v. Wolens*, 513 U.S. 219 (1995)].

(40) LORD GOLDSMITH, *Advocate to the Court*, en 32 *Family Law* 228 (2002). En este sentido, y a título de ejemplo, es útil recordar que, ante algunos tribunales federales de distrito estadounidense, se admitió que el *amicus* pudiera intervenir en debates, interrogar a testigos, presentar pruebas y también hacer cumplir ordenanzas previas del tribunal (M. K. LOWMAN, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*, en 41 *Am.U.L.Rev.* 1243 [1992], p. 1246).

(41) La National Association for the Advancement of Colored People se fundó en Baltimore el 12 de febrero de 1909, aniversario del nacimiento de Abraham Lincoln, en apoyo de (en lugar de ayuda a) la población afroamericana. Su Estatuto describe los fines de la asociación con estas palabras: «To promote equality of rights and to eradicate caste or race prejudice among the citizens of the United States; to advance the interest of colored citizens; to secure for them impartial suffrage; and to increase their opportunities for securing justice in the courts, education for the children, employment according to their ability and complete equality before law». La NAACP, que desde 1938 estuvo dirigida por el joven abogado Thurgood Marshall, futuro juez de la Corte Suprema, primer afroamericano que llegó a dicho cargo, intervino en calidad de *amicus curiae* en los casos más importantes relacionados con la desegregación racial y la promoción de los derechos de la población de color.

(42) La American Civil Liberties Union se fundó en 1920 bajo el nombre de Civil Liberties Bureau y, entre muchos otros, fue *amicus curiae* en el caso *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)] y

imagen del *amicus curiae* como la de un David luchando contra Goliat. Pero, en la actualidad, es un romántico *understatement*: en primer lugar, es así desde un punto de vista cuantitativo, ya que, en las últimas décadas, el número de ONG ha crecido vertiginosamente⁽⁴³⁾ por diversas razones⁽⁴⁴⁾. En segundo lugar, por la potencia política alcanzada por las organizaciones no gubernamentales con el fenómeno de la *ONGización de la sociedad*⁽⁴⁵⁾. Pero, sobre todo, por su radio de acción internacional, que supone que el fallo de un tribunal que, de alguna manera, haya hecho suyas las razones de un *amicus curiae*, pueda circular y, potencialmente, influir mucho más allá de los límites de ese ordenamiento, a través de la *cross-fertilization* entre tribunales⁽⁴⁶⁾.

En virtud de estos fenómenos, el *amicus curiae* ha perdido los rasgos del modelo clásico, como sujeto designado por el tribunal para un cargo honorífico e imparcial y, por el contrario, ha adquirido las características de un modelo político. Del servicio a la justicia y del prestigio del tribunal queda cada vez menos, mientras que cobra ventaja la militancia por una causa, por un sistema de intereses, una categoría.

en *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)]. También fue la primera asociación no gubernamental que solicitó el *impeachment* contra el Presidente Richard Nixon.

(43) Es difícil fijar con precisión el número de ONG, pero en Estados Unidos se ha documentado que han pasado de 793.000 en 1982, a 1.478.000 en 2006 (Urban Institute National Center for Charitable Statistics, *Number of Nonprofit Organizations in the US, 1996-2006*, 2006 <http://nccsdataweb.urban.org/PubApps/profile1.php?state=US>). En Alemania, en el quinquenio sucesivo a la reunificación, han aumentado de 286.000 a 450.000 (H. K. ANHEIER, y W. SEIBEL, *The Non profit Sector in Germany*, Manchester, Manchester University Press, 2001), para llegar posteriormente hasta 570.000 en 2008 (Vereinsstatistik, *Survey of the Research Institute of Sociology at Cologne University in Cooperation with V&M Service*, 2008: <http://www.registeronline.de/vereinsstatistik/2008/>). En India son más de un millón (R. SOORYAMOORTHY y K. D. GANGRADE, *NGOs in India: A Cross Sectional Study*. Westport, Greenwood Press, 2001); en Rusia, 359.000 (Anna Skvortsova, *NGOs in Russia. Information and Analyses Center for Social and Health NGOs*, 2006, en http://www.hse.fi/NR/rdonlyres/D40BF349--2AE2--4CF1--B75F-0B5898755AE5/6104/PresentationAS2_102007Skvortsova.pdf); en Canadá, 161.000 (Statistics Canada, *Cornerstones of Community: Highlights of the National Survey of Nonprofit and Voluntary Organizations*, Ottawa, 2005 <http://www.ccss.jhu.edu/index.php?section=content&view=16&sub=91&tri=93>). En Polonia, 55.000 (S. GARSZTECHI, *Zivilgesellschaft in Polen*, en *Polen News*: <http://www.polen-news.de/puw/puw-83-07.html>). Incluso desde el punto de vista de la mano de obra empleada en el sector sin ánimo de lucro, los datos son considerables: en Holanda, el 14,4%; en Canadá, el 11,1%; en los Estados Unidos, el 9,8% y en Alemania, el 5,9% (S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 13).

(44) Además de las variables de época que caracterizan el escenario mundial, también han pesado algunos factores específicos, como la descentralización y la liberalización económica en la India (N. CHANDHOKE, *The Conceits of Civil Society*, New York, Oxford University Press, 2003); la expansión del Estado en Francia (J. D. LEVY, *Tocqueville's Revenge: State, Society, and Economy in Contemporary France*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999 y P. ROSANVALLON, *The Demands of Liberty: Civil Society in France since the Revolution*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007); liberalización política y subvenciones internacionales en Rusia (M. P. MAXWELL, *NGOs in Russia: Is the Recent Russian NGO Legislation the End of Civil Society in Russia?*, en 15 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 235 [2006] y S. AKSARTOVA, *Promoting Civil Society or Diffusing NGOs? U.S. Donors in the Former Soviet Union*, en D. C. HAMMACK y S. HEYDEMANN [eds.], *Globalization, Philanthropy, and Civil Society: Projecting Institutional Logics Abroad*, Bloomington, Indiana University Press, 2009).

(45) S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 60 ss.

(46) A. DOLIZDE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, cit.

En definitiva, el *amicus friendship* ha cedido el paso a la *amicus advocacy*. En la actualidad, las cuestiones que llegan a enjuiciamiento de los Tribunales a menudo presentan una complejidad demasiado inverosímil como para ser recogida por una distante y enrarecida institución privada de contactos con las sociedades modernas. Así pues, los jueces pueden sentir, más que en otras épocas, la necesidad de conocer los hechos, de obtener información, de entrar en contacto con el pluralismo y la variedad de las comunidades en las que operan. Sin embargo, si la voz de los *amici curiae* expresa las razones de una parte o promueve la agenda de un grupo de interés –si es una voz militante y política en sentido amplio– ¿qué beneficio podrá derivarse para la calidad de la jurisprudencia? Ante este estado de cosas, ¿puede el *amicus curiae* seguir siendo visto como un «amigo de la corte»?

II. EL AMICUS CURIAE EN LA EXPERIENCIA DE ESTADOS UNIDOS: «FRIENDS OF THE COURT» OR «FRIENDS OF THE PARTY»?

Está fuera de toda duda que, respecto de la práctica de los *amici curiae* en sentido moderno, el de Estados Unidos es el ordenamiento más vistoso y elocuente, así como el que ha experimentado la progresiva adopción de un modelo de *amicus curiae* heterodoxo respecto de las convenciones clásicas que, ante los tribunales americanos, habrían dejado de manifestarse ya en los años 20 del siglo XIX⁽⁴⁷⁾. Basta con mirar la colosal cantidad de *brief* presentados cada año ante el Tribunal Supremo: como ya se mencionó previamente, si hay de promedio setenta y cinco sentencias de la Corte, las memorias de los *amici curiae* superan los novecientos⁽⁴⁸⁾. No resulta extraño que un solo caso atraiga más de treinta, y que los más controvertidos alcancen, incluso, números de tres cifras⁽⁴⁹⁾. De lo cual se deriva una hipertrofia informativa que abruma a la judicatura, una avalancha ampliamente repetitiva en la que resulta difícil, para los asistentes al juicio⁽⁵⁰⁾, separar el grano de la paja⁽⁵¹⁾.

Históricamente, la institución del *amicus curiae* cruza el Atlántico con los volúmenes de los *Institutes* de Coke que llevaban los primeros juristas que desembarcaron en las costas orientales, pero tarda en aparecer en la práctica, a pesar del problema de la falta de representación en los tribunales de los intereses públicos indirectamente vinculados a la disputa, ampliamente identificado, especialmente

(47) S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, en 20 *Const. Commentary* 111 (2003).

(48) A. J. FRANZE y R. REEVES ANDERSON, *The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-13 Term*, in *Nat'l L.J.* septiembre de 2013 (<https://perma.cc/4QLR/U958>).

(49) A. J. FRANZE y R. REEVES ANDERSON, *The Unusual Term. Big Year for Amicus Curiae at the Supreme Court*, en *Nat'l L.J.* septiembre de 2016 (<https://perma.cc/5L98-UWNK>).

(50) K. J. LYNCH, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, en 20 *J.L. & PoL.* 33 (2004).

(51) A.-A. P. BRUHL y A. FELDMAN, *Separating Amicus Wheat from Chaff*, en 106 *Geo. L.J.* Online 135 (2017).

porque, en el sistema federal, los intereses estatales y los nacionales podían estar en desacuerdo incluso con ocasión de disputas entre particulares. Se dio el caso ya en *Greene v. Biddle*⁽⁵²⁾, en el que la disputa entre dos particulares por la posesión de la tierra dejó fuera tanto al Estado de Virginia, que había enajenado esas parcelas al gobierno federal, como al Estado de Kentucky, en cuyo territorio ambos habían confluído. Y, precisamente para dar voz a esos intereses públicos sin representación, desenmascarando una conspiración entre las partes, Henry Clay, senador de Carolina del Sur y abogado, fue admitido para hablar por el Estado de Kentucky, como primer caso de *amicus curiae*⁽⁵³⁾ que, en esta versión, respondía todavía al modelo medieval inglés, esto es, aquel que revela a los jueces una información para tutelar la buena administración de la justicia y de su honorabilidad. En la segunda mitad del siglo XIX, los *amici curiae* serán gradualmente admitidos, incluso en representación de intereses privados, pero seguirán siendo en todo caso figuras vinculadas al tribunal por una relación profesional. Sin embargo, por vez primera en 1919, un *amicus curiae* intervino en nombre de una organización⁽⁵⁴⁾, la National Association of Distillers and Wholesale Dealers, y ya antes de finales de los años Treinta se confirmó la identificación del *amicus* con un grupo de interés: «(t)he *amicus* is no longer a *neutral, amorphous embodiment of justice, but an active participant in the interest group struggle*»⁽⁵⁵⁾. Fue el Departamento de Justicia, creado en 1871, el que utilizó por primera vez la vía del *amicus curiae* como una forma de lobbying a través de Charles Bonaparte, Attorney General, que usará esta herramienta de manera inédita y progresista, a favor de los derechos de los afroamericanos y con la aspiración de lograr los cambios sociales necesarios⁽⁵⁶⁾. Casi al mismo tiempo, los grupos de interés privados también comenzaron a moverse en este mismo sentido: entre los primeros en activarse se encontraban algunas minorías étnicas⁽⁵⁷⁾, abogados y banqueros⁽⁵⁸⁾, o los productores y distribuidores de licores⁽⁵⁹⁾. Pero fue con la llegada de las asociaciones por los derechos civiles cuando el *amicus curiae* alcanzó su máxima popularidad⁽⁶⁰⁾.

(52) 1 U.S. (8 Wheat.) 1 (1823).

(53) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief, cit.*, pp. 700-701. También E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions, cit.*, p. 1018.

(54) *Hamilton v. Kentucky Distill. Warehouse Co.*, 251 U.S. 146 (1919).

(55) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief, cit.*, p. 703 (las cursivas son de la autora).

(56) *Ibid.*, p. 705. Se recuerdan, entre los pronunciamientos en que el Departamento de Justicia se constituyó como *amicus*, los casos *Employers Liability Cases* [207 U.S. 463 (1908)], *Bailey v. Alabama* [211 U.S. 452 (1908)] y *Buchanan v. Warley* [245 U.S. 60 (1917)].

(57) *Ah How (alias Louis Ah How) v. United States*, 193 U.S. 65 (1904), en el que compareció la Chinese Charitable and Benevolent Association de Nueva York.

(58) *Hall v. Geiger-Jones Co.*, 242 U.S. 539 (1917).

(59) *Hamilton v. Kentucky Distill. Co.*, 251 U.S. 146 (1919).

(60) Note, *Private Attorneys-General: Group Action in the Fight for Civil Liberties*, en 58 *Yale L.J.* 574 (1949). Es interesante resaltar que, en los casos de desegregación, algunos tribunales federales de distrito y de circuito nombraron de oficio al U.S. Attorney-General y al U.S. Attorney como *amici curiae*, con la finalidad de trabajar por el reforzamiento de las decisiones previas en la materia. Así sucedió en *Aaron*

Como resultado de esta incesante evolución de su rol⁽⁶¹⁾, los *amici* que comparecen ante la Corte Suprema pueden ser de tres clases⁽⁶²⁾: representantes del gobierno, federal o estatal, condados, municipios y agencias gubernamentales⁽⁶³⁾; organizaciones privadas profesionales y de gremios, empleadores, sindicatos, colegios profesionales⁽⁶⁴⁾; asociaciones privadas, iglesias, minorías organizadas, libertarios civiles y pacifistas⁽⁶⁵⁾. La apertura a tan variado grupo de sujetos, sin embargo, terminó traducándose fatalmente en un abuso de la institución: es decir, los brief no fueron presentados únicamente por aquellos que tenían intereses similares o idénticos a los de las partes presentes ante el Tribunal, sino que se convirtieron en «a vehicle for propaganda efforts». De hecho, más que en el fondo del asunto, se ponía el énfasis en la «size and importance of the group represented». En resumen, después de 1947 se multiplicaron las señales según las cuales el escrito del *amicus curiae* era un instrumento utilizado para hacer sentir una presión extrajudicial sobre el proceso, «more decorous than but essentially similar to the picketing of courthouses that Congress has since banned»⁽⁶⁶⁾.

Para demostrar una cierta oposición a dicha propaganda⁽⁶⁷⁾, en 1949 se aprobó una enmienda al artículo 27(9) del Reglamento del Tribunal Supremo⁽⁶⁸⁾, con el fin de introducir algunas limitaciones, entre las cuales se establecía, en la letra a), la necesidad del consentimiento de las partes⁽⁶⁹⁾, en ausencia de la cual, en todo caso, el *amicus curiae* tenía la facultad, contemplada en la letra c), presentar una moción directamente a la Corte (motion for leave to file)⁽⁷⁰⁾. Se entendía que la política no

v. *Cooper*, 163 F.Supp. 13, 16 (E.D. Ark. 1958) y en *Faubus v. United States*, 254 F.2d 797 (8th Cir. 1958) (así, S. KRISOLV, *The Amicus Curiae Brief*, cit., p. 718).

(61) K. O'CONNOR y L. EPSTEIN, *Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation: An Appraisal of Hakman's 'Folklore'*, en 16 *Law & Society Rev.* 311 (1982).

(62) Véase E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, cit., p. 1019 ss.

(63) Entre estas, los Solicitor-General y los Attorney-General, federal y estatal, al igual que agencias como la Securities and Exchange Commission (SEC).

(64) Como, por ejemplo, la Chamber of Commerce of the United States, la American Federation of Labor, la National Association of Broadcasters o la American Bar Association.

(65) A modo de ejemplo, la NAACP, la ACLU, la American Jewish Congress, la Workers Defense League, el Catholic Council on Civil Liberties, la Federation of the Blind o la Navajo Tribe of Indians.

(66) F. B. WIENER, *The Supreme Court's New Rules*, en 68 *Harv. L. Rev.* 20 (1954), p. 80.

(67) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, Oxford University Press, 2008, loc. 944.

(68) 338 U.S. 959 (1949).

(69) Pero el consenso no es necesario si quien solicita intervenir son el Attorney-General de los Estados Unidos o de algún Estado (F. M. COVEY, *Amicus Curiae: Friend of the Court*, cit., p. 37).

(70) «Is ordered that Paragraph 9 of Rule 27 of the Rules of this Court be, and it hereby is, amended to read as follows: "9. (a) - Brief of an amicus curiae in cases before the Court on the merits: A brief of an amicus curiae may be filed only after order of the Court or when accompanied by written consent of all parties to the case and presented promptly after announcement postponing or noting probable jurisdiction on appeal, granting certiorari, or pertinent action in a case upon the original docket.

escrita de la Corte era negar el acceso a aquellos *amici* que las partes no hubieran consentido⁽⁷¹⁾.

Sin embargo, por su parte, el Solicitor-General se acostumbró a rechazar mecánicamente cualquier *amicus*⁽⁷²⁾, incurriendo en el malentendido de que se le pedía al Tribunal que reaccionara con una negativa automática. Sin embargo, el resultado de esta política fue un agravamiento del trabajo de la Corte, obligada a examinar cualquier memoria recibida. Como reacción a este exceso, al rechazar que Joseph y Donald Steinberg se constituyeran como *amici* en *Lee v. United States*⁽⁷³⁾, el Juez Frankfurter redactó un memorándum⁽⁷⁴⁾, al cual se sumó también el Juez Black,

(b) - Brief of an *amicus curiae* prior to consideration of jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari: A brief of an *amicus curiae* filed with consent of the parties, or motion, independent of the brief, for leave to file when consent is refused may be filed only if submitted a reasonable time prior to the consideration of a jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari. Such motions are not favored. Distribution to the Court under the applicable rules of a jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari and its consideration thereof will not be delayed pending the receipt of such brief or the filing of such motion.

(c) - Motion for leave to file: When consent to the filing of a brief of an *amicus curiae* is refused by a party to the case, a motion, independent of the brief, for leave to file may timely be presented to the Court. It shall concisely state the nature of the applicant's interest, set forth facts or questions of law that have not been, or reasons for believing that they will not adequately be, presented by the parties, and their relevancy to the disposition of the case. A party served with such motion may seasonably file in this Court an objection concisely stating the reasons for withholding consent.

(d) - Consent not required: Consent to the filing of a brief of an *amicus curiae* need not be had when the brief is presented for the United States sponsored by the Solicitor General; for any agency of the United States authorized by law to appear in its own behalf, sponsored by its appropriate legal representative; for a State sponsored by its Attorney General; or for a political subdivision of a State sponsored by the authorized law officer thereof.

(e) - Signature of a member of the bar of this Court and proof of service required: All briefs and/or motions filed under this Rule shall bear the signature of a member of the Bar of this Court, and shall be accompanied by proof of service on all parties to the case"».

(71) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, *cit.*, loc. 944.

(72) Y, de hecho, algunas asociaciones que en muchos casos habían conseguido presentar sus escritos tras la reforma de 1949 y la petición de consentimiento de las partes, vieron cómo se desplomaban las oportunidades de intervenir. Esto sucedió, por ejemplo, al American Jewish Congress que, desde 1947 hasta la entrada en vigor de la Rule 27(9) ocurrida en 1949, había sido admitida en siete casos (*Oyama v. California*, 332 U.S. 633 (1948), *Bernstein v. Van Heygen Frères Société Anonyme*, 332 U.S. 772 (1947), *Bob-LoExcursion Co. v. Michigan*, 333 U.S.28 (1948), *Shelley v. Kramer*, 334 U.S. 1 (1948), *Takahashi v. Fish and Game Commission*, 334 U.S. 410 (1948), *Stainbeck v. Mo Hock Ke Lok Po*, 339 U.S. 368 (1950) y *Lawson v. United States*, 339 U.S. 934 [1950]), en tanto que posteriormente solo fue admitido en dos (*Doremus v. Board of Education*, 342 U.S. 429 (1952) y *Briggs v. Elliott*, 342 U.S. 350 [1952]). Similar suerte corrió también la American Civil Liberties Union (ACLU), la National Lawyers' Guild y la American Jewish Committee. Sobre esta cuestión, véase F. V. HARPER y E. D. ETHERINGTON, *Lobbyists before the Court*, *cit.*, pp. 1174-76. Es más, si en 1949 se presentaron 118 *brief* para 53 casos, en 1950 las memorias fueron setenta para para 36 casos (S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief*, *cit.*, p. 714).

(73) 343 U.S. 924 (1952).

(74) «The rule governing the filing of *amicus* briefs clearly implies that such briefs should be allowed to come before the Court not merely on the Court's exercise of judgment in each case. On the contrary, it presupposes that the Court may have the aid of such briefs if the parties consent. For the Solicitor General to withhold consent automatically in order to enable this Court to determine for itself the propriety of each

para explicar la frustración del Tribunal ante una inundación de tal calibre, y estigmatizar la falta de corrección del gobierno que, despreciando el art. 27, generaban una indebida transferencia de responsabilidad.

Afortunadamente, a partir del verano de 1952, el gobierno dio un giro más liberal⁽⁷⁵⁾, limitándose a negar la aceptación de las memorias solo en aquellos casos en que se trataba de propaganda evidente o en los relativas a subgrupos de organizaciones ya representadas. Ese mismo año, sin embargo, el Presidente del Tribunal Supremo Fred M. Vinson (y más tarde su sucesor Earl Warren) formó una comisión formada por los jueces Reed, Frankfurter, Douglas y Jackson para conseguir a una revisión del Reglamento de la Corte. Con la colaboración de representantes de los fiscales generales, de algunos profesores de derecho y varios abogados eminentes, a los que se unió el Secretario de la Corte, se iniciaron varias reformas⁽⁷⁶⁾, si bien no se realizó nada realmente sustancial sobre los *amici curiae*, al margen de establecer que la *motion for leave to file* no podía exceder las cinco páginas de longitud⁽⁷⁷⁾.

Con estas nuevas disposiciones, la Corte se abrió a una participación potencialmente ilimitada de los *amici curiae*, síntoma de una confianza sincera de los jueces en la calidad de los escritos, a pesar de la carga de trabajo adicional y los documentos que de ello resultarían. Si hubieran estado menos convencidos de que podían obtener un beneficio, les habría sido más conveniente pensar en algún tipo de correctivo para contener el uso de esta institución⁽⁷⁸⁾.

El Tribunal volverá a modificar varias veces las normas sobre los *amici curiae*: lo hará en 1990, tras haber recibido 78 *brief* en un solo caso relativo al aborto⁽⁷⁹⁾, modificando el artículo 37 del Reglamento, para recordar a las partes que una memoria que no sea realmente inédita y relevante «*simply burdens the staff and is not favoured*». Posteriormente, alarmado por algunas preocupaciones de tipo ético, la Corte añadirá en 1997 la obligación de los *amici* de hacer constar la eventual colaboración

application is to throw upon the Court a responsibility that the Court has put upon all litigants, including the Government, preserving to itself the right to accept an amicus brief in any case where it seems unreasonable for the litigants to have withheld consent. If all litigants were to take the position of the Solicitor General, either no amicus briefs (other than those that fall within the exceptions of Rule 27) would be allowed, or a fair sifting process for dealing with such applications would be nullified and an undue burden cast upon the Court. Neither alternative is conducive to the wise disposition of the Court's business. The practice of the Government amounts to an endeavor, I am bound to say, to transfer to the Court a responsibility that by the rule properly belongs to the Government. The circumstances of the application in this case illustrate the unfairness resulting from persisting in the Government's practice, in disregard of Rule 27».

(75) Y en 1957 emitió la Statement of Policy and Practice Regarding Applications to the Solicitor General for Consent to File Amicus Curiae Briefs in the Supreme Court, para aclarar los criterios útiles para conferir consentimiento o denegación a los *amici curiae*.

(76) 346 U.S. 951 (1954).

(77) Rule 44 (3).

(78) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, *cit.*, loc. 980-85.

(79) *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

de los abogados de una de las partes en la redacción del escrito (contra la práctica de los escritores fantasmas) así como de documentar todas las contribuciones recibidas en apoyo de la memoria. La última revisión data de 2017, fecha en la que se realizaron cambios para simplificar el proceso de presentación de alegatos mediante la autocertificación del consentimiento de las partes⁽⁸⁰⁾.

El arraigo y proliferación de los *amici curiae* en la realidad de Estados Unidos se explica por al menos cinco razones características de este ordenamiento y de su cultura jurídica. En primer lugar, el carácter acusatorio del juicio, que no permite que estén representados en el tribunal intereses distintos de los de las partes en el proceso: la constitución de un *amicus curiae* permite obviar esta laguna, como ya se vio en las primeras apariciones de los *amici* ante la Corte Suprema.

En segundo lugar, el volumen de fuentes de la literatura legal y de derecho de los Estados Unidos pesa mucho: más de cien tribunales federales, varios cientos de tribunales estatales, leyes, regulaciones, más de cien revistas solo de los colegios de profesiones legales, sin mencionar los cientos de revistas de las facultades de derecho. Para cualquier juez, incluidos los de la Corte Suprema, es muy difícil mantenerse al día con esta colosal masa centenaria y en constante cambio.

Asimismo, no resulta irrelevante el entrelazamiento de las cuestiones y los problemas generados por la naturaleza federal del sistema: *due process of law*, *unreasonable searches and seizures*, *equal protection of the laws*, o el *commerce among the several states*, son solo algunos ejemplos de cláusulas constitucionales que caracterizan la *Constitución viva* de los Estados Unidos, en cuya interpretación es muy probable que la Corte Suprema Federal y la Corte Suprema de Mississippi, por ejemplo, no tengan la misma idea, del mismo modo que sería improbable que coincidieran la interpretación de 1897 y la de 1965.

Por otro lado, hay que recordar la práctica del *writ of certiorari*⁽⁸¹⁾, es decir, la facultad del Tribunal Supremo de elegir los casos que serán examinados y, en consecuencia, ordenar al tribunal inferior que le transmita los documentos del caso a fin de revisarlo. Los datos difundidos por la propia Corte Suprema revelan que, en promedio, de cerca de siete mil peticiones provenientes de los tribunales inferiores, solo se admiten entre ciento y ciento cincuenta apelaciones y, por lo general, se trata de casos que provienen de una Corte federal de Apelaciones o de una Corte Suprema estatal. Así pues, el *certiorari* significa una decisión preliminar a la que eventualmente se pronuncie sobre el fondo, y para influir en ella, el papel de los *amici curiae* no resulta, desde luego, secundario.

(80) Según el comentario del Secretario de la Corte, «(i)n an effort to simplify the filing process, this change allows parties to reflect written consent in the body of an *amicus curiae* brief, rather than having to file letters of consent separately with the Court. In addition, just as party briefs on the merits will be submitted through the electronic filing system and need not be separately submitted electronically, see Rule 25.9, so too *amicus curiae* briefs need not be separately submitted electronically».

(81) U. SOMMER, *Supreme Court Agenda Setting. Strategic Behavior during Agenda Setting*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, p. 17 ss.

Por último, hay que tener en cuenta la multiplicación exponencial de las organizaciones privadas sin ánimo de lucro para promover las causas de los grupos de interés y sus reivindicaciones, a la que ya se ha hecho referencia. De 1950 a 1993, las ONG que trabajaban en el campo de los derechos humanos se quintuplicaron, pero aún seguían siendo una cuarta parte del total. Las dedicadas al ámbito de los derechos de la mujer se mantuvieron sin cambios en el 9 por ciento durante el mismo período, mientras que las ONG transnacionales sobre cuestiones ambientales pasaron de dos en 1953 (representaban el 1,8 por ciento del total) a noventa en 1993 (alcanzando el 14,3 por ciento del total)⁽⁸²⁾. Ante tal movilización, los tribunales no pueden permanecer encerrados en un Olimpo completamente ajeno al contexto social. Partimos precisamente de este punto para destacar cuatro aspectos que pueden ayudar a esclarecer los efectos sucesivos y colaterales de la difusión de este modelo de *amicus curiae*.

III. LA FIGURA DEL «AMICUS CURIAE» EN LA ERA DE LA ONGIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

La realidad norteamericana propone una práctica de *amicus curiae* difícil de comparar con otras experiencias y, con la misma probabilidad, incompatible con contextos jurídicos distintos al norteamericano. Sin embargo, en lugar de convertirlo en un modelo poco indicativo, lo convierte, más bien, en el más elocuente, ya que se trata de un laboratorio tan vital y prismático como para iluminar las más variadas dinámicas que se despliegan en torno a un uso articulado de esta institución.

Retomemos la quinta y última característica ilustrada en el párrafo anterior, a saber, la multiplicación del número de ONG, grupos de interés, bufetes de abogados, asociaciones sectoriales o comités empresariales que se constituyen como *amici curiae* en casi todos los casos que actualmente se presentan ante el Tribunal Supremo Federal. ¿Qué impacto tienen en el trabajo de los jueces y en la jurisprudencia estadounidense? ¿Cómo inciden en el papel que desempeña el poder judicial dentro de la arquitectura institucional y en el diálogo entre los tribunales? En este párrafo, queremos reflexionar sobre cuatro cuestiones que, partiendo de la actuación de los grupos de interés y de las ONG que comparecen ante el Tribunal Supremo, proyectan el fenómeno de los *amici curiae* en un espacio que va más allá del simple litigio en el que comparecen: en primer lugar, el fenómeno de *lobbying* que, a través del *amicus curiae*, afecta tanto a los tribunales como al poder legislativo y ejecutivo; en segundo lugar, el disenso entre jueces que parece generarse, precisamente, por la cantidad de información y argumentos jurídicos contradictorios producidos por los *briefs*; en tercero, el carácter contramayoritario de los tribunales y su relación con las instituciones *mainstream*; por último, el diálogo entre los tribunales o, dicho con otras palabras, la *cross-fertilization* entre su jurisprudencia.

(82) Estos datos surgen de una comparación entre el *Yearbook of International Organizations* de 1953 y el *Yearbook of International Organizations* de 1993.

Comencemos con un ejemplo ciertamente extremo pero muy expresivo de la capacidad de penetración de los argumentos promovidos por los *amici curiae* en las sentencias de la Corte Suprema. Se trata de un asunto que tuvo lugar entre los años sesenta y setenta del siglo pasado, y llevó a la elaboración de una noción constitucional de privacidad derivada de una interpretación sustancial de la *due process clause* de la XIV Enmienda, la que, para entendernos, surgió por primera vez con relación a la circulación de métodos anticonceptivos en los Estados Unidos⁽⁸³⁾, con algunos precedentes lejanos⁽⁸⁴⁾, que posteriormente se proyectó hasta llegar a la histórica sentencia sobre el aborto⁽⁸⁵⁾ y que, por último, fue invocada, no siempre con la suerte deseada, con ocasión de las decisiones sobre la legalización de los matrimonios interraciales⁽⁸⁶⁾, la libertad sexual de las personas homosexuales⁽⁸⁷⁾ y el suicidio médico-asistido⁽⁸⁸⁾.

Hoy en día sigue siendo una página sin precedentes en la historia estadounidense, no solo por las conquistas que hizo posibles, superando herencias oscuras y anacrónicas, sino también por la potencia de un concepto constitucional como el de la *privacy*, que permanece entre las empresas hermenéuticas más creativas de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Tratándose la *privacy* de un derecho resultante de la invención de los jueces —que, a decir verdad, lo tomaron de los *brief* de algunos *amici curiae*⁽⁸⁹⁾—, fundado sobre garantías constitucionales que, más allá de un anclaje textual, sólo podían intuirse en las sombras de algunas enmiendas del Bill of Rights, la Corte Suprema siguió extendiendo su lectura (pero también, a partir de cierto momento, dejó de utilizarlo) con un amplio grado de flexibilidad y discrecionalidad. Esta aleatoriedad del reconocimiento de la privacidad alentó y acogió la más intensa influencia ejercida por parte de los grupos de interés que aparecían como *amici curiae*⁽⁹⁰⁾.

Griswold v. Connecticut⁽⁹¹⁾ es universalmente conocida por haber introducido esta noción de privacidad, declarando la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut que, vigente desde 1879, prohibía vender contraceptivos a las parejas,

(83) *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) y *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(84) *Meyers v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) y *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

(85) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983), *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992).

(86) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

(87) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

(88) *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) y *Washington v. Glocksberg*, 521 U.S. 7092 (1997).

(89) Como ha destacado B. J. ENNIS, *Symposium on Supreme Court Advocacy: Effective Amicus Briefs*, en 33 *Cath. U. L. Rev.* 603 (1984), p. 604, «(a) good idea is a good idea, whether it is contained in an amicus brief on in the brief of a party».

(90) S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, New York, Praeger, 2004, loc. 255.

(91) 381 U.S. 479 (1965).

incluso si estaban oficialmente casadas, e igualmente prohibía a los médicos impartir instrucciones al respecto. Griswold anulaba un pronunciamiento emitido tan solo cuatro años antes, *Poe v. Ullman*⁽⁹²⁾, en el que, por el contrario, el juez ponente Frankfurter, en nombre de la mayoría del Tribunal, había dictaminado que la inadmisibilidad de la cuestión impugnada por tres mujeres casadas, que desafiaban la constitucionalidad de la misma ley estatal sin que, por lo demás, se arriesgasen realmente a sufrir las consecuencias de su aplicación. Sin embargo, es precisamente recurriendo a las opiniones disidentes de los magistrados Harlan y, en especial, Douglas, a esta última decisión, donde con claridad se encuentran las huellas de los argumentos presentados por algunos de los amici curiae para demostrar la existencia de un derecho a la *privacy* que será plenamente acogido por Griswold.

El juez Douglas alegó en *Poe* una rica opinión disidente, en la cual sostuvo que la libertad contemplada en la Quinta y la Decimocuarta Enmienda debían abrirse a una lectura amplia y que, en el interior de estas «emanations of Liberty», era posible reconocer el derecho a la privacidad. Asimismo, dio cuenta de los fundamentos de la *privacy* en el *common law* y en la *due process clause* de la Decimocuarta Enmienda: al prohibir a los Estados interferir con las acepciones «implicit in the concept of ordered Liberty», la *due process clause* excluía la legitimidad constitucional de una ley estatal que, al prohibir los anticonceptivos, interfería en la intimidad matrimonial e invadía «the innermost sanctum of the home». De manera análoga, el juez Harlan invitó a abandonar una lectura formalista y meramente procesal de la *due process clause*, y a abrazar el equilibrio que derivaba entre la «liberty and the demands of organized society».

Esta idea de la privacidad conyugal, que inspiraba las opiniones disidentes de los jueces Douglas y Harlan es en gran parte deudora del *brief* presentado en el caso *Poe* por la American Civil Liberties Union (ACLU). En los apuntes personales de los dos jueces hay evidencias de que fue precisamente de ese escrito del que los jueces extrajeron la idea de presentarlo como una interferencia de la ley de Connecticut con un «aspect of marital conduct that is inherently private and beyond the reach of government». El memorando de la ACLU estaba dirigido casi por completo a presentar el derecho a la privacidad que, lejos de ser inédito, presumía –como posteriormente reiterará también la Corte– de un largo y consolidado pedigrí, invocado con frecuencia en los casos de *search and seizure* de la Decimocuarta Enmienda⁽⁹³⁾.

Cuatro años más tarde, con Griswold, la mayoría de la Corte terminará admitiendo en su totalidad esa concepción de la privacidad que, introducida por los alegatos de la ACLU, fue inicialmente aceptada solo por los jueces Harlan y Douglas. En el tiempo transcurrido entre uno y otro pronunciamiento, muchos Estados habían derogado sus propias leyes contrarias a la venta de anticonceptivos, si bien seguía habiendo

(92) 367 U.S. 497 (1961).

(93) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) y *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Véase S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, *cit.*, loc. 444.

seis Estados irreductibles. Mientras tanto, siempre en Connecticut, se había creado el *Planned Parenthood Center of New Haven*, cuya misión era ofrecer información científica para la prevención de los embarazos y para la planificación familiar de las parejas casadas. Apenas unas semanas después del inicio de su actividad, la administradora del centro, Esther Griswold, fue detenida junto con el director médico y se cerró la clínica.

En este caso, la opinión de la mayoría de la Corte Suprema fue redactada por el juez Douglas –quien vinculó la noción de privacidad a las Enmiendas Primera, Tercera, Cuarta, Quinta y Novena, así como a la Decimocuarta– acompañada por opiniones concurrentes de los jueces Goldberg, Harlan y White. Los mismos *amici curiae* que habían comparecido en *Poe* –además de la ACLU, que sin duda era la más incisiva, la *Planned Parenthood Foundation of America Inc.* y el ex presidente de la *American Bar Association*– se presentaron también en *Griswold*, con el único añadido del *Catholic Council on Civic Liberties*. También en este caso, «the impact of the amici is clearly discernible»⁽⁹⁴⁾ y, lo que es más importante, preparó el camino para la llegada de intervenciones cada vez más numerosas por parte de *amici*, y para una creciente expansión de la noción de *privacy*: de hecho, en *Griswold*, la Corte hizo uso por primera vez de algunas disposiciones constitucionales concretas para justificar una extensión de facto de su propio poder, pero se refirió a una lectura de las enmiendas comprensiva de un subtexto tan amplio (las penumbras del Bill of Rights) que exigió a los jueces un trabajo no solo técnico, sino casi artesanal. De esta manera, la lectura evolutiva y sustancial de la *due process clause* dejó una herencia muy contradictoria y ambigua, de la que surgió un margen más bien incierto y discrecional en el juicio de constitucionalidad del Tribunal Supremo. En definitiva, «(i)t was this heightened uncertainty, coupled with the Justices' need to rely on arguments and information that was not strictly legal, that opened the door to an expanded amicus role»⁽⁹⁵⁾.

Este asunto, aunque se remonta tiempo atrás, nos ayuda a avanzar hacia algunas consideraciones requeridas por el papel que hoy juegan los *amici curiae*. Asimismo, nos permite deducir que, en el sistema legal de Estados Unidos, el memorándum de un *amicus curiae* tiene tanto más sentido cuanto más los jueces saben cómo beneficiarse de él, por ejemplo, tomando prestados los argumentos para redactar sus opiniones, ya sean concurrentes o disidentes. Y es precisamente con relación a esta cuestión que surge el primer motivo de reflexión, es decir, la relación entre el disenso de los jueces y la aparición de los *amici curiae*.

El crecimiento exponencial de los *amici* y sus escritos en los años de posguerra hasta hoy⁽⁹⁶⁾ ha inundado a los jueces con una enorme cantidad de información y de

(94) *Ibid.*, loc. 512.

(95) *Ibid.*, loc. 665.

(96) Véase también J. D. KEARNEY y T. W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, en 148 *U. Pa. L. Rev.* 743 (2000).

argumentos legales que no siempre les ha ayudado a adoptar mejores sentencias⁽⁹⁷⁾. Pero es interesante notar que, paralelamente a la proliferación de los memorándum, también se produjo un aumento considerable de las decisiones no unánimes de la Corte Suprema, sin que parezca infundado explicar las acaloradas discusiones entre los jueces, al menos en parte, precisamente por los numerosos y diversos escritos recibidos, tal y como en cierta medida sucedió en Poe y Griswold. Como un fuego que arde polémico y lacerante, los escritos de los *amici* parecen alentar opiniones disidentes porque son capaces de encender la imaginación de los jueces con la propuesta de diferentes interpretaciones de la ley, nacidas de las muchas almas de la sociedad. Además, si se redactan con cierta precisión, los memorándum proporcionan una investigación básica sobre la posición representada, que los jueces podrían incluso aprovechar para redactar una opinión separada, con un importante ahorro de estudio y de tiempo⁽⁹⁸⁾. Muchas voces del exterior, por lo tanto, también parecen facilitar el aumento de las voces dentro de la Corte⁽⁹⁹⁾.

Habíamos mencionado también el peso de la actividad de lobby ejercida por las asociaciones, los grupos y las ONG que pretendían exponer sus razones ante los jueces. La misma transformación gradual del *amicus*, desde un papel neutral hasta una presencia partidista, de «amigo del tribunal» a «militante por una causa», ha implicado la exaltación del papel de algunos representantes de intereses difusos, que han terminado por transformar al Tribunal en una arena política ante la cual promover los intereses privados de grupos sociales, políticos o económicos⁽¹⁰⁰⁾. Para estos sujetos, «litigation is, first and foremost, a form of political action»⁽¹⁰¹⁾. Sucede así que el *amicus curiae* resulta ser amigo de una de las partes o, incluso, de quienes contribuyen económicamente a redactar y adjuntar los escritos⁽¹⁰²⁾. A ello

(97) S. M. SHAPIRO, *Amicus Brief in the Supreme Court*, en 10 *Litigation* 21 (1984).

(98) P. M. COLLINS, p. 163. A este respecto, debería desarrollarse un estudio sobre el papel de los académicos en la redacción de los *brief*. Para más información al respecto, se reenvía a R. ROESCH, S. L. GOLDING, V. P. HANS y N. D. REPPUCCI, *Social Science in the Courts*, en 15 *Law and Human Behavior* 1 (1991) y, más en general, A. KENT y J. TRINIDAD, *International Law Scholars as Amici Curiae: An Emerging Dialogue (of the Deaf)?*, en 29 *Leiden J. Int'l L.* 1081 (2016).

(99) Para una revisión empírica del impacto de los *amici curiae* en la disidencia de los jueces, véase también P. M. COLLINS, *Amici Curiae and Dissensus on the U.S. Supreme Court*, en 5 *J. Empirical Legal Stud.* 143 (2008).

(100) También puede suceder, a la inversa, que la admisión de ONG entre amigos curiae sea una herramienta útil para que un tribunal haga hincapié en su papel indirecto como *policy maker*. A este respecto, resulta instructiva la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «(t)he adoption of the *amicus curiae* procedure is related to a particularly transformative moment in the ECtHR's history. The Court began to understand itself as not simply an instrument for conflict resolution in particular disputes but also as an institution whose pronouncements would have policy implications for all of Europe. The fact that the Court adopted the *amicus* procedure in the period when the Court started asserting its Europe wide policy-making role is noteworthy» (A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, *cit.*, p. 878).

(101) *Ibid.*, loc. 184.

(102) Véase A. WOHL, *Friends with Agendas*, en 82 *A.B.A. J.* 46 (1996) y S. F. WARD, *Friends of the Court are Friends of Mine*, en 93 *A.B.A. J.* 24 (2007), pero también L. SANDSTROM SIMARD, *An*

se añade que los mismos actores que tienen interés en presentarse como amici curiae, también actúan en la fase de confirmación de los jueces propuestos por el Presidente y bajo examen por el Senado, demostrando su capacidad q de tener un impacto nada despreciable en el voto de confirmación⁽¹⁰³⁾. En definitiva, si bien por un lado, la aportación de los *amici* es útil para mantener actualizado al Tribunal respecto de los movimientos de reivindicación y lucha que existen en el interior de la sociedad, por otro lado, lo somete a presiones, directas o indirectas⁽¹⁰⁴⁾, análogas a las que más habitualmente conciernen al legislador, particularmente en los casos más sensibles⁽¹⁰⁵⁾.

En la actual transformación de las propias ONG también se percibe el potencial político que se ejerció ante los tribunales bajo los ropajes de los *amici*. Este proceso de mutación se articula en tres direcciones. *In primis*, se habla de ONGización de la sociedad civil⁽¹⁰⁶⁾, esto es, de la traducción de los movimientos civiles y también de las comunidades más pequeñas, en ONG. Esto significa que la movilización espontánea de la sociedad civil para la búsqueda de valores y objetivos, por regla general mal organizada y con una estructura generalizada y horizontal, asumiendo cada vez con más frecuencia la forma de una organizaciones más profesionales, con organigramas verticales, que privilegian las salas de reuniones, las reuniones a puerta cerrada y las estrategias de comunicación⁽¹⁰⁷⁾ frente al movimiento de las plazas⁽¹⁰⁸⁾; en otras palabras, pasan del activismo a la *advocacy*, la promoción de

Empirical Study of Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?, en 27 *Rev. Litig.* 669 (2008), p. 700 ss.

(103) En este sentido, G. A. CALDEIRA, J. R. WRIGHT, *Lobbying for Justice: Organized Interests, Supreme Court Nominations and the U.S. Senate*, en 42 *Am. J. Polit. Sc.* 499 (1988), en particular sobre el proceso de confirmación de los jueces Robert Bork, David Souter e Clarence Thomas.

(104) W. MISHLER y R. S. SHEEHAN, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective*, en 58 *The Journal of Politics* 169 (1996) afirman que «The impact of public opinion is greatest among moderate justices who are likely to hold critical swing positions on the Court. [...] The effects of public opinion are in addition to significant agenda effects and suggest important refinements in the standard attitudinal model of judicial decision making».

(105) H. NORPORTH, J. A. SEGAL, W. MISHLER, R. S. SHEEHAN, *Popular Influence on Supreme Court Decisions*, en 88 *Am. Polit. Sc. Rev.* 711 (1944).

(106) S. LANG, *The NGOization of Feminism*, en J. W. SCOTT, C. KAPLAN y D. KEATES (ed.), *Transitions, Environments, Translations: Feminisms in International Politics*, Londres, Routledge, 1997, pp. 101-20.

(107) J. HABERMAS, *Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1989, habla de la «refeudalization of the public sphere» y subraya que la «publicity loses its critical function in favor of a staged display; even arguments are transmuted into symbols to which again one can not respond by arguing but only by identifying with them» (p. 206).

(108) «Today, the discipline's love affair with nonstate actors is starting to wane. Scholars are realizing that most nonstate actors are not what they seem to be. Rather than being progressive agents of change that are animated by altruism, nonstate actors span the political spectrum and, in terms of their engagements, are much like other political actors. They are self-interested entities engaged in advancing their own agendas [...] often non-democratic, hierarchical groups concerned with their financial and publicly perceived longevity» (P. WAPNER, *The State or Else! Statism's Resilience in NGO Studies*, en 9 *International Studies Review* 85 [2007]).

derechos⁽¹⁰⁹⁾. En particular, con referencia a la generación de los *baby boomer* y debido a muchos intereses con relieve político, las ONG tienden a sustituir a los partidos políticos y a los tradicionales grupos de interés⁽¹¹⁰⁾. En el interior de estas organizaciones profesionalizadas, lideradas más bien por expertos que por voluntarios, la transición del activismo a la *advocacy* exige la adopción de un lenguaje y un estilo comunicativo que está más orientado a la cultura de los posibles financiadores que a la protesta civil⁽¹¹¹⁾, porque la lógica es, ahora, la del éxito. El segundo componente de este fenómeno es la institucionalización de la *advocacy*, con la que las ONG participan cada vez más en las negociaciones con las instituciones y se convierten, ellas mismas, en actores institucionales⁽¹¹²⁾. Por último, las ONG actúan como *proxy public*, es decir, como delegadas de la opinión pública que representan las demandas sociales y económicas y, como tales, se convierten, para los gobiernos y las instituciones supranacionales, en interlocutoras de síntesis de la sociedad civil –la sociedad civil «*just one call away*»–. En definitiva, la combinación de estas tres direcciones abre tres desafíos: el aumento de los costes organizativos y la dependencia de los financiadores; la adopción de estructuras cada vez más cercanas a los centros de poder y la administración; y la inclinación más orientada a la consecución de resultados políticos que a la movilización y sensibilización de la opinión pública⁽¹¹³⁾.

A lo largo de los años, a medida que la práctica del *amicus curiae* se fue estableciendo con números cada vez más consistentes, y que la *ONGización* de la sociedad ganaba espacio, la participación de personas individuales se hizo cada vez más infrecuente, en tanto que la presencia de las organizaciones *mainstream* se multiplicaba⁽¹¹⁴⁾. En un estudio realizado tomando cuatro años como muestra –1950, 1968, 1982 y 1995– se comprobó que los *amici* que comparecen con más frecuencia ante la Corte Suprema son las asociaciones sectoriales (63%), los gobiernos estatales (41,5%),

(109) Observa S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 91 que «(e)mploying advocacy frames instead of activism frames thus signals more than a shift in political strategy. It indicates a changing relationship not only with political power but also with an NGO's constituency and with wider publics; it signals a tendency to practice speaking for instead of engaging with. This shift frames engagement with constituents in terms of a contract to represent rather than a coming together of critical voices. And it compels NGOs to offer pragmatic policy solutions within the confines of existing policy options instead of pursuing more general social, economic, and political change agendas. In terms of NGOs' professional ethos, it entails a "growing tension between a '24/7' and a '9-5' approach", oscillating between commitment to a social and political cause and a professionalized, more disengaged work ethic».

(110) *Ibid.*, p. 32.

(111) *Ibid.*, p. 92.

(112) K. ANNAN, *Emerging Power of Civil Society*, discurso pronunciado ante el grupo parlamentario Parlatino, en San Pablo de Brasil el 14 de julio de 1998 (nota de prensa extraída de <http://www.un.org/News/Press/docs/1998/19980714.sgsm6638.html>) y L. A. SALOMON, *Partners in Service: Government-Nonprofit Relations in the Modern Welfare State*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1995.

(113) S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 93.

(114) S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, cit., loc. 112. Véase igualmente G. A. CALDEIRA y J. R. WRIGHT, *Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?*, en *52 Journal of Politics* 782 (1990).

los grupos de *public advocacy* (38,7%), los bufetes de abogados que patrocinan intereses públicos (37,2%) y el gobierno federal (36,4%)⁽¹¹⁵⁾. Los derechos civiles son invocados en el 60,2% de los *brief*⁽¹¹⁶⁾. Además de los argumentos jurídicos, los *brief* contienen propuestas de *policy* (19%) y observaciones relativas a la separación de poderes (6,9%)⁽¹¹⁷⁾. Si se revisan los memorándum depositados entre 1954 y 1980, se concluye que los grupos empresariales, las asociaciones sectoriales, las sociedades y asociaciones profesionales han presentado el 58% de todos los *brief*, mientras que el restante 42% proviene de organizaciones de interés público, grupos de consumidores, sociedades religiosas y organizaciones laborales⁽¹¹⁸⁾.

Los abogados más reconocidos y experimentados del *Supreme Court Bar*, es decir, del colegio de abogados que pueden ejercer representación ante la Corte Suprema, piden a otros abogados –también en la élite– que presenten escritos para orquestar juntos una «amicus strategy» –encontrar los argumentos que importan, los clientes que importan y los abogados que importan– y multiplicar así sus propias posibilidades ante los jueces. Por ejemplo, con ocasión del caso *King v. Burwell*, en el que se desafiaba la constitucionalidad de algunas disposiciones del Patient Protection and Affordable Care Act, el Gobierno federal reclutó a un abogado del *Supreme Court Bar* para que coordinase algunos *brief* que defendieran los intereses nacionales, dos de los cuales fueron citados por el Chief Justice Roberts en su opinión mayoritaria⁽¹¹⁹⁾. De manera similar, otros casos ilustran el papel de abogados prominentes que participan como *amici*, y de su influencia en los argumentos de los jueces⁽¹²⁰⁾. Si bien esta práctica no es del todo nueva, sí lo son las fuerzas que se activan para convertirla en una práctica rutinaria, así como el efecto acumulativo de

(115) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, *cit.*, p. 60.

(116) *Ibid.*, p. 48.

(117) *Ibid.*, pp. 71, 60, 48.

(118) R. C. BRADLEY y P. GARDNER, *Underdogs, Upperdogs and the Use of the Amicus Brief: Trends and Explanations*, en 10 *The Justice System Journal* 78 (1985), p. 91.

(119) L. GREENHOUSE, *Op-Ed - The Roberts Court's Reality Check*, en *The New York Times*, 15 de junio de 2015.

(120) Véase, para el pronunciamiento *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), K. J. LYNCH, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, en 20 *J. L. & Pol.* 33 (2004), C. G. PHILLIPS, *Was Affirmative Action Saved By Its Friends?*, en N. DEVINS y D. M. DOUGLAS (ed.), *A Year at the Supreme Court*, Durham, Duke University Press, 2004 y D. O'NEIL GREEN, *Justice and Diversity: Michigan's Response to Gratz, Grutter, and the Affirmative Action Debate*, en 39 *Urb. Educ.* 374 (2004). Respecto de la decisión *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013), A. LIPTAK, *Justices Say Time May Be Wrong for Gay Marriage Case*, en *The New York Times*, 26 de marzo de 2013. Por otro lado, representativo del papel de la academia, es el caso *Romer v. Evans*, en el que la Corte Suprema declaró inconstitucional un referéndum del Estado de Colorado que bloqueaba la entrada en vigor de la normativa estatal y local que defendía a los homosexuales frente a actos discriminatorios. Laurence H. Tribe, de la Harvard Law School, y otros ilustres profesores de derecho constitucional escribieron un *brief* que, aunque no fue citado explícitamente, imprimió una influencia decisiva en la *majority opinion* del juez Kennedy, en particular en lo relativo a la violación de la *Equal Protection Clause* de la Decimocuarta Enmienda (A. WOHL, *Friends with Agendas*, en 82 *A.B.A. J.* 46 [1996]).

estos esfuerzos, que son nuevos y no pueden compararse con lo acontecido previamente. Se alude a la *amicus machine* «to describe the origin of many amicus briefs today – a system where Supreme Court experts are responsible for recruiting amici and coordinating their messages to the Court»⁽¹²¹⁾.

Así pues, actualmente es un secreto de Pulcinella que respecto del Tribunal Supremo es cada vez más necesario un *amicus wrangler*⁽¹²²⁾ –literalmente un litigante, pero también un «pastor»– al objeto de reclutar a los mejores asesores legales y urdir la mejor estrategia para transmitir eficazmente la propia voz a los jueces. Los *brief* no pueden dejarse al azar, ni deben ser demasiados, ya que un número excesivo puede hacer que los más decisivos pasen desapercibidos⁽¹²³⁾. En resumen, casi parece que un «pro-business club of elite» esté trabajando para determinar el curso de la jurisprudencia más relevante de Estados Unidos⁽¹²⁴⁾. En este contexto, ¿qué proyección de la sociedad, con sus solicitudes y reivindicaciones, alcanza a los jueces del Tribunal Supremo? No es tan solo que, en muchas circunstancias, sean los propios Estados o las instituciones federales las que comparecen, sino que también muchas ONG y grupos de interés pueden tratar de diluir el poder contramayoritario de los tribunales⁽¹²⁵⁾.

Por último, las ONG operan cada vez más sobre una base transnacional, aprovechando las controversias que resultan adecuadas para promover sus convicciones ideológicas no solo en los tribunales más cercanos, sino también atentas a los que están fuera de sus propias fronteras y –solo en apariencia– lejos de sus centros de interés. Desde este punto de vista, el uso que hacen del instituto del *amicus curiae* es crucial. De hecho, algunas de ellas también presentan sus alegatos ante tribunales fuera de su propio ordenamiento de referencia, para facilitar así la circulación internacional de las causas que quieren favorecer y de los argumentos jurídicos útiles para promoverlas. Una extensa literatura académica demuestra que las redes transnacionales de *advocay*, de las cuales las ONG son *magna pars*, adoptan el ropaje de *amici* para influir en la interpretación que se hace de convenciones internacionales concretas.

Las ONG han alcanzado un grado de legitimidad y autoridad no sólo en varios países occidentales –y, en consecuencia, también en algunos lugares del Sur global–,

(121) A. ORR LARSEN y N. DEVINS, *The Amicus Machine*, cit., p. 1906.

(122) S. F. WARD, *Friends of the Court Are Friends of Mine*, en 93 A.B.A.J. 24 (2007).

(123) A. ORR LARSEN y N. DEVINS, *The Amicus Machine*, cit., p. 1907.

(124) R. J. LAZARUS, *Advocate Matters Before and Within the Supreme Court: Transforming the Court by Transforming the Bar*, en 96 *Geo. L.J.* 1487 (2008), p. 1531.

(125) Como es sabido, fue A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven Yale University Press, 1962 quien acuñó y expuso la naturaleza contramayoritaria de la Corte Suprema. Sin embargo, en un artículo igualmente famoso, R. A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, en 6 *J. Pub. L.* 279 (1957), expresó sus dudas sobre el papel de la Corte Suprema en la protección de las minorías frente al poder de las mayorías, así como de su efectiva naturaleza contramayoritaria de su control. Sobre la longevidad de esta teoría, puede verse G. ROSENBERG, *The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, en 50 *Emory L. J.* 613 (2001).

sino también a escala internacional. Así lo demuestra el papel consultivo que se les ha dado en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)⁽¹²⁶⁾, y el número de ONG que operan a nivel internacional: solo por mencionar algún dato indicativo, de 1994 a 2009, las ONG constituidas ante el ECOSO pasaron de 41 a 3.172⁽¹²⁷⁾. Desde el año 2000 en adelante, se han incluso triplicado⁽¹²⁸⁾. El Global Civil Society Yearbook 2004/2005 ha contado 17.952 ONG activas a escala internacional⁽¹²⁹⁾, mientras que el Yearbook of International Organizations 2005/2006 da cuenta de 51.509⁽¹³⁰⁾.

Veamos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El 68 por ciento de los *amici* que se presentan en Estrasburgo está formado por ONG⁽¹³¹⁾. Como muestran los datos oficiales del TEDH, en el ranking de los diez principales sujetos que presentaron el número más alto de escritos a la Gran Sala hasta 2014 aparecen, además de los gobiernos de Eslovaquia (tercero), República Checa (cuarto), Polonia (quinto) y Reino Unido (séptimo), las ONG Amnistía Internacional⁽¹³²⁾ (primera), *Liberty*⁽¹³³⁾ (segunda), el *International Centre for the Legal Protection of Human*

(126) Para ser acreditada ante el Consejo Económico y Social, una ONG que no haya sido fundada por una agencia gubernamental o mediante un acuerdo intergubernamental debe, ante todo, ocuparse de cuestiones que sean competencia del Consejo Económico y Social y sus órganos subsidiarios; sus propósitos deben estar en consonancia con el espíritu, los propósitos y los principios de la Carta de las Naciones Unidas; debe tener una reputación reconocida y un carácter representativo dentro del campo particular de su competencia; debe tener un estatuto adoptado democráticamente, una estructura representativa y también debe contar con mecanismos de transparencia adecuados para sus miembros. Aunque estos requisitos deberían exigir un cierto nivel de democracia y representatividad de las ONG., el proceso parece largo y complejo, ya que la evidencia es que estas garantías de democracia y transparencia solo son débiles en la práctica. (en este sentido, R. LEHR-LEHNARDT, *NGO Legitimacy: Reassessing Democracy, Accountability and Transparency*, en 6 *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference*, p. 35, extraído de http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/6).

(127) United Nations ECOSOC, *Accredited NGOs*, 2009, extraído de <http://www.un.org/esa/coordination/ngo> y United Nations ECOSOC, *Consultative Status with ECOSOC*, 2009, extraído de <http://www.un.org/esa/coordination/ngo>.

(128) S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 13.

(129) H. K. ANHEIER, M. GLASIUS y M. KALDOR (ed), *Global Civil Society 2004/5*, Londres, Sage, 2004.

(130) *Union of International Organizations 2005/6. Statistics on International Organizations*, 2004, extraído de <http://www.uia.org/statistics/organizations/types-2004.pdf>.

(131) A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, cit., p. 864.

(132) Amnistía Internacional tiene su sede en Londres y fue fundada en 1961 por el abogado británico Peter Benenson con el objetivo de ayudar a construir un mundo en el que cada persona pudiera disfrutar de la protección de los derechos humanos que ofrecen la Declaración Universal de Derechos Humanos y las instituciones internacionales. En 1977, recibió el Premio Nobel de la Paz por su compromiso con la protección de la dignidad humana contra la tortura y, al año siguiente, el Premio de las Naciones Unidas en la Esfera de los Derechos Humanos. Su sitio web oficial es: www.amnesty.org.

(133) La ONG *Liberty* (renombrado en 1989) fue fundada por Ronald Kidd y Silvia Crowther-Smith en el Reino Unido como la *National Council for Civil Liberties* (NCCL) eb 1934, tras la National Hunger March de 1932. Su primer presidente fue el novelista E. M. Forster, y H. G. Wells, Clement Attlee y Harold Laski, entre otros, formaron parte del primer comité de dirección. Entre las muchas batallas políticas llevadas a cabo

Rights⁽¹³⁴⁾ (sexto), *Justice*⁽¹³⁵⁾ (octavo), el *European Centre for Law and Justice*⁽¹³⁶⁾ (noveno) y la *International Commission of Jurists*⁽¹³⁷⁾ (décima). Quién habla dentro de estas ONG, y en nombre de quién, es la pregunta relevante para comprender las estrategias de estos sujetos y su actitud democrática.

Si bien el *European Centre for Law and Justice* es solo la novena con relación a los escritos presentados ante la Gran Sala, es, sin embargo, la segunda ONG más grande de las que actúa ante el TEDH y, sobre todo, es la única que tiene su sede en los Estados Unidos y no en una ciudad europea. Este es un ejemplo muy instructivo de cómo algunas ONG se equipan para promover política e institucionalmente sus causas en todo el mundo⁽¹³⁸⁾, con la convicción de que lo que sucede en un contexto jurídico determinado, incluso lejos del propio, puede influir directa o indirectamente

en las décadas de actividad, tras los resultados de las elecciones políticas de 2015, lideró la campaña contra la eventual derogación del Human Rights Act de 1998. Su sitio web oficial es: www.libertyhumanrights.org.uk.

(134) El *International Centre for the Legal Protection of Human Rights* nació en Londres en 1982 con el objetivo de apoyar el liderazgo y la protección legal a favor de los derechos humanos. A pesar de recibir casi dos millones de dólares de la Fundación MacArthur entre 2000 y 2012, para financiar sus muchos frentes de esfuerzo, incluida la implementación del sistema africano de garantía de derechos humanos y la participación como *amicus curiae* en casos relacionados con el derecho a la educación de las niñas embarazadas en Uganda, en 2014 se vio obligado a cerrar sus puertas debido a las constantes dificultades de soportar los costes organizativos. Su sitio web oficial, todavía activo, es: www.interights.org.

(135) *Justice* tiene su sede en Londres y comenzó su compromiso con los derechos humanos en 1983 con el particular objetivo de incorporar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en la legislación británica, comenzando con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Fue la primer ONG que compareció como *amicus curiae* ante el TEDH. Es una de las principales protagonistas en la defensa del Human Rights Act de 1998, y ha aparecido como *amicus* en todas las causas en las que estaba en juego su aplicación. El Consejo de dirección está presidido por la Baronesa Kennedy of the Shaws QC. Su sitio web oficial es: www.justice.org.uk.

(136) El *European Centre for Law and Justice* es el brazo europeo del American Center for Law and Justice con sede en Washington D. C. y es el nombre asumido (*d/b/a, doing business as*) por el Christian Advocates Service Evangelism Inc. En el sitio web de la matriz estadounidense, pero no en el europeo, se puede leer que se trata de «a tax-exempt, not-for-profit, religious corporation as defined under Section 501(c)(3) of the Internal Revenue Code, specifically dedicated to the ideal that religious freedom and freedom of speech are inalienable, God-given rights. The Center's purpose is to engage legal, legislative and cultural issues by implementing an effective strategy of advocacy, education and litigation to ensure that those rights are protected under the law. The organization has participated in numerous cases before the Supreme Court, Federal Court of Appeals, Federal District Courts, and various state courts regarding freedom of religion and freedom of speech». Al margen de la europea, tiene también una rama en Europa oriental (Slavic Centre for Law and Justice) y en Africa (African Centre for Law and Justice), y está afiliado al Be Heard Project para la protección de los derechos de los creyentes y las iglesias perseguidas. El sitio web oficial de la rama europea es: www.eclj.org, y de la americana: www.acjl.org.

(137) La *International Commission of Jurists* tiene su sede en Ginebra. Creada en 1952, y activa en cinco continentes, está compuesto por sesenta eminentes jueces y abogados de todo el mundo con el objetivo de promover el desarrollo y la eficacia de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; garantizar la persecución de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales; salvaguardar la separación de poderes y garantizar la independencia del poder judicial y de la abogacía. Su comité presidencial incluye tres académicos y jueces de los Estados Unidos, Argentina y Serbia. Su sitio web oficial es: www.icj.org.

(138) Pero no resulta sorprendente que la Corte Suprema de los Estados Unidos sea más bien impermeable a los *amici curiae* extranjeros. Véase S. A. PLASS, *The Foreign Amici Dilemma*, en 1995 *BYU L. Rev.* 1189 (1995).

en la situación del Estado en el que se fundó la ONG y en el que opera de manera principal⁽¹³⁹⁾.

En otras palabras, las ONG se mueven en un escenario transnacional y para ellas tiene importancia comparecer incluso ante tribunales que no pueden afectar directamente a las situaciones que para ellas son más relevantes, dada la certeza de que se produce una *cross-fertilisation*, y que la contaminación entre la jurisprudencia comienza antes de que se decidan las sentencias. Si pensamos, por ejemplo, en el pronunciamiento *Lawrence v. Texas*⁽¹⁴⁰⁾, en el que la Corte Suprema declaró en 2003 la inconstitucionalidad de las leyes estatales que todavía criminalizaban la sodomía, revocando su propia decisión de diecisiete años antes⁽¹⁴¹⁾, resultaron ciertamente cruciales, en aquel lapso temporal, las resoluciones de algunas cortes supremas estatales en pos de una protección más intensa de la libertad sexual de los homosexuales⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, lo que destaca de manera excepcional en *Lawrence* es la mención de la Corte Suprema a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia⁽¹⁴³⁾ cuando se refiere a los «values we share with a wider Civilization»⁽¹⁴⁴⁾. Para algunas ONG que no han logrado que las razones de su caso prevalezcan en su ordenamiento jurídico, el trabajo continúa en otras jurisdicciones, con la esperanza de poder generar una contratendencia de pensamiento y jurisprudencia y cierta contaminación. Y el papel de *amicus curiae* es la herramienta ideal para poner en acción esta *advocacy transnacional*⁽¹⁴⁵⁾.

Es lo que la literatura llama el *boomerang pater of influence*: cuando los canales entre las instituciones de un determinado contexto nacional y las ONG se interrumpen, estas últimas piensan en sortear al Estado que no les resulta accesible y buscar aliados en la escena internacional para ejercer una presión favorable sobre su propio ordenamiento. De esta manera, la respuesta internacional amplifica las

(139) En el TEDH, el *European Centre for Law and Justice* y la *Alliance Defending Freedom* son particularmente conocidas, pero el *Becket Fund*, la *American United for Life*, el *International Center for Law and Religion Studies* de la *Brigham Young University* y el *Family Research Council* han intervenido en varias ocasiones.

(140) 539 U.S. 558 (2003).

(141) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

(142) *Commonwealth of Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (1992), *Campbell v. Donsundquist*, 926 S.W.2d 250 (1996), *Gryczan v. Montana*, 942 P.2d 112 (1997), *Powell v. State*, 510 S.E.2d 18 (1998). De manera casi contemporánea a *Lawrence*, la Massachusetts Supreme Judicial Court dictó la sentencia *Goodridge v. Department of Public Health* (798 N.E.2d 941 [Massachusetts 2003]) por la que, por primera vez, se ordenó al legislador estatal que en el plazo de 180 días adaptase el ordenamiento a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, para que fuera equiparado al matrimonio heterosexual de acuerdo con la Constitución de Massachusetts.

(143) *Dodgson v. United Kingdom*, n. 7525/76, *Norris v. Ireland*, n. 10581/83, *Modinos v. Cyprus*, n. 15070/89.

(144) Véase M. A. CASE, *Of «This» and «That» in Lawrence v. Texas*, en 2003 *Sup. Ct. Rev.* 75 (2003), p. 122 ss.

(145) K. SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, New York-Londres, W.W. Norton, 2011.

demandas de la ONG, le abre puertas en el espacio público y puede contribuir a apoyar el debate interno⁽¹⁴⁶⁾.

Tres ejemplos pueden ayudar a comprender mejor el fenómeno del que estamos hablando⁽¹⁴⁷⁾. El primero implica precisamente al *European Centre for Law and Justice*, que intervino como *amicus* ante el Tribunal Constitucional de Eslovaquia en contra de una ley que permitía la interrupción voluntaria del embarazo hasta las doce semanas⁽¹⁴⁸⁾. El segundo afecta a las ONG estadounidenses *Advocates International*⁽¹⁴⁹⁾ y *Alliance Defending Freedom*⁽¹⁵⁰⁾, que apoyaron al pastor Ake Green, condenado penalmente en Suecia por un sermón homófobo: el apoyo que le ofrecieron estas organizaciones incluyó la presentación –en calidad de *amici curiae* ante el Tribunal Supremo sueco– de escritos (que posteriormente se revelaron como aparentemente irrelevantes), apoyados en esta función por otras ONG, incluidas el *Becket Fund*⁽¹⁵¹⁾, el *Family Research Council*⁽¹⁵²⁾, el *Focus on the Family*⁽¹⁵³⁾, la *Christian Legal Fellowship canadiense*⁽¹⁵⁴⁾ y la *Jubilee Campaign*

(146) M. E. KECK y K. SIKKINK, *Activists beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998, pp. 19-20.

(147) Se ocupa al respecto, con original intuición, C. McCRUDDEN, *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 93 ss.

(148) Tribunal Constitucional eslovaco, decisión PL. ÚS 12/01, n. 1/2007.

(149) *Advocates International*, con sede en Alexandria, Virginia, es una «worldwide fellowship of advocates bearing witness of Jesus Christ through the legal aid». Sus *partner* son la *Christian Legal Society*, la *Religious Liberty Partnership*, la *ADF International*, el *Peacemaker Ministries*, la *Jubilee Campaign*, la *World Evangelical Alliance*, y la *Federacion Inter Americana de Juristos Cristianos*. Su sitio web oficial es: www.advocatesinternational.org.

(150) La *Alliance Defending Freedom*, actualmente *Alliance Defense Fund*, fue fundada en 1993 y tiene su sede en Scottsdale, Arizona. Debido a sus recursos financieros, carga de trabajo y red de abogados afiliados, es considerada la ONG de asistencia legal de inspiración cristiana mejor organizada y más influyente. Su sitio web oficial es: www.adflegal.org.

(151) El *Becket Fund for Religious Liberty* se fundó en 1994 y tiene su sede en Washington D.C. Su misión se describe a sí misma como en línea con el llamado *acomodacionismo*, a saber, la reinterpretación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos a favor de una idea de la libertad religiosa como un derecho positivo, cuyo ejercicio debe, por lo tanto, ser facilitado por la acción del gobierno. Obviamente, el *acomodacionismo* se encuentra en tensión con el principio de separación de la Iglesia y el Estado enunciado por el *Establishment Clause* y por la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda. Su sitio web oficial es: www.becketfund.org.

(152) El *Family Research Council* es una ONG fundamentalista protestante, fundada en 1983 a Washington D. C. Su acción está dirigida a la promoción y protección de los valores de la familia tradicional, por lo que sus campañas están dirigidas contra las políticas de derechos LGBT (leyes contra la discriminación, matrimonio homosexual, uniones homosexuales, adopción), de la pornografía, del aborto, del divorcio y de la investigación con células madre. Su sitio web oficial es: www.frc.org.

(153) El *Focus on the Family*, creado en 1977 en Colorado Springs, es una ONG fundamentalista cristiana comprometida con la enseñanza y afirmación del creacionismo, los roles de género y la abstinencia sexual. Su sitio web es: www.focusonthefamily.com.

(154) La *Christian Legal Fellowship* es la asociación nacional canadiense de abogados cristianos y estudiantes de las leyes cristianas, fundada en 1979 y con sede en Ontario. Su sitio web oficial es: www.christianlegalfellowship.org.

inglesa⁽¹⁵⁵⁾. Por último, el tercer asunto nos lleva ante el Tribunal Constitucional de Rumanía que, dos semanas antes de la celebración del referéndum popular del 6 y 7 de octubre de 2018, convocado por el impulso de tres millones de firmas recogidas por la asociación *Coalitia pentru Familie*, contra la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, decretó que las parejas homosexuales gozan de los mismos derechos a la intimidad y a la vida familiar que las parejas heterosexuales⁽¹⁵⁶⁾. La *Alliance Defending Freedom* se presentó como *amicus curiae* en apoyo de una ONG local –la *Alliance of Romania's Families*, modelada a imagen de sus homólogas estadounidenses– que había auspiciado esta posibilidad de consulta popular. A esta acción le correspondió el memorándum presentado por otra ONG local, *ACCEPT*, también asistida por otras asociaciones transoceánicas, pero que, por el contrario, invocaba los estándares internacionales para la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo contra la enmienda propuesta por el referéndum. En la actualidad, por lo tanto, los grupos conservadores estadounidenses (incluidas las ONG de inspiración religiosa) han aprendido a emular las estrategias que históricamente han pertenecido a los grupos progresistas⁽¹⁵⁷⁾.

Los tribunales que, como el de Estrasburgo, pero también los tribunales constitucionales de algunos Países, se encuentran en el centro de un pluralismo de voces y de reivindicaciones que quieren condicionar los resultados de los pronunciamientos que abordan las cuestiones que están en el centro de su misión civil, están expuestos a la propaganda política de algunos grupos de interés, así como a la representación de las peticiones de individuos y comunidades menos visibles que, sin esta posibilidad, serían completamente pasados por alto. Es un hecho que «(a)bsent submissions by amici in support of their positions, courts might lose sight of arguments favoring underprivileged litigants or be inadequately directed to focus on competing considerations that affect them»⁽¹⁵⁸⁾. Por un lado, por tanto, las ONG han explotado, tanto en América como en Europa, la institución del *amicus curiae* para tratar de influir en las decisiones de los tribunales⁽¹⁵⁹⁾; pero, por otro lado, resulta que, en algunos

(155) La *Jubilee Campaign* es una ONG con sede en Fairfax, Virginia, que promueve los derechos humanos y la libertad religiosa de las minorías étnicas y religiosas en países como Pakistán, Irán, Irak, Siria, Egipto, Nigeria, China, Corea del Norte, entre otros. Ayuda a las personas y familias que buscan asilo en los países occidentales que huyen de la persecución religiosa y trabaja por la mejora de las condiciones de vida de los grupos más grandes de refugiados debido a la persecución religiosa. Su sitio web oficial es: www.jubileecampaign.org.

(156) El referéndum de los días 6 y 7 de octubre de 2018 se celebró de todos modos, pero al haber participado solo un porcentaje de votantes del 21,1%, no se superó el quórum del 30% de electores exigido para resultar válido.

(157) Sobre esta cuestión, véase C. BOB, *The Global Right Wing and the Clash of World Politics*, New York, Cambridge University Press, 2012.

(158) M. SCHACHTER, *The Utility of Pro Bono Representation of U.S.-Based Amicus Curiae and in Non- U.S. and Multi-national Courts as a Means of Advancing Public Interest*, en 28 *Fordham Int'l L. J.* 88 (2004), pp. 137-38.

(159) A. A. MOHAMED, *Individual and NGO Participation in Human Rights Litigation Before the African Court of Human and Peoples' Rights: Lessons From the European and Inter-American Courts of Human Rights*, en 8 *M.S.U. J. Int'l L.* 377 (1999), p. 384.

casos, los tribunales han sido más capaces de reconocer los vicios de la legitimidad constitucional cuando había *amici* que ayudaran⁽¹⁶⁰⁾. Por lo demás, está fuera de toda duda razonable que el *amicus curiae* es una institución jurídica que ha evolucionado con el tiempo bajo la ficción de una inmutabilidad superficial del uso antiguo⁽¹⁶¹⁾. Al convertirse más en un «amigo de las partes» que en un «amigo de la corte», parece haber perdido de vista el propósito para el que se introdujo en la antigüedad. Lo cierto es que, una vez que se entra en el vórtice de la controversia para representar los propios intereses, es completamente irreal esperar que los *amici* actúen con la neutralidad de los orígenes.

(160) Así lo demostró un estudio de 1994 sobre el TEDH, según el cual las vulneraciones se detectaron en el 75 por ciento de los casos que implicaba *amici curiae* y solo en el 50 por ciento en casos sin amigos. Al respecto, Dinah Shelton, *Non-Governmental Organizations and Judicial Proceedings*, en 88 *Am. J. Int'l L.* 611 (1994), p. 637.

(161) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, cit., p. 720.

SPACS: ¿ES ORO TODO LO QUE RELUCE?

SPACS: IS ALL THAT GLITTERS GOLD?

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ¿CÓMO OPERA UNA SPAC?
- III. INCENTIVOS PERVERSOS: RIESGOS Y CONFLICTOS DE INTERÉS.
- IV. MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA REDUCIR LOS EFECTOS PERVERSOS.
- V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Las SPAC existen desde hace décadas en EE.UU. y suelen ser el último recurso para las pequeñas empresas que, de otro modo, habrían tenido problemas para conseguir dinero en el mercado abierto. Pero recientemente se han vuelto más frecuentes debido a la extrema volatilidad del mercado causada, en parte, por la pandemia mundial. Las SPAC son una de las tendencias más candentes en Wall Street y se han convertido en un tema de gran interés en la actualidad en Europa, hasta el punto de que se ha lanzado una consulta pública en el Reino Unido para introducir nuevas normas para las empresas cotizadas, mientras que en España se ha presentado una modificación de la Ley de Sociedades de Capital el pasado 5 de mayo de 2021. Algunos comentarios recientes han hecho referencia a una burbuja de SPAC e incluso a un boom de SPAC. Sin embargo, algunos de esos comentarios se centran sólo en algunas de las operaciones exitosas, evitando algunas características clave de la complejidad, los riesgos y los costes ocultos de las SPACs.

Abstract: SPACs have been around for decades in the EEUU and often existed as last resorts for small companies that would have otherwise had trouble raising money on the open market. But they've recently become more prevalent because of the extreme market volatility caused, in part, by the global pandemic. SPACs are one of the hottest trends on Wall Street and have become a subject currently of great interest in Europe to the point that a public consultation has been launched in the United Kingdom to introduce new rules for listed companies whereas in Spain an

amendment of the Company Law has been presented last 5 th of May, 2021. Some recent commentary has referred to a SPAC bubble and even to a SPAC hype. Nevertheless, some of them focus only on some of the successful deals avoiding some key features of SPACs' complexity, risks and hidden costs.

Palabras clave: SPACs, conflictos de interés, riesgos, incentivos perversos.

Keywords: SPACs, conflicts of interest, risks, perverse incentives.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición o más conocidas en el mercado financiero por su acrónimo en inglés, SPACs, son (en los términos del Anteproyecto de Ley de Mercado de Valores y de los Servicios de Inversión publicado el 5 de mayo de 2021, (art. 535 bis LSC): «...aquella(s) que se constituya(n) con el objeto de adquirir la totalidad o una participación en el capital de otra sociedad o sociedades cotizadas o no cotizadas, ya sea directa o indirectamente, a título de compraventa, fusión, escisión, aportación no dineraria, cesión global de activos y pasivos u otras operaciones análogas y cuyas únicas actividades hasta ese momento sean la oferta pública de valores inicial, la solicitud a admisión a negociación y las conducentes a la adquisición que, en su caso, sea aprobada por la Junta General de accionistas».

En una primera aproximación podríamos decir que las SPACs son sociedades cuyo objetivo es captar capital a través de una Oferta Pública de Venta con el fin de adquirir o de fusionarse en un plazo de dos años con una sociedad (cerrada pero que ha alcanzado un cierto grado de madurez) para, posteriormente, cotizar en el mercado. Constituyen, en definitiva, una alternativa al procedimiento habitual o tradicional de acceso a cotización en el mercado que no siempre está al alcance de todas las sociedades, especialmente de las sociedades cerradas⁽¹⁾.

Las SPACs –tal y como ya tuvimos ocasión de señalar en un trabajo anterior⁽²⁾– son el resultado de la evolución primero de las *Blind Pool Companies* de los años 20 y después de las *Blank Check Companies* de los años 80. En los años 90, el contexto de crecimiento y expansión económica unidos a la necesidad de las pequeñas empresas de acceder a nueva financiación, pusieron los cimientos para una nueva generación de *Blank Check Companies*, las SPACs diseñadas para solventar algunos de los obstáculos o dificultades que las *Blank Check Companies* habían suscitado. Las SPACs

(1) LAZARD, R. B., «SPACs: An Alternative Way to Access the Public Markets», *Journal of Applied Corporate Finance*, 2008, núm. 3, p. 68; RUND, J./VITTORIO, A., «Blank Check» Companies See Revival as Big names Embrace Trend, *Bloomberg Law*, 2019, núm. 24; OSIPOVICH, A., «Blank-Check Boom Gets Boost From Coronavirus», *Wall Street Journal*, 2020, núm. 13. <https://www.wsj.com/articles/blank-check-boom-gets-boost-from-coronavirus-11594632601>.

(2) FERNÁNDEZ TORRES, I., «Special Purpose Acquisition Company (SPAC): una aproximación jurídica desde la perspectiva del derecho español», *RDBB*, 2021, núm. 163.

como tales, es decir, en su configuración actual, surgen en el mercado financiero en concreto en 2003 (año en el que se produce una sola adquisición) y desde entonces han conocido un desarrollo creciente, casi exponencial, y una expansión geográfica que no conoce fronteras.

El escaso éxito de las primeras SPACs quizás pueda explicarse por el estallido de la burbuja de internet que provocó que el proceso tradicional de salida a bolsa fuera relativamente fácil y extremadamente beneficioso para las pequeñas empresas (1993-2004). Sin embargo, a partir de ese momento, fueron desarrollándose y adaptando su configuración a las necesidades detectadas (es lo que se conoce como SPACs de segunda y tercera generación respectivamente). Su expansión se vio favorecida, en gran medida, por dos circunstancias: por un lado, en el año 2008 *Nasdaq Stock Market, Inc.* («Nasdaq») y la Bolsa de Nueva York («NYSE») permitieron, por primera vez, que las SPACs cotizaran en el mercado regulado (con anterioridad lo hacían en mercados OTC)⁽³⁾; y, por otro, se suprimió el derecho de voto sobre la adquisición de la sociedad *target* dejando así a los administradores un amplio margen de maniobra eliminando, incluso, en las últimas que se han constituido, el

(3) Hasta 2005, las SPACs, tal y como ya hemos mencionado, cotizaban en mercados OTC. El 30 de junio de 2005, la *American Stock Exchange* autoriza la cotización de la primera SPAC en su mercado (KRUS, C./PANGAS, H., «The SPAC phenomenon: A Discussion of the Background, Structure and Recent Developments Involving Special Purpose Acquisition Companies», *Sutherland Asbill & Brennan LLP*, 2006 <https://www.mondaq.com/unitedstates/corporate-governance/41456/the-spac-phenomenon-a-discussion-of-the-background-structure-and-recent-developments-involving-special-purpose-acquisition-companies>; GÜNTHER, D., «Special Purpose acquisition companies und die ineffizienz des kapitalsystems», *De Gruyter*, 2021, pp. 20-23). La SPAC queda así sujeta a las reglas de gobernanza impuestas por AMEX lo que implica, entre otras cuestiones, la necesidad de contar con un Comité de auditoría y un Código de buen gobierno (poniendo especial énfasis en la independencia de los miembros tanto del Consejo de administración como del Comité de auditoría), *vid.* KARMEL, R. S., «The future of corporate governance listing requirements», *SMU Law Review*, 2001, núm. 54, pp. 330-332 <https://core.ac.uk/download/pdf/147631788.pdf>. Además, se reservan el derecho de vetar una SPAC atendiendo simple y llanamente a la reputación del equipo de gestión, la remuneración prevista así como la inversión realizada.

En 2008, NASDAQ y NYSE siguieron esta misma tendencia e introdujeron normas específicas para la admisión a cotización de las SPACs: RIDGWAY, M./PFLAUM, M. L., «Exchanges for listing SPACs- a shifting landscape, Corporate Counsel» *Business Journal*, 1 de enero de 2009, <https://cbbjournal.com/articles/exchanges-listing-spacs-shifting-landscape>. Ambas se dotan de unas reglas muy similares a las introducidas por Amex. *Securities And Exchange Commission* (Release No. 34-57499; File No. SR-NYSE-2008-17), *Notice of Filing of Proposed Rule Change to Adopt New Initial and Continued Listing Standards to List Special Purpose Acquisition Companies*, 14 de marzo de 2008, <https://www.sec.gov/rules/sro/nyse/2008/34-57499.pdf>; CASTELLI, T., «Not Guilty by Association: Why the Taint of Their "Blank Check" Predecessors Should Not Stunt the Growth of Modern Special Purpose Acquisition Companies», *Boston College Law Review*, vol. 50, 2009, pp. 237 y ss, en particular, p. 262.

Sobre las reformas reglamentarias implementadas en ambos mercados, *vid.* MURRAY, J., «Innovation, Imitation and Regulation in Finance: The Evolution of Special Purpose Acquisition Corporations», *Review of Integrative Business and Economics Research*, 2017, núm. 2, pp. 1-27, pp. 8 y ss. http://buscompress.com/uploads/3/4/9/8/34980536/riber6-2_01k17-074_1-27.pdf.

La primera SPAC que hizo uso de una oferta pública de compra fue la *57th St. Gen. Acquisition Corp.*, MAGNAS, J., «A New SPAC Structure May Lead to Renewed Interest in SPAC Offerings», *Bloomberg Law Reports*, 2011, núm. 8 <https://media2.mofo.com/documents/110401-a-new-spac-structure-may-lead-to-renewed-interest-in-spac-offerings.pdf>.

derecho de separación o salida sustituido por una suerte de oferta pública de compra formulada por la SPAC entre sus accionistas⁽⁴⁾.

No pretendemos volver ahora sobre todo ello pues estas cuestiones fueron objeto de un extenso desarrollo en un trabajo anterior al que ahora nos remitimos⁽⁵⁾. En aquel trabajo me hacía eco del creciente interés del mercado y, en especial, del europeo por proveer un marco legal satisfactorio y atractivo para los inversores extranjeros deseosos de invertir en compañías europeas. Fruto de ese interés, los supervisores nacionales de distintos Estados miembros de la Unión Europea han lanzado consultas y han manifestado su interés por contribuir a que los mercados europeos resulten atractivos para los inversores⁽⁶⁾. En este clima surge –en concreto– la propuesta de Anteproyecto de Ley de Mercado de Valores y de los Servicios de Inversión a que hemos hecho referencia.

Es por todos conocido que en estos últimos meses dos compañías españolas – *Wallbox* y *Codere on-line*– han pasado a cotizar en el mercado a través de esta fórmula. Frente a la ebullición de las cifras en EEUU⁽⁷⁾.

Year	IPO Count	Gross Proceeds (mms)	Average IPO Size (mms)
2021	403	119,731.8	297,1
2020	248	83,354.0	336,1
2019	59	13,600.3	230,5
2018	46	10,751.9	233,7
2017	34	10,048.5	295,5
2016	13	3,499.2	269,2
2015	20	3,902.5	195,1
2014	12	1,749.8	145,8
2013	10	1,455.3	145,5
2012	9	490,5	54,5
2011	15	1,081.5	72,1
2010	7	502,5	71,8
2009	1	36	36

Fuente: Spacinsider.com.

(4) MURRAY, ob. cit., p. 10.

(5) Sobre la evolución de la figura y sus precedentes, *vid.* FERNÁNDEZ TORRES, ob. cit.

(6) No obstante, también parecen estar en la agenda de las SPACs: «SEC Announces Annual Regulatory Agenda», *U.S. Sec. & Exch. Comm'n*, 2021 <https://www.sec.gov/news/press-release/2021-99>); pero también en la Cámara de Representantes: [Discussion Draft] HR...: *To Amend the Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934 to Exclude Certain Special Purpose Acquisition Companies from Safe Harbor for Forward-Looking Statements, and for Other Purposes*, 117 Cong., 2021 https://financialservices.house.gov/uploadedfiles/5.24_bills-117pih-hr_pdf.

(7) Los datos de SPAC *Analytics* son similares en 2021: 434 operaciones con un montante de 129,913 (mms), de las que 149 han anunciado una operación de adquisición (por importe de 43,792 mms), 367 han completado la adquisición (por importe de 85,529 mms) y sólo 90 han sido liquidadas (12,451 mms). Fuente: <https://www.spacanalytics.com>.

las salidas a Bolsa de estos vehículos en Europa son todavía casi testimoniales; la inmensa mayoría de los promotores europeos optan por lanzar sus proyectos en la Bolsa de Nueva York⁽⁸⁾ (caso de *Wallbox*) y sólo en algunos casos se inclinan por Holanda⁽⁹⁾ o Luxemburgo (caso de *Codere-on line*). Los datos revelan que las SPACs han invertido 52.840 millones de dólares en Europa hasta julio del año en curso⁽¹⁰⁾.

Las cifras ponen de manifiesto el interés y atractivo que suscita este vehículo en el mercado al que suelen atribuir las siguientes ventajas⁽¹¹⁾: por un lado, para las sociedades cerradas, constituye una forma de salir a cotizar al mercado más rápida y menos gravosa que una OPV tradicional pues se evitan muchos de los costes generalmente asociados a ésta⁽¹²⁾; además, proporciona certeza en cuanto al precio –que queda fijado previamente– y al proceso de ejecución⁽¹³⁾; para los socios fundadores, es una forma de captar fondos propios sin necesidad de recurrir a otros inversores aportantes de capital; desde la perspectiva de los accionistas teniendo en cuenta que el dinero debe mantenerse en una cuenta de depósito en garantía y que solo puede

(8) Más o menos, el 25% de las SPACs europeas han optado por cotizar en EEUU en lo que va de año (el año pasado el porcentaje representaba el 55%).

(9) Amsterdam es a día de hoy el epicentro europeo de las SPACs tras recaudar en el primer semestre del año más de 2000 millones de dólares; seguido de Francia con 1540 millones de dólares o Luxemburgo con 1290 millones de dólares.

(10) Nos remitimos al informe de según *White & Case*, «*European SPACs data hub*», julio 2021 <https://www.whitecase.com/publications/insight/european-spacs-data-hub?s=European%20SPACs>.

(11) Sobre las SPACs como alternativa a las OPVs tradicionales: KOLB, J./TYKVOV, T., «Going Public Via Special Purpose Acquisition Companies: Frogs Do Not Turn into Princes», *Revista de Finanzas Corporativas*, 2016, vol. 40, (estudiando la «ola de SPAC de nueva generación»); *vid.* también SPAC IPO: «Background and Policy Issues», *Cong. Res. Serv.*, 2021, vol. 2 https://www.everycrsreport.com/files/2021-04-05_IF11655_4d2b4bdd53b31f9f185a499f19dd4c8a11e42fae.pdf (afirmando que «las SPAC IPOs han superado a las IPOs durante los tres primeros meses de 2021»); RODRIGUES, U./STEGEMOLLER, M., «SPACs: Insider IPOs», 2021, pp. 14 y ss. <https://ssrn.com/abstract=3906196>.

(12) Un proceso de salida a bolsa tradicional puede tener una duración aproximada de entre 4 y 6 meses. Además de los acuerdos internos, la auditoría que debe realizarse y otras cuestiones comprendidas en los deberes de *due diligence*, deben cumplirse con diversas exigencias establecidas por el supervisor quien verifica el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para que una empresa salga a Bolsa, vigila la publicidad relativa a la operación, aprueba el folleto informativo y exige la presentación de la información financiera periódica y de los hechos relevantes. La duración se reduce en el caso de la fusión o adquisición de una sociedad cerrada por parte de la SPAC (BRAU, J. C./FRANCIS, B./KOHERS, N., «The Choice of IPO versus Takeover: Empirical Evidence», *The Journal of Business*, 2003, Vol. 76, núm. 4, p. 583); GLEASON, K. C./ROSENTHAL, L./WIGGINS, R. A., «Backing into being public: an exploratory analysis of reverse takeovers», *Journal of Corporate Finance*, 2003, vol. 12, pp. 54-79.

(13) En una OPV tradicional el precio de colocación de las acciones es uno de los componentes esenciales que van a determinar el éxito de la salida. En las colocaciones de acciones suele establecerse una horquilla generalmente orientativa de precios máximo y mínimo. Una vez cerrado el periodo de prospección de la demanda, se fija el precio definitivo de colocación de las acciones. Es habitual que, previo al proceso de colocación, se realice un *roadshow* en el que la compañía, acompañada de representantes de sus agentes colocadores, se reúna individualmente o en grupo con inversores que potencialmente comprarán las acciones ofertadas. Suele durar entre ocho y doce días, en los que se visitan las principales plazas financieras donde habrá inversores potencialmente interesados en la compañía.

Por el contrario, en el caso de la SPAC el precio se fija de antemano.

ser utilizado para ejecutar la operación si ésta es aprobada (es decir, la *business combination operation*)⁽¹⁴⁾, proporciona una notable protección frente a posibles problemas de agencia⁽¹⁵⁾ y constituye, en última instancia, una alternativa de inversión relacionada con operaciones de M&A a las que normalmente no tienen acceso.

Ese interés y el boom quizás, incluso, la burbuja a la que estamos asistiendo se deba, al menos en parte, tanto a cómo la prensa pone el acento en los elementos más positivos asociados a este instrumento⁽¹⁶⁾ como al hecho de que son muchos los famosos que han invertido en este tipo de proyectos⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, una lectura atenta de la literatura académica y un análisis pormenorizado de los datos ponen de relieve que, por la propia configuración de este instrumento, ello no es siempre así: existen costes asociados a la operación que, a veces, en las valoraciones no se tienen en cuenta; los incentivos que mueven a cada uno de los partícipes son asimétricos incluso podría decirse que existen incentivos perversos que hacen que unas veces se producen pérdidas para algunos inversores mientras que otros son beneficiados⁽¹⁸⁾.

Trataremos, a continuación, de analizar si las ventajas tradicionalmente atribuidas a este vehículo son realmente tales o si, por el contrario, lleva aparejados riesgos y desventajas que debieran ser advertidos. Las SPACs parecen estar rodeadas de un aura no siempre justificada porque los datos revelan que los rendimientos, al término de la operación, no son tan elevados como sería esperable o deseable. Una correcta valoración de estas cuestiones requiere que, previamente, nos refiramos a la propia operativa de este instrumento.

(14) KRUS/PANGAS, *loc. cit.*

(15) SHACHMUROVE, Y./VULANOVIC, M., «SPAC IPOs», *Oxford Handbook of IPOs*, 2018; ZBW, Deutsche Zentralbibliothek für Wirtschaftswissenschaften, Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft, Kiel und Hamburg; DI BAIQ, M./DI GIOIA, P., «Special Purpose Acquisition Companies: Advantages and Disadvantages of the Markets' Own Response to a More Stringent Regulation», *LLR*, 2021, núm. 1, pp. 54-55; HURT, C., «Moral Hazard and the Initial Public Offering», *Cardozo L. Rev.*, 2005, vol. 26, p. 711; ARMOUR J./HANSMAN, H./KRAAKMAN, R., «Agency Problems and Legal Strategies», en *The Anatomy of Corporate Law*, KRAAKMAN (dir.), 3.ª ed., Oxford University Press, 2017, núm. 45.

(16) De hecho, la prensa rara vez se ocupa de aquellas SPACs que no han resultado un éxito: MARVIN, K., «VectoIQ Acquisition Corp. (VTIQ) to Combine with Nikola Corporation», *Spacinsider*, 2020 <https://spacinsider.com/2020/03/03/vectoiq-to-combine-with-nikola-corporation/>; GOLDSTEIN, M./CHOKSHI, N., «Nikola Founder Is Charged with Fraud in Rebuke to Wall Street», *New York Times*, 2021, p. 44 de <https://www.nytimes.com/2021/07/29/business/nikola-trevor-milton-fraud.html?searchResultPosition=1>; GOLDSTEIN, M. et al., «Truckmaker that Can't Afford to Make Trucks, Is on the Brink», *New York Times*, 2021 <https://www.nytimes.com/2021/06/14/business/lordstown-motors-steve-burns-julio-rodriguez.html>.

(17) RAMKUMAR, A., «The Celebrities from Serena Williams to A-Rod Fueling the SPAC Boom», *The WALL Street Journal*, 2021 <https://www.wsj.com/articles/the-celebrities-from-serena-williams-to-a-rod-fueling-the-spac-boom-11615973578>.

KELLY, K., «SPACs Went Up, Then Down, but They're Not Out», *The New York Times*, 2021 <https://www.nytimes.com/2021/08/21/business/dealbook/spac-market-future.html>.

(18) KLAUSNER, M., «A sober look at SPACS», *Stanford University*, 2020, p. 6; OKUTAN NILSON, G., «Incentives Structure of Special Purpose Acquisition Companies», *European Business Organization Law Review*, 2018, vol. 19, p. 253.

II. ¿CÓMO OPERA UNA SPAC?

Antes de la salida a bolsa⁽¹⁹⁾, el promotor de la SPAC adquiere un paquete de acciones ordinarias (a valor nominal) equivalente al 25% de la Oferta Pública de Venta (más o menos al 20% de los fondos que se obtengan con la OPV)⁽²⁰⁾, acciones que no son transmisibles en tanto no se ejecute la *business combination*⁽²¹⁾. Adicionalmente, en la OPV, se emiten «unidades» que consisten en una acción y un warrant y, en algunos casos, un derecho o una fracción de acción cuyo precio se fija, generalmente, en 10 dólares por unidad⁽²²⁾. Los ingresos de la OPV (al menos el 90%) en EEUU se depositan en un fideicomiso y el efectivo sólo puede utilizarse (a) para adquirir una empresa, (b) para contribuir al capital de una empresa con la que la SPAC se fusione, (c) para reembolsar las acciones, en su caso, o (c) para distribuir a los accionistas en caso de que la SPAC no consiga llevar a cabo una fusión. El esquema de las SPACs se completa con una estructura y un sistema de compensación⁽²³⁾ en virtud del cual por un lado, se autoriza a los administradores a comprar acciones (hasta un 20%) a valor nominal (que, sin embargo, no podrán liquidar en tanto no se ejecute la operación de adquisición) y, por otro, se admite que los fundadores –con ocasión de las colocaciones privadas conocidas como *Private Investment in Public Equity*-PIPE– adquieran «Unidades Adicionales» esto es, paquetes de acciones ordinarias con «warrants» o derechos⁽²⁴⁾.

(19) Sobre la mecánica de una SPAC: RODRIGUES/STEGEMOLLER, ob. cit., pp. 10 y ss.

(20) Por lo general se establece que el valor de la sociedad *target* sea por lo menos igual al 80% de los fondos captados con la OPV. Vid. SELZNER, H., «Spac Transactionen in Deutschland», *ZHR*, 2010, vol. 74, p. 322; RIEMER, D. S., «Special Purpose Acquisition Companies: SPAC and SPAN, or Blank Check Redux?», *Wash. U. L. Rev.*, 2007, 931, 85, p. 950 https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss4/5; LAYNE, R./LENAHAN, «Special Purpose Acquisition Companies: An Introduction», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2008 <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/07/06/special-purpose-acquisition-companies-an-introduction/>.

(21) HALE, L. M., «SPAC: A Financing Tool with Something for Everyone», *The Journal of Corporate Accounting and Finance*, January/February, 2007 (n 6).

(22) Ese es el precio al que se suelen emitir esas acciones y al que se transmiten las «unidades». También es el precio al que se suelen valorar en el momento de la fusión o adquisición aun cuando en ese momento la SPAC tenga de media sólo un 6,67% de efectivo por acción. Ello significa que -entre el momento de la emisión de las acciones y la adquisición/fusión con la *target*- el capital se diluye en torno a un 50% como consecuencia de los costes asociados a la operativa que doblan prácticamente los que corresponderían en caso de una salida a bolsa tradicional. Y es que, además, tal y como veremos el derecho de separación que se reconocen no hace sino incrementar los costes.

(23) MOELLER, A., «Alternative Initial Public Offering Models», *Mohr Siebeck*, 2016, pp. 15-17.

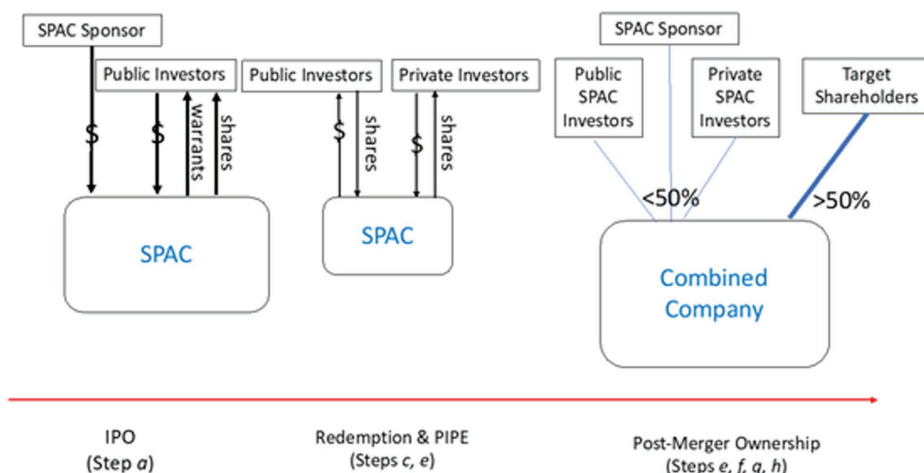
(24) En ocasiones, a estos terceros que invierten en la SPAC antes de la realización de la *business combination*, se les asignan acciones, *warrants* o derechos adicionales de forma gratuita lo que, en definitiva, no viene sino a reducir el «efectivo» pagado.

PICKER, L./SHAH, R., «How Financing SPAC Takeovers Became Wall Street's New Favorite Trade», *CNBC*, 2021 <https://www.cnbc.com/2021/01/25/how-financing-spac-takeovers-became-wall-streets-new-favorite-trade.html>; FELDMAN, D. N., «Reverse Mergers + PIPES: The New Small-Cap IPO», Reprinted and Updated from PIPES: Revised and Updated Edition - A Guide to Private Investments in Public Equity. *Bloomberg Press*, 2005; vid. también, en general, SJOSTROM, W. K. Jr., «PIPEs», 2 *Entrepreneurial Bus. L.J.*, 2007, pp. 743-760.

La SPAC dispone de aproximadamente 18 meses para identificar un objetivo de integración y llevarla a cabo (a lo sumo, el plazo se eleva a los 2 años)⁽²⁵⁾; caso de no hacerlo, deberá liquidarse y los fondos deberán distribuirse entre los accionistas. La protección de los accionistas se garantiza a través de las siguientes medidas: i) la indisponibilidad de los fondos obtenidos con la OPV; ii) el poder de decisión sobre la operación de adquisición, iii) la determinación de un horizonte temporal para la realización de la operación⁽²⁶⁾ y, iv) el reconocimiento de una suerte de derecho de separación si la operación de fusión propuesta no resulta de interés para los accionistas.

Gráficamente, la operativa podría presentarse de la siguiente manera:

Figure 1: The SPAC Merger Process



«A Sober Look at SPACs» *Posted by Michael Klausner (Stanford University), Michael Ohlrogge (NYU), and Emily Ruan (Stanford University), on Thursday, November 19, 2020, <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/11/19/a-sober-look-at-spacs/>.*

El gráfico quedaría incompleto si no se mencionara quiénes invierten en una SPAC. Algunos autores han señalado que los inversores minoristas invierten en una SPAC atraídos por la capacidad y la confianza depositada en los fundadores así como en los administradores para identificar un objetivo atractivo, negociar un buen acuerdo y ayudar a la empresa a producir valor después de la fusión⁽²⁷⁾. Otros autores

(25) DIMITROVA, L., «Perverse Incentives of Special Purpose Acquisition Companies, the Poor Man's Private Equity Funds», *Journal of Accounting and Economics*, 2017, vol. 63, núm. 1.

(26) SELZNER, ob. cit., pp. 327 y ss.

(27) RODRIGUES, U./STEGEMOLLER, M., «Exit, Voice, and Reputation: The Evolution of SPACs», *37 Del. J. Corp. L.* 849, 2012 https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/923.

–basándose en informes del mercado– advierten que son principalmente los *Hedge Funds* quienes invierten en las OPV realizando operaciones en el mercado que no reflejan si no su escasa intención de mantener su inversión tras la fusión⁽²⁸⁾. Ello se explica por un lado, por el derecho de reembolso que se reconoce a los accionistas si la operación no llega a buen puerto y, por otro, por el derecho de separación que se atribuye a los accionistas si éstos no están de acuerdo con la fusión o adquisición propuesta. En ambos casos se garantiza a los accionistas recuperar lo invertido más los intereses; adicionalmente, en el caso de que se ejercite el derecho de separación, los accionistas pueden conservar los *warrants* que pueden vender, posteriormente, en el mercado (el precio de un *warrant* suele fijarse a 1,50 dólares por encima del precio de reembolso de las acciones, el camino para que los *warrants* tengan valor es que se produzca una fusión). Los términos ventajosos de este derecho de reembolso favorecen que el porcentaje de desinversiones sea extraordinariamente elevado al mismo tiempo que las sociedades se ven abocadas a buscar nuevas fuentes de financiación que les permitan adquirir la sociedad *target*. De hecho, es frecuente que una SPAC acabe con menos de la mitad del capital de la *target* en manos de los suscriptores de las acciones de la SPAC lo que explica que no haya implicación o interés en la operativa de la sociedad por parte de los accionistas/inversores. Por otro lado, se observa que es frecuente que el precio de las acciones en el año siguiente a la operación de fusión o adquisición caiga un tercio o más lo que significa que los accionistas que permanecen en la sociedad son quienes asumen, en última instancia, todos los costes o pérdidas⁽²⁹⁾.

En definitiva, como tendremos ocasión de comprobar, se trata de un vehículo de inversión susceptible de ser utilizado para especular en el mercado. Los intereses que mueven a unos y otros no solo no son siempre coincidentes sino que, incluso, pueden resultar contrapuestos.

III. INCENTIVOS PERVERSOS: RIESGOS Y CONFLICTOS DE INTERÉS

En una SPAC hay 3 grupos de actores que desempeñan un papel relevante: por un lado, los fundadores o promotores que desempeñan el cargo de administradores de la SPAC, los suscriptores (uno o más bancos de inversión que se ocupan de la colocación en el mercado) y, por último, los accionistas. Cada uno de estos actores se mueve guiado por su propio interés lo que revela en una primera aproximación que para que este vehículo resulte atractivo, es necesario encontrar un adecuado equilibrio o armonía entre los distintos intereses en juego.

Los fundadores de las SPACs, generalmente gestores muy cualificados con reputación en el mercado, son los principales impulsores del proyecto, quienes lo diseñan,

(28) La media de desinversión supera el 90% incrementándose dichos porcentajes en el caso de los *Hedge Funds*, que se sitúan cerca del 100%. KLAUSNER, *loc. cit.*

(29) RODRIGUES/STEGEMOLLER, *loc. cit.*

lo preparan y buscan la financiación necesaria para su puesta en marcha⁽³⁰⁾. Como contraprestación a su labor, sin embargo, no perciben una remuneración ni ninguna otra compensación en efectivo. La rentabilidad a su inversión viene por otros cauces, de ahí que sea necesario entender la mecánica de una SPAC. Los fundadores, con la OPV, adquieren –a valor nominal– acciones de la SPAC (un paquete representativo del 20% del capital, como mínimo, de lo captado en la OPV)⁽³¹⁾. Ello significa que ponen en el mercado el 80% de las acciones y conservan el 20% diluyéndose inmediatamente la participación de los accionistas que acaban aportando el grueso del capital a cambio de solo un 80% de las acciones.

Adicionalmente, es decir, además de ese paquete accionarial inicial, los fundadores suelen adquirir con la OPV acciones con lo que pretenden cubrir las comisiones de suscripción y los gastos en que se incurre durante el proceso de búsqueda de un objetivo. Esta inversión adicional puede, de alguna manera, generar asimetrías en los incentivos e intereses que mueven a accionistas y fundadores. Si la SPAC no consigue alcanzar un acuerdo con una entidad *target*, la inversión se perderá y, por el contrario, si se realiza con éxito la *business combination* su participación del 20% resultará extremadamente valiosa⁽³²⁾. Ahí reside el principal incentivo –económico–, la principal motivación para que los fundadores completen una adquisición antes de la fecha de vencimiento y ello con independencia de la bondad de la misma⁽³³⁾ (al margen de que, evidentemente, un fracaso tendría consecuencias para su reputación). A ello debe añadirse –aunque nos referiremos a esta cuestión más adelante– el hecho de que podrán vender los *warrants* o derechos en cualquier momento, obteniendo así beneficios económicos con carácter inmediato.

Las motivaciones de los suscriptores también merecen atención⁽³⁴⁾. Los asesores, colocadores etc., en general, tienen interés en que se lleve a cabo la *business combination* porque es habitual que una parte de su remuneración se aplace y se

(30) HEYMAN, D. K., «From Blank Check Company to SPAC: the Regulator's response to the Market, and the Market's response to regulation», *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2007, vol. 2; D'ALVIA, D., «SPAC: A Comparative Study Under US, Asia and Italian Corporate Framework. Soft Law vs. Hard Law», 2014 (n 13) <https://ssrn.com/abstract=2476867>.

(31) Asumen el compromiso de no vender sus acciones antes de que se realice la adquisición o, a veces, durante un período determinado: JENKINSON T./SOUSA M., «Why SPAC Investors Should Listen to the Market», 2009, p. 6. <https://ssrn.com/abstract=1331383>.

El número de acciones que se pueden adquirir con un *warrant* oscila entre un cuarto y una acción, dependiendo de cada entidad. El precio de venta de la unidad suele fijarse en 11,50 dólares.

En muchos casos ha sido habitual que se estableciera un canje de un derecho por 1/10 de una acción sin coste adicional alguno si culminaba con éxito la operación de adquisición.

(32) LIN, C./OFFICER, M./ZOU, H., «Directors' and officers' liability insurance and acquisition outcomes», *J. Financ. Econ.*, 2011, vol. 102, pp. 507-525.

(33) Tanto más cuanto que de no cerrarse la operación, la SPAC deberá liquidarse y reembolsar el capital a los accionistas perdiendo los promotores lo invertido pues no habrán podido vender ni recuperar su participación, SAVITZ, E., «The new blind pools. Barron's», 2005 <https://www.barrons.com/articles/SB113417937240719118?tesla=yv>.

(34) RODRIGUES/STEGEMOLLER, ob. cit., pp. 20 y ss.

abone al concluirse con éxito la operación. Así, pues tendrán el máximo interés en que ésta se lleve a cabo –con independencia de sus características o bondades– pues en otro caso sólo percibirán una parte de la comisión total.

Las comisiones de suscripción de las SPAC suelen oscilar entre el 5% y el 5,5% de la OPV, lo que es ligeramente inferior a las comisiones típicas de una OPV tradicional que rondan el 7%⁽³⁵⁾. De ese porcentaje, el pago de entre un 3 y un 3,5% suele quedar condicionado a que se apruebe la operación. En términos relativos, una comisión del 5 o 5,5% es razonable. El problema radica en que ese porcentaje se fija con independencia de cuántos accionistas exijan el reembolso de su inversión y, en consecuencia, de lo finalmente recaudado. Si el 50% de los accionistas ejercita su derecho de separación, la comisión real entonces se eleva a un 10% u 11% y las comisiones rara vez son objeto de reajuste⁽³⁶⁾. La conclusión es que, proporcionalmente, esta comisión es muy superior a la que se abona en un procedimiento de salida a bolsa tradicional. Desde la perspectiva de la entidad con la que se haya ejecutado la operación, las comisiones no son sino un coste, coste por el efectivo recibido. Así las cosas, cuantas más acciones rescatadas menos beneficio para la *target*.

En cuanto a los accionistas, quizás merezca la pena detenernos un poco más y analizar con cierto detenimiento su posición porque, de alguna manera, son la parte más débil del eslabón aun cuando se prevean reglas que, en última instancia, van dirigidas a su protección. En efecto, es preciso recordar que las SPACs no son sino carcasas que se crean con un fin específico como es el de adquirir o fusionarse con una compañía que ha alcanzado cierta madurez, que necesita financiación y que está interesada en cotizar en un mercado. Pero la SPAC, por sí misma, no tiene ni actividad ni registros financieros que la respalden sino que todo se basa en una previsión a futuro sustentada en la confianza en el buen hacer y conocimientos de los fundadores que es, en definitiva, el único activo de la entidad⁽³⁷⁾.

A la luz de los datos parece evidente que los accionistas, en general, no tienen especial interés en el éxito de la operación a largo plazo sino que un número importante de inversores buscan, simple y llanamente, una inversión que les proporcione buenos rendimientos. En un primer momento, los inversores de las SPACs eran fundamentalmente *Hedge Funds* y Fondos de *Private Equity*; para ellos, se trata de una posibilidad de inversión a un coste muy bajo y sin riesgo (o casi)⁽³⁸⁾. Sin embargo, en los últimos tiempos, se observa que han comenzado a invertir también accionistas

(35) BELLIN, M./ THOMSON, D., «Considering an IPO? First, understand the costs» <https://www.pwc.com/us/en/services/deals/library/cost-of-an-ipo.html#:~:text=Underwriting%20makes%20up%20the%20largest>; HEYMAN, ob. cit. (n 13); LEVINE, M., «SPACs Aren't Cheaper than IPOs yet», *Bloomberg Opinion*, 2020 <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-07-27/spacs-aren-t-cheaper-than-ipos-yet>.

(36) KLAUSNER, *loc. cit.*

(37) D'ALVIA, ob. cit. (n 102).

(38) PITTENGER, M. A./GRISIN, C. M., «When SPACs Attack: The Role of Special Purpose Acquisition Companies in the M&A Market», *News and Publications*, 2007, Potter Anderson Corroon LLP <http://www.potteranderson.com/newsroom-publications-57.html>.

minoristas⁽³⁹⁾. Unos y otros, sin embargo, ni tienen los mismos conocimientos del mercado financiero con los riesgos que ello puede llevar aparejado ni comparten las mismas motivaciones. Por tanto, y aunque son muchas las cuestiones que se podrían destacar sin duda merece la pena resaltar ahora una: la asimetría informativa que existe entre los fundadores y los accionistas por un lado y, por otro, entre los distintos tipos de inversores o accionistas. La información que obra en poder de unos y otros no es la misma, evidentemente y esa asimetría favorece actuaciones oportunistas en busca de un beneficio personal en detrimento de los accionistas minoristas (inmersos en una inversión ciertamente ilíquida⁽⁴⁰⁾). De ahí que establecer unos requerimientos de información y de transparencia reforzados sea imprescindible con el fin de que se puedan adoptar decisiones fundadas sobre datos y elementos objetivos. Ahora bien, estas medidas operan *ex ante* y son relevantes pero no son suficientes por sí solas para conjurar los riesgos asociados a esta operativa (y especialmente en el momento de la fusión⁽⁴¹⁾) sino que es preciso que se acompañen de medidas tendentes a reforzar la supervisión por parte de las autoridades nacionales competentes y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia e información⁽⁴²⁾.

En una SPAC el volumen de desinversiones suele ser elevado y eso sólo significa una cosa: la SPAC es un instrumento que puede ser utilizado y es utilizado para especular. Esa especulación se ve claramente favorecida por el recurso a los *warrants* asociados a la acción de una SPAC y que constituyen un elemento de atracción para los inversores. Recordemos que en la OPV se venden Unidades que comprenden una acción+ un *warrant* (+derecho) cuyo precio suele fijarse en 10 dólares. La transmisión de las Unidades una vez concluida la OPV no implica la transmisión de los *warrants* o de los derechos (en su caso) que su titular conserva y que podrá vender en cualquier momento posterior. En la práctica es como si esos *warrants* se hubieran entregado gratuitamente por lo que cuando su titular los vende es, en principio, a puro beneficio. Todo el sistema de una SPAC está pensado para que, en último término, sus ventajas sean o parezcan que son superiores a las desventajas⁽⁴³⁾. Sin embargo, deberíamos preguntarnos si esto es siempre así o si, por el contrario, es posible cuestionar esta afirmación.

En este sentido, las compensaciones atribuidas a los fundadores y el ejercicio del derecho de separación reconocida a los accionistas –más concretamente, la ejecución de los *warrants* o derechos– contribuyen a diluir la posición de los accionistas en

(39) HEYMAN, ob. cit. Algunos autores señalan que los minoristas, cuando invierten en una SPAC, se encuentran en una situación de vulnerabilidad: KELLY, K., «The Special Meeting to Approve the Merger: How to Handle Retail Investors», *Panel at the 2021 SPAC Conference*, 2021 (n 13).

(40) RODRIGUES/STEGEMOLLER, *loc. cit.*

(41) Sobre los riesgos para los accionistas en el momento de la fusión: RODRIGUES/STEGEMOLLER, *loc. cit.*

(42) MACNEIL, I., «Enforcement and Sanctioning», en *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, MOLONEY/FERRAN/PAYNE (dirs.), Oxford University Press, 2015.

(43) PITTENGER/GRISIN, ob. cit., p. 104.

la sociedad. Son incentivos que operan de forma perversa⁽⁴⁴⁾. La rentabilidad que obtienen los accionistas que ejercen su derecho de separación es a costa de quienes permanecen en la sociedad. Si la SPAC da más de lo que recibe en la *business combination* y las acciones después de la operación pierden valor, los accionistas son quienes salen perdiendo mientras que los fundadores ganan. En consecuencia, especialmente a medida que los dos años de vida de una SPAC se acercan a su fin, y las opciones del patrocinador para de una fusión, el patrocinador tiene un incentivo para realizar una operación perdedora para los inversores de la de los inversores de la SPAC si su alternativa es la liquidación.

En definitiva, todo parece favorecer la conclusión de un acuerdo con independencia de que sea bueno, malo o regular porque eso es lo que interesa, en último término, a fundadores y suscriptores⁽⁴⁵⁾. Por lo que a los accionistas se refiere, un número importante de ellos desinvierten y/o ejercitan su derecho de separación. Todo ello significa que, en último término, el coste lo acaban asumiendo los accionistas que permanezcan en la entidad tras la adquisición o fusión. La estructura de la SPAC crea incentivos para que los fundadores promuevan y recomienden operaciones a los inversores que no generen suficientes beneficios con el fin de compensar los costes⁽⁴⁶⁾.

IV. MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA REDUCIR LOS EFECTOS PERVERSOS

El régimen de las SPACs es extremadamente complejo y en este trabajo, por razones de espacio, no se ha podido realizar un análisis en profundidad de muchas de las cuestiones que esta temática suscita. Es preciso encontrar soluciones para reducir los costes de agencia y evitar que los fundadores utilicen las SPACs en interés propio al mismo tiempo que se alinean los intereses de los partícipes.

Por un lado, se exige que los fondos obtenidos con motivo de la Oferta Pública de Venta se mantengan en una cuenta de depósito en garantía, donde deben permanecer hasta que se apruebe la compra. Ejecutada la operación, deberá remitirse la información a todos los socios con el fin de que en el plazo de entre 20 y 45 días confirmen su permanencia o no en la entidad. Además, para que los fondos queden liberados de la cuenta de depósito, la operación de adquisición debe representar, al menos, el 80% de los fondos recaudados. Este conjunto de previsiones tuvo ya, en su momento, el efecto deseado: ahuyentar, al menos inicialmente, a los eventuales manipuladores y estafadores⁽⁴⁷⁾. Aunque estas medidas son sin duda eficaces, podrían complementarse con un régimen eficaz para los supuestos de incumplimiento.

(44) LAKICEVIC, M./VULANOVIC, M., «A Story on SPACs», *ZBW-Deutsche Zentralbibliothek für Wirtschaftswissenschaften*, 2012, asunto 4, p. 384 <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/65843/1/A%20Story%20on%20SPACs.pdf>.

(45) RODRIGUES/STEGEMOLLER, ob. cit., pp. 23.

(46) RODRIGUES/STEGEMOLLER, *loc. cit.*

(47) HEYMAN, ob. cit., pp. 539-540; MOELLER, ob. cit., p. 7.

Los comportamientos oportunistas se pueden reducir por un lado, gracias al derecho de reembolso y, por otro, haciendo que los accionistas sean quienes decidan acerca de la *business combination* aun cuando éstos no puede decirse que constituyan una categoría homogénea. La participación de los accionistas en la adopción de las decisiones elimina sin duda ciertos problemas de agencia⁽⁴⁸⁾. En EEUU, en las SPACs de última generación se ha prescindido de dicho acuerdo por la sencilla razón de que el peso de ciertos inversores ha jugado un papel determinante condicionando, en ocasiones, sus posibilidades de éxito⁽⁴⁹⁾. Todo ello lleva a que en las SPACs de tercera generación se opte por sustituir el mecanismo de reembolso por una Oferta Pública de recompra de las acciones como una alternativa eficaz contra el activismo de ciertos accionistas⁽⁵⁰⁾. En definitiva, se decide prescindir del derecho de reembolso desvinculando definitivamente el derecho de voto del derecho a separarse de la sociedad⁽⁵¹⁾. Al suprimir el derecho de voto se elimina cualquier posibilidad de que los accionistas activistas ejerzan presión sobre la entidad y sus administradores al mismo tiempo que deja de existir el riesgo de pérdidas derivadas del ejercicio del derecho de reembolso.

Para alinear los intereses de unos y otros partícipes podría actuarse sobre el régimen de compensación de los fundadores a través de cláusulas *lock-up* que impidan a éstos enajenar sus participaciones durante un cierto período de tiempo tras la adopción del acuerdo de adquisición o fusión⁽⁵²⁾. Así, si éstos deciden actuar de forma oportunista y cerrar un acuerdo que no sea beneficioso, el resultado del mismo también les afectará parcialmente, generándoles una pérdida. También es posible que, y así se ha hecho en algunas de las SPACs más recientes, que una parte de la retribución se les abone en un momento anterior viendo así recompensado su trabajo de una manera acorde con los esfuerzos realizados en cada momento y con el cumplimiento de objetivos⁽⁵³⁾; también se podría vincular la remuneración de los fundadores a la rentabilidad o resultados una vez ejecutada la *business combination*⁽⁵⁴⁾; asimismo, se ha planteado la posibilidad de vincular la retribución de los fundadores y el beneficio de los accionistas condicionando el reparto de dividendos de los primeros al del de los accionistas. Cualquiera de estas opciones contribuiría sin duda a fomentar la implicación y la sostenibilidad de la entidad a largo plazo.

(48) GATTI, M., «The Power to Decide on Takeovers: Directors or Shareholders, What Difference Does it Make?», *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2014, vol. 20, p. 73.

(49) CUMMING, D. J./HASS, L. H/SCHWEIZER, D., «The Fast Track IPO- Success Factors for Taking Firms Public with SPACs», *Journal of Banking and Finance*, 2012 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2144892.

(50) La primera SPAC que recurrió a este procedimiento fue *57 th St. Gen. Acquisition Corp.* MAGNAS, *loc. cit.*

(51) MURRAY, *ob. cit.*, p. 10.

(52) OKUTAN NILSON, *loc. cit.*, (n 68). LAYNE/LENAHAN, *loc. cit.*, (n 78); KRUS/PANGAS, *loc. cit.*

(53) RIDGWAY, M./HEDIN, R.-J. G., «Special Purpose Acquisition Corporations: Specs to Consider When Structuring your SPAC - Part II», *CCBJ*, 2006.

(54) DI GIOIA, P./DIERICKX, I./KOZA, M., «Information Asymmetries: How Not to Buy a Lemon in Negotiating Mergers and Acquisition», *European Management Journal*, 1991, vol. 9, núm 3, p. 67.

Podría también pensarse en mantener a los mismos gestores en la compañía tras la *business combination* lo que les obligaría a éstos a responder ante los accionistas durante un período de tiempo más largo. Los datos revelan, además, que una vinculación más prolongada en el tiempo de los gestores podría mejorar los rendimientos de la entidad⁽⁵⁵⁾.

Asimismo, juegan un papel importante las llamadas cláusulas «anti-bulldog» en virtud de las cuales se limita el derecho de recompra de las acciones a un determinado porcentaje con lo que se pretende garantizar las probabilidades de éxito de la operación⁽⁵⁶⁾.

En definitiva, los costes de agencia pueden reducirse o modularse pero constituyen, aún con todo, un vehículo de inversión que se presta a actuaciones especulativas y, por tanto, de riesgo para los inversores especialmente los no cualificados.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARMOUR J./HANSMAN, H./ KRAAKMAN, R., «Agency Problems and Legal Strategies», en *The Anatomy of Corporate Law*, KRAAKMAN (dir.), 3.^a ed., Oxford University Press, 2017.
- BELLIN, M./ THOMSON, D., «Considering an IPO? First, understand the costs».
- BRAU, J. C./FRANCIS, B./KOHERS, N., «The Choice of IPO versus Takeover: Empirical Evidence», *The Journal of Business*, 2003, Vol. 76, núm. 4.
- CASTELLI, T., «Not Guilty by Association: Why the Taint of Their «Blank Check» Predecessors Should Not Stunt the Growth of Modern Special Purpose Acquisition Companies», *Boston College Law Review*, vol. 50, 2009.
- CUMMING, D. J./HASS, L. H./SCHWEIZER, D., «The Fast Track IPO– Success Factors for Taking Firms Public with SPACs», *Journal of Banking and Finance*, 2012.
- D’ALVIA, D., «SPAC: A Comparative Study Under US, Asia and Italian Corporate Framework. Soft Law vs. Hard Law», 2014.
- DI BAIIO, M./DI GIOIA, P., «Special Purpose Acquisition Companies: Advantages and Disadvantages of the Markets' Own Response to a More Stringent Regulation», *LLR*, 2021, núm. 1.
- DI GIOIA, P./DIERICKX, I./KOZA, M., «Information Asymmetries: How Not to Buy a Lemon in Negotiating Mergers and Acquisition», *European Management Journal*, 1991, vol. 9, núm 3.

(55) DIMITROVA, *loc. cit.*, (n 84).

(56) *Vid.* GÜNTHER, *ob. cit.*, p. 18; WALLACE, T., «Hedge Fund Activism Extends to SPACs», *HLS Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, Sunday, 2009 <https://corpgov.law.harvard.edu/2009/02/01/hedge-fund-activism-extends-to-spacs/>; ELLENOFF, D. S./NEUHAUSER, S./GROSSMAN, B., *SPACs: an overview and recent developments* <http://www.egsllp.com/wp-content/uploads/2019/04/SPAC-PPT-1.2020.pdf>.

- DIMITROVA, L., «Perverse Incentives of Special Purpose Acquisition Companies, the Poor Man's Private Equity Funds», *Journal of Accounting and Economics*, 2017, vol. 63, núm. 1.
- ELLENOFF, D. S./NEUHAUSER, S./GROSSMAN, B., *SPACS: an overview and recent developments*.
- FELDMAN, D. N., «Reverse Mergers + PIPES: The New Small-Cap IPO», Reprinted and Updated from PIPES: Revised and Updated Edition – A Guide to Private Investments in Public Equity. *Bloomberg Press*, 2005.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., «Special Purpose Acquisition Company (SPAC): una aproximación jurídica desde la perspectiva del derecho español», *RDBB*, 2021, núm. 163.
- GATTI, M., «The Power to Decide on Takeovers: Directors or Shareholders, What Difference Does it Make?», *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2014, vol. 20.
- GLEASON, K. C./ROSENTHAL, L./WIGGINS, R. A., «Backing into being public: an exploratory analysis of reverse takeovers», *Journal of Corporate Finance*, 2003, vol. 12.
- GOLDSTEIN, M. *et al.*, «Truckmaker that Can't Afford to Make Trucks, Is on the Brink», *New York Times*, 2021.
- GOLDSTEIN, M./CHOKSHI, N., «Nikola Founder Is Charged with Fraud in Rebuke to Wall Street», *New York Times*, 2021.
- GÜNTHER, D., «Special Purpose acquisition companies und die ineffizienz des kapitalsystems», *De Gruyter*, 2021.
- HALE, L. M., «SPAC: A Financing Tool with Something for Everyone», *The Journal of Corporate Accounting and Finance*, January/February, 2007.
- HEYMAN, D. K., «From Blank Check Company to SPAC: the Regulator's response to the Market, and the Market's response to regulation», *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2007, vol. 2.
- HURT, C., «Moral Hazard and the Initial Public Offering», *Cardozo L. Rev.*, 2005, vol. 26.
- KARMEL, R. S., «The future of corporate governance listing requirements», *SMU Law Review*, 2001, núm. 54.
- KELLY, K., «SPACs Went Up, Then Down, but They're Not Out», *The New York Times*, 2021.
- «The Special Meeting to Approve the Merger: How to Handle Retail Investors», *Panel at the 2021 SPAC Conference*, 2021.
- KLAUSNER, M., «A sober look at SPACS», *Stanford University*, 2020.
- KOLB, J./TYKVOV, T., «Going Public Via Special Purpose Acquisition Companies: Frogs Do Not Turn into Princes», *Revista de Finanzas Corporativas*, 2016, vol. 40.
- KRUS, C./PANGAS, H., «The SPAC phenomenon: A Discussion of the Background, Structure and Recent Developments Involving Special Purpose Acquisition Companies», *Sutherland Asbill & Brennan LLP*, 2006.
- LAKICEVIC, M./VULANOVIC, M., «A Story on SPACs», *ZBW-Deutsche Zentralbibliothek für Wirtschaftswissenschaften*, 2012, asunto 4.

- LAYNE, R./LENAHAN, «Special Purpose Acquisition Companies: An Introduction», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2008.
- LAZARD, R. B., «SPACs: An Alternative Way to Access the Public Markets», *Journal of Applied Corporate Finance*, 2008, núm. 3.
- LEVINE, M., «SPACs Aren't Cheaper than IPOs yet», *Bloomberg Opinion*, 2020.
- LIN, C./OFFICER, M./ZOU, H., «Directors' and officers' liability insurance and acquisition outcomes», *J. Financ. Econ*, 2011, vol. 102.
- MACNEIL, I., «Enforcement and Sanctioning», en *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, MOLONEY/FERRAN/PAYNE (dirs.), Oxford University Press, 2015.
- MAGNAS, J., «A New SPAC Structure May Lead to Renewed Interest in SPAC Offerings», *Bloomberg Law Reports*, 2011, núm. 8.
- MARVIN, K., «VectoIQ Acquisition Corp. (VTIQ) to Combine with Nikola Corporation», *Spacinsider*, 2020.
- MOELLER, A., «Alternative Initial Public Offering Models», *Mohr Siebeck*, 2016.
- MURRAY, J., «Innovation, Imitation and Regulation in Finance: The Evolution of Special Purpose Acquisition Corporations», *Review of Integrative Business and Economics Research*, 2017, núm. 2.
- OKUTAN NILSON, G., «Incentives Structure of Special Purpose Acquisition Companies», *European Business Organization Law Review*, 2018, vol. 19.
- OSIPOVICH, A., «Blank-Check Boom Gets Boost From Coronavirus», *Wall Street Journal*, 2020.
- PICKER, L./SHAH, R., «How Financing SPAC Takeovers Became Wall Street's New Favorite Trade», *CNBC*, 2021.
- PITTENGER, M. A./GRISIN, C. M., «When SPACs Attack: The Role of Special Purpose Acquisition Companies in the M&A Market», *News and Publications*, 2007.
- RAMKUMAR, A., «The Celebrities from Serena Williams to A-Rod Fueling the SPAC Boom», *The WALL Street Journal*, 2021.
- RIDGWAY, M./HEDIN, R.-J. G., «Special Purpose Acquisition Corporations: Specs to Consider When Structuring your SPAC – Part II», *CCBJ*, 2006.
- RIDGWAY, M./PFLAUM, M. L., «Exchanges for listing SPACs– a shifting landscape, Corporate Counsel» *Business Journal*, 1 de enero de 2009.
- RIEMER, D. S., «Special Purpose Acquisition Companies: SPAC and SPAN, or Blank Check Redux?», *Wash. U. L. Rev.*, 2007, 931, 85.
- RODRIGUES, U./STEGEMOLLER, M., «SPACs: Insider IPOs», 2021.
– «Exit, Voice, and Reputation: The Evolution of SPACs», *37 Del. J. Corp. L.* 849, 2012.
- RUND, J./VITTORIO, A., «Blank Check» Companies See Revival as Big names Embrace Trend, *Bloomberg Law*, 2019, núm. 24.
- SAVITZ, E., «The new blind pools. Barron's», 2005.
- SELZNER, H., «Spac Transactionen in Deutschland», *ZHR*, 2010, vol. 74.
- SHACHMUROVE, Y./VULANOVIC, M., «SPAC IPOs», *Oxford Handbook of IPOs*, 2018.

SJOSTROM, W. K. Jr., «PIPEs», 2 *Entrepreneurial Bus. L.J.*, 2007.

SPAC IPO: «Background and Policy Issues», *Cong. Res. Serv.*, 2021, vol. 2.

WALLACE, T., «Hedge Fund Activism Extends to SPACs», *HLS Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, Sunday, 2009.

ZBW, Deutsche Zentralbibliothek für Wirtschaftswissenschaften, Leibniz-
Informationszentrum Wirtschaft, Kiel und Hamburg.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA

GOOD ADMINISTRATION IN THE SPANISH LEGAL TRADITION

GONZALO RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO

Abogado

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA.
- III. BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS PROYECCIONES A FUTURO.

Resumen: El presente trabajo pretende acreditar que la buena administración es una realidad jurídica ínsita en la tradición española desde la construcción de nuestro derecho administrativo moderno en la década de los años 50 del siglo pasado. Asimismo, se analiza la conexión de nuestra tradición con sus principales proyecciones de futuro influidas por el Derecho europeo.

Abstract: The aim of this paper is to prove that «*good administration*» is a traditional general principle under Spanish Law. Even though «good administration» was born in Spain before the construction of European Union, European law is fundamentally influencing the evolution of this principle.

Palabras clave: buena administración; arbitrariedad; discrecionalidad; tradición jurídica.

Keywords: good administration; administrative arbitrariness; discretionary powers; legal tradition.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.– El principio de buena administración ha recibido una especial atención entre nosotros desde su positivización en el artículo 41 en la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea (la «CDFUE»). Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse los estudios de MARTÍN-RETORTILLO⁽¹⁾, TORNOS MAS⁽²⁾, MENÉNDEZ SEBASTIÁN⁽³⁾, PONCE SOLÉ⁽⁴⁾, FUENTEJA PASTOR⁽⁵⁾, MEILÁN GIL⁽⁶⁾, RODRÍGUEZ ARANA⁽⁷⁾ o SAURA FRUCTUOSO⁽⁸⁾. Estos autores han analizado el contenido del principio de buena administración desde las ópticas europea, española y autonómica con tal grado de precisión jurídica que, al menos en este momento, parece difícil aportar ideas novedosas.

Sin embargo, hay un aspecto que parece haber recibido una atención menor: la reivindicación de que la buena administración es una realidad jurídica ínsita en la tradición española desde la construcción de nuestro derecho administrativo moderno en la década de los años 50 del siglo pasado.

Es común entender que hasta la llegada del Derecho europeo la buena administración careció de brillo propio en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, CARRILLO DONAIRE afirma que «*anclado en la tradición jurídica de ciertos Estados europeos, la buena administración es, sin lugar a dudas, una noción forjada al calor del Derecho comunitario europeo*», precisando a continuación que «*pese a lo que a veces se ha dicho, el concepto de buena administración no ha sido fruto de una autónoma labor pretoriana del [Tribunal de Justicia de la Unión Europea], que lo ha tomado de otros órdenes jurídicos comunitarios y, en particular, del Derecho holandés*»⁽⁹⁾. TORNOS MAS mantiene una posición más matizada cuando señala que «*en el derecho y la jurisprudencia española el principio de buena administración también ha alcanzado un creciente protagonismo en virtud de la influencia del derecho comunitario*», precisando inmediatamente que «*no obstante, con anterioridad*

(1) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De los derechos humanos al derecho a una buena administración», en *El derecho a una buena administración y la ética pública*, coord. por ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco, 2011.

(2) TORNOS MAS, Joaquín, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», en *Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, coord. por AGIRREAZKUEENAGA ZIGORRAGA, Iñaqüi. Vol. 1, 2008.

(3) MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva, «De la función consultiva clásica a la buena administración: Evolución en Estado social y democrático de Derecho», Marcial Pons, 2021.

(4) Entre otros muchos trabajos de este autor en esta materia, *vid.*, PONCE SOLÉ, Juli, «El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo», Universitat de Barcelona, 2001.

(5) FUENTEJA PASTOR, Jesús Ángel, «El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008.

(6) MEILÁN GIL, José Luis, «La buena Administración como institución jurídica», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 87, 2013.

(7) Entre otros muchos trabajos de este autor en esta materia, *vid.*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaïme, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 6, n.º 6, 2013.

(8) SAURA FRUCTUOSO, Carlos, «El derecho de buena administración y el "due process" administrativo europeo», en *Procedimiento administrativo europeo*, dir. SORIANO GARCÍA, José Eugenio, 2012.

(9) *Op. cit.*, p. 1139.

a la posible influencia del derecho comunitario nuestros textos legales contenían algunas imprecisas pero significativas referencias a la buena administración»⁽¹⁰⁾.

2.– Ciertamente, el uso de la locución «buena administración» se ha generalizado en el lenguaje jurídico español por influencia del Derecho europeo. No ha sido hasta la plena integración del orden comunitario en nuestro sistema jurídico cuando se ha empezado a aludir al «principio de buena administración». ¿Significa esto que nuestra tradición jurídica ha desconocido las garantías que integran dicho principio? Cualquier jurista respondería negativamente a esta pregunta sin atisbo de duda.

¿Por qué, entonces, el principio de buena administración, denominado como tal, ha tenido siempre en el Derecho europeo un protagonismo estelar del que no ha disfrutado en nuestro orden interno? La respuesta a esta pregunta se halla en la diferente configuración del derecho administrativo de cada uno de estos ordenamientos.

El Derecho europeo carece de un *corpus* legislativo jurídico-administrativo que con vocación de generalidad regule el ejercicio de las potestades y funciones públicas atribuidas a la Administración europea. Esta carencia ha exigido alumbrar un principio general que dé coherencia al sistema jurídico-público europeo y ordene el quehacer administrativo y las relaciones del poder público europeo con el ciudadano. Como ha señalado FUENTEJA PASTOR, «el derecho a la buena administración, pese a todas sus carencias y taras que encierra en sí mismo, supone la constitucionalización no tanto de la Administración Europea como del Derecho Administrativo Europeo», lo que permite superar su «fragmentación» y «precariedad jurídica»⁽¹¹⁾. En similar sentido se ha pronunciado SAURA FRUCTUOSO, para quien «a falta de una Ley de Procedimiento Administrativo Común aplicable al conjunto de la Administración Europea, [el principio de buena administración] supone una auténtica joya jurídica del Derecho Europeo, ya que sirve de verdadero parámetro de legalidad de la actuación del Poder público en el seno de la Unión, invocable ante cualquier instancia europea», de manera que «es una de las pocas piezas que da coherencia al vasto y confuso entramado organizativo y administrativo europeo»⁽¹²⁾.

La situación de nuestro ordenamiento jurídico es bien diferente. El derecho público español cuenta desde hace no pocas décadas con los principios, normas e instrumentos de control necesarios para garantizar el recto ejercicio del poder público; es decir, para que ejercite sus funciones y potestades en cumplimiento de la legalidad vigente, para la realización del interés general, considerando los eventuales intereses particulares presentes y en coherencia con la realidad fáctica subyacente. Dicho de otro modo, el moderno derecho administrativo español arbitra los mecanismos necesarios para garantizar la «buena administración», y ello con independencia de que esta expresión se haya usado marginalmente hasta la llegada del Derecho europeo. Por este motivo, el Derecho español no ha necesitado dotar

(10) *Op. cit.*, pp. 630 y 631.

(11) *Op. cit.*, pp. 153 y 154.

(12) *Op. cit.*, p. 354.

de autonomía e independencia al «*principio de buena administración*» como sí lo ha requerido el Derecho europeo.

3.– El objeto del presente trabajo es anclar la buena administración en la tradición jurídica española anterior e independiente a la influencia del Derecho europeo. Esta labor va a realizarse considerando los jalones legislativos, jurisdiccionales y doctrinales que en los años 50 del pasado siglo cimentaron las garantías esenciales de los ciudadanos en sus relaciones con el poder público.

Son dos las razones que justifican este estudio. En primer lugar, el sexagésimo quinto aniversario de la benemérita Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 invita a celebrar que nuestro ordenamiento cuenta desde hace más de seis décadas con un cuerpo armónico y completo de derecho administrativo. Se trata, como sugiere LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, de sentir orgullo de los «*planteamientos clásicos*» y no minusvalorarlos ante la «*seducción de lo novedoso*»⁽¹³⁾.

En segundo término, y como es propio de todo concepto o institución jurídica, la mejor forma de conocer el contenido actual de la buena administración debe partir de su origen en nuestra tradición jurídica. Como ha señalado recientemente HERRERO DE MIÑÓN, «*el derecho, como toda realidad cultural, se da en el devenir del proceso histórico, y, como tal, no olvida sino que acumula el pasado del que proviene*»⁽¹⁴⁾. Precisamente por esta razón, en este trabajo también se pretende conectar el núcleo seminal del principio en el Derecho patrio con sus principales proyecciones de futuro influidas por el Derecho europeo (proyecciones que, como reflexiona RODRÍGUEZ ARANA, invitan a «*releer los dogmas*», «*sin arrumbarlos*»⁽¹⁵⁾). Huelga decir que nuestro ordenamiento no está encerrado en sí mismo y participa del dinamismo propio de nuestra época. La influencia del orden comunitario en las últimas décadas ha sido, está siendo y será esencial en la evolución de este principio. Lo que ocurre es que para entender cabalmente la vanguardia de la buena administración es ineludible unirla con la tradición jurídica en la que se inserta, pues, al decir de EUGENIO D'ORS, «*solo hay originalidad verdadera cuando se está dentro de una tradición*»⁽¹⁶⁾.

4.– Dos últimas precisiones antes de abordar el estudio. Primera, el análisis de las normas, sentencias y estudios doctrinales de la década de los años 50 del siglo pasado se hace desde la óptica kelseniana de la ciencia del Derecho, al margen de cualquier consideración histórico-política y conociendo que, como explicó GARRIDO

(13) *Op. cit.*, p. 52.

(14) HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, «Historicismo - Escuela Histórica», en *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI - Ciencias Políticas y Jurídicas*, coord. por PENDÁS GARCÍA, Benigno, 2020, pp. 287-291.

(15) RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Xaime, «El derecho fundamental al a buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo», en *El derecho a una buena administración y la ética pública*, coord. por ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco, 2011, p. 83.

(16) D'ORS, Eugenio. La veu de Catalunya. 31 de octubre de 1911.

FALLA⁽¹⁷⁾, fue la Constitución de 1978 la Norma Fundamental que consiguió que España dejara de ser un Estado administrativo de Derecho para convertirse en un Estado democrático de Derecho. Y segunda, es una obviedad que el principio de buena administración no es una creación exclusiva de nuestro derecho patrio, pues, como apunta MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «podría incluso entenderse que se trata de algo consustancial a la propia idea de la Administración pública»⁽¹⁸⁾.

II. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA

1.– Con independencia de la denominación que se emplee y aceptando que como toda institución jurídica se beneficia del devenir democrático, la buena administración es una máxima presente en todos los momentos del pensamiento político. Por poner un ejemplo gráfico, la pintura mural de «*La Alegoría del Buen y Mal Gobierno*» del Palacio Público de Siena fue ejecutada en el siglo XIV y en ella se representa a los consejeros y al gobernador de la Ciudad rodeados de la templanza, la justicia y la paciencia.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, la buena administración como exigencia del ejercicio del poder público nace cuando se le dota de un contenido reconocible y de los instrumentos necesarios para imponer al poder público su observancia. Es en este momento cuando la buena administración deja de pertenecer exclusivamente al pensamiento político y se integra en el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a su contenido, y tomando como referencia los estudios que se han publicado hasta el momento, es pacífico entender que la buena administración se identifica con el conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico arbitra a favor de los ciudadanos en las relaciones de sujeción general y especial que traban con la Administración Pública. En particular, la buena administración se integra por (i) la garantía de que la decisión administrativa sea racional, razonable y ajustada a los elementos reglados aplicables, (ii) la garantía procedimental, y (iii) la garantía patrimonial representada por el principio de responsabilidad de los poderes públicos. Como es sabido, cada una de estas garantías da contenido a cada uno de los apartados del artículo 41 de la CDFUE.

Los mecanismos necesarios para imponer su observancia son de dos tipos. De un lado, los instrumentos de los que ha de valerse la Administración para ordenar su actividad; y de otro, los dirigidos a escrutar jurisdiccionalmente la actuación administrativa y purgar las decisiones que ignoren las meritadas garantías. Todos estos instrumentos deben converger, no bastando con una declaración apodíctica del reconocimiento de la buena administración y el establecimiento de un conjunto de reglas en manos de la propia Administración. Solo cuando los Tribunales están

(17) *Vid.*, entre otros, GARRIDO FALLA, Fernando, «Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley», *Revista de Administración Pública*, n.º 128, 1992.

(18) *Op. cit.*, p. 18.

dotados de la *potestas* para controlar al aparato administrativo puede entenderse que la buena administración rige imperativamente la actuación pública. La cita que reproduce GARCÍA DE ENTERRÍA de HAMSON es clarificadora: «a mi juicio la marca de un sistema de Derecho administrativo es que exista un Tribunal para formular e imponer tales reglas de buena administración»⁽¹⁹⁾.

2.– También en España la buena administración ha sido una máxima presente en el pensamiento político. Aunque situado extramuros del derecho administrativo, sirva como ejemplo la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, prueba de la extraordinaria sensibilidad de su autor, ALONSO MARTÍNEZ, con el modo en que había de ejercitarse todo poder público; con no poco arrojo, en dicho texto legal se denuncia que «*los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle*». Situándonos en la esfera *iusadministrativista*, es obvio que la Ley Santamaría Paredes de 1888 (heredera de la Ley de 1852) y la Ley Azcárate de 1889 constituyen la semilla de la juridificación de la hoy denominada buena administración. Nunca está de más recordar, para orgullo de todos, que España fue el primer país del mundo en aprobar una norma legal sobre el procedimiento administrativo.

Ahora bien, y como se ha indicado, el acrisolamiento y plenitud de la buena administración se produce en España en la llamada «*década prodigiosa*» del derecho administrativo⁽²⁰⁾, momento en el que se producen los jalones normativos, jurisprudenciales y doctrinales esenciales en la ordenación jurídica de la Administración Pública española y su control judicial.

3.– Son tres las normas de referencia. La Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa (la «**LEF**»), la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la «**LJCA**») y la Ley de 17 de julio de 1958 sobre Procedimiento Administrativo (la «**LPA**»).

Las exposiciones de motivos de estas tres Leyes son una auténtica maravilla de la ciencia jurídico-administrativa. Baste como ejemplo la afirmación contenida en la exposición de motivos de la LJCA de que «*las infracciones administrativas se muestran realmente no tan solo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración*». De hecho, el contenido de estos textos puede analizarse tomando como referencia el artículo 41 de la CDFUE.

La imparcialidad y equidad a la que se refiere el apartado 1 del artículo 41 de la CDFUE se expresa en la exposición de motivos de la LJCA en un doble sentido. De

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, n.º 30, 1959, p. 165. La cita se corresponde con el trabajo titulado «*Executive discretion and judicial control*» (Londres, 1954).

(20) Esta expresión es utilizada, por ejemplo, por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en el homenaje dedicado a Segismundo ROYO VILLANOVA, publicado en *Revista de Administración Pública*, n.º 180, 2009.

un lado, se asevera que *«el acatamiento y cumplimiento de las normas se impone, por ende, cualquier que sea el criterio subjetivo de las autoridades y funcionarios»*. De otro lado, se explica que *«los principios de unidad y de orden quiebran, ciertamente, cuando bajo pretexto de interés público, se pretende sustituir lo dispuesto por el ordenamiento jurídico por el sentimiento que del bien común tenga en cada caso el titular de la función, el imperio del Derecho por la arbitrariedad»*. El empleo del término «arbitrariedad» tiene una importancia capital, pues la edición de 1925 del Diccionario de la Real Academia Española definía este lema como *«acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho»*. Es decir, ya en 1956 la arbitrariedad proscrita era lo contrario a la imparcialidad y a la equidad.

La razonabilidad del plazo para obtener una decisión pública a la que también se refiere el apartado 1 del artículo 41 de la CDFUE es una garantía expresamente considerada en la exposición de motivos de la LPA, donde se indica que *«la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permita dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado»*.

Las garantías adjetivas relativas a la audiencia, acceso al expediente y motivación de la resolución consagradas en el apartado 2 del artículo 41 de la CDFUE también son conocidas en los textos que comentamos. La exposición de motivos de la LPA subraya que un derecho esencial del interesado es *«aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento»*, al tiempo que se precisa que *«aparte de este precepto general la Ley regula el trámite de audiencia y vista»*. La obligación de motivación es considerada en la exposición de motivos de la LJCA desde un punto de vista muy sugerente, advirtiéndose de que, si bien el régimen de silencio administrativo se instituye como una garantía a favor de los administrados para facilitar su acceso a la Justicia, *«no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar sus decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso debidamente fundado»*.

En fin, la garantía patrimonial positivizada en el apartado 3 del artículo 41 de la CDFUE ya fue regulada en nuestro ordenamiento mediante el artículo 121 de la LEF, respecto de cuyo régimen su exposición de motivos explica que su finalidad es *«extender el principio de justa indemnización, desde la privación jurídica de la propiedad por razón de utilidad pública a la privación o menoscabo de la misma acaecida de hecho, como inevitable efecto de la acción administrativa»*.

4.– Naturalmente, las garantías que se integran en el actualmente denominado principio de buena administración no se contenían a simple título enfático en las partes expositivas de estas Leyes.

La LPA arbitró los instrumentos necesarios para ordenar la recta administración y proteger a los administrados en sus relaciones con el poder público en unos términos muy similares a los previstos en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la «**LPAC de 2015**»), cuya coherencia con el artículo 41 de la CDFUE no plantea mayores dudas.

En materia de imparcialidad, los artículos 20 y 21 preveían un régimen de abstención y recusación cuyos elementos esenciales se mantienen en la LPAC de 2015. En lo que respecta a equidad, además de que el artículo 112 ya preveía que las potestades de revisión de oficio y revocación encontraban límite en que «*su ejercicio resultase contrario a la equidad*», el artículo 40.2 ordenaba, como sigue imponiéndose hoy, que su contenido «*se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos*». Asimismo, el artículo 48 censura con la anulabilidad a los actos incurridos en desviación de poder, en tanto que debe tacharse de parcial la decisión cuya finalidad no sea la querida en cada caso por el ordenamiento, aun cuando sea un objetivo loable para quien lo tenga.

El sistemático incumplimiento de los plazos de resolución trató de ser corregido mediante el establecimiento del régimen de silencio administrativo en el artículo 94 (si bien este régimen ha sido objeto de importantes evoluciones, desde la eliminación de la obligación de denunciar la mora hasta la extensión de los supuestos en los que rige el silencio positivo).

La defensa por los interesados de sus derechos e intereses legítimos en el seno del procedimiento se garantizó reconociéndoles la posibilidad de formular alegaciones en cualquier momento (artículo 83) y el derecho a los trámites de vista y audiencia (artículo 81).

En lo que hace a la motivación, el artículo 43 exigía la justificación de los actos limitativos de los derechos subjetivos, resolutorios de recursos, contrarios a los precedentes o al criterio de los órganos consultivos y de suspensión de resoluciones recurridas. En relación con el régimen de motivación no puede ocultarse la relevante laguna en que incurría la legislación de 1958, al dejar fuera de la obligación de motivación los actos discrecionales.

Como se comprende, las anteriores normas y garantías carecerían de toda virtud si su infracción fuera inane. Precisamente por este motivo, los artículos 47 y 48 de la LPA regularon en régimen de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos. Como es sabido, el artículo 48 de la LPA (y hoy el mismo precepto de la LPAC de 2015) tilda de anulables «*los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*», precisando a continuación que «*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*». Sin perjuicio de que este régimen de anulabilidad se mantiene intacto en la literalidad de la LPAC de 2015, en el Apartado III) se analizará cómo el influjo del Derecho europeo en la evolución del principio de buena administración está orientando a nuestro Derecho hacia una nueva configuración de la anulabilidad por vicios formales.

En fin, el artículo 121 de la LEF regulaba la responsabilidad patrimonial empleando una literatura que aún hoy usamos. De acuerdo con este precepto, «*dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la*

adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa». El defecto de descartar la posibilidad de indemnizar los daños morales se corrigió con la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, cuyo artículo 41 extendió la responsabilidad administrativa respecto de «*toda lesión que sufran [los particulares] en cualquiera de sus bienes y derechos*».

5.– Además de una regulación material y de procedimiento administrativo, el derecho administrativo español alumbrado en los años 50 del siglo pasado contó con la regulación procesal establecida en la LJCA. Advirtiéndose de antemano de que la Ley jurisdiccional de 1956 fue hija de su tiempo y nació aquejada de sombras y lagunas solo superadas tras la Constitución de 1978, no parece discutible la afirmación hecha por GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ de que «*esta Ley, con muy escasas modificaciones, ha sido memorable en la historia de nuestro Derecho Público*», pues «*hasta su vigencia existía apenas en España una sombra de verdadera justicia administrativa*»⁽²¹⁾.

Conforme venimos indicando, la LJCA arbitra los mecanismos para el control judicial de la actividad administrativa, incluyendo la sujeción a las normas, reglas y principios que conforman lo que hoy llamamos la «*buena administración*».

La LJCA pretendió superar la hipertrofia de la jurisdicción contencioso-administrativa derivada de las limitaciones previstas en la Ley de 1888 (exclusiva impugnabilidad de los actos lesivos de derechos subjetivos perfectos, exclusión de los actos discrecionales y amplitud del concepto de los actos políticos). Resulta particularmente esclarecedor comprobar que su exposición de motivos principia haciendo referencia al «*imperio de la justicia en las relaciones administrativas*» y afirmando que las «*interpretaciones formalistas*» de la Ley de 1888 determinantes de la inadmisión de numerosos recursos «*comportaban la subsistencia de infracciones administrativas, en pugna con la Justicia, contenido del verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política*».

Como se comprende, escapa del objeto de este trabajo examinar en detalle la LJCA de 1956, siendo obligada la remisión a la *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)* de JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES⁽²²⁾. Baste, por tanto, con remachar los elementos que acreditan el acrisolamiento de las garantías de la buena administración merced del establecimiento de una jurisdicción contencioso-administrativa plena e integrada en el poder judicial.

En primer lugar, la actuación administrativa susceptible de control judicial se extiende, si se permite la expresión gráfica, como una mancha de aceite; a saber: (i) se delimita el concepto de actos políticos para evitar su confusión con los actos administrativos [artículo 2.b)], se habilita la impugnación de disposiciones generales (artículo 28.1, sin perjuicio de limitar en exceso la legitimación activa vinculándola

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Curso de Derecho Administrativo», Tomo II, 12.ª Edición, 2011. Thomson Reuters.

(22) Madrid, Iustel, 2007.

con el interés corporativo), y (iii) no se excluye de la fiscalización los actos discrecionales (artículo 37).

En segundo término, y como explica la exposición de motivos, se configura el contencioso-administrativo como «*un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo*», lo que se realiza admitiendo resueltamente la práctica de prueba (artículo 74) e instaurando la plena jurisdicción mediante la atribución a los Tribunales de la potestad de declarar la invalidez de la actuación administrativa impugnada y ordenar el restablecimiento de la situación jurídica perturbada (artículos 41 y 42).

En fin, el artículo 83.2 establece la ya clásica fórmula de que «*la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder*».

6.– Tras su cristalización a nivel legislativo, las garantías que dan cuerpo al principio de buena administración se asentaron en nuestro ordenamiento jurídico mediante la labor de nuestros Tribunales y la mejor doctrina.

Excedería el objeto del presente trabajo reseñar los trabajos académicos esenciales publicados en la década de los años 50, cuyos autores lo fueron también de las principales leyes administrativas españolas (nada es casual). Más modestamente, se va a dejar noticia de las dos sentencias del Tribunal Supremo (de 20 de febrero y 6 de julio de 1959) que elevaron a los altares de la ciencia jurídica española el control del ejercicio del poder administrativo y excitaron la publicación de uno de los más relevantes trabajos académicos en la disciplina del derecho administrativo («*La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*», de GARCÍA DE ENTERRÍA⁽²³⁾). Estos documentos vienen siendo estudiados por todos los *ius-publicistas* en los últimos 60 años, por lo que su consideración en el presente trabajo va a circunscribirse a evidenciar de qué modo fijaron en nuestro sistema jurídico las bases de lo que actualmente se conoce como buena administración.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1959 podría ser utilizada hoy como ejemplo de la estricta aplicación de la garantía establecida en el artículo 41 de la CDFUE relativa a que «*toda persona tiene derecho a que las instituciones [...] traten sus asuntos [...] equitativamente*». Esta sentencia enjuició la legalidad de la obligación impuesta a los antiguos Catedráticos de Enseñanza Media consistente en profesar «enseñanzas afines» a las de su disciplina como condición para poder percibir íntegramente la remuneración que venían recibiendo⁽²⁴⁾. Fueron dos las razones que llevaron al Tribunal a declarar la nulidad de la citada obligación, ambas derivadas de lo inequitativo de la regulación administrativa. De un lado, «*la extensión de sus actividades docentes a materias científicas, distintas de la propia de su*

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, n.º 30, 1959.

(24) Dicha obligación fue impuesta por una Orden del Ministerio de Educación Nacional de 1958.

profesorado se opone a la naturaleza del cargo que desempeñan estos funcionarios», entre otras razones, porque «las pruebas de aptitud para ser nombrado catedrático numerario de Instituto [consisten en] pruebas teóricas de la especialidad científica de la asignatura o asignaturas objeto de la oposición [...] sin relación alguna con otras afines». De otro lado, la privación parcial de la remuneración es inadmisibles atendiendo a «la reconocida insuficiencia del sueldo y su inadecuación no sólo a la importancia de la función pedagógica, al nivel cultural que su desempeño requiere, al esfuerzo intelectual a que obliga una preparación adecuada y a la dignidad con que deben ser dotados los órganos de tan indispensables funciones para el progreso y elevación moral de los pueblos como la justicia, la cultura y el Ejército, sino a las más imprescindibles y modestas necesidades del funcionario en el coste y nivel de vida impuesta por la contingente situación económica en los tiempos presentes».

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1959 también podría ser hoy empleada para estudiar el artículo 41 de la CDFUE, en esta ocasión en lo que respecta a la «imparcialidad» en el ejercicio de las potestades administrativas. Esta sentencia enjuició la legalidad de la clasificación de las plantillas y partidos veterinarios dispuesta en una Orden de la Presidencia de 17 de junio de 1958. Aunque esta materia puede parecer poco atractiva en nuestro tiempo, su significación jurídica en el momento en el que se dictó la sentencia no era baladí. La organización de los partidos veterinarios se venía considerando de imposible fiscalización en sede contenciosa por constituir una decisión enteramente discrecional en tanto que relativa a la organización de los servicios públicos. Pues bien, la sentencia declaró la invalidez de la decisión adoptada nada menos que por resultar parcial al carecer de una motivación ajustada a la realidad de los hechos y obviar la defensa trabada por los interesados en vía administrativa. La sentencia se pronuncia con una claridad que incluso sería poco habitual incluso en nuestros días; a saber: «*aún en el supuesto hipotético de que las expresadas Direcciones Generales tuvieran dicha facultad discrecional [...] son completamente inoperantes las alegaciones hechas sobre el insignificante exceso del censo humano sobre el mínimo legal, emigración local, escasos ingresos, existencia de un veterinario libre y reducido censo ganadero: pues aparte de no ser admisible que se den por buenas todas estas afirmaciones, contenidas en los oficios que proponían la ilegalidad, sin hacer constatación alguna sobre su realidad o certeza, es más que censurable el que se omita toda estimación en orden a los documentos acompañados con el recurso de reposición*».

Las anteriores sentencias motivaron «*La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*», trabajo en el que GARCÍA DE ENTERRÍA consolidó en nuestro país las bases intelectuales del principio de proscripción de arbitrariedad, actualmente positivizado en el artículo 9.3 de la Constitución (nótese que el mencionado trabajo fue precedido del esencial «*Recurso contencioso-directo contra disposiciones reglamentarias y recurso de reposición*»⁽²⁵⁾, en el que se ya se reflexiona sobre la interdicción de la arbitrariedad). GARCÍA DE ENTERRÍA ensaya un concepto de

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Recurso contencioso-directo contra disposiciones reglamentarias y recurso de reposición», *Revista de Administración Pública*, n.º 29, 1959.

arbitrariedad administrativa (por referencia a la potestad reglamentaria) que, además de seguir siendo actual en nuestro ordenamiento, se subsume con toda naturalidad en las garantías materiales del principio de buena administración; a saber: *«bajo el concepto de arbitrariedad reglamentaria se comprenden [...] Reglamentos que partan de una apreciación falsa de los hechos en virtud de los cuales se determinen, que impliquen una ruptura del principio de igualdad, que pretendan transgredir los principios inmanentes a la naturaleza de instituciones cuya configuración trasciende de los poderes reglamentarios, que intenten establecer un régimen restrictivo que no guarde proporción o congruencia con las finalidades positivas perseguidas, que suponga una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos, que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, para cuya elevación al rango de intereses públicos no se reconoce un poder soberano a la calificación reglamentaria»*. Como puede comprobarse, se propugna la ilegalidad, por arbitrariedad, de las normas reglamentarias parciales, irrazonables, irracionales e inequitativas; es decir, toda disposición contraria a la buena administración.

III. BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS PROYECCIONES A FUTURO

1.– Los datos consignados en el apartado anterior son fundamento bastante para reivindicar que la buena administración está presente en la tradición española desde la construcción de nuestro derecho administrativo moderno en la década de los años 50 del siglo pasado. Ahora bien, la tradición jurídica no es historia del Derecho, sino que forma parte del ordenamiento presente y se proyecta al futuro; presente y futuro en donde la porosidad del Derecho nacional y del europeo es total.

Son dos los ámbitos en los que la influencia del Derecho europeo puede resultar esencial en pro de una «mejor» administración (valga la expresión): el enjuiciamiento de las infracciones formales de los actos administrativos y el control de la diligencia administrativa en la valoración de los hechos determinantes.

2.– La infracción de las garantías procedimentales que dan contenido al principio de buena administración constituyen defectos de forma del acto administrativo y, como es sabido, los vicios formales vienen siendo tradicionalmente enjuiciados de acuerdo con la «doctrina sustancialista». En palabras de MUÑOZ MACHADO, *«existe una tendencia manifiesta en la jurisprudencia a salvar, cuando sea posible, las infracciones de carácter formal, aceptando su sanación si no se aprecia que los resultados de la resolución hubieran sido distintos, los interesados han tenido oportunidad de defender suficientemente sus derechos en el procedimiento administrativo o, incluso, aceptando que la merma de las garantías que haya producido el vicio formal pueda quedar contrarrestada con las oportunidades de defensa que ha tenido el interesado en sede contencioso-administrativa»*⁽²⁶⁾. Últimamente, la

(26) MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General», Tomo XII - Actos administrativos y sanciones administrativas, BOE, 2015.

«doctrina sustancialista» ha sido recordada por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020 (recurso 5442/2019) en los siguientes términos: «*los defectos de forma solo afectan a la validez de los actos administrativos cuando se haya omitido total y absolutamente el procedimiento para dictar tales actos o, en otro caso, de defectos procedimentales, se haya ocasionado indefensión o impidan al acto alcanzar su fin, que son los supuestos, el primero, de nulidad absoluta y, en el segundo caso, de anulabilidad, que regían ya en los artículo 47 y 48 de aquella Ley, pasó a los artículos 62 y 63 de la Ley de 1992 y ha vuelto a los mismos numerales en la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*».

La «doctrina sustancialista» está actualmente en fase de evolución por influjo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fundada en el principio de buena administración.

Así lo ha estudiado recientemente TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ en su trabajo «*El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019*»⁽²⁷⁾, en el que, como se indica en su título, se comenta y analiza la sentencia europea dictada en el asunto *United Parcel Service c/Comisión*. Como se explica en el mencionado trabajo, el asunto tuvo su origen en la impugnación por United Parcel Service de una decisión de la Comisión Europea por la que se declaró que una determinada operación de concentración empresarial era contraria al mercado interior; en concreto, la compañía denunció que la decisión administrativa se fundaba en un modelo económico que no fue objeto de confrontación durante el procedimiento administrativo. Tras una primera sentencia del Tribunal General a favor de la compañía, la Comisión acudió en casación al Tribunal de Justicia aduciendo que el carácter formal del vicio que se atribuía a la decisión administrativa controvertida no podía determinar su invalidez, entre otras razones, porque «*basta con constatar la existencia de un obstáculo significativo a la competencia efectiva en un solo mercado para declarar la incompatibilidad de una concentración con el mercado interior*»⁽²⁸⁾. La Comisión, por tanto, fundó su defensa en la «doctrina sustancialista» de los vicios formales, alegación que fue descartada por el Tribunal de Justicia señalando que los defectos de forma tendrán carácter invalidante cuando «*la demandante haya acreditado suficientemente no que, de no haberse producido esta irregularidad procesal, la decisión controvertida hubiera tenido un contenido diferente, sino que hubiera podido tener una oportunidad, incluso reducida, de preparar mejor su defensa*»⁽²⁹⁾.

Como puede apreciarse, este planteamiento constituye una evolución de la «doctrina sustancialista». El vicio formal no devendrá invalidante solo cuando se haya causado una total indefensión al administrado o haya influido en el contenido de la resolución. La imparcialidad y equidad propias del principio de buena administración

(27) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública*, n.º 209, 2019.

(28) Apdo. 50 de la sentencia del Tribunal de Justicia.

(29) Apdo. 50 de la sentencia del Tribunal de Justicia.

exigen que toda decisión administrativa de intervención se tome considerando todos los medios de convicción de los que pueda valerse el interesado, razón por la que debe tacharse de inválida cuando no se le haya permitido articular su defensa plena e íntegramente.

Como concluye TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, la posición del Tribunal de Justicia invita a revisar la interpretación tradicional del artículo 48 de la LPAC de 2015 (heredero de la Ley de 1958) *«para dar la importancia que merece no solo a la indefensión absoluta, sino también a la pérdida apreciable de posibilidades reales de defensa»*⁽³⁰⁾.

3.– Desde los años 50 del siglo pasado nuestra jurisprudencia exige que el acto sea acorde con los hechos determinantes. Tradicionalmente, los pronunciamientos jurisprudenciales se han limitado a constatar si la Administración ha considerado los hechos presentes y si el resultado de la valoración puede tenerse por objetivo.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia está dando lugar a una evolución en el control de los hechos determinantes. La garantía de la imparcialidad exige que la Administración considere los hechos con la perspectiva que exija la materia, y no mediante cualquier proceso intelectual.

Las conclusiones de 15 de octubre de 2020 del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella en el asunto *Comisión c/Fútbol Club Barcelona (C-362/19-P)* constituyen un magnífico ejemplo sobre el modo en que debe enjuiciarse la valoración de las circunstancias hechas por el poder público, en este caso, para declarar si una medida estatal constituye una ayuda estatal contraria al Derecho europeo. La potestad que ejerce la Comisión Europea en el control de las ayudas estatales no puede discurrir siempre conforme al mismo proceso mental, sino que *«la Comisión está obligada a efectuar una apreciación global de la medida de ayuda de que se trate, en función de los elementos disponibles y de la evolución previsible al tiempo de adoptarse la decisión de conceder la ayuda, teniendo en cuenta, en particular, el contexto en el que esta se inscribe»*⁽³¹⁾.

Esta doctrina constituye un relevante hito en la evolución del control de la actividad administrativa. Nunca podrá negarse que en la valoración de los hechos, al igual que en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, existe un margen de apreciación (que no de discrecionalidad) a disposición de la Administración difícilmente sustituible por el juez, pero la imparcialidad que da contenido a la buena administración impone que ese margen de apreciación sea ejercitado con una diligencia y seriedad directamente proporcional a la complejidad de la materia; diligencia y seriedad que sí son controlables por el juez dejando incólume la posición institucional de la Administración.

(30) *Op. cit.*, p. 256.

(31) Apdo. 71 de las conclusiones.

4.– Cabría citar otras esferas jurídico-públicas en evolución. Se han considerado las dos anteriores con el objeto de celebrar que la tradición jurídica que sirve de molde a nuestro ordenamiento es de tal calidad que se abre con naturalidad a la influencia del Derecho europeo y se proyecta al futuro para continuar avanzando en el diseño de los instrumentos que sirven en la perpetua lucha contra las inmunidades del poder, como precisamente reclamó GARCÍA DE ENTERRÍA en la Universidad de Barcelona hace ya 60 años.

Diálogos jurídicos

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

NATURALEZA Y ALCANCE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EXTRAESTATUTARIA: CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

NATURE AND SCOPE OF EXTRA-STATUTORY COLLECTIVE BARGAINING: JURISPRUDENTIAL CHRONICLE

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo

ALBA GARCÍA TORRES

Profesora Ayudante Doctora del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS.
- II. CARACTERÍSTICAS DE LA NEGOCIACIÓN EXTRAESTATUTARIA.
- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS.
- IV. LEGITIMIDAD Y CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EXTRAESTATUTARIA.
- V. VIGENCIA Y ORDENACIÓN DE CONVENIOS.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

La Constitución Española reconoce el derecho a la negociación colectiva al establecer que «*la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*» (art. 37 CE). Tradicionalmente se ha defendido que a pesar de su codificación constitucional, esta solo garantiza su existencia y la fuerza vinculante de los convenios, siendo su contenido de configuración legal, lo que posiblemente explique que su formulación se haga fuera de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la intervención del Tribunal Constitucional ha matizado esta idea, ampliando las garantías constitucionales del derecho. Así, en primer término, el Tribunal Constitucional ha precisado que la negociación colectiva está «*atribuida constitucionalmente a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de los trabajadores*» (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4 y STC 8/2015, de 22 enero, FJ 2), vinculándolo así a los derechos fundamentales, al entender que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28 CE). De esta afirmación resulta, como primera evidencia, que el artículo 37 de la CE no limita la negociación colectiva al sujeto sindical, sino que reconoce una legitimación más amplia, configurando directa e inmediatamente un derecho de negociación colectiva no sólo reducido a los sindicatos y asociaciones empresariales, sino también a la representación unitaria (amén de la sindical). No existe, por ende, «*un monopolio sindical en la negociación estatutaria*» (STC 8/2015, de 22 de enero). Por eso nada impide que se atribuya prioridad aplicativa a un convenio de empresa negociado por la representación unitaria frente a uno de sector negociado por los sindicatos (STC –Pleno– 119/2014, de 16 de julio, FJ 6.e) –téngase en cuenta que la reforma acometida por el Real Decreto-Ley 32/2021 ha hecho desaparecer la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial–.

La segunda evidencia resultante de la afirmación del Tribunal Constitucional es que toda organización sindical tiene derecho a la negociación colectiva, como elemento integrante del contenido esencial de la libertad sindical, con independencia de su índice de representación o implantación (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4 y STC 119/2014, de 16 de Julio, FJ 6). Atribuyendo la Constitución Española fuerza vinculante a todos los productos resultantes de la negociación colectiva, en la medida en que todos ellos son resultado del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE (STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4). En efecto, de la doctrina constitucional se puede desprender que los convenios colectivos extraestatutarios encuentran cobijo igualmente en los propios art. 7 y 28 de la Constitución Española, toda vez que la libertad sindical se reconoce a todos los sindicatos, y una vez formulada en la Carta Magna con tal amplitud no puede negarse, por ley ordinaria, a determinadas representaciones sindicales su derecho a negociar convenios colectivos.

La negociación extraestatutaria está, por tanto, constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato y tiene similar consideración a la estatutaria desde la estricta perspectiva de su integración en el contenido esencial de la libertad sindical (STC de 8 de junio de 1989 y SSTs 01 de junio de 2007 rec. 71/06 y de 16 de julio de 2014, rec. 110/13). Ahora bien eso no significa que la llamada negociación estatutaria y la que se conoce como negociación extraestatutaria –es decir, la que nace y se desarrolla en el marco legal del Estatuto de los Trabajadores, y la que permanece en todo o en parte ajena a él–, merezcan la misma consideración a todos los efectos, ni que el ordenamiento les reconozca idéntica fuerza.

La negociación estatutaria, esto es: la que encaja en las estrictas exigencias del Título III del Estatuto de los Trabajadores, se ha querido conformar respondiendo a un modelo normativo/mixto, que atribuye al convenio colectivo características similares a las de una norma y que como tal lo inserta en el sistema de fuentes del

ordenamiento laboral [art. 3.1. b) y art. 82.1 y 3 ET]. En palabras del Tribunal Supremo los convenios colectivos estatutarios son contratos con efectos normativos y a la par normas de origen contractual (STS 20 de abril de 2021, rec. 153/19).

En consonancia con ello, el ordenamiento reconoce a la negociación que se produce dentro de las exigencias del Título III (legitimación, procedimiento, publicación, etc.) eficacia *erga omnes*-en otras palabras, que su eficacia alcanza a todos los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio–, pero sólo a ella [STC 108/1989, de 8 de junio]. El resto de negociaciones, las que acontecen extramuros del procedimiento estatutario, se consideran extraestatutarias, y tienen reconocida fuerza vinculante, pero no normativa, es decir, su alcance queda limitado a las relaciones individuales de trabajo de los trabajadores y empresarios afiliados y asociados a las organizaciones que los han firmado, careciendo, en general, de efectos más allá de las fechas pactadas (STS 14 de diciembre de 1996, rec. 3063/1995; 25 de enero de 1999 rec. 1584/1998; 16 de julio de 2014, rec. 110/13 y 27 de octubre de 2021, rec. 4312/2018). No resultando, por ende, factible adherirse a un convenio de este tipo una vez agotada su vigencia (STS 08 de junio de 2015, rec. 246/13) y no pudiendo restringir derechos reconocidos en convenio estatutario vigente o, en su caso, en situación de ultraactividad (STS 1 de junio de 2007, rec. 71/2006). No en vano, como ha sostenido la jurisprudencia, «*el puesto que corresponde al pacto colectivo extraestatutario será sin duda el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito subjetivo no sea individual propiamente dicho*» (STS 18 de febrero de 2003, rec. 1/2002).

En efecto, «*la naturaleza meramente contractual de estos pactos implica su sometimiento a la jerarquía de las fuentes de la relación laboral establecida en el artículo 3 ET, debiendo respeto a la ley, a los reglamentos y a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general*» (STS 27 de octubre de 2021, rec. 4312/2018). Por ello, un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir los derechos fundamentales, ni las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual, como expresión de la voluntad de las partes y fuente de los derechos y obligaciones que integran la relación laboral, de modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales (STS 27 de octubre de 2021, rec. 4312/2018).

Por cierto, que la ubicación extramuros de la negociación estatutaria se produce sea cual sea el extremo exacto en el que acontece ese desajuste con las exigencias legales. En tal sentido, conviene destacar que la jurisprudencia ha entendido que carece de carácter estatutario (siendo en su caso extraestatutario) todo convenio colectivo que no cumpla alguno de los elementos previstos en el Estatuto, sea cual sea este: por ejemplo, si no se alcanza el voto favorable de las mayorías representativas que exige el Estatuto de los Trabajadores (STC 108/1989, de 8 de junio); o si no se inscribe, registra y publica según las reglas del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo –aun cuando haya

sido acordado por representantes legitimados para la negociación estatutaria— Así, se negó la consideración de estatutario a un pacto sobre pagas extras suscrito al finalizar las negociaciones del convenio colectivo por las mismas partes que habían suscrito el convenio, pero no incluido en el texto de este, y no depositado, ni registrado, ni publicado acompañando a aquél (STS 24 de septiembre de 2013, rec. 80/12); y a un pacto verbal alcanzado entre la empresa y uno sólo de los miembros del banco social en el marco de una negociación (STS 30 de mayo de 2018, rec. 85/17).

La misma consideración ha merecido el incumplimiento del principio de correspondencia, que exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el convenio de empresa se corresponda estrictamente con el de afectación de éste. Dicho de otro modo, la falta de correspondencia entre la representación que negocia y el ámbito del convenio imposibilita la negociación estatutaria. Por cierto, que en ese punto concreto la jurisprudencia ha sido particularmente escrupulosa a la hora de valorar esa correspondencia, negando, por ejemplo, la calificación de convenio estatutario de empresa a un convenio negociado sólo con los representantes unitarios de uno o varios centros de trabajo cuando la empresa dispone de distintos centros de trabajo, en lugar de con los representantes de todos ellos (STS 20 de junio de 2015, rec. 6/14, 10 de junio de 2015, rec. 175/14, 18 de febrero de 2016, rec. 93/15, 23 de febrero de 2016, rec. 39/15, 10 de junio de 2016, rec. 209/15, 25 de enero de 2017, rec. 40/16, 19 de julio de 2017, rec. 212/16, 21 de diciembre de 2017, rec. 280/16, 16 de enero de 2018, rec. 262/16, 12 de febrero de 2018, rec. 236/16). De hecho, en estos contextos (empresa con varios centros de trabajo, unos con representación y otros sin ella), se ha rechazado la posibilidad de suscribir convenios estatutarios de empresa (STS 30 de octubre de 2019, rec. 191/17).

Lo mismo se ha dicho cuando se pacta un acuerdo en un grupo de empresas que no alcanza —ni pretende alcanzar— a la totalidad de las implicadas. Así, sostiene la jurisprudencia que cuando el resultado de la actividad negocial no se plasma *«en un convenio colectivo estatutario que busque establecer una regulación general aplicable al grupo de empresas al carecer de los requisitos que legalmente se imponen para su válida conclusión»*, resulta que el *«acuerdo alcanzado entra, por ello, de lleno en el ámbito de los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, al derivar de una intervención sindical admitida y asumida por la empresa dentro de su ámbito de gestión empresarial y que limita sus efectos a la estricta esfera funcional en la que ha sido concluido»* (SSTC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4 y STS 22 de octubre de 2013, rec. 110/12; 16 de julio de 2014, rec. 110/13).

Téngase en cuenta, en todo caso, que la negación del carácter estatutario de un convenio no tiene como consecuencia inmediata su calificación judicial como extraestatutario. En este sentido, conviene recordar que si bien en un primer momento así parecía haberlo entendido la jurisprudencia, a propósito de un convenio de empresa negociado con una sola sección sindical, razonando que no se ajustaba a las exigencias del Estatuto, aunque dicha sección tuviese suficiente presencia en la representación unitaria, porque se había excluido de la negociación al resto

de sindicatos, concluyendo que en tales circunstancias el convenio tenía carácter extraestatutario, y que en consecuencia la Autoridad Laboral no tenía legitimidad para impugnarlo, declarando, de oficio, la inadecuación del procedimiento específico (STS 4 de diciembre de 2000, rec. 3867/1999). Esta doctrina ha sido recientemente matizada en la STS 4 de mayo de 2021, rec. 164/19, que sostiene, sintéticamente, que: existiendo una apariencia de convenio colectivo estatutario, presentándose como tal ante la Autoridad Laboral, debe impugnarse de oficio por la modalidad procesal específica; –en tal impugnación la eventual declaración de nulidad del convenio examinado, salvo supuesto de vulneración de derechos constitucionales, debe entenderse referida a su consideración como convenio regulado por el Título III del ET; –en principio tal declaración no puede conllevar una declaración acerca de su validez como extraestatutario; –sí podría indicarse la constatación de que incumple las exigencias del ET, pero podría ser válido como acuerdo «extraestatutario»; y –existe inadecuación de procedimiento (y falta de legitimación activa) cuando la Autoridad Laboral impugna un acuerdo colectivo que no posee la apariencia, ni la pretensión, de un convenio colectivo regulado por el Título III del ET.

Nótese, por otra parte, que recientemente ha señalado la jurisprudencia que no cabe la impugnación de acuerdos empresariales cuando la sección sindical impugnante persigue únicamente la adhesión parcial al mismo –por ser lo que le interesa–, pues ello supondría un grave perjuicio al derecho de negociación colectiva, sin que tal decisión se considere lesiva ni de la LOLS, ni del art. 14 CE, ni del Convenio 98 de la OIT (STS 8 de febrero de 2022, Rec. 37/2020).

II. CARACTERÍSTICAS DE LA NEGOCIACIÓN EXTRAESTATUTARIA

El régimen y categorización de la negociación colectiva extraestatutaria es complejo de delimitar en la medida en que no encuentra una regulación propia o específica que lo desarrolle, ni en el Estatuto de los Trabajadores, ni en ninguna otra norma. Precisamente por ello, el análisis que a continuación se expone se lleva a cabo realizando una comparativa con las características de la negociación colectiva estatutaria.

Así, la negociación colectiva estatutaria se caracteriza por la imperatividad e indisponibilidad para la autonomía individual de su contenido, lo que implica que el empresario no puede alterar o prescindir de las cláusulas convencionales: en efecto, *«la empresa unilateralmente no puede variar el contenido de lo preceptuado en el convenio colectivo [arts. 37.1 CE, 3.1.b y 82.3.1 ET], lo que no impide que pueda interpretar sus preceptos, en relación con la restante normativa aplicable, para fijar unas prácticas de actuación uniformes incluso más detalladas que las establecidas convencionalmente y en cuanto no comporten vulneración de lo pactado o, en su caso, de la normativa aplicable, puesto que entre los deberes laborales básicos del trabajador figura el «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» [art. 5.c ET] lo que, en su caso, debe relacionarse con el denominado poder de dirección del empresario, contemplado en el art. 20.2 ET»* (STS 12 de noviembre de 2013, rec. 55/13). Sin embargo, respecto de

la negociación colectiva extraestatutaria se puede afirmar que su aplicación no sería imperativa, al carecer sus cláusulas de naturaleza indisponible a efectos del artículo 3.5 del ET. No obstante, no parece en modo alguno habitual el pacto individual por debajo del convenio extraestatutario o la renuncia a sus previsiones.

En segundo término, la negociación colectiva estatutaria se caracteriza por el principio de automaticidad o lo que es lo mismo por la aplicación del convenio colectivo de forma imperativa y automática a los sujetos integrados en su ámbito de aplicación, sin necesidad de referenciar su aplicación en los contratos de trabajo, ni mucho menos incorporar a ellos sus contenidos. En efecto *«la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquellos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales»* (STC 58/1985, de 30 de abril).

Por contra, no regiría el principio de automaticidad para los convenios colectivos extraestatutarios, por lo tanto, su aplicación a los trabajadores y empresarios individuales se produciría por la vía de la adhesión expresa o tácita a sus clausulados. Aunque en este punto es preciso tener en cuenta que los convenios extraestatutarios negociados por sindicatos se aplican de forma automática a sus afiliados, sin necesidad de manifestación expresa a favor de tal aplicación, pues la representación que de ellos tiene la organización sindical alcanza hasta ese punto.

En tercer lugar, la negociación colectiva estatutaria se caracteriza por el «principio de orden normativo y efecto sustitutivo». Las cláusulas contractuales contrarias a las previsiones del convenio se sustituyen inmediatamente por este, en consonancia con las previsiones del Estatuto de los Trabajadores: *«el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan»* (art. 86.4). Y, por tanto, el convenio posterior, como la norma, puede rebajar las condiciones laborales del precedente. Téngase en cuenta que por convenio colectivo no se crean condiciones más beneficiosas (SSTS 10 de febrero de 1995, rec. 2351/93; 26 de febrero de 1996, rec. 2116/95; 2 de diciembre de 1998, rec. 969/98; 18 de diciembre de 1997, rec. 175/97; 14 de marzo de 2006, rec. 181/04; 6 de mayo de 2009, rec. 69/08; 8 de julio de 2010, rec. 248/09; 21 de octubre de 2014, rec. 308/13; 24 de enero de 2018, rec. 72/17; 7 de julio de 2021, rec. 137/19).

Sin embargo, el principio de orden normativo no sería aplicable a la negociación colectiva extraestatutaria en la medida en que carece de eficacia general. Por esta misma razón, no sería predicable del convenio extraestatutario el principio de modernidad, consistente en qué entre dos normas del mismo rango, en este caso dos convenios colectivos, se aplica preferentemente la norma más moderna, que deroga a la anterior en todo lo que le resulte incompatible (SSTS 12 de diciembre de 2008, rec. 538/08 y 23 de diciembre de 2008, rec. 3199/07).

La peculiar naturaleza de la negociación extraestatutaria hace que se situó fuera de la normativa legal, también en cuanto a su vigencia y permanencia en el tiempo,

de manera que carece de garantía de estabilidad y de bloqueo, aunque sea temporal, frente a pactos futuros de la misma índole, en un sentido y un alcance semejantes a los previstos en los arts. 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores (SSTS 08 de junio de 1999, rec. 2070/97; 18 de febrero de 2003, rec. 1/2002; 25 de septiembre de 2003, rec. 141/02; 12 de diciembre de 2006, rec. 21/06; 20 de febrero de 2008, rec. 4103/06; 09 de septiembre 2008, rec. 62/07; 22 de julio de 2013, rec. 06/12), de manera que *«no merma las formalidades de negociación, en tanto no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia erga omnes ni impide propiciar la negociación de otro pacto colectivo, también extraestatutario»* (SSTS 30 de mayo de 1991, rec. 1356/90, que reproduce la Sentencia de 11 de septiembre de 2003, rec. 144/02; 12 de diciembre de 2006, rec. 21/06).

Del mismo modo, se puede afirmar que la existencia de un convenio de eficacia limitada no impide que los trabajadores firmantes queden vinculados por el posterior convenio de carácter estatutario, pues el mismo abarca dentro de su ámbito a todos los trabajadores de la empresa y a todos ellos les resulta aplicable [art. 83.1 ET] (STS 30 de mayo de 2007, rec. 167/05).

Por otro lado, la negociación colectiva estatutaria se caracteriza por la posible sanción administrativa en caso de incumplimiento de sus cláusulas o contenidos normativos, no para los obligacionales. De esta manera, la LISOS considera infracción grave *«la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales [fijadas] mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva»* (art. 7.2), también *«establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas por convenio colectivo»* (art. 7.10) o *«no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establece el convenio colectivo que sea de aplicación»* (art. 7.13).

La jurisprudencia insiste en la idea de que el empresario no puede alterar o prescindir de las cláusulas convencionales, salvo nueva negociación o por la vía del artículo 41 ET (modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva). Aunque esta afirmación debe entenderse limitada a lo realmente regulado por el convenio, sin que sea posible extender este blindaje a extremos tangenciales a los contenidos en él. Así, *«los aspectos atinentes a una materia contemplada en el convenio pero que no estén expresamente previstos en él pueden ser objeto de decisiones modificativas sin necesidad de acudir a los mecanismos del Título III ET»* (STS 17 de diciembre de 2014, rec. 24/14).

De un modo semejante, se ha entendido que la precisión o interpretación de ciertos preceptos del convenio por parte del empresario no se puede considerar una modificación de este, sino un ejercicio legítimo del poder de dirección. De esta manera, la prohibición de modificación del convenio *«no impide que pueda interpretar sus preceptos, en relación con la restante normativa aplicable, para fijar unas prácticas de actuación uniformes incluso más detalladas que las establecidas convencionalmente y en cuanto no comporten vulneración de lo pactado o, en su caso, de la normativa aplicable, puesto que entre los deberes laborales básicos del trabajador figura el «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el*

ejercicio regular de sus facultades directivas» [art. 5.c ET] lo que, en su caso, debe relacionarse con el denominado poder de dirección del empresario, contemplado en el art. 20.2 ET» (STS 12 de noviembre de 2013, rec. 55/13).

Sin embargo, el incumplimiento del convenio extraestatutario no determinaría responsabilidades administrativas, al carecer estos convenios de «cláusulas normativas» en sentido estricto. Aun así, hay determinados pronunciamientos que hablan del contenido normativo de los convenios extraestatutarios, lo que puede resultar equívoco si se le desvincula de su ámbito de aplicación. A estos efectos, cuando se utiliza el término normativo refiriéndose a los pactos extraestatutarios, debe entenderse referido al efecto regulador aplicable a una determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la ley o por los particulares; las cláusulas normativas de los convenios están destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos, pues este es justamente el papel que han desempeñado las cláusulas de los contratos. Y en este sentido, el pacto colectivo extraestatutario se concierta con la finalidad de compatibilizar los intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual, debiendo ser cumplido «*en sus propios términos lo pactado por las partes*» (STS 6 de mayo de 2015, rec. 167/14).

Por tanto, el contenido normativo solo es referible de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito. Por ello, no pueden ser calificados como normativos en sentido estricto, sino únicamente con el alcance al que nos hemos referido, en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo (SSTS 01 de junio de 2007, rec. 71/06 y 16 de julio de 2014, rec. 110/13).

De esta manera, el incumplimiento de un convenio extraestatutario no conllevará responsabilidades administrativas. Tampoco constituiría, de suyo, una infracción de ley a efectos de la interposición del recurso de casación o de duplicación. Aunque con la posible salvedad de que hubieran sido publicados en un periódico oficial (STS 14 de enero de 2008, rec. 91/06). Téngase en cuenta, a estos efectos, que si la cuestión litigiosa se refiere a la interpretación o alcance de una cláusula de un convenio colectivo no estatutario, la exigencia del requisito de fundamentación de la infracción legal podría cubrirse con la denuncia de la infracción de una norma estatal sobre la interpretación de los contratos, por ejemplo, del Código Civil (STS de 3 de mayo 1996), pero sin que, al efecto, valga la remisión genérica a los preceptos correspondientes del Código Civil o la llamada en bloque a este cuerpo normativo (STS 19 de abril de 2013, rec. 447/12).

Derivado de su fuerza normativa, el convenio colectivo debe ser conocido por la generalidad de trabajadores afectados por él, por ello se le exige publicidad a través de su publicación en el boletín oficial correspondiente. Sin embargo, como

la negociación colectiva extraestatutaria no goza de eficacia normativa, ni alcance *erga omnes*, no rige para ella el principio de publicidad, no exigiéndose publicación en un boletín oficial para su validez, aunque ello no es óbice para que en algunas ocasiones se publiquen.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

El convenio colectivo de eficacia general o *erga omnes* es aquel que extiende sus efectos sobre la totalidad de los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito funcional y territorial de aplicación, sin distinguir entre afiliados o no afiliados a las partes contratantes, presentes y futuros (STS 09 de marzo de 2003); y hayan o no estado efectivamente representados en su negociación (SSTS 14 de diciembre de 1996, rec. 3063/95; 25 de enero de 1999, rec. 1584/98; 6 de octubre de 2009, Rec. 3012/08; 9 de febrero de 2010, rec. 105/09; 29 de marzo de 2010, rec. 37/09; 12 de abril de 2010, rec. 139/09; 9 de marzo de 2011, rec. 118/10; 23 de octubre de 2012, rec. 594/12; 14 de mayo de 2013, rec. 285/11; 25 de julio de 2013, rec. 100/12; 29 de marzo de 2016, rec. 127/15).

La atribución de tan intenso alcance (recuérdese su carácter cuasi normativo) es la consecuencia lógica, se entiende, de la estricta selección de los sujetos legitimados para negociar (artículo 87 ET) y de la exigencia de acreditar la representación de mayoría absoluta en la comisión negociadora (artículo 88.1 ET).

Esta idea, reiterada tanto por la doctrina científica como judicial, contrasta con los pactos extraestatutarios, que únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y por el tiempo en él pactado (SSTS 14 de diciembre de 1996, rec. 3063/95; 25 de enero de 1999, rec. 1584/98; 06 de octubre de 2009, rec. 3012/08; 09 de febrero de 2010, rec. 105/09; 29 de marzo de 2010, rec. 37/09; 12 de abril de 2010, rec. 139/09; 09 de marzo de 2011, rec. 118/10; 23 de octubre de 2012, rec. 594/12; 14 de mayo de 2013, rec. 285/11; 25 de julio de 2013, rec. 100/12; 29 de marzo de 2016 rec. 127/15). En otras palabras, el único modo de garantizar, en un primer momento, que un convenio extraestatutario obligue a los trabajadores es que se encuentren afiliados al sindicato negociante (en tal caso funciona la adhesión tácita por el juego de la representación colectiva que corresponde al sindicato) (STS 19 de enero de 2004, rec. 1363/03).

No hay que olvidar, en tal sentido, que al carecer nuestro sistema positivo de un soporte normativo específico y suficiente para la negociación colectiva extraestatutaria, esta habrá de disciplinarse por las normas generales de la contratación del Código Civil, si bien con la aplicación necesaria de las reglas y principios del Derecho del Trabajo que confluyen en el caso, pero siempre influenciado por el principio de libertad de contratación que admite la celebración de acuerdos, individuales o colectivos, incluso cuando se negocian al margen de las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, su fuerza vinculante respecto de los firmantes o adheridos resulta de los arts. 1255 y siguientes del Código Civil. Especial relevancia tiene, a estos efectos, las previsiones de los artículos 1257 C.C. –que establece que los contratos sólo surten efecto entre las partes que los otorgan–, y 1302 C.C., conforme al cual la acción de nulidad de los contratos solamente corresponderá a los obligados principal o subsidiariamente por ellos (SSTS 16 de mayo de 2002, rec. 1191/01; 01 de junio de 2007, rec. 71/06; 09 de febrero de 2010, rec. 105/09; 23 de octubre de 2012, rec. 594/12). Así las cosas, es la propia lógica contractual la que comporta que este tipo de acuerdos resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales (STC 121/2001, de 4 de junio y SSTS 22 de octubre de 2012, rec. 110/12; 16 de julio de 2014, rec. 110/13).

Ahora bien, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que se produzcan adhesiones posteriores, tanto individuales –de trabajadores no afiliados o en su caso afiliados a otro sindicato– como colectivas (sindicatos adheridos tras su negociación) en el contexto de la libertad sindical (SSTS 19 de enero de 2014, rec. 1363/03; 30 de marzo de 1999, rec. 2947/98; 11 de marzo de 2003, rec. 23/02; 12 de diciembre de 2006, rec. 21/06; 20 de febrero de 2008, rec. 4103/06; 28 de mayo de 2009, rec. 71/08; 16 de diciembre de 2009, rec. 4246/08; 21 de octubre de 2010, rec. 198/09).

A este respecto la jurisprudencia ha matizado que en lo relativo a las adhesiones individuales entra en juego la libertad sindical negativa, lo que implica, por un lado, que esta extensión no se puede llevar a cabo sin el conocimiento de los trabajadores afectados *«la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron»* [STC 108/1989, de 8 de Junio y SSTS 22 de octubre de 2013, rec. 110/12; 16 de julio de 2014, rec. 110/13]. Y, por otro lado, impide que se imponga una adhesión mediante un determinado sindicato, pues ello supondría la imposición de afiliación a una organización, colisionando frontalmente con el derecho fundamental a no integrarse en ningún sindicato sin sufrir por ello perjuicio alguno (STS 11 de julio de 2012, rec. 38/11). Así, se ha entendido por distintos pronunciamientos judiciales que establecen que *«(...) nada impide que aquellos trabajadores, no afiliados, pueden adherirse al convenio por cualquiera de los medios previstos en el ordenamiento jurídico»* (STS 30 de marzo de 1999, rec. 2947/98; 11 de septiembre de 2003, rec. 144/02; 11 de julio de 2012, rec. 38/11).

En este sentido, son nulas de pleno derecho las previsiones de un convenio extraestatutario que contemplan como regla general *«una adhesión mediatizada o condicionada por la intervención de una de las centrales sindicales firmantes del convenio, están fijando condiciones al derecho individual de adhesión que se traducen en un tratamiento desigual de los sindicatos no firmantes del convenio en cuanto que obligan a los trabajadores no afiliados a ningún sindicato así como a los afiliados a sindicatos que no suscribieron dicho convenio a someterse a un condicionante que aunque no exige la afiliación, sí que lleva consigo una apariencia de relación con dicho sindicato que no se corresponde con las exigencias de libertad de asociación*

negativa de los trabajadores no afiliados ni con las exigencias de trato igual que tienen garantizados todos los sindicatos y que se hallan implícitas en el derecho de libertad sindical de las entidades de esta naturaleza ... y ello merece ser calificado de antisindical por condicionar «el ejercicio, en general de actividades sindicales» como tiene previsto el art. 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical» (STS 11 de julio de 2012, rec. 38/11). Es más, con relación a la selección de los trabajadores afectados para la reducción de jornada prevista en un convenio colectivo extraestatutario aprobado en el marco de la negociación de un ERTE, se ha llegado a declarar la nulidad de este por haber seleccionado la empresa, en exclusiva, a aquellos trabajadores que no se habían adherido a dicho convenio colectivo extraestatutario (STS de 24 de julio de 2014, rec. 135/13).

Nótese, paralelamente, que la adhesión individual exige conocer la afiliación sindical de los trabajadores por parte del empresario llamado a aplicar el convenio en cuestión, si bien respecto de esta información *«existe un deber de sigilo profesional por ambas partes, y no se trata de un conocimiento de datos para publicarlos, ni tan siquiera en el ámbito de la empresa» (STC 145/1999, de 22 de julio; SSTS 09 de febrero de 2010, rec. 05/09; 22 de octubre de 2013, rec. 110/12; 16 de julio de 2014, rec. 110/13).*

En todo caso, debe de tenerse en cuenta que aun cuando el convenio pudiera aplicarse a todo el personal, vía adhesión, ello no desvirtuaría su naturaleza extraestatutaria, que no puede ser subsanada de ningún modo, tampoco para el supuesto en el que se adhieran todos los sindicatos y/o trabajadores. En efecto, *«(...) para que esa conversión se produzca hace falta algo más que una adhesión; hace falta una negociación, con todas sus consecuencias como claramente se deriva de lo dispuesto en los arts. 82 y siguientes del ET» (por todas, SSTS 29 de octubre de 2002, rec. 1244/01 o 29 de noviembre de 2005, rec. 146/04 y 11 de julio de 2012, rec. 38/11).*

Por ello, se debe prestar especial atención a las adhesiones masivas, que pueden generar un vaciado del convenio estatutario aplicable, no tolerado por nuestro ordenamiento. En efecto, si se produce una adhesión masiva por parte de los trabajadores al convenio extraestatutario para poder disfrutar de sus ventajas –lo que con frecuencia resulta de cierta presión empresarial– se podría estar lesionando el derecho de negociación colectiva estatutaria de quienes tienen legitimación para ella (STC 108/1989, de 8 de julio y SSTS 12 de diciembre de 2006, rec. 21/06; 09 de febrero de 2010, rec. 105/09; 22 de octubre de 2013, rec. 110/12; 16 de julio de 2014, rec. 110/13), llegando tal vulneración a generar incluso una indemnización por daños morales a favor de los sindicatos perjudicados (STS 06 de septiembre de 2021, rec. 65/2020, 27 de octubre de 2021, rec. 4312/18).

IV. LEGITIMIDAD Y CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EXTRAESTATUTARIA

El modelo de negociación de eficacia limitada parte de la absoluta libertad de la que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor negocial

(SSTS 18 de septiembre de 2007, rec. 52/06; 16 de diciembre de 2009, rec. 4246/08). Sistema que se contrapone al modelo legal, en el que se asigna, en función del ámbito del convenio, legitimación a determinados órganos o sindicatos, sin posibilidad alguna de que quienes no aparecen en el elenco de legitimados formulado en el ET, negocien un convenio de eficacia general.

Ahora bien, esta libertad propia de la negociación extraestatutaria se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean (STC 121/2001, de 4 de junio y SSTS 11 de marzo de 2003, rec. 23/02; 12 de diciembre de 2006, rec. 21/06).

Por ello, se puede afirmar que la negociación extraestatutaria es más flexible e informal y no requiere la intervención de todos los sindicatos interesados, precisamente porque lo acordado en la misma sólo vincula a quienes han firmado los pactos o se adhieren a ellos (STS 13 de septiembre de 2016, rec. 12/15). Con este tipo de negociación se hace más fácil llegar a acuerdos, al no estar los firmantes vinculados por las reivindicaciones que puedan tener otros sindicatos (SSTS 28 de mayo de 2009, rec. 71/08). Aunque, lógicamente, no puede emplearse esta forma de negociación como instrumento para excluir indebidamente a un sindicato de la comisión negociadora del convenio (SSTC 73/1984, de 27 de junio, y 184/1991, de 30 de septiembre y STS de 8 de junio de 1999). Pues la protección del derecho de un sindicato a la negociación colectiva estatutaria no puede conllevar *«la exclusión de toda posibilidad de negociación colectiva a los demás sindicatos, aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el art. 13 de la LOLS, o imposibilite jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general»* (STC 108/1989, de 23 de febrero y STS de 22 de octubre de 2013, rec. 110/12).

En todo caso, al convenio extraestatutario se puede llegar desde la pretensión inicial de las partes (sentadas a negociar en todo momento un convenio de este tipo) o tras un proceso frustrado de negociación estatutaria, es decir, cuando se siguen los cauces del Estatuto pero no se obtienen finalmente las mayorías exigidas en la norma.

Recuérdese, por otra parte, que respecto a la legitimación, la jurisprudencia ha indicado que en las empresas en las que no existe representación legal no se puede negociar un convenio estatutario, siendo por ello la única posibilidad la negociación extraestatutaria. Así, la STS de 18 de junio de 2017, rec. 203/16, insiste en que el Estatuto de los Trabajadores no ha querido abrir la legitimación para negociar convenios de empresa (o ámbito inferior) a representaciones específicamente designadas al efecto. No cabe, por tanto, equiparar una representación *«ad hoc»* –autorizada legalmente para negociar o impugnar medidas de flexibilidad– con la unitaria o sindical exigida por el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores. En otras palabras, estas comisiones cuentan con legitimidad para negociar o impugnar medidas de flexibilidad interna en la empresa, pero no poseen la capacidad de negociar un convenio colectivo estatutario –aunque actúen como colectivo (STS 10/10/19, Rec. 966/2017)–.

Respecto del contenido del convenio colectivo extraestatutario la jurisprudencia ha establecido que no es posible la inclusión de cláusulas de proyección general. Partiendo de esta premisa, los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios no puedan regular condiciones de trabajo o empleo aplicables a todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia *erga omnes* se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET (STS 21 de febrero de 2006, rec. 88/04 y 22 de octubre de 2013, rec. 110/12).

Dicho de otra forma, es imposible que tales convenios extraestatutarios inserten contenido normativo en sentido estricto, porque la eficacia de sus cláusulas no puede sobrepasar el ámbito de los negociadores. Esta tesis es expresada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los siguientes términos *«cuando la Ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional (...), hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta transcendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal»* (STS 01 de junio de 2007, rec. 71/06). Por lo tanto, aunque en puridad no existen materias vedadas al convenio colectivo extraestatutario, los límites derivados de su propia eficacia limitada hacen que muchas materias no puedan ser objeto de este tipo de negociación.

Así, *«cuando se celebra convenio colectivo fuera de la disciplina estatutaria pero que en alguna de sus cláusulas persigue generalidad, de tal manera que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia erga omnes, habría que convenir que dichas cláusulas no serían legalmente válidas»* (SSTS 21 de febrero de 2006, rec. 88/04 y 16 de julio de 2014, rec. 110/13). A modo de ejemplo, se puede establecer que *«(...) todo lo relacionado con la clasificación profesional, la promoción profesional y la clasificación de las oficinas, tiene connotaciones y alcance general para toda la plantilla de la empresa, con un efecto que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, y en efecto así es, porque en esos asuntos la nueva regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar la relación de trabajadores o grupos de trabajadores concretos, sino a la totalidad de ellos. Siendo eso así, la regulación de las materias a las que nos referimos no puede asumirla un pacto que de suyo tiene fuerza normativa limitada, precisamente para que surta efectos más allá del ámbito representativo que encarnan los negociadores»* (SSTS 01 de junio de 2007, rec. 71/06 y 16 de julio de 2014, rec. 110/13).

También, se considera excluido de las competencias del convenio extraestatutario la implantación, constitución, competencias y funcionamiento del comité intercentros, por estar esta materia reservada al convenio estatutario, conforme al art. 63.3 ET (STS 01 de junio de 2007, rec. 71/06 y 07 de octubre de 2008, rec. 156/07). De un modo parecido, las remisiones que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales hace a los convenios colectivos [arts. 2.2. y 35.4] han de entenderse referidas a los convenios estatutarios y no a los extraestatutarios (STS 09 de marzo de 2011, rec. 118/10).

Del mismo modo, quedan excluidas de la negociación extraestatutaria, las cláusulas sobre subrogación *«en las empresas del sector al que el Convenio se refiere y*

ello no solo por el carácter general o «erga omnes» con el que la misma se regula en el caso, sino porque en la esencia del régimen de la subrogación está el que una cuestión como la que se refiere a la subrogación laboral por cambio de empresa no es por su propia naturaleza susceptible de regulación en un convenio de eficacia limitada por cuanto es materia que necesariamente afecta a todo el personal afectado y excede por lo tanto de las posibilidades de este tipo de convenios» (STS 11 de julio de 2012, rec. 38/11; 11 de julio de 2012, rec. 38/11 y 22 octubre de 2013, rec. 110/12).

Contrariamente, puede ser objeto de regulación extraestatutaria el complemento de antigüedad, porque el Estatuto de los Trabajadores no limita ese campo al convenio o pacto colectivo estatutario (STS 01 de junio de 2007, rec. 71/06). Siempre, claro está, para mejorar la regulación estatutaria.

La inclusión de cláusulas de alcance general en un convenio extraestatutario debería conllevar la declaración de nulidad de estas, «*por contrarias a las previsiones de afectación generalizada que el art. 82.3 ET reserva a los Convenios Colectivos regulados en dicha norma legal*» (STS 21 de febrero de 2006, rec. 88/04 y 11 de julio de 2012, rec. 38/11; 11 de julio de 2012, rec. 38/11).

V. VIGENCIA Y ORDENACIÓN DE CONVENIOS

La determinación del convenio aplicable no siempre es fácil en nuestro país, caracterizado por una estructura de la negociación colectiva muy compleja, que acontece a distintos niveles y cuya coordinación o articulación no resulta en modo alguno tarea sencilla. Con carácter general, en la misma unidad de negociación el convenio posterior siempre deroga al anterior, pero puede suceder que estas unidades no coincidan exactamente, por lo que podrían producirse problemas de concurrencia. En estos casos es preciso determinar qué convenio se aplica a las relaciones de trabajo o cómo se distribuyen las materias entre los distintos convenios aplicables. Para su solución debe acudir a las reglas de concurrencia del art. 84 ET. Pero estas reglas, según ha venido aclarando la jurisprudencia, no rigen para la negociación extraestatutaria.

Así, los convenios extraestatutarios de empresa no gozan de la preferencia aplicativa por materias que se atribuye a los estatutarios (STS de 09 de mayo de 2017, rec. 115/16). Tampoco opera para ellos la regla general de ordenación temporal de convenios. El convenio extraestatutario no puede blindar su aplicación frente al posterior debido a su eficacia limitada, ni se convierte automáticamente en nulo tras la aprobación posterior de un convenio estatutario en el mismo ámbito, pues tal conclusión no se deriva del artículo 3 ET, ni del principio de jerarquía. Esta concurrencia tendría que resolverse no a través de la sanción de nulidad, sino mediante un juicio de preferencia aplicativa, recurriendo, en su caso, a la regla de favorabilidad del art. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (STS 22 de mayo de 2006, rec. 79/05).

Por tanto, su vigencia no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia *erga omnes*, ni impide propiciar la negociación de otro pacto colectivo, también

extraestatutario (SSTS 30 de mayo de 1991, rec. 1356/90; 11 de septiembre de 2003, rec. 144/02; 30 de mayo de 2007, rec. 167/05 y 12 de diciembre de 2006, rec. 21/06). No se olvide que no gozan de garantía alguna de estabilidad (SSTS 22 de enero de 2014, rec. 89/13; 8 de abril de 2016, rec. 285/14; 18 de febrero de 2003, rec. 1/2002; 25 de septiembre de 2003, rec. 141/02; 12 de diciembre de 2006, rec. 21/06; 20 de febrero de 2008, rec. 4103/06; 9 de diciembre de 2008, rec. 62/07; 22 de julio de 2013, rec. 106/12; 22 de enero de 2014, rec. 89/13; 8 de abril de 2016, rec. 285/14; 16 de julio de 2014, rec. 110/13), pudiendo ser modificados permanentemente, si así se decide por las partes.

Tampoco rigen para estos convenios las reglas legales de denuncia convencional (SSTS 01 de junio de 2007, rec. 71/06 y 16 de julio de 2014, rec. 110/13).

Otra de las cuestiones que se plantean en torno a los convenios extraestatutarios es qué ocurre con su eficacia una vez que se ha expirado su vigencia. La propia naturaleza de estos acuerdos parece descartar la posibilidad de que sigan surtiendo efectos en ultraactividad, ya que por definición se limitan a las personas o entidades que lo han pactado, durante el tiempo establecido en el pacto. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que insiste en que la ultraactividad de los convenios colectivos únicamente puede predicarse de los que ostenten cualidad estatutaria y no de los extraestatutarios (SSTS 25 de enero de 1999, rec. 1584/98; 11 de julio de 2007, rec. 94/06; 12 de diciembre de 2008, rec. 538/08; 23 de diciembre de 2008, rec. 3199/07; 9 de febrero de 2010, rec. 105/09; 29 de marzo de 2010, rec. 37/09; 14 de mayo de 2013, rec. 285/11; 22 de julio de 2013, rec. 106/12; 6 de mayo de 2015, rec. 167/14; 29 de marzo de 2016, rec. 127/15). Ello porque «...por su contenido de carácter exclusivamente obligacional, no gozan del efecto de ultraactividad propio de las cláusulas normativas de los convenios colectivos estatutarios ex art. 86.2 y 3 ET, dejando se surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración; así como el que no generan por sí solos condiciones más beneficiosas [STS 14/05/13 –rco 285/11–]» (SSTS 6 de mayo de 2015, rec. 167/14; 29 de marzo de 2016, rec. 127/15).

De esta forma, «...la finalización de la vigencia del pacto extraestatutario [...] posibilita la modificación empresarial de su contenido una vez finalizada su vigencia y no supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija para ello la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el art. 41 ET» (STS 14 de mayo de 2013, rec. 285/11). Sin embargo, en ocasiones la propia dinámica negociadora puede dificultar esta conclusión, al incluirse en estos convenios cláusulas de estilo que mantienen su vigencia «mientras se negocie un nuevo pacto» o «hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio». Tal sucedió en el caso resuelto en la SAN de 27 de noviembre de 2013 (rec. 315/2013). En este caso, la cláusula convencional en liza establecía que tras la pérdida de vigencia del convenio «... todos los artículos del presente convenio seguirán vigentes hasta la firma del siguiente». Pues bien, la Sala Social de la Audiencia Nacional, tras recordar la tesis jurisprudencial de inaplicación de la ultraactividad a estos pactos, sostiene que aunque no cabe atribuirles efectos normativos, sus cláusulas sí obligan a las partes en sus propios términos, a tenor con lo dispuesto en el art. 1258 Código Civil. Por

consiguiente, si la empresa se comprometió a mantener la vigencia de todos los artículos del convenio hasta que se firmase el siguiente así debe hacerlo para no incurrir en una infracción de los arts. 1.256 y 1258 del Código Civil. Dicha conclusión no comporta la petrificación del convenio, ya que nada impide a la empresa, de concurrir las causas del art. 41.1 Estatuto de los Trabajadores, modificar o suprimir algunas o todas sus condiciones por el procedimiento regulado en el apartado cuarto de dicho artículo, pero lo que no es posible en derecho es que la empresa modifique unilateralmente los compromisos contraídos libremente con sus trabajadores.

Por último, debe destacarse que la inaplicación del convenio colectivo –denominada también descuelgue–, que se encuentra regulada en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, sólo rige para los convenios de sector o de empresa que haya sido negociados conforme a las previsiones del Título III del ET. Dicho de otra manera, no cabe el descuelgue en convenios extraestatutarios ni respecto de pactos o acuerdos de empresa. Así lo ha referido también la jurisprudencia que ha considerado que la posibilidad de «*inaplicar el convenio colectivo se halla constreñida a los márgenes del Estatuto de los Trabajadores (art. 82.3) lo que implica tanto la concurrencia de alguna de las causas que en el mismo se reconocen, como el seguimiento de un proceso de negociación*» (STS de 6 de junio de 2012, rec. 68/2012). En este sentido, jurisprudencia reciente recuerda, además que los pactos extraestatutarios no son el instrumento idóneo para rebajar las condiciones de trabajo contempladas en el convenio estatutario de aplicación (STS de 27 de octubre de 2021, rec. 4312/2018).

Diálogos jurídicos

DISCURSOS

EL DERECHO Y LOS ESTUDIOS DE DERECHO A LA ALTURA DEL SIGLO XXI

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Excelentísimas autoridades del Principado de Asturias, queridas familias, queridos amigos⁽¹⁾. Permítanme, en mis primeras palabras, dejar constancia de mi especial consideración hacia el señor Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo, para el que deseo lo mejor en el gobierno de esa insigne institución, y hacer patente mi máxima gratitud hacia el señor Decano de la Facultad de Derecho, a quien he de reconocer sus muchos esfuerzos para hacer posible mi presencia en esta emotiva conmemoración, sucesivamente aplazada por imposición de la lamentable pandemia que nos ha tocado vivir. En realidad, debo ampliar mis muestras de agradecimiento a todas las personas que han ocupado cargos de responsabilidad dentro de la Universidad ovetense, en el Rectorado, en esta Facultad o en muchos otros centros de los que conforman este entrañable campus universitario, pues por fortuna pude contar con su decidido apoyo desde aquellas fechas, ya bastante lejanas en el tiempo (se trataba concretamente de los primeros compases del año 1990), en las que tuve la suerte y el privilegio de incorporarme al claustro de esta vetusta y prestigiosa casa de estudios. Un saludo particular querría dirigir, dentro de ese reconocimiento general, a quien fuera Decano en el mandato inmediatamente anterior al actual, el profesor José Roca. Para quienes desde uno u otro ángulo presiden o dirigen esta honorable sesión, para el valioso equipo que se encuentra en la actualidad al frente de la Facultad de Derecho, y para todos los asistentes, mis más cordiales saludos y también mis más fervientes apuestas para su presente y su futuro.

Crean que mis palabras de indeclinable adhesión a todo lo que significa este acto académico están plenamente justificadas. La Universidad ovetense ha representado la parte crucial de mi carrera universitaria. No ya porque haya sido mi puerta de acceso a la cátedra, ni tampoco exactamente porque durante un par de décadas me brindara la oportunidad de practicar con libre criterio, y dentro de un entorno enteramente satisfactorio, tanto las honrosas y atractivas tareas de docencia universitaria como

(1) Conferencia pronunciada el día 9 de julio de 2021 con motivo de los actos de celebración (postergada) de la festividad de San Raimundo de Peñafort en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Se ha conservado el tono oral de la intervención.

las exigentes y enriquecedoras actividades de investigación y debate científico. A decir verdad, lo ha sido más bien por otras muchas razones, más ligadas al factor personal que a los aspectos técnicos de nuestro trabajo. Una de ellas, seguramente la prioritaria en todos los sentidos, es haber encontrado aquí el mejor grupo universitario que un profesor pueda nunca imaginar, no sólo por las habilidades profesionales de sus miembros sino también, y más aún, por sus cualidades humanas. Un motivo adicional radica en la ayuda que pude recibir sin desmayo por parte de un personal de administración y servicios que, desde la dirección y gestión de las instalaciones de biblioteca a la labor de ordenación cotidiana de los distintos espacios que componen nuestro hábitat profesional, no cabe calificar sino de primera fila. Y una última razón, no menos importante, deriva del hecho de haber podido conocer entre estos muros universitarios a enormes profesionales de la vida académica que al mismo tiempo se revelaron como excelentes personas, muchas de ellas afortunadamente presentes en el día de hoy y algunas de ellas, desgraciadamente, ya desaparecidas. Para las primeras un abrazo amistoso y entrañable, y para quienes ya no pueden estar con nosotros mi más sentido recuerdo. Déjenme cuando menos citar, para recordarlos a todos ellos, los nombres de María José Villa, Joaquín Varela y Andrés Corsino Álvarez.

Pueden comprender, de esa manera, que la participación en este magnífico acto académico sea para mí el mayor honor que se me pueda prestar como miembro de la comunidad universitaria. Creo que es, por lo demás, una de las mayores compensaciones que puede recibir y experimentar quien, como es mi caso, haya decidido por vocación y convicción dedicarse a tiempo pleno a la prestación de servicios para la Universidad pública, a la que por suerte he podido estar ligado durante toda mi vida profesional con muy contadas interrupciones. Pero, lógicamente, mi intervención en esta jornada universitaria también implica un reto de considerables dimensiones. Pues, ¿de qué puede hablar un simple profesor en un entorno que no deja de ser preferentemente festivo y ante un auditorio que sobre todo quiere saborear un momento tan especial en la vida del estudiante universitario? ¿Qué puede decirles a Uds., en una ocasión tan gozosa, quien no ha sido más que un humilde trabajador universitario, sin más título ni proyección social que lo que pueda derivarse de su permanente ilusión en las actividades docentes, de su atracción irremediable por la labor científica o de su constante disposición para el debate académico?

Por supuesto, no me debo olvidar, ni mucho menos, de felicitar muy sinceramente a todas las personas que acaban de graduarse, así como a sus respectivas familias y a sus solidarios acompañantes. Y no sólo por razones de cortesía. Para ellos, y especialmente para quienes ahora van a obtener la merecida acreditación de su bagaje universitario, es un día especialmente trascendente desde el punto de vista vital y profesional. Todos, por lo tanto, deben sentirse orgullosos de tomar parte en esta compartida celebración de lo que a fin de cuentas, y sin perjuicio de futuras mejoras o ampliaciones, es el punto de cierre de la carrera estudiantil. Cabe suponer que para los protagonistas de este acto, para todos ellos sin excepción, la llegada a la meta habrá requerido grandes esfuerzos, que desde luego justifican la preparación de estos festejos y que, a través de los mismos, ya van encontrando alguna clase de recompensa. Pero estoy seguro de que para muchos de quienes protagonizan este

cariñoso homenaje el periplo universitario habrá representado, además, un coste nada desdeñable en términos económicos o financieros, algo que, en buena lógica, también debería obtener su oportuna gratificación. Esperemos que en el porvenir que da comienzo en estos mismos instantes los nuevos egresados la obtengan en efecto, a ser posible en términos absolutamente satisfactorios. Brindemos por ello. Por lo que ya se ha hecho y por lo que está por hacer. Deseemos los mayores éxitos para el nuevo estadio que se acaba de abrir en las vidas de los recién diplomados, en las que paulatinamente irá desapareciendo el irrefrenable ímpetu juvenil para ir dando paso a la práctica efectiva y juiciosa de su profesión, sea la que fuere la finalmente elegida. Como es inevitable, su jovial comportamiento irá dejando sitio, a la postre, a un proceso sigiloso y más o menos apresurado de reorganización de sus relaciones personales y familiares, que empezarán a estar mucho más condicionadas por sus empeños y expectativas profesionales.

De cualquier modo, más allá de esa ineludible felicitación y de esos sinceros votos para el futuro, ¿de qué pudiera o debiera hablarles a Uds. en una alocución que, además de observar la cortés regla de la brevedad, debe tomar conciencia de que no constituye más que un aspecto incidental dentro de una actividad académica de más altas miras? ¿Qué podría decirse, desde esta pequeña tribuna, para acompañar con el decoro necesario la clausura protocolaria de los estudios universitarios de Derecho? ¿Qué sería lo más apropiado o recomendable en un contexto tan singular? Desde luego, no pienso cansar a la audiencia con ninguno de los problemas que, muchas veces de modo rutinario y cansino, solemos examinar en el ámbito de la disciplina jurídica que con tanto gusto profeso. Justamente esa que empezó llamándose *Derecho obrero*, *Derecho laboral* o incluso *Legislación industrial*, y a la que desde hace ya bastante tiempo nos dirigimos preferentemente con la denominación más moderna de *Derecho del Trabajo* o, por hacerla más completa e inclusiva, de *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Por mucho que entronque de manera muy directa con muchas de las grandes preocupaciones de nuestra sociedad del capital y el trabajo, no creo que deba acaparar ahora el poco tiempo de que dispongo para estar con Uds. Tampoco considero que sea la coyuntura más indicada para adentrarnos en hondas reflexiones de carácter científico o técnico en el ámbito de lo jurídico, aunque perteneciesen al acervo general o más común de los juristas. He pensado, por ello, que tal vez sea preferible trasladar a los asistentes a esta jubilosa tarde veraniega alguna idea menos comprometida y más personal acerca del Derecho y de los estudios de Derecho, tratando de situarme en todo caso a la altura de nuestro tiempo. Por fuerza tendrá que ser algo de peso ligero, mucho menos ambicioso y mucho más aproximativo de lo que tienen por norma los discursos protocolarios en el ámbito jurídico. Todo se reducirá, si es que me lo permiten ustedes, a la expresión de unas cuantas opiniones de cosecha propia por parte de quien sigue siendo, simplemente, un *amateur* en la ciencia jurídica. Un aficionado que, por lo demás, siempre ha mirado el Derecho con una actitud de respeto pero con algo de desconcierto.

Comprendería que mi decisión de hablar del Derecho desde esa perspectiva general o interdisciplinaria pudiera tomarse por temeridad u osadía, e incluso que pudiera tomarse por errónea o como manifestación de heterodoxia. Así podría calificarse

sin ninguna duda por quienes han dedicado mucho tiempo de su vida profesional a ese tipo de reflexiones y, en particular, por quienes son verdaderos especialistas en el difícil campo del pensamiento jurídico. Pero siento, al mismo tiempo, que mis cuatro décadas largas de dedicación a la ciencia jurídica –aunque se haya limitado a un sector tan concreto y singular como el que se conforma alrededor de la legislación laboral y social– me habilitan de forma suficiente, siquiera sea en dosis mínimas, para un empeño que, en esta ocasión al menos, no deja de tener en el fondo una importante carga de subjetividad y voluntarismo. En todo caso, no pienso inmiscuirme en espacios oscuros o potencialmente pantanosos. No sería capaz de hacerlo, aunque con claro exceso de vanidad lo pretendiera. He de conformarme con compartir con quienes están a las puertas de su ansiada titulación, y con quienes amablemente les acompañan, unas frágiles ideas acerca de lo que acaban de estudiar, o, por decirlo con cierto abuso de franqueza, sobre algo que les ha venido ocupando durante estos últimos años de quehacer universitario pero que nunca podrán terminar de saber y comprender. No por su capacidad intelectual, que su comparecencia a este acto ha hecho ya indiscutible, sino más bien porque el Derecho –que es de lo que se trata– es por naturaleza inabarcable y por definición escurridizo y cambiante. En realidad, el Derecho es como la sociedad de la que nace y de la que se nutre. Inexcusablemente próximo a nuestras inquietudes y vivencias pero muy difícil de organizar, encauzar y comprender, en suma.

Preguntémosnos en primer término por las razones que llevan a una persona a emprender y recorrer los estudios de Derecho, que es, si bien lo piensan, casi como interrogarse por la misma razón de ser del Derecho. Es posible que muchos de los que ahora han tenido el mérito de graduarse hayan navegado por estas agitadas aguas sin mayores preocupaciones, sin darse cuenta de los peligros que encierran, o sin especular siquiera acerca de los motivos o los objetivos de ese metafórico viaje. Pero también es muy probable que todos los que van a recibir al cabo de pocos minutos el diploma acreditativo de sus éxitos académicos acaben haciéndose, más pronto que tarde, las mismas preguntas: ¿para qué sirve el Derecho?, ¿qué hemos buscado al tomar la decisión de estudiar Derecho?, ¿qué podemos hacer o lograr con el Derecho?, ¿qué papel cumple o debiera cumplir el Derecho dentro de nuestras vidas, dentro de nuestro entorno o dentro de la sociedad en su conjunto? Puestos a plantearnos esa clase de cuestiones, podríamos hacernos aún alguna pregunta adicional, tal vez más distante de nuestras conversaciones habituales pero al mismo tiempo más vinculada a lo que los nuevos graduados se han propuesto hacer en su vida profesional: ¿cómo debemos manejar el Derecho?, ¿qué trato merece el Derecho?, ¿en qué dirección o con qué propósitos deberíamos conducir el arsenal de los instrumentos jurídicos?

Les confieso –les aseguro– que nada de lo que les planteo es cosa que vaya de suyo. Ni son cuestiones banales ni hay respuestas sencillas para tales interrogantes. No es fácil, ni mucho menos, descubrir, aquilatar o desbrozar el Derecho y todo lo que habitualmente le rodea. Gran parte de los que participamos en esta singular sobremesa académica llevamos mucho tiempo lidiando con el Derecho, y acaso no todos hayamos alcanzado a discernir a ciencia cierta qué es a la postre eso que hemos dado en llamar Derecho y que en otros tiempos también fue nombrado como «leyes»

o «jurisprudencia». Las dudas, cuando menos, están entre mis propias sensaciones, y supongo que así le ocurrirá a muchos de los que me acompañan en esta suerte de disquisiciones. Por lo tanto, puede que siga en pie, también para nosotros, como juristas de nuestro tiempo, el gran desafío que siempre formó parte de esta peculiar creación de la humanidad: ¿cuáles son o cuáles debieran ser las funciones del Derecho? No me refiero, naturalmente, al mero hecho de acreditar estudios de Derecho, ni a la rentabilidad que pueda entrañar el uso de las herramientas jurídicas desde una perspectiva meramente profesional. Ni siquiera al Derecho como instrumental que hemos ido creando para la gestión de puros intereses de individuos o grupos. En estos momentos quiero pensar más bien en la función social del Derecho. En su dimensión comunitaria o colectiva. ¿Qué debiera ser el Derecho, o qué debiera aportar el Derecho, desde esa otra perspectiva más global?

No perdamos nunca de vista que, como tantos otros ingredientes esenciales de la vida, el Derecho quiere contribuir a lo más excelso de la existencia humana, que no es otra cosa que la convivencia pacífica entre seres que pueden ser y suelen ser muy distintos en sus proyectos, intereses y apetencias, pero que son iguales en dignidad y que, en consecuencia, deben tener la oportunidad de comparecer con igualdad de armas en el concierto de la existencia humana. Es evidente que todos son miembros de una misma especie y todos deben quedar sujetos a unas mismas reglas de juego. Pero también hay que tener en cuenta que, por lo general, ocupan y defienden posiciones muy diferentes, a veces divergentes y en ocasiones claramente contradictorias. Ahí yace precisamente la grandeza del Derecho. En esa encrucijada encuentra justamente su razón de ser. Si bien se mira, nace para ordenar y articular la infinita diversidad del género humano. En sus creencias, en sus deseos y en sus circunstancias. Por ese motivo, el Derecho se convierte a la postre en el soporte fundamental de la sociedad. Probablemente sea la pieza más importante del engranaje social, más aún en sociedades tan complejas y a veces tan inescrutables como las que nos ha tocado vivir en estos tiempos cada vez más atribulados y sorprendentes. No lo olviden nunca: no cabe sociedad sin Derecho. Podrán flaquear los dogmas religiosos. Podrá enturbiarse el recipiente de los postulados o criterios éticos, incluso hasta el punto de resultar irreconocible. Pero de ninguna manera podrá faltar esa norma de conducta respaldada institucionalmente por la propia sociedad a la que damos la condición de norma jurídica. Mírenlo bien: es, en esencia, la norma que permite compartir, repartir o disputar de modo civilizado en el concierto social. Su fin no es otro que organizar la sociedad de modo que, sin perjuicio de sus diferencias, todos sus miembros puedan aspirar a una vida digna. Es decir, a una vida en la que las relaciones con el prójimo, sea quien sea y sean del tipo que sean, puedan siempre discurrir por cauces apropiados y satisfactorios para todos, sin excepción que valga.

El Derecho, pues, es algo muy poderoso. Aunque proceda de nosotros mismos y no de otro planeta. Ordena la sociedad para que las personas puedan entenderse razonablemente, y cuida del estado de sus pliegues y sus costuras para que el tejido social no sufra destrozos irreparables. Es una especie de *deus ex machina* instalado por la propia sociedad para que rija sus destinos. El Derecho es absolutamente necesario para canalizar por buenos senderos las relaciones entre personas y grupos.

Aunque muchas veces no se sepa, o no se tome conciencia de ello, es la base de las relaciones de pareja, de las relaciones entre miembros de una misma familia o de las relaciones en cualquier otro modo de convivencia. Es esencial para prevenir y resolver conflictos en el deambular cotidiano de las personas, es imprescindible para el adecuado rodaje del tráfico económico, es el único medio aceptable para comprometer el trabajo personal por cuenta de otro, es indispensable para erigir una buena organización política y administrativa, es el aval insustituible para que el ser humano pueda alcanzar efectivamente la condición de ciudadano, y es, en fin, la base indeclinable de las relaciones internacionales civilizadas. Es, en resumen, el plasma sanguíneo que permite alcanzar y garantizar los irrenunciables fines de libertad, igualdad y justicia social para todas las personas, tanto en el interior de la nación o el Estado, como en los espacios supranacionales o en las relaciones entre países. Tanto en ámbitos completamente domésticos como en el mundo de los negocios o de la práctica profesional. Tanto en el ámbito de las relaciones lucrativas como en el de las benévolas, vecinales o amistosas. Tanto en el negocio como en el ocio.

Es probable, y es del todo comprensible, que en estos momentos gran parte de vosotros sienta más bien la preocupación por su futuro más inmediato. Y que, con toda legitimidad y de forma absolutamente comprensible, vea el Derecho como el instrumento elegido para lograr un espacio en el exigente y competido mundo profesional. Pero nunca conviene olvidar que la causa última del Derecho es el sostenimiento en las debidas condiciones del entero edificio social. Y nunca debiéramos dejar de ser conscientes de que el Derecho, pese a su inmenso poder y su indescriptible capacidad de incidencia en la vida de las personas, constituye al mismo tiempo un ingenio sumamente frágil y delicado. Por eso mismo debemos manejarlo con mimo y con esmero. Si me admiten la comparación, el Derecho es como el recién nacido, fuerte y tierno al mismo tiempo, muy robusto en su código genético pero expuesto en todo momento a caídas o fracturas. Como si de una criatura se tratara, hay que cuidar del Derecho y preservarlo de todos esos peligros. No debemos retorcerlo ni tratar de llevarlo a cualquier sitio. Mucho menos de imponernos a sus exigencias y de doblegarlo a toda costa. El Derecho ha de ser cumplido y observado en sus mandatos, pero también merece respeto y consideración en lo que respecta a su naturaleza y a sus designios. Alguien dirá que ya es lo suficientemente poderoso e incisivo como para subsistir por sí solo, y ciertamente lo es. Pero su potencial depende enteramente de la atención que le presten en todo momento sus destinatarios o usuarios, es decir, del apoyo que reciba de la propia sociedad. Bien mirado, su valor tan sólo puede garantizarse si se antepone su función social a cualesquiera otras, si se logra la preservación de sus fines estructurales frente a intereses particulares u ocurrencias momentáneas. Su vigor se va perdiendo, no lo duden, cuando se aprovecha o maneja para objetivos que entran en contradicción con el bien social o el interés general.

Claro está, el Derecho sólo podrá cumplir fielmente su función social si está bien edificado o construido y si verdaderamente consigue ascendencia entre quienes deben observarlo. Es decir, sólo podrá salir adelante si su contenido responde a las verdaderas necesidades sociales, si se elabora a través de procedimientos aceptables y si todos nos conjuramos para aceptar las premisas establecidas hasta nuevo aviso,

esto es, hasta que entre todos decidamos cambiar las reglas existentes. Por supuesto, para que pueda ser así el Derecho ha de ofrecerse a la sociedad en las debidas condiciones. Ha de revestir, por decirlo de manera más clara, suficientes dosis de objetividad, razonabilidad y coherencia, lo cual, lamentablemente, no siempre se tiene en cuenta, o no siempre la sociedad parece dispuesta a conseguir. Quizá en esa clase de exigencias, y en esa clase de potenciales deficiencias, radiquen algunos de los males más pronunciados y destacables del Derecho contemporáneo. Es cierto que el de su buena edificación es un problema eterno del Derecho, pero también hemos podido percibir que se viene agudizando de manera mucho preocupante con el transcurso del tiempo. Es debido sin duda a la creciente complejidad de las sociedades en las que tenemos que convivir y a la variedad de intereses contrapuestos que contienden en su seno. Pero muchas veces uno tiene la impresión de que también se debe a defectos humanos fácilmente reparables con un poco de mesura, diligencia o buena voluntad. A veces a la desidia o la desconsideración. Otras, a la imposición o la revancha. En otros casos, a la urgencia o la incontinencia. En muchas ocasiones, claro está, a la ausencia de un diagnóstico fidedigno o cuidadoso de nuestras necesidades.

Sea o no fruto de esos factores, es indudable que el Derecho de nuestros días parece caminar hacia formas cada vez más quebradizas o discutibles. Cada momento que pasa se hace más grueso y obtuso en su formulación y más abigarrado en su composición. Su extensión, en particular, va siendo cada vez más desbordante, hasta el punto de que se nos hace muy difícil ya trazar con una mínima precisión los contornos del escenario jurídico, incluso en aquellos sectores del ordenamiento legal que han gozado tradicionalmente de los beneficios de la codificación. Es evidente que cada vez tropezamos en mayor medida con materiales que no se ajustan bien a los cánones más rigurosos o tradicionales del Derecho, como ocurre, por ejemplo, con lo que, acaso para curarnos en salud, hemos dado en llamar *soft law* o «derecho blando». Pero no son esas facetas, con ser importantes, las que había previsto poner de relieve en el día de hoy. Pongamos a un lado los problemas meramente formales, aunque no dejen de ser relevantes. Siquiera sea por razones de oportunidad y disponibilidad temporal, vayamos más bien a las bases o cimientos del Derecho, a los pilares de su edificación. ¿Qué viene ocurriendo con todo ello en la actualidad?

Habrán muchos más, pero creo que desde ese punto de vista vale la pena identificar y escudriñar tres claros problemas de nuestro tiempo. El primero de ellos tiene mucho que ver con el sistema de ideas, valores e intereses que están en la base de la sociedad y que, obviamente, también sirven de sustento al edificio del Derecho. Puede que hoy en día la elaboración de las normas, y la creación del Derecho en general, no esté tan condicionada por las ideologías como aparentaba estarlo a lo largo del siglo XIX y la primera parte del siglo XX, al margen de los odiosos totalitarismos y las desmesuradas ansias de dominio monopolista de la sociedad que nunca acaban de desaparecer. Pero es evidente que las maneras de pensar acerca de cómo debe organizarse la sociedad o cómo deben articularse las posiciones y aspiraciones de los diferentes grupos sociales, siguen brotando y circulando por nuestro entorno y que, como no podría ser de otro modo, todos esos ideales o modos de concebir la vida social siguen influyendo en el Derecho. Lo que ocurre es que ese *corpus* mental y

cultural, que actúa como una especie de ánima para las reglas jurídicas, se ha vuelto no sólo más plural y complejo, sino también más difuso y más confuso. El tarro de las ideas tal vez no sea en la actualidad más voluminoso que en otros momentos históricos, pues no parece que el avance del mundo haga crecer los niveles de inteligencia o clarividencia de los seres humanos. Pero es seguro que el interior de esa vasija resulta mucho más viscoso y nebuloso que en otras fases de nuestra historia jurídica, lo cual, evidentemente, crea mayores dificultades tanto para la actividad de programación y configuración de las normas como para las clásicas tareas de interpretación y aplicación del Derecho. ¿Qué debe prevalecer, el progreso económico o el reparto de lo disponible? ¿Qué debemos atender, el medio doméstico o las necesidades de quienes lo miran desde el exterior? Esas y tantas otras preguntas.

Afortunadamente contamos con unos cuantos valores firmes, respaldados por nuestro valiosísimo y ya venerable texto constitucional. Son los de libertad, igualdad y pluralismo. Pero también esos grandes presupuestos de la organización social democrática parecen haber entrado en estado de crisis, no porque se hayan querido desterrar explícitamente ni porque se haya debilitado su estructura interna, que puede seguir siendo sólida, sino más bien por la influencia de factores externos de muy diverso tipo que han propiciado su progresiva pérdida de identidad, unas veces por abultamiento excesivo de su espacio de juego y otras por relajación o cierto desvaimiento de sus ingredientes fundamentales. Da la sensación de que asistimos a un constante proceso de reconsideración o remodelación del contenido y alcance de los mencionados principios, con el insoslayable peligro de pervertirlos o hacerlos irreconocibles. Unas veces se les resta indebidamente operatividad, y otras se quieren llevar mucho más allá del terreno que les es propio. Quizá la revisión de todos estos postulados sociales clásicos no sea mala *per se*, y tal vez pueda constituir un factor de enriquecimiento o desarrollo social. Pero tiene la perniciosa consecuencia de que cada vez parece ser mayor la dificultad para que los valores circulantes en nuestra sociedad puedan ser compartidos por todos y, en última instancia, para que puedan alimentar un Derecho claro, mínimamente estable y suficientemente asentado como para que los ciudadanos tengan las debidas dosis de seguridad acerca de sus derechos y obligaciones. A causa de esos vaivenes, el Derecho de nuestros días no siempre es capaz de darnos garantías no sólo sobre su misma supervivencia, sino también sobre el rumbo de nuestra propia organización social.

Parece haber cambiado, asimismo, el juego de intereses. Son más difíciles de identificar y situar, y, al mismo tiempo, parece haberse dado alas, a veces hasta niveles inimaginables, a su manifestación o reivindicación en el seno de nuestra bulliciosa sociedad. Al igual que con las ideas de libertad, igualdad y pluralismo, la Constitución española de 1978 confiere un rotundo aval para los más tradicionales y estructurados grupos de intereses de las sociedades modernas, desde los trabajadores asalariados a los empresarios, desde los grupos sociales aglutinados en torno a su profesión a los grupos articulados por razones económicas. No se trata sólo de reconocimiento, sino también de atribución de los oportunos medios de representación y de acción colectiva. Pero si uno se acerca a la realidad social de nuestros días puede tener la impresión de que los intereses antaño bien definidos se presentan hogaño de

manera mucho más borrosa y dispersa. También es posible apreciar que son muchas las ocasiones en las que los interesados buscan su satisfacción de modo directo y expeditivo, con abandono o desprecio de los cauces institucionalizados a tal efecto y con evidente riesgo de perjuicio para el interés general. Desde ese punto de vista, la sociedad se ha vuelto más imprevisible y contestataria, menos alérgica, por decirlo así, a la alteración del sistema. Ante ese novedoso panorama, el Derecho no siempre está bien preparado, o no siempre se siente arropado por quienes debieran hacerlo. Sea por ignorancia o sea por pura conveniencia, no son pocos los casos en que se echa en falta una invocación más insistente de las reglas vigentes y una defensa más convencida de los intereses globales frente a los intereses de parte. Sin esa visión completa del sistema los problemas sociales se acrecientan y el Derecho pierde muchos enteros, tanto en su eficacia como en su credibilidad. Nunca hubo tantas oportunidades para que la sociedad participara en la elaboración del Derecho, pero quizá nunca haya habido tantos riesgos de que los grupos de intereses organizados pretendan alcanzar sus aspiraciones sin recorrer los caminos trazados por el propio Derecho. ¿Es una cuestión de Derecho justo o más bien de confianza en el Derecho?

El segundo problema está relacionado con los centros institucionales de producción del Derecho. El Derecho nace del pueblo, como la soberanía de la nación. Pero es obvio que en una sociedad mínimamente compleja y desarrollada, como lo es sobradamente la nuestra, la creación de Derecho se va trasladando desde sus primitivos actores hasta instancias representativas más o menos sofisticadas y de muy variada naturaleza. En la sociedad de nuestro tiempo cabe pensar que el Estado es en buena medida, o de manera primordial, el centro depositario de esos poderes de conformación del Derecho, y que éste, el Derecho mismo, se va construyendo fundamentalmente mediante el ejercicio de la potestad legislativa de las correspondientes instituciones estatales. Pero ambos extremos –tanto el Estado en su condición de protagonista en la creación del Derecho como el propio Derecho de procedencia legal– parecen afectados por un nuevo orden de prácticas e ideas, o, cuando menos, por la emergencia de nuevas tendencias acerca de cómo germinar y hacer crecer el Derecho.

Por lo pronto, el Estado está viendo reducido progresivamente su espacio de maniobra en virtud del creciente influjo internacional. Cada vez es más perceptible, por decirlo de manera más clara, el peso en los ordenamientos nacionales de la acción normativa de determinadas organizaciones supranacionales, fenómeno que se eleva a la enésima potencia en el contexto de la Unión Europea, donde por lo demás tiene visos de seguir su proceso de ascensión. Por supuesto, se trata de vicisitudes jurídicas enteramente comprensibles, y seguramente razonables. El problema estriba más bien en la calidad del producto final, esto es, en el grado de articulación y en los criterios de convivencia de todos esos estratos normativos. Cuando las normas que nos vienen del exterior son debidamente claras en lo que se refiere a sus fines, su contenido o su posición jerárquica, los problemas disminuyen en grado notable, sin perjuicio del consabido riesgo de acumulación o superposición de pasajes y mandatos normativos. Pero no siempre ocurre así. Como muchos habrán notado, en los últimos tiempos hemos podido asistir a la inesperada comparecencia en el orden interno de instrumentos

de orden internacional de formulación más compleja y con dudosa forma de obligar, invocados o reclamados muchas veces desde los correspondientes ámbitos sociales como una suerte de panacea ante los derroteros tomados por la norma nacional. Si no se acompaña del pertinente rigor, esa práctica sólo sirve para acrecentar los niveles de incertidumbre o desasosiego acerca del Derecho vigente o aplicable. Pone en cuestión el Derecho interno mediante la invocación de instrumentos internacionales sobre cuyo grado de vinculación no se efectúan las exploraciones pertinentes.

Es igualmente reseñable, por otra parte, el espectacular avance de la actividad jurisdiccional en la carrera por la creación del Derecho. Es el caso, desde luego, de la jurisprudencia comunitaria, que parece bendecida por una suerte de estrellato que va camino de hacerla omnipresente en nuestras relaciones sociales. Algo de ello hemos podido apreciar, asimismo, en la jurisprudencia europea sobre derechos humanos y libertades públicas. Una y otra ocupan ya un espacio muy considerable en la determinación y calificación del Derecho vigente. Afirmaciones muy parecidas podrían hacerse a propósito de la jurisprudencia constitucional. Pero también ocurre algo similar con la jurisprudencia nacional que usualmente llamamos ordinaria, que desde su canónica y modesta función de complemento del ordenamiento jurídico ha pasado a convertirse, al menos en el orden social de la jurisdicción, en un potente motor de regulación de la vida social, probablemente porque las tareas de ordenación jurídica de una sociedad tan viva como la que tenemos, y tan despierta a la hora de defender sus intereses, resultan ya inabarcables para el legislador o para el creador de reglas abstractas y generales. La jurisprudencia, naturalmente, sigue aportando criterios para la interpretación y aplicación de las normas, pero sus relaciones con el legislador en el ámbito de la creación del Derecho probablemente estén atravesando un periodo de profunda transformación. No sólo porque en muchas ocasiones las instancias jurisdiccionales creadoras de jurisprudencia se han visto obligadas a racionalizar y poner en suerte los correspondientes pasajes legales, por sí solos difíciles de aplicar, sino también porque muchas veces interactúan con el legislador en la construcción y formulación del mandato normativo de referencia. Más envergadura reviste aún la jurisprudencia cuando ha de adelantarse al legislador en la pertinente respuesta jurídica, como ya ha sucedido en más de un supuesto.

El tercer problema que quería poner de relieve esta tarde conecta de manera más directa con los procedimientos de elaboración del Derecho y, particularmente, con los usos más comunes en los últimos tiempos en la conformación del Derecho de origen estatal. No son de ahora, como es de sobra sabido, las voces de alerta acerca del progresivo declive de las instancias parlamentarias en la elaboración y aprobación de los textos legales, pese a ser las más directas depositarias de la soberanía popular y las genuinas titulares de la potestad legislativa. Pero, dejando a un lado los regímenes totalitarios o autoritarios, que pecan por naturaleza de esas inclinaciones, tal vez no hayamos llegado nunca al grado de uso del decreto-ley que desde hace algunos lustros se viene registrando en nuestro país en la producción de normas de rango legal. Obviamente, tal instrumento tiene justificación en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, como es el caso de la desgraciada pandemia que aún nos acosa. Pero debemos huir de su utilización de ese procedimiento especial por motivos de

simple urgencia política o de complacencia social. Incluso resulta cuestionable que pueda servir para reparar la pereza del legislador ordinario, como tantas veces viene sucediendo con ocasión de la transposición de directrices comunitarias. Como es fácil de entender a poco que se reflexione sobre ello, no es nada recomendable el uso del decreto-ley fuera de sus cauces estrictos (esto es, los cauces constitucionalmente consagrados), entre otras muchas razones por el arrinconamiento que ello supone para la vida parlamentaria. Un uso incorrecto del decreto-ley puede coyunturalmente favorecer a los destinatarios de la norma, o resolver un problema político, pero estructuralmente supone siempre un menoscabo de los principios democráticos. Lo que hoy puede parecer favorable mañana puede adoptar un semblante muy diferente.

Tampoco la concertación o el diálogo social, con toda la importancia que puedan tener y que efectivamente tienen, pueden actuar por sí mismas como fundamento de la norma legal de urgencia. Las prisas que puedan sentir o manifestar los denominados «agentes sociales» no son equiparables a la urgencia que contempla nuestro texto constitucional. No es posible, además, que las prácticas de diálogo social sustituyan al legislador en sus inexcusables e indelegables competencias de elaboración y aprobación de las leyes, por muy implicados que estén esos interlocutores del poder público en las materias objeto de regulación o por muy significativos –o «representativos»– que sean en el ámbito social de referencia. Frente a la proyección general de la instancia parlamentaria, las organizaciones económicas o profesionales miran por definición a sus parcelas de referencia. A la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, como dice precisamente nuestro texto constitucional. Son grupos de intereses dentro de todo un concierto social que se supone que es, y que efectivamente lo es, bastante más complejo y variopinto. En el plano legislativo, es indudable que la concertación social puede aportar valor en la elaboración de la norma, y es asimismo indiscutible la legitimidad de ese tipo de consultas o prácticas de preparación de las disposiciones legales. Pero al fin y al cabo no deja de ser un procedimiento corporativista que, por ello mismo, debe quedar siempre subordinado a las instancias constitucionalmente institucionalizadas para la producción del Derecho. En más de una ocasión puede que haya faltado alguna dosis mayor de clarividencia, también en la doctrina científica, para articular convenientemente la aportación de los grupos de intereses sociales o económicos, siempre valiosa, con la responsabilidad última de las instituciones del Estado en la creación y aprobación de las leyes. Tal vez sea un reflejo más del grado de complejidad, y en alguna medida de incertidumbre e imprecisión, que ha venido adquiriendo en los últimos tiempos el terreno de la creación del Derecho.

Como no me he cansado de repetir, el interés general, la mirada de conjunto y la visión estructural, deben estar por encima de cualquier otro factor tanto a la hora de regular nuestras relaciones sociales y económicas como a la hora de comprender, manejar y aplicar las reglas existentes. No es fácil definir el bien social, pero sí parece claro que sólo para su materialización y preservación cobra sentido la construcción y práctica del Derecho. No es justo concebir el Derecho de otro modo.

Muchas gracias de nuevo. Un cordial saludo para todos.

DISCURSO CON MOTIVO DE LA CELEBRACIÓN DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

Decano de la Facultad

Celebramos hoy por fin, después de un largo año, seguramente como sociedad, como grupo, el más largo y difícil de nuestras vidas, la festividad de nuestro, patrón, el patrón de la Facultad de Derecho «San Raimundo de Peñafort».

El 1 de marzo de 2020, cuando llegamos a la dirección de la Facultad, una de las primeras y urgentes tareas era precisamente organizar la celebración de este acto. Pensábamos en una celebración de algo, sin duda, importante, en un régimen de normalidad, y en un lugar: el paraninfo de nuestro edificio histórico, cómo y dónde había sido siempre.

Esos primeros días de marzo ya se hablaba de un virus procedente de China que empezaba a preocupar, preocupación que se intensificó unos días después, cuando nos llegaban noticias alarmantes de Italia, escenario europeo que ya percibíamos como mucho más cercano. No imaginábamos, en ningún caso, todo lo que ha venido después.

Por precaución, y aún con cierto desconcierto, el acto, se suspendió, «quizá por unos días o, en el peor de los casos, un par de meses», pensábamos entonces.

Quince meses después han fallecido en el mundo, a causa de la Covid-19, casi cuatro millones de personas, más de 80.000 en España, y casi 2.000 en Asturias según cifras oficiales.

Cómo llega un momento en que se pierde la perspectiva del valor de las cifras, sirva como ejemplo decir que ese número de fallecidos es equivalente a más de 75 veces las bombas atómicas de Nagashaki e Hiroshima juntas.

En todo este periodo hemos vivido una montaña rusa de emociones: miedo, tristeza, ansiedad, pesimismo, pero también esperanza. Aprendimos a hacer cosas que nunca antes habíamos hecho, tanto profesores como alumnos y por supuesto también el Personal de Administración y Servicios. Quiero (queremos) agradeceros ese enorme esfuerzo de adaptación, sin grandes ni especiales quejas ni lamentos, ante un cambio tan drástico de modelo.

En ese contexto tan difícil nada ha quedado por hacer, hemos concluido así dos cursos académicos y hemos finalizado todos los procesos. Creo sinceramente que podemos estar más que satisfechos.

Los que durante este periodo hemos estado en puestos de gestión hemos vivido una difícil transición, pasando de tener que tomar decisiones organizativas a tener adoptar otras que podían afectar a la salud de las personas. Y lo hemos hecho siempre bajo el parámetro de la imperiosa necesidad de, primero, proteger la salud pero, a la vez, salvaguardar una enseñanza universitaria de calidad, que para poder ser calificada como tal, tiene que ser necesariamente presencial.

Debemos estar siempre alerta, la Universidad debe estar alerta, señor rector, para evitar que un modelo absolutamente excepcional (la docencia y servicios universitarios telemáticos), perviva entre nosotros, por razones de pura conveniencia o comodidad, cuando hayan desaparecido las causas, absolutamente excepcionales, que lo motivaron.

Y lo cierto es que, pese a ese gran esfuerzo, la mayor parte de los que estamos aquí, al menos todos los que no hemos perdido seres queridos en la pandemia, somos en cierta medida unos privilegiados, si nos comparamos con lo que ha sufrido una parte importante de nuestra sociedad y debemos también ser conscientes de ello.

Aprovecho para hacer llegar todo nuestro cariño y solidaridad a los que sí habéis perdido a algún amigo o familiar y, a la vez, quiero hacer un cariñoso recuerdo a nuestro alumno Froilán Giganto (Froi), fallecido durante la pandemia.

Tenemos que hacer un permanente esfuerzo de empatía con el sufrimiento de muchos otros, que no han tenido tanta suerte. Precisamente para no olvidar yo me quedo con una frase. Hace unos meses en el homenaje a las víctimas de la pandemia, celebrado en Madrid el 16 de julio de 2020, escuchaba a una enfermera decir «Nos hemos tragado las lágrimas cuando algún paciente nos miraba y nos decía que por favor no le dejásemos morir solo».

En un escenario tan duro, creo que debemos también quedarnos con lo positivo. Nos hemos puesto a prueba y hemos aprendido a afrontar mejor las adversidades; estamos más y mejor preparados para las dificultades. Como decía el dramaturgo Benjamin Jonson «Quien no ha afrontado la adversidad, no conoce su propia fuerza».

A quienes habéis acabado vuestros estudios, me atrevo ahora a daros dos últimos consejos, ya que para muchos hoy es el último contacto con la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.

El primero es que en el futuro no os dejéis caer en el individualismo. Tratad de alcanzar la alegría mucho más y mucho antes que la felicidad, porque la alegría tiene un carácter principalmente colectivo, frente al concepto individualista de la felicidad.

Como ha apuntado el psicólogo Edgar Cabanas, la felicidad se construye en base a un discurso básicamente autorreferencial, con el que se da a entender que uno puede ser feliz en soledad, sin nadie más, que se basta a sí mismo y que los

demás incluso, en ocasiones, molestan, pudiendo constituir un obstáculo para que uno pueda ser feliz.

La idea de felicidad hoy está relacionada con características siempre personales, que tienen que ver con nuestros pensamientos, nuestras emociones, nuestra autoestima, la forma en que somos capaces de conseguir nuestros objetivos, desarrollar nuestros proyectos, o poner en práctica nuestra capacidad de resistir a la adversidad (la llamada resiliencia). Frente a ello, la alegría tiene como principal característica el ser esencial y especialmente compartida con los demás.

Ese sentimiento es tan poderoso que vemos con frecuencia como muchos deportistas rinden más y mejor cuando juegan en equipo. Yo mismo me he visto reflejado en lo que acabo de describir durante este periodo tan tremendamente exigente, compartido con mis compañeros/as del equipo decanal. Después de mucho tiempo trabajando de manera esencialmente individual, con ellos he aprendido –de modo aún más intenso por la dureza del momento– que no hay satisfacción mayor que el logro colectivo, el logro compartido. Gracias Bea, Diego, Asun, Miguel y Ángel. Gracias amigos.

Esta sociedad, además, ha desarrollado un discurso, según el cual la felicidad es una elección y eso supone que automáticamente el sufrimiento también se convierte en una elección. «Si sufres», nos dicen, «es porque quieres». El mensaje «Si quieres, puedes» es enormemente tentador, porque nos promete una enorme (y sin embargo falsa) sensación de control, pero solo añade sufrimiento y culpa, cuando la realidad se impone.

La segunda idea con la que quiero cerrar este breve discurso es la necesidad de que mantengáis un espíritu permanentemente crítico con la información mediática «sensacionalizada», referida a cuestiones que tienen que ver con el Derecho. Ya os habréis dado cuenta de que todos los foros, programas o redes sociales están llenos de «opinadores profesionales», todos expertos en Derecho. Curiosamente no dicen ni una palabra, por ejemplo, de química orgánica, pero sientan cátedra y se sienten auténticos expertos cuando hablan de derecho y mucho más si se trata de derecho penal.

El Derecho, por distintas razones, y creo que especialmente la rama a la que yo me dedico (el Derecho penal), es objeto de constante manipulación interesada, sumada a fuertes dosis de ignorancia combinada con atrevimiento; todo ello no es inocuo, sino que determina pésimas consecuencias sociales. Frente a una absoluta permeabilidad de dichos mensajes erróneos, cuando no directamente falsos, resulta imprescindible que al menos aquellos que tienen (como vosotros y vosotras) una formación jurídica, recurran (recurráis) a un permanente análisis crítico y seáis capaces de trasladárselo a quienes os rodean y a la sociedad en general.

Por ejemplo. Escucharéis decir que en España se cometen muchos delitos; seguramente habréis oído que tenemos penas leves o que los delincuentes entran en prisión por una puerta y salen de inmediato por otra. Las tres afirmaciones son rotundamente falsas y en los delitos más graves esa falsedad es todavía más intensa.

Así, tenemos en España (y la de Asturias es aún bastante inferior) una de las tasas de homicidios más bajas del mundo (0,3), inferior a la Suecia, Noruega, Dinamarca o Alemania y similar a la de Luxemburgo o Suiza, por poner algunos ejemplos.

Pese a que tenemos pocos delitos comparados con otros, contamos con una de las poblaciones penitenciarias más altas de Europa en términos relativos. Ello se explica únicamente porque tenemos uno de los códigos penales más duros.

Para terminar y para tratar de demostrarlo, no viene mal un poco de humor, dado que además hasta ahora creo que he estado demasiado serio para un día de celebración. Os pondré un ejemplo, espero que didáctico, que demuestra la dureza de nuestra legislación penal y cómo resulta relativamente fácil incurrir en alguna de las conductas recogidas como delito.

En el año 2008 le leía por la noche y para que se durmiera a mi hija Carolina, que entonces tenía tres años el cuento de Blancanieves y los 7 enanitos (término, por cierto, el de enanitos, como mínimo, hoy desafortunado, por no hablar del príncipe azul, salvador, que resulta también anacrónico).

Seguramente y por deformación profesional, según iba leyendo, ya que sinceramente no lo recordaba en detalle, aquello me iba parecía más que un bucólico cuento, la historia de una especie de asociación criminal, en la que no solo los malos (la bruja-madrastra) cometían, graves delitos, sino que incluso los que se suponía eran los buenos del cuento (el cazador, los enanitos, el príncipe, y hasta la mismísima Blancanieves), serían hoy condenados a graves penas de prisión por su reiterada y contumaz actividad delictiva.

La madrastra por proponer al cazador acabar con Blancanieves tendría su primer encontronazo con la justicia, pues su conducta constituye una proposición para cometer un delito de asesinato.

El cazador por acabar con la vida de un animal, al objeto de entregarle su corazón a la madrastra, haciéndole creer que era el de Blancanieves, podría tener que responder por un delito relativo a la protección de la fauna.

La propia Blancanieves, por entrar sin permiso en casa de los enanitos sería autora responsable de un delito de allanamiento de morada. Al conminar los enanitos a Blancanieves a realizar todas las tareas domésticas a cambio del alojamiento y en la medida en que, según todos los indicios, ella no había alcanzado la edad laboral, estaríamos ante un delito de explotación laboral.

La madrastra finalmente consiguió que Blancanieves ingiriera una manzana envenenada, provocándole la muerte por lo que sería autora de un asesinato alevoso (por uso de veneno y disfraz), a la vez hiperagravado por ser la víctima –según los conocedores de la historia– una adolescente menor de 16 años.

Los enanitos, en vez de proceder a darle ordenada sepultura, decidieron ponerla dentro de una urna de cristal que fue varias veces trasladada e incluso abierta sin control, por lo que no se librarían de las responsabilidades administrativas por ese tipo de conductas.

Pero el delirio delictivo no acaba aquí, pues el joven príncipe besó en los labios a la hermosa Blancanieves, estando ésta inconsciente y, por tanto, sin su autorización. Tal acto podría llegar a constituir un delito de abusos sexuales por la falta de consentimiento, el cual, tras la nueva reforma penal, tampoco sería válido al ser la víctima menor de 16 años.

Todos ellos serían condenadas a importantes penas de prisión o internamiento.

Y termino, quiero pensar que después de todos estos años que habéis pasado en la Facultad, ahora o sino con el tiempo, os sentiréis orgullosos de haber sido sus alumnos.

Espero que seáis conscientes de que, sin ser perfecta, la experiencia histórica demuestra el alto grado de preparación jurídica que en la misma se adquiere.

Me quedo en este punto con la respuesta que me dio nuestro presidente y ex alumno de la Facultad Adrián Barbón cuando le pregunté, de manera informal, si podría encontrar un hueco en su agenda para acompañarnos hoy. Su respuesta literal fue: *«Contad conmigo. Me tenéis a vuestra disposición para todo lo que sea agradecer la suerte que tuve de estudiar en esa facultad, la enseñanza que tuve y mis gratos recuerdos en la facultad de derecho»*.

Muchas gracias y hasta siempre.

Diálogos jurídicos

TRABAJOS ACADÉMICOS

Diálogos jurídicos

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL COMO FACTOR CAUSANTE DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES

JOB CLASSIFICATION AS A FACTOR FOR PAY DISCRIMINATION BETWEEN WOMEN AND MEN

BEATRIZ FERNÁNDEZ GARCÍA

TFM Máster Universitario en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO.
 - 1. **Marco normativo.**
 - 2. **Concepto.**
 - 3. **Factores causantes de la brecha salarial.**
- III. LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL COMO FUENTE DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA.
 - 1. **Incidencia del sistema de clasificación profesional en la brecha salarial.**
 - 2. **Análisis con perspectiva de género del efecto sobre el salario base.**
 - 3. **Impacto sobre las gratificaciones extraordinarias.**
 - 4. **Sesgos de género en las horas extraordinarias y complementarias.**
 - 5. **Efecto sobre los complementos.**
- IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y ACTUACIONES A FAVOR DE LA IGUALDAD EN LAS RETRIBUCIONES.
 - 1. **Herramientas normativas.**
 - 2. **Buenas prácticas.**
- V. CONCLUSIONES.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En el presente estudio se analizan los distintos factores, endógenos y exógenos, que se encuentran en la raíz de la discriminación laboral que sufren las mujeres, concretamente de la discriminación retributiva y la brecha salarial de género. Dentro de este amplio marco, se pone el foco de atención sobre la incidencia del sistema de clasificación profesional en la brecha salarial, analizando los distintos elementos susceptibles de generar un trato desigual para las mujeres con incidencia en las retribuciones percibidas. Asimismo, se citan las herramientas normativas existentes y se proponen unas buenas prácticas a implantar en las empresas para garantizar el principio de igualdad de retribución.

Abstract: This study analyses the factors, endogenous and exogenous, that are in the origin of the discrimination against women at workplace, specifically pay discrimination between women and men and gender pay gap. Within this broad framework, the focus is on the impact of the professional classification system on the gender pay gap, analysing the elements that generate unequal treatment for women with an impact on the pay system. In addition, current regulatory tools and some good practices to implement in companies will be analysed.

Palabras clave: Brecha salarial, clasificación profesional, discriminación, mujer, convenio colectivo.

Keywords: Gender pay gap, classification systems, discrimination, women, collective agreement.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, la mujer ha estado relegada al ámbito doméstico, al rol de cuidadora, lo que provocó que su entrada al mundo laboral fuera tardía y en sectores relacionados con ese papel reproductivo. En cambio, al hombre se le ha asignado el papel de sostenedor de la familia, el rol productivo, creándose un mercado laboral a su imagen y semejanza, valorándose especialmente aquellas características propias del género masculino.

Tras su incorporación al mercado de trabajo, la mujer comienza a reclamar un trato justo, equiparado al de sus compañeros varones, especialmente en el ámbito retributivo. Fruto de esa reivindicación se desarrollaron un conjunto de instrumentos normativos y de políticas públicas cuyo objetivo ha sido garantizar el cumplimiento del principio de igualdad retributiva. Todo ello ha desembocado en la aparición del concepto de brecha salarial, un término amplio que va más allá de la idea de discriminación retributiva que se venía utilizando y que hace referencia a la distancia entre retribuciones de hombres y mujeres ocasionada por la concurrencia de distintos factores, entre los que se encuentra el sistema de clasificación profesional, siendo este el objeto principal del estudio realizado.

II. LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

1. Marco normativo

El marco normativo en que se encuadra el presente estudio se basa en el principio de igualdad de retribución contenido en la diferente normativa internacional, comunitaria y nacional. En este sentido cabe destacar el Convenio C100 de la OIT; el artículo 157 TFUE y el artículo 28 CE. Asimismo, también se realizó un estudio de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; y el Real Decreto 902/2020 de 13 de noviembre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

2. Concepto

El concepto de brecha salarial de género sugiere la existencia de una distancia o diferencia entre las retribuciones medias percibidas por hombres y por mujeres⁽¹⁾, pero no existe una definición única del mismo. Siendo una de las definiciones más completas la dada por Olarte Encabo al afirmar que «la brecha salarial entre hombres y mujeres es la diferencia entre salarios partidos por trabajadores de ambos sexos sobre la base de la diferencia media de los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores»⁽²⁾.

Matemáticamente, se puede obtener el valor en porcentaje de la brecha salarial de género mediante la siguiente fórmula⁽³⁾:

$$\text{Brecha salarial} = \frac{\text{Retribución media de hombres} - \text{Retribución media de mujeres}}{\text{Retribución media de hombres}} \times 100$$

(1) Por todos, GOÑI SEIN, J. L. (2020) «La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial». En RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Navarra. Aranzadi, p. 81.

(2) OLARTE ENCABO, S. (2016) «Discriminación retributiva». En *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Madrid. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, p. 171.

(3) Fuente: Herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género del Instituto de las Mujeres: https://www.igualdadenlaempresa.es/HerramientaBrecha/Guia_Uso_Hrrta_Autodiagnostico_Brecha_Salarial_Genero_16.2.15.pdf.

Siguiendo a Martínez Moreno⁽⁴⁾, si se utilizan las cuantías de las retribuciones globales, se obtendrá la brecha no ajustada, que permitirá detectar la existencia de una distancia entre salarios, pero sin aportar información sobre los factores causantes. En cambio, si se utilizan los datos desglosados, se obtendrá la brecha ajustada, que permitirá detectar qué factores la causan. Asimismo, es importante reseñar que el periodo temporal que se utilice también interferirá en los resultados obtenidos, siendo estos más exactos cuanto más corta sea la franja temporal utilizada.

3. Factores causantes de la brecha salarial

La brecha salarial surge por el efecto de una serie de factores dentro de la relación laboral. Estos elementos se pueden clasificar en exógenos, que son aquellos fuera del poder de decisión del empresario y que están presentes en la sociedad; y endógenos, los causados directamente por la relación laboral o las decisiones empresariales⁽⁵⁾.

Dentro de los factores exógenos encontramos los estereotipos y roles de género, que relegan a la mujer al ámbito privado y de los cuidados⁽⁶⁾. Otro factor exógeno es la propia discriminación por razón de género⁽⁷⁾, que supone la desvalorización y peor retribución del trabajo y las características de las mujeres⁽⁸⁾. También se incluiría en este grupo la segregación horizontal del mercado de trabajo, que supone, en base a los estereotipos y roles de género presentes en la sociedad, que existan profesiones y sectores feminizados y peor remunerados⁽⁹⁾. De forma paralela, hay que hacer mención a la segregación vertical del mercado laboral, concepto que hace referencia a la menor presencia de mujeres en puestos de mayor responsabilidad, poder y remuneración⁽¹⁰⁾ y que está íntimamente relacionado con los términos *techo de cristal* y

(4) MARTÍNEZ MORENO, C. (2019) *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete. Editorial Bomarzo SL, p. 17.

(5) Por todos GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 83.

(6) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2018) «La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución». *Revista Documentación laboral*. Núm. 113, Vol. I Pág. 15; y GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 83.

(7) Para un análisis más detallado del concepto de discriminación por razón de género, ver QUINTANILLA NAVARRO, B. (2008) «Transversalidad de Género». En VALDÉS DAL-RE, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B. (Dirs.), *Igualdad de Género y Relaciones Laborales*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, p. 45.

(8) SERRANO GARCÍA, M. J. (2008), «El derecho a la igualdad retributiva por razón de género». En QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RE, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid. Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 121 y ss.

(9) Por todos, MARTÍNEZ MORENO, *Brecha salarial...*, *op. cit.*, p. 62.

(10) Por todos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2020) «El acceso de la mujer a puestos de liderazgo en la empresa: principales obstáculos». En Rodríguez Sanz de Galdeano, B. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Navarra. Aranzadi, p. 24.

suelo pegajoso⁽¹¹⁾. La infravaloración del trabajo femenino es otro elemento exógeno a tener en cuenta, el cual encuentra su fundamento en el reparto social de roles y en la consideración del salario femenino como complementario al del hombre⁽¹²⁾. Finalmente, hay que hacer referencia a la conciliación familiar y la doble jornada, que tienen una gran incidencia en la temporalidad y modalidad de contratación de las mujeres, así como en la carga extra de trabajo no remunerado generado por las tareas del hogar y los cuidados, lo que supone un riesgo psicosocial específico de las mujeres⁽¹³⁾.

Por otro lado, los factores endógenos se dan dentro del ámbito de la empresa, siendo un reflejo interno de los anteriores. Estos elementos se detectan principalmente en los tres momentos en que el poder de decisión empresarial es mayor: durante la selección de personal; en el diseño de los puestos de trabajo y del sistema de clasificación profesional; y al realizar el encuadramiento de la persona trabajadora en su grupo profesional⁽¹⁴⁾.

III. LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL COMO FUENTE DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA

1. Incidencia del sistema de clasificación profesional en la brecha salarial

El sistema de clasificación profesional será fuente de discriminación retributiva cuando esté afectado por sesgos de género, es decir, cuando se condicione la ocupación del puesto en base a los diferentes estereotipos, propiciando la aparición de puestos o grupos profesionales «de hombres» o «de mujeres» dentro de la organización⁽¹⁵⁾. Esto tendrá un efecto directo sobre las retribuciones, dado que la tabla salarial se vincula

(11) El Instituto Europeo de la Igualdad de Género define el techo de cristal como «*los obstáculos artificiales y barreras invisibles que impiden que las mujeres lleguen a puestos más altos en el organigrama de la empresa, ya sea pública o privada y sea cual sea el ámbito*». Asimismo, define el suelo pegajoso como la «*metáfora para apuntar a un patrón de empleo discriminatorio que mantiene a las trabajadoras, principalmente, en los niveles más bajos de la pirámide laboral, con baja movilidad y con barreras invisibles para su avance profesional*».

(12) Por todos, SÁNCHEZ-MIRA, N. (2017) «La brecha salarial y las desigualdades de género en el mercado de trabajo. Una revisión de aproximaciones teóricas y aportaciones empíricas». En *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*. Vol. 4, p. 91.

(13) ARGÜELLES BLANCO, A. R. (2012) «La ordenación sostenible del tiempo de trabajo: luces y sombras de las últimas reformas laborales». *Revista Internacional de Organizaciones*. Núm. 8, p. 16.; y Castro Trancón, N. (2020) «Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género». En *Lan Harremanak*. Núm. 44, p. 284.

(14) Por todos, IBÁÑEZ, M. (2017) «La división sexual del trabajo y las razones de la segregación ocupacional». En Ibáñez, M. (Dir.) *Mujeres en mundos de hombres. La segregación ocupacional a través del estudio de casos*. Madrid. CIS, colección Monografías, Núm. 303, pp. 45 y ss.

(15) CABEZA PEREIRO, J. (2012) «Estrategias para la incorporación transversal del género en la negociación colectiva». En Molina Hermosilla, O. (Dir.) *Negociando la igualdad en las empresas: estado de*

con el sistema de clasificación profesional establecido, de modo que los sesgos de género presentes en la clasificación incidirán en la infravaloración y peor retribución de los puestos y características feminizados. Esta discriminación salarial podrá ser directa, cuando se atribuya intencionadamente una retribución distinta a hombres y mujeres aunque realicen un trabajo de igual valor; o indirecta, cuando la diferencia retributiva se base en criterios neutros y no discriminatorios, pero que igualmente provoquen un resultado lesivo para un género⁽¹⁶⁾.

Para tratar de evitar esta forma de discriminación, hay que prestar especial atención a dos momentos clave dentro del sistema de clasificación profesional. En primer lugar, la elaboración y definición de los grupos profesionales que la conforman (artículo 22.3 ET), lo que incluye los criterios utilizados y su transposición al texto convencional. En segundo lugar, el posterior encuadramiento, al ser fruto del acuerdo entre la parte trabajadora y la empresarial en el momento de celebración del contrato de trabajo (artículo 22.4 ET).

Asimismo, hay que prestar atención a cómo esos criterios sesgados e infravaloraciones inciden en la tabla salarial y las remuneraciones, así como en los restantes conceptos y complementos que integran el salario⁽¹⁷⁾. Por ello, para evitar agravar la brecha salarial, es necesario que la definición de los grupos profesionales que forman parte de la clasificación profesional se realice en base a criterios neutros y no sexistas.

2. Análisis con perspectiva de género del efecto sobre el salario base

El artículo 28 ET obliga al empresario a retribuir del mismo modo la prestación de trabajos de igual valor, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo. Esta obligación tiene una doble vertiente, por un lado, garantizar que se trate de trabajos de igual valor y, por otro, que ambos perciban la misma retribución. Esto conlleva evaluar los puestos en base a criterios de valoración neutros, evitando dar más importancia a cualidades masculinas (como la fuerza) que femeninas (como la empatía)⁽¹⁸⁾.

Una vez evaluado el puesto y realizado el encuadramiento, se asigna una retribución conforme a la tabla salarial, siendo el elemento fundamental de la misma el salario base. De este modo, si se realiza un análisis aislado de la brecha salarial existente en lo referente al salario base, se puede afirmar que este únicamente puede

la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género. Granada. Editorial Comares SL, p. 15.

(16) Por todos, SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 151.

(17) MARTÍNEZ MORENO, C. (2012) «Género, igualdad y negociación colectiva». En Molina Hermosilla, O. (Dir.) *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*. Granada. Editorial Comares SL, p. 52.

(18) FERNÁNDEZ GARCÍA, A. y UREÑA MARTÍN, A. (2018) «La igualdad en el acceso al empleo, la clasificación, la formación y la promoción profesional». En Romero Burillo, A. M. (Dir.) *Trabajo, género e igualdad*. Navarra. Aranzadi, p. 48.

surgir por el diferente encuadramiento de trabajadores y trabajadoras en los grupos profesionales. Esto puede deberse a que los grupos profesionales centrados en tareas feminizadas u ocupados mayoritariamente por mujeres estén peor valorados y remunerados; o a que los criterios de encuadramiento utilizados estén sexuados o sean poco transparentes y tiendan a situar a las mujeres en puestos de inferior categoría. Para evitarlo, deberían establecerse criterios razonables y proporcionados a la actividad a realizar, debiendo ser el sexo de la persona trabajadora relevante sólo en aquellas situaciones en que sea estrictamente necesario⁽¹⁹⁾.

3. Impacto sobre las gratificaciones extraordinarias

Las gratificaciones extraordinarias merecen una mención separada ya que, aunque tradicionalmente han tenido la consideración de complemento, parte de la doctrina opina que, por sus características, se asimila más al salario base⁽²⁰⁾. Las gratificaciones o pagas extraordinarias se recogen en el artículo 31 ET, donde se indica que su cuantía se fijará por convenio colectivo, lo que tendrá incidencia en la brecha salarial en función de cómo se establezcan éstas o de si se tienen en cuenta en su cálculo los complementos que perciba la persona trabajadora. Cuando dicha cuantía se establezca en función del salario base y/o los complementos percibidos y estos no estén establecidos de forma neutra y objetiva, la paga extra tendrá un efecto multiplicador sobre la brecha, al replicar la distancia entre salarios de hombres y mujeres. En cambio, si se establece de acuerdo con una cuantía fija que dependa del grupo profesional y se han utilizado criterios neutros y objetivos para realizar el encuadramiento, su incidencia en la brecha salarial será mínima.

4. Sesgos de género en las horas extraordinarias y complementarias

Las horas extraordinarias y complementarias, que se regulan en los artículos 35 y 12 ET respectivamente, no tienen la consideración de salario base, pero tampoco pueden considerarse complementos, por lo que merecen un análisis aparte. Ambas suponen una fuente de discriminación por la menor predisposición y disponibilidad para realizarlas de las mujeres, lo que se debe principalmente a la asunción de las tareas domésticas por parte del género femenino, como se vio anteriormente⁽²¹⁾. Además, cuando se opta por su compensación económica, también conlleva un efecto sobre la brecha salarial, ya que su cálculo se suele realizar de dos modos, bien en función del salario base por hora, bien de acuerdo con una cuantía fija que varía en función del grupo profesional. En ambos casos, las distancias salariales existentes a causa de un sistema de clasificación profesional sesgado se verán replicadas.

(19) *Ibidem, op. cit.*, pp. 44 y ss.

(20) LÓPEZ CUMBRE, *op. cit.*, p. 688.

(21) OLARTE ENCABO, *op. cit.*, p. 182.

5. Efecto sobre los complementos

Los complementos salariales son aquellas otras cuantías que se añaden al salario base y que complementan la retribución. Estos complementos pueden agruparse en tres bloques: los fijados según las condiciones personales de la persona trabajadora; los que dependen de las características del trabajo realizado; y los que dependen de la situación y resultados de la empresa⁽²²⁾.

Dentro de los complementos que dependen de las condiciones personales de la persona trabajadora nos encontramos con el complemento de antigüedad, que retribuye el tiempo de servicios en la empresa y está recogido en la mayoría de convenios colectivos. Si bien se suele asignar por igual a todas las categorías, en función de cómo se proceda a su cómputo puede tener una influencia negativa en la brecha salarial al penalizar la tardía incorporación de la mujer al mercado laboral, su precarización y sus carreras tradicionalmente más cortas⁽²³⁾. El segundo complemento a tener en cuenta sería el de disponibilidad y dedicación, que compensa la disponibilidad de la persona trabajadora fuera de la jornada laboral y que nuevamente penaliza a las mujeres cuya disponibilidad es menor a causa de la doble jornada⁽²⁴⁾. En tercer lugar estarían complementos como los de puntualidad, asistencia o asiduidad que, si no se regulan de forma respetuosa con la conciliación, pueden suponer un agravio para las mujeres al computar las faltas de asistencia relacionadas con la conciliación familiar (por ejemplo por acompañamiento o por IT), mientras que las que tienen su origen en horas sindicales o asuntos propios no penalizan⁽²⁵⁾. También hay que hacer mención a los complementos de formación y experiencia, que pueden incidir negativamente en la brecha salarial si se utilizan para compensar conocimientos complementarios propios de sectores formativos o profesionales masculinizados o si solo se aplica a determinados grupos profesionales. El último complemento de este grupo a tener en cuenta sería el de productividad, que retribuye el rendimiento del trabajador o trabajadora y que puede penalizar a las mujeres si se vincula con el absentismo⁽²⁶⁾.

Dentro de los complementos que dependen de las características del trabajo realizado, los primeros que procede citar son los de nocturnidad y turnicidad. Estos complementos, aparentemente neutros, son generadores de brecha salarial a causa de la menor tasa de realización de trabajo a turnos o nocturno entre las mujeres por su incompatibilidad con las cargas familiares, pero también porque se limite su aplicación a grupos masculinizados. El segundo complemento a tener en cuenta sería el de penosidad, que suele compensar el especial esfuerzo realizado en el puesto y siendo habitual que solo se aplique el esfuerzo físico (puramente masculino) o el

(22) LÓPEZ CUMBRE, *op. cit.*, pp. 685 y ss.

(23) SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 168; y Cabeza Pereiro, *Estrategias para...*, *cit.*, p. 16.

(24) OLARTE ENCABO, *op. cit.*, p. 182; y Martínez Moreno, *Brecha salarial...*, *cit.*, pp. 46 y ss.

(25) MARTÍNEZ MORENO, *Género, igualdad...*, *cit.*, p. 52; y SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 168.

(26) Ver de nuevo SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 168.

realizado en los puestos y tareas masculinizados⁽²⁷⁾. No obstante, se podría considerar como no discriminatorio, siempre que se acredite que es un elemento esencial para el cumplimiento de la tarea y que, junto a él, existen complementos para compensar también características femeninas y neutras⁽²⁸⁾. Un tercer grupo de complementos a analizar son los de toxicidad e insalubridad, que dependen de la valoración de riesgos realizada en el puesto, y que, cuando no se realiza de forma objetiva y teniendo en cuenta las características del puesto y su ocupante, puede originar una discriminación, como quedó probado en la sentencia del TJUE sobre el asunto C-41/17 González Castro⁽²⁹⁾. Por otro lado, el complemento de responsabilidad incidirá en la brecha cuando compense en exclusiva a los puestos y responsabilidades más masculinizados, dejando fuera los más feminizados⁽³⁰⁾. Finalmente, cabe citar aquellos complementos que se asignan en función del grado de dependencia o complejidad de la tarea y quien la realiza, como son los pluses de complejidad, iniciativa o autonomía, y que pueden afectar a la brecha salarial al atribuirse exclusivamente a determinados puestos o grupos profesionales, que suelen estar masculinizados.

En cuanto a los complementos según los resultados de la empresa, cabe destacar la participación en beneficios, que no se recoge en el ET y cuya aplicación es todavía escasa⁽³¹⁾. Este complemento suele asignarse en forma de paga única anual calculada en función de las gratificaciones extraordinarias o de la masa salarial, condicionando en ambos casos la posición en la tabla salarial su cuantía.

Además del salario base y de los complementos anteriormente citados, existen una serie de medidas o compensaciones salariales que pueden afectar negativamente a la brecha salarial y que, aunque su relación con el sistema de clasificación profesional no es muy importante, sí se considera interesante recogerlos en esta enumeración a fin de completar la visión de elementos retributivos que inciden en la brecha salarial. La primera de ellas son los anticipos, ya que, aunque se trata de una medida neutra, condicionar su concesión a la antigüedad en la empresa puede perjudicar a las mujeres por su mayor temporalidad. En segundo lugar, se encontrarían los sistemas de retribución variable, cuya discrecionalidad y exigencia puede poner en situación de desventaja a las mujeres por su menor antigüedad y disponibilidad fuera de la jornada para incrementar su productividad⁽³²⁾. También hay que citar las compensaciones que se otorgan a la plantilla en base a la conciliación familiar, como complementos por guardería o ayudas a los estudios, y que en este caso tienen

(27) OLARTE ENCABO propone los complementos de nocturnidad, turnicidad y penosidad, *op. cit.*, p. 181 y ss.

(28) MARTÍNEZ MORENO, *Brecha salarial...*, *cit.*, p. 46.

(29) En esta sentencia, el Tribunal Europeo indicó que la falta de evaluación de los riesgos específicos del puesto para una trabajadora en situación de maternidad o lactancia es indicio de un trato discriminatorio por parte de la empresa.

(30) MARTÍNEZ MORENO, *Brecha salarial...*, *cit.*, p. 48.

(31) LÓPEZ CUMBRE, *op. cit.*, p. 690.

(32) Sobre los anticipos y los sistemas de retribución variable, ver OLARTE ENCABO, *op. cit.*, p. 185.

una incidencia positiva sobre la brecha salarial al tratar de aligerar la carga familiar de las mujeres. Finalmente, en lo referente a las percepciones extrasalariales que compensan los gastos ocasionados por la realización del trabajo o para cubrir sus necesidades (artículo 26.2 ET), procede hacer una breve referencia a las dietas ya que, si exceden del mero reembolso, pueden incrementar la distancia entre salarios, especialmente cuando los puestos más proclives a su percepción están masculinizados.

IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y ACTUACIONES A FAVOR DE LA IGUALDAD EN LAS RETRIBUCIONES

1. Herramientas normativas

En primer lugar, cabe citar las herramientas destinadas a luchar contra la brecha salarial recogidas por el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Estos instrumentos son el registro retributivo, la auditoría retributiva y la negociación colectiva.

Por otro lado, hay que tener en cuenta los planes de igualdad, que son el documento que recoge la política de igualdad de la empresa y se regulan en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Los planes de igualdad se dividen en diversas fases, siendo de especial interés la de diagnóstico, que consistirá en la toma y recogida de datos cuantitativos y cualitativos, para conocer el grado de integración de la igualdad en la empresa y establecer los objetivos a lograr y las medidas más adecuadas para hacerlo⁽³³⁾. Este diagnóstico deberá extenderse al sistema de clasificación profesional, incluyendo datos desagregados por sexo de los diferentes grupos, categorías, niveles y puestos; su valoración y retribución; y los procesos de selección, contratación, promoción y ascensos.

2. Buenas prácticas

Además de las herramientas que establece el legislador para eliminar la brecha salarial, existen una serie de buenas prácticas que se podrían implantar en las empresas para tratar de lograr este objetivo. Éstas actuarán sobre el sistema de clasificación profesional, sobre la tabla salarial, en la negociación colectiva, en la organización empresarial o sobre el mercado laboral.

Dentro de las acciones a realizar sobre el sistema de clasificación profesional y sus grupos, la primera medida es garantizar la objetividad en el diseño de los

(33) INSTITUTO DE LAS MUJERES. *Guía para la elaboración de planes de igualdad en las empresas*, p. 22.

grupos profesionales, así como la neutralidad de los criterios de encuadramiento y determinación del sistema de clasificación profesional. También sería recomendable mantener un sistema de clasificación actualizado y ajustado a las funciones reales y a las circunstancias concretas de la prestación laboral y la propia organización⁽³⁴⁾. Otra práctica deseable consiste en llevar a cabo un análisis y descripción de puestos respetuosa con el propio organigrama y que se sustente en la identificación de «puestos tipo», describiendo los puestos de forma objetiva y en base a criterios no discriminatorios⁽³⁵⁾, y pudiendo agruparse aquellos con valor comparable para elaborar los distintos grupos y subgrupos profesionales. Asimismo, a esos grupos y subgrupos se les debería asignar un código de clasificación, una descripción y una valoración en base a criterios objetivos y neutros, que garanticen la transparencia y ausencia de sesgos de género en el proceso⁽³⁶⁾, evitando condicionar el encuadramiento. Una vez realizada la descripción de los distintos grupos y puestos que integran el sistema de clasificación profesional, debe establecerse un método de valoración neutro y objetivo de los mismos para otorgarles una equivalencia en la tabla salarial e indicar aquellas características del puesto o de su ocupante que merezcan ser objeto de compensación, teniendo en cuenta factores masculinos (como el esfuerzo), femeninos (como el esfuerzo emocional) o neutros (como el esfuerzo mental). Tras analizar y describir el sistema de clasificación profesional y sus ocupantes, es necesario comprobar si existen grupos profesionales o puestos masculinizados o feminizados, así como la presencia de techo de cristal o de suelo pegajoso, e implantar medidas correctoras que permitan avanzar hacia una representación equilibrada de mujeres y hombres en los grupos profesionales y en la estructura directiva. Asimismo, deberán establecerse previsiones antidiscriminatorias que eviten la aparición futura de esas desviaciones⁽³⁷⁾.

Pasando a las medidas recomendables sobre la tabla salarial y el sistema retributivo, la primera de ellas es cumplir efectivamente el principio de igualdad de retribución, garantizando la igual remuneración para trabajos de igual o equivalente valor e implantando sistemas que eviten la aparición de discriminaciones directas e indirectas

(34) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2016) «La igualdad por razón de género en los planes de igualdad». En Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M. R. (Dir.) *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Navarra. Aranzadi, p. 121.

(35) NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena (2012) «Discriminación en el acceso al empleo, en las categorías profesionales, la formación y la promoción: tendencias de la negociación colectiva». En Molina Hermosilla, O. (Dir.) *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*. Granada. Editorial Comares SL., p. 127; y FERNÁNDEZ GARCÍA y UREÑA MARTÍN, 2018, p. 127.

(36) VÁZQUEZ LOSADA, A. (2012) «Gestión de recursos humanos en una institución pública. Un modelo conjunto de los sistemas de clasificación profesional, carrera profesional y retribuciones». En *Gestión y análisis de Políticas Públicas*. Nueva época. Núm. 7, pp. 19 y ss.

(37) BARRIOS BAUDOR, G. L. (2016) «La igualdad por razón de género en los convenios respecto a la clasificación profesional y promoción profesionales». En Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M. R. (Dir.) *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Navarra. Aranzadi, p. 396.

en materia salarial y de carrera profesional⁽³⁸⁾. Asimismo, habría que tratar de evitar los complementos que valoren exclusivamente cualidades masculinas e incluir en la estructura salarial otros que retribuyan cualidades femeninas y neutras o que recompensen por singularidades del trabajo femenino (como la mayor rotación en el empleo o la contratación a tiempo parcial)⁽³⁹⁾. Otra medida sería limitar la realización de horas extraordinarias y complementarias a los supuestos de fuerza mayor e implantar sistemas que las compensen con tiempo de descanso, en lugar de económicamente. Por último, sería importante incluir una medida que tiene una importante incidencia en la brecha, aunque no guarda relación directa con la clasificación profesional, como es tratar de minimizar la influencia de las medidas de conciliación en la carrera profesional y las retribuciones, no computando las ausencias por estos motivos.

En cuanto a la negociación colectiva, es necesario garantizar que las medidas que se tomen en el seno de esa negociación, así como en los convenios colectivos o acuerdos, aseguran el cumplimiento del principio de igualdad. Para lograr ese objetivo, a la hora de elaborar el sistema de clasificación profesional y la tabla salarial, se recomienda seguir el método de Beltrán Adell de ponderaciones numéricas y utilizar criterios de clasificación neutros que se incluyan detalladamente en el convenio colectivo, aumentando su transparencia⁽⁴⁰⁾. También sería interesante incluir en el convenio colectivo medidas de acción positiva que faciliten el acceso al empleo y la igualdad en la contratación de las mujeres, especialmente en aquellos sectores y/o grupos profesionales donde estén subrepresentadas⁽⁴¹⁾. También sería deseable crear una comisión de igualdad en la empresa que vele por el cumplimiento de compromisos adquiridos⁽⁴²⁾. Otra buena práctica es negociar medidas de igualdad innovadoras y adaptadas a la realidad empresarial⁽⁴³⁾. Asimismo, también se recomendaría el uso del lenguaje inclusivo en la redacción del convenio y, especialmente, en la descripción de los puestos de trabajo y del sistema de clasificación profesional. Para facilitar la adopción de estas buenas prácticas, una opción interesante consiste en incrementar la presencia de mujeres dentro de las organizaciones sindicales, sobre todo en los sectores feminizados, dándoles un lugar relevante dentro de las unidades negociadoras de los convenios y favoreciendo la inclusión de la perspectiva de género en los convenios.

Dentro de las medidas a aplicar sobre el conjunto de la organización, la principal es implantar políticas y herramientas de recursos humanos que faciliten la detección

(38) FABREGAT MONFORT, G. (2018) «La incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de negociación colectiva. En especial, en los planes de igualdad». En Romero Burillo, A. M. (Dir.), *Trabajo, género e igualdad*. Navarra. Aranzadi, p. 385.

(39) Ver de nuevo FERNÁNDEZ GARCÍA y UREÑA MARTÍN, *op. cit.*, p. 51.

(40) BELTRÁN ADELL, A. (2015) «La falta, o no, de integración de la perspectiva de género en los criterios de clasificación profesional de los convenios colectivos más representativos del sector de la industria». En *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*. Madrid. Ediciones Laborum, p. 413.

(41) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 122.

(42) BARRIOS BAUDOR, *op. cit.*, p. 398.

(43) FABREGAT MONFORT, *op. cit.*, p. 375.

y corrección de la brecha salarial de género y de las segregaciones por razón de género en el sistema de clasificación profesional⁽⁴⁴⁾. Otra medida consiste en elaborar planes de carrera profesional, de acuerdo con los intereses de quienes conforman la plantilla y en función de sus preferencias y capacidades. En este sentido, además de dejar al margen la libre designación, es interesante incrementar la transparencia en los ascensos al identificar y dar a conocer a la totalidad de la plantilla los méritos o capacidades necesarios para promocionar de un grupo a otro, así como realizar informes de impacto de género antes de comenzar el proceso⁽⁴⁵⁾. Se recomendaría garantizar que los procesos de selección se lleven a cabo según lo establecido en el análisis de puestos de trabajo, estableciendo los diferentes perfiles profesionales y evitando las discriminaciones indirectas al establecer los requisitos y redactar la oferta de trabajo⁽⁴⁶⁾. Otra medida a tener en cuenta, aunque no está directamente relacionada con el sistema de clasificación profesional, consistiría en fomentar la distribución flexible de la jornada, respetando los periodos de descanso y basándose en pactos colectivos, de modo que se facilite la conciliación de la vida personal y profesional y se evite que las mujeres deban abandonar el mercado laboral⁽⁴⁷⁾. En todo caso, para lograr el cumplimiento de estas medidas, es necesario implantar en la empresa la cultura de la igualdad de género, lo que puede hacerse aplicando la perspectiva de género en todas las áreas de trabajo, fomentando el uso de lenguaje inclusivo o desarrollando programas de sensibilización en igualdad de oportunidades⁽⁴⁸⁾.

El último grupo de medidas a aplicar se dirige al mercado laboral. En este sentido, se debe incentivar el acceso de mujeres a ámbitos laborales y formativos donde estén subrepresentadas mediante la implantación de medidas de acción positiva. También es importante fomentar la contratación indefinida y a tiempo completo de las mujeres, bonificando las contrataciones de calidad e implantando mecanismos de conversión de contratos temporales y/o a tiempo parcial en indefinidos y a tiempo completo, especialmente en aquellos sectores más masculinizados⁽⁴⁹⁾.

V. CONCLUSIONES

1. La discriminación por razón de género está muy presente en el ámbito laboral, especialmente en el ámbito retributivo, siendo la principal herramienta normativa

(44) Para un conocimiento en mayor profundidad de las herramientas de recursos humanos existentes, ver Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2016, pp. 18 y ss.

(45) Por todos, FALGUERA BARÓ, M. A. (2016) «Derecho a la igualdad y negociación colectiva: ¿Hablamos de contenidos?». En Moya Amador, R. (Dir.) y Serrano Falcón, C. (coord.) *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*. Navarra. Aranzadi, p. 508.

(46) NOGUEIRA GUASTAVINO, *op. cit.*, p. 30; y FERNÁNDEZ GARCÍA y UREÑA MARTÍN, *op. cit.*, p. 28.

(47) Por todos, ARGÜELLES BLANCO, *op. cit.*, p. 13.

(48) BARRIOS BAUDOR, *op. cit.*, pp. 392 y ss.; y VALDÉS DAL-RE, *op. cit.*, p. 33.

(49) FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 508.

el principio de igualdad de retribución recogido en el artículo 28 ET. Derivado de esa desigualdad salarial surge la noción de brecha salarial, para la que no existe una definición única, pero cuyo cálculo permite conocer la situación real de la empresa. Este cálculo será más o menos ajustado en función de la exactitud y concreción de los datos que se utilicen y del mayor o menor periodo temporal manejado.

2. Los factores que causan la brecha salarial se pueden agrupar en exógenos (escapan al ámbito empresarial) y endógenos (que encuentran su razón de ser en la empresa y la libertad empresarial). Dentro de los exógenos se encuentran los estereotipos y roles de género, la discriminación por género, la segregación horizontal y vertical del mercado de trabajo, la infravaloración del trabajo femenino y la conciliación familiar y la doble jornada. De entre los endógenos, el más relevante para la brecha retributiva es el sistema de clasificación profesional, que es el método de estructuración de la plantilla en grupos y subgrupos.

3. Una vez establecido el sistema de clasificación profesional, es necesario realizar una valoración de puestos de trabajo neutra y objetiva que permita conocer el valor de los distintos puestos y comprobar que aquellos con un valor igual, o al menos equivalente, perciban una misma retribución. Como la tabla salarial y los complementos también dependen del sistema de clasificación profesional, cualquier sesgo de género en su elaboración, descripción, encuadramiento o valoración provocará la aparición de una diferencia salarial entre los hombres y mujeres de la plantilla.

4. Dentro de los elementos que integran la retribución, el salario base es la principal vía de contraprestación de las funciones realizadas por la persona trabajadora y se establece según la posición ocupada dentro de la tabla salarial, por lo que un encuadramiento sesgado puede provocar que se asigne a la trabajadora a aquellos puestos más feminizados y peor remunerados. En cuanto a las gratificaciones extraordinarias, si su cuantía se establece en función del salario base, se repetirán las diferencias entre géneros existentes en la tabla salarial; mientras que cuando se establezca de acuerdo con una cuantía fija en función de la posición objetiva en la tabla salarial, la incidencia será algo menor. Las horas extraordinarias y complementarias también inciden en la brecha salarial por la menor predisposición y disponibilidad de las mujeres para su realización, lo que se debe a que sean quienes habitualmente asumen las distintas cargas familiares y domésticas. En cuanto a los complementos salariales, cabe destacar la falta de concreción en las causas y condiciones que dan origen a su percepción, así como su importante incidencia sobre la brecha salarial cuando tras la clasificación profesional hay unos criterios sesgados por género y una valoración de puestos poco objetiva. Estos complementos se clasifican en función de si dependen de la persona trabajadora (como la antigüedad, disponibilidad o asistencia), de las características del trabajo (nocturnidad, turnicidad, penosidad, entre otros) o de los resultados (como la paga de beneficios).

5. Para tratar de frenar la distancia entre salarios de hombres y mujeres, el legislador ha establecido una serie de herramientas normativas, como el registro salarial, la auditoría retributiva y la obligación de negociar planes de igualdad (o, en su defecto, medidas de igualdad). No obstante, dada su reciente regulación, aún es pronto para

comprobar su eficacia y el grado de cumplimiento de las empresas. Por tanto, la solución a la brecha salarial debe ir por otra vía, más conectada con la organización interna de las empresas y su gestión de recursos humanos, para lo que se recomienda la implantación de una serie de buenas prácticas. Dentro de las medidas destinadas al sistema de clasificación profesional, la más importante consiste en garantizar la objetividad en el diseño y valoración de los grupos profesionales, en los criterios de encuadramiento y en la elaboración del sistema de clasificación profesional, que deberá mantenerse actualizado. En segundo lugar, es recomendable actuar sobre la tabla salarial y el sistema retributivo, garantizando el principio de igualdad retributiva y evitando la implantación de complementos que valoren exclusivamente cualidades masculinas, compensando igualmente características femeninas y neutras. En cuanto a las medidas a tomar sobre el convenio colectivo, sería recomendable dotar de transparencia al proceso de negociación y a la elaboración del sistema de clasificación profesional, así como implantar medidas de acción positiva si fuera necesario. También se recomienda actuar en el seno de la organización, desarrollando políticas de recursos humanos que faciliten la detección y corrección de las diferencias retributivas e implantado la cultura de la igualdad de género en la empresa. Todas estas herramientas deben acompañarse de medidas políticas que incidan sobre el mercado laboral y sostengan los cambios empresariales, como fomentar la presencia femenina en aquellos ámbitos laborales y formativos donde estén subrepresentadas o incentivar la contratación indefinida y a tiempo completo para eliminar la precariedad en el empleo femenino.

6. Finalmente, debe tenerse presente que las relaciones laborales son algo vivo y dinámico, en continuo cambio, como también lo son los retos a los que se enfrentan las mujeres. Por ello, el futuro pasa por estar vigilantes ante esos cambios y evitar las situaciones que puedan generar un aumento en la brecha salarial, a la vez que se continúa trabajando en desarrollar las herramientas y buenas prácticas aquí recogidas. En este sentido, la reciente implantación del teletrabajo es uno de los elementos que habrá que vigilar más de cerca, ya que puede abocar a las mujeres a volver al trabajo desde el ámbito privado, a la vez que incide en la segregación horizontal del mercado laboral; pero también por su incidencia en la brecha salarial, en función del método que se establezca para valorar la productividad y el trabajo realizado.

Por tanto, es necesario lograr un cambio en el modelo de relaciones laborales que refleje el compromiso real con la igualdad de todas las personas que intervienen en ellas, alcanzando el cambio social que erradicará la desigualdad por razón de género y, por tanto, la brecha salarial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLES BLANCO, A. R., 2012. La ordenación sostenible del tiempo de trabajo: luces y sombras de las últimas reformas laborales. *Revista Internacional de Organizaciones*, Issue 8, pp. 11-29.
- BARRIOS BAUDOR, G. L., 2016. La igualdad por razón de género en los convenios respecto a la clasificación y promoción profesionales. En: *Propuestas*

- para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva. Navarra: Aranzadi, pp. 385-411.
- BELTRÁN ADELL, A., 2015. La falta, o no, de la integración de la perspectiva de género en los criterios de clasificación profesional de los convenios colectivos más representativos del sector de la industria. En: *El Derecho del trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*. Madrid: Ediciones Laborum, pp. 407-422.
- CABEZA PEREIRO, J., 2012a. Estrategias para la incorporación transversal del género en la negociación colectiva. En: *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*. Granada: Editorial Comares SL, pp. 1-32.
- CASTRO TRANCÓN, N., 2020. Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género. *Lan Harremanak*, Issue 44, pp. 278-308.
- FABREGAT MONFORT, G., 2018. La incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de negociación colectiva. En especial, en los planes de igualdad. En: *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Navarra: Aranzadi, pp. 369-390.
- FALGUERA BARÓ, M. Á., 2016. Derecho a la igualdad y negociación colectiva: ¿Hablamos de contenidos?. En: *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*. Navarra: Aranzadi, pp. 495-532.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., 2016. La igualdad por razón de género en los planes de igualdad. En: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Navarra: Aranzadi, pp. 103-132.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. & UREÑA MARTÍN, A., 2018. La igualdad en el acceso al empleo, la clasificación, la formación y la promoción profesional. En: *Trabajo, género e igualdad: Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Navarra: Aranzadi, pp. 23-64.
- GOÑI SEIN, J. L., 2020. La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial. En: *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Navarra: Aranzadi, pp. 81-115.
- IBÁÑEZ, M., 2017a. La división sexual del trabajo y las razones de la segregación ocupacional. En: *Mujeres en mundos de hombres. La segregación ocupacional a través del estudio de casos*. Madrid: CIS. Colección Monografías, pp. 35-60.
- LÓPEZ CUMBRE, L., 2018. El salario (II). En: *Derecho del trabajo*. España: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 682-692.
- MARTÍNEZ MORENO, C., 2012. Género, igualdad y negociación colectiva. En: *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*. Granada: Editorial Comares SL, pp. 33-60.
- 2019. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo SL.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., 2012. Discriminación en el acceso al empleo en las categorías profesionales, la formación y la promoción: tendencias de la negociación colectiva. En: *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*. Granada: Editorial Comares SL, pp. 91-132.
- OLARTE ENCABO, S., 2016. Discriminación retributiva. En: *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pp. 170-189.
- QUINTANILLA NAVARRO, B., 2008. Transversalidad de Género. En: *Igualdad de Género y Relaciones Laborales*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 45-87.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2018. La discriminación retributiva por causa del sexo y del género. *Documentación laboral*, I (113), pp. 7-30.
- 2020. El acceso de la mujer a puestos de liderazgo en la empresa: principales obstáculos. En: *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Navarra: Aranzadi, pp. 23-80.
- SÁNCHEZ-MIRA, N., 2017. La Brecha Salarial y las desigualdades de género en el mercado de trabajo. Una revisión de aproximaciones teóricas y aportaciones empíricas. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Volumen 4, pp. 87-98.
- SERRANO GARCÍA, M. J., 2008. El derecho a la igualdad retributiva por razón de género. En: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 121-175.
- VÁZQUEZ LOSADA, A., 2012. Gestión de recursos humanos en una institución pública. Un modelo conjunto de los sistemas de clasificación profesional, carrera profesional y de retribuciones. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*. Nueva época, Issue 7, pp. 11-49.

Diálogos jurídicos

TRABAJOS DE FIN DE GRADO

LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN TIEMPO DE PANDEMIA. BASES ROMANISTAS, ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 701 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU VIABILIDAD NORMATIVA A EFECTOS PRESENTES

PROBATE IN TIMES OF PANDEMIC. ROMANIST BASES. ANALYSIS OF ARTICLE 701 OF THE CIVIL CODE AND ITS REGULATORY VIABILITY FOR PRESENT PURPOSES

CARLOS MARÍA ANTUÑA SUÁREZ

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PRECEDENTES DEL DERECHO ROMANO.
 - 1. **Etimología y origen de la institución sucesoria.**
 - 2. **El rescripto de los emperadores Maximiliano y Diocleciano.**
 - 3. **Las vicisitudes de su traducción y glosa.**
- III. CONTENIDO GENERAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.
 - 1. **Marco positivo, evolución y reformas legislativas.**
 - 2. **La epidemia como supuesto de hecho.**
 - 3. **Validez formal Prevalencia del documento escrito al testimonio verbal.**
 - 4. **Unidad del acto de otorgamiento; reminiscencias y compensación del silencio legislativo.**
 - 5. **¿Cabe autorización del testamento en caso de epidemia escrito?**
- IV. LA POSICIÓN DEL DERECHO COMPARADO.
 - 1. **El testamento epidémico italiano; la amplitud de la cobertura testamentaria y su ratificación por el beneficiario.**
- V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este trabajo se estudia el testamento en caso de epidemia a raíz del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que aunque ha perdido su vigencia tras la finalización de sus sucesivas prórrogas el 21

de junio de 2020, el debate sobre la posibilidad de su otorgamiento y autorización sigue suscitando interés.

Abstract: This paper studies the will in the event of an epidemic as a result of Royal Decree 463/2020, of March 14, which declared the State of Alarm for the management of the health crisis situation caused by COVID-19 which, although it has lost its validity after the end of its successive extensions on June 21, 2020, the debate on the possibility of its granting and authorisation continues to arouse interest.

Palabras clave: Artículo 701, epidemia, glosa, autorización notarial.

Keywords: Article 701, epidemic, gloss, notarized authorization.

I. INTRODUCCIÓN

En este texto se efectúa un análisis del testamento en caso de epidemia como modalidad sucesoria de carácter excepcional que se hallan en nuestro derecho civil, abordando los aspectos más relevantes de su contenido para cuyo estudio crítico y detallado se ha utilizado legislación mayoritariamente civil así como monografías, artículos de revista y jurisprudencia. También ha sido inevitable abordar aspectos sobre derecho notarial e internacional público para poder explicar la naturaleza de otras figuras jurídicas que han aparecido de manera sobrevenida a lo largo de su estudio.

La importancia de este análisis no radica solo en la propia situación extraordinaria que estamos viviendo a efectos de recordar viejas formas testamentarias que se hallan vivas en nuestro derecho con más vigencia que nunca, sino también por la intención de aclarar cuestiones sobre las que aún no se guarda suficiente conocimiento. Los términos «*pandemia*» y «*epidemia*» no son jurídicamente contradictorios ante el hecho de que nuestro ordenamiento no recoja ningún testamento en caso de *pandemia* lo que implica que ambos supuestos operan bajo el mismo prisma normativo y es que para un Estado, la *pandemia* se manifiesta como una *epidemia* cuya intensidad y dimensión solo pueden valorarse por su impacto en la salud y seguridad de las personas que se hallen en su territorio.

II. PRECEDENTES DEL DERECHO ROMANO

El testamento entendido como testimonio de la mente ya partía como un acto jurídico unilateral y personalísimo de un ciudadano romano por el que se designaban sucesor o sucesores *sui iuris*, de todos o parte de sus bienes y derechos para garantizar la continuidad de la *gens* en el hijo más idóneo para sostener a la familia por su primogenitura⁽¹⁾.

(1) En este sentido, BONFANTE, P. considera de fin esencial la institución del heredero a diferencia de nuestro derecho actual. Pone de manifiesto la inexactitud de la doctrina (Schulin, Sohm y Perozzi) que derivaban el testamento a la institución como heredero de un extraño dentro de la familia: en *Instituciones*

Esta interpretación deriva de las fuentes romanas⁽²⁾, Modestino, discípulo de Ulpiano, definía el testamento como la justa expresión de nuestra voluntad respecto de lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte⁽³⁾. Pero esta definición parte de la formulada por su maestro como expresión legítima de nuestro pensamiento de manera solemne para que sea válida tras nuestra muerte⁽⁴⁾.

1. Etimología y origen de la institución sucesoria

Tras el fin a la dicotomía existente entre el derecho civil y pretorio al concederse eficacia tanto a los requisitos agnaticios del *ius civile* como a los cognaticios del pretor, el *ius novum* desarrolló avances significativos en el derecho sucesorio; por un lado, se fijaba la libertad de forma y modo de otorgar testamento ante la supresión de todas aquellas observancias innecesarias para la institución del heredero –*inatititioni heredis verborum non esse necessariam observantiam*– permitiendo el uso libre de términos para designar las últimas voluntades para así facilitar la libre disposición de bienes, escrita en cualquier instrumento y con cualesquiera palabras⁽⁵⁾, de otra, se desarrollaron nuevas fórmulas testamentarias sin presencia de testigos como el testamento ológrafo y otras que podían tanto flexibilizar como reforzar sus requisitos de otorgamiento como el testamento del analfabeto o del ciego que requerían de un octavo testigo que firmase por el testador ante el *tabularius*⁽⁶⁾.

de *Derecho romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa; revisada por Fernando Campuzano y Horma, 3.ª edición, Madrid, 1965, p. 595.

(2) En palabras de BONFANTE, P., el testamento verdadero y propio es un instituto meramente romano, en *Instituciones de Derecho romano*, op. cit., p. 597. También el testamento en caso de epidemia, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI. Volumen 2, edición revisada por ROMÁN GARCÍA, A. M. Reus, Madrid, 2015, p. 144; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 599.

(3) D.28.1.1 (*Modestinus 2 pand*): *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Traducción que ofrecen al castellano KRIEGLER, A., KRIEGLER, M., HERMANN, E. y OSENBRÜGGEN, E., publicado con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral *Corpus iuris civilis*. Español, Barcelona 1889-1898, Tomo II, Digesto.

(4) *Títuli ex corpore Ulpiani* 20.1: «*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat*». También conocido como Epítome de Ulpiano escrito hacia el 223 d.C. Disponible a 15 de marzo de 2021 en: <http://ancientrome.ru/ius/library/ulpianus/tituli.htm>

(5) Así lo recoge una constitución del emperador Constancio CJ.6.23.15 del año 339 d. C.: «*Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginariis usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexis. Nec enim interest, si dicatur "heredem Facio" vel "instituto" vel "volo" vel "mando" vel "cupio" vel "esto" vel "erit", sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem*».

(6) Con la aparición de nuevas formas de testar, PANERO, R., identifica la figura del *tabularius* con aquel funcionario ante el que debía dictarse el testamento del ciego o el que autorizaba el inventario de los

Pero de entre todas ellas, destaca el testamento otorgado en tiempo de peste como *testamentum in tempore pestis condictum*. «*Pestis*» como «*pestilentia*» son locuciones latinas por las que se identifica a las epidemias frente a otras como «*lues*» derivada de «*labes*» que significa ruina, y de «*luctus*» que se traduce por aflicción, ante la rapidez e imprevisibilidad de la enfermedad que penetraba en el cuerpo de la persona como un ataque repentino a su salud que producía inminentemente la muerte⁽⁷⁾.

2. El rescripto de los emperadores Maximiliano y Diocleciano

Hay unanimidad sobre el testamento en caso de epidemia⁽⁸⁾ cuando se identifica su antecedente más remoto en la etapa postclásica del derecho romano, en concreto, en un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 290 d.C., un tipo de constitución imperial que se basaba en respuestas escritas dadas por el príncipe a instancia de particulares o jueces en procesos controvertidos. Así pues, el texto del rescripto figura en el *Codex Repetitae Praelectionis* y se recoge de la siguiente manera en CJ.6.23.8⁽⁹⁾:

<p><i>Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Marcellino: «Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testest deterret, aliquid de iure laxatum est non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata».</i></p>	<p><i>Los mismos Augustos a Marcelino. «Por razón de caso de fuerza mayor y de nueva contingencia por temor de contagio, que aterra a los testigos, se suavizó algo en el derecho. Pero no se prohibió por completo también las demás solemnidades de los testamentos. Porque atacado de enfermedad el testador se dispensó que los testigos se juntaran y reunieran en aquel momento sin que también se suprimiera la formalidad de reunir el número de aquellos».</i></p>
---	---

bienes hereditarios para responder solo hasta donde alcanzasen éstos - *beneficium inventarii*-, en *Derecho Romano 5.ª Edición*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, *op. cit.*, pp. 618 y 631, pero desde la etapa clásica, también destaca la figura del *tabellión* en aspectos técnicos relacionados con la actividad particular de los ciudadanos romanos a los que brindaba asesoramiento jurídico, redacción de documentos y demás actividades no vinculadas al Estado que los hacía asemejarse a la función actual del notario, SÁNCHEZ MALUF, M. «La función notarial en Roma», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 8, 2003, pp. 163-164. Disponible a 19 de abril de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7009450>.

(7) En este sentido, BLANCH NOUGUÉS, J. M. recoge esta acepción de *Etimologías* de Isidoro de Sevilla que abordaba las vías de propagación de enfermedades contagiosas «*Eadem et lues a labe et luctu bocata quae tanto acuta este ut non habeat spatium temporis quio aut vita sepetur aut mors, sed repentinus languor simul cum norte venit*». La peste también recibe el nombre de *iniquina*, por el tumor que se presenta en las ingles. *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia*. CEU Ediciones, Madrid 2020, p. 21. Disponible a 27 de febrero de 2021 en: <https://www.ceuediciones.es/catalogo/libros/derecho/sermo-iuris-et-forma-mentis-in-tempore-pestilentiae-analisis-del-lenguaje-en-tiempo-de-pandemia/>.

(8) De todos, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 599. LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español: Crónica para la validez de una institución pretérita en pleno siglo XXI». *Revista General de Derecho Romano* n.º 35, 2020, p. 4, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales: I. Testamentum tempore pestis» *Estudios jurídicos «in memoriam» del profesor Alfredo Calonge*, Vol. 1, Salamanca, 2002, p. 232.

(9) Traducción que ofrecen al castellano del latín Ildefonso L. García del Corral, *Corpus iuris civilis*. Tomo V, Código de Justiniano.

Con esta regulación⁽¹⁰⁾, se suprime por primera vez el requisito de unidad del acto haciendo posible que las formalidades testamentarias requeridas se llevaran a cabo en horas y días distintos en relación con los siete testigos que acudían presencialmente. Esta fragmentación de otorgamiento responde a la complicada situación de reunir este número de testigos sobre los que pesaba un profundo temor a contagiarse al acudir individualmente o bien todos de manera separada si el lugar de otorgamiento lo permitía. En todo caso, la validez de este testamento pasaba por contar con el número de testigos exigido que en caso contrario, se determinaría un defecto de forma manifiesto. Esto se refleja también en el *Codex* cuyo rescripto recoge lo siguiente CJ.6.23.9⁽¹¹⁾:

Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Patrocliae: «Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet». Los mismos Augustos a Patroclia. «Si privilegio especial de tu patria no se dispensó observancia de las formalidades del derecho, y testigos no desempeñaron su oficio de testimonio en presencia del testador, el testamento no es válido por derecho alguno».

En el mismo año se hace hincapié en la necesidad de unidad del acto fijando la nulidad del testamento si se extralimitaba dentro de la propia relativización que admitía su otorgamiento, aunque con posibilidad de que tal vicio no produjera la invalidez del testamento si se hubiera otorgado privilegio especial por razón del lugar de otorgamiento –*si non special privilegio patriae tuae iuris*–. Esta prerrogativa por razón del territorio podría obedecer a causas muy diversas. Dentro de las más elementales se halla la propia enfermedad epidémica por la que las autoridades circunscribirían sobre el territorio o bien que ésta la padeciera *Marcellino* en cuyo interés *Patrocliae* solicitó la verificación de la validez del testamento realizado sin todos los testigos necesarios o que alguno de ellos no hubiere comparecido en el acto de otorgamiento⁽¹²⁾.

(10) En este sentido, resulta evidente el móvil para legislar en el contexto epidemiológico que asoló Roma durante la segunda mitad del siglo III d.C. La conocida como plaga de Cipriano causó más de tres millones de muertos y una gran escasez de alimentos falleciendo diariamente alrededor de cinco mil personas y causando una grave crisis política con el fallecimiento del emperador Claudio II. RODRÍGUEZ-MAFFIOTTI, M. C., MARTÍN OVAL, M. «Módulo 5 Epidemias de importancia histórica de origen incierto» *La peste. El cuarto jinete. Epidemias históricas y su repercusión en Tenerife*. Organismo Autónomo de Museos y Centros, Santa Cruz de Tenerife, 2014, p. 92.

(11) Traducción que ofrecen al castellano del latín Ildelfonso L. García del Corral, *Corpus iuris civilis*. Tomo V, Código de Justiniano.

(12) Una reflexión a la que alude LÁZARO GUILLAMÓN, C. Considera que ambos rescriptos, aun dirigidos a personas diferentes, el primero está fechado en julio de 290 y este segundo, de acuerdo con el manuscrito de Verona es del mismo día, lo que parece indicar que ambos se referían a un mismo problema que ocurrió en ese mismo día. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)» *Revista General de Derecho Romano* n.º 35, 2020, *op. cit.*, p. 9.

3. Las vicisitudes de su traducción y glosa

El análisis de las fuentes jurídicas romanas propició la aparición de nuevas interpretaciones aún más reforzadas con la modificación y desarrollo de traducciones sobre los textos originales.

Así pues, el texto original del rescripto imperial recogía la expresión «*testes enim huiusmodi morbo oppresso*» indicando que es el testador el que se halla afectado por la enfermedad, mientras que otras traducciones sobre el mismo texto añaden el participio pasivo del verbo «*opprimere*» que incorpora un sentido completamente distinto bajo la expresión «*testes enim huiusmodi morbo oppressos*» por la que se entiende que son los testigos los que están afectados por la enfermedad. Esta es una nueva interpretación contenida en las vulgatas como los Códigos de Berlín y de Casano⁽¹³⁾ aunque también se recogen otras donde el término figura como «*oppressis*» que coincidiendo con el texto de las basílicas⁽¹⁴⁾, implica una traducción fiel al texto original al entender que la enfermedad se refiere al testador y no a los testigos⁽¹⁵⁾.

La aparición de estas dos posturas contrapuestas no deriva sino de la traducción e interpretación que hicieron los glosadores de las fuentes originales en las que se enfatizaron concretos aspectos hasta darles un sentido completamente distinto. Si bien en el *testamentum pestis tempore* del CJ.6.23.8 priman las circunstancias extraordinarias de testar, tales como el temor al contagio por la población de la enfermedad contagiosa que sufre el testador hasta el punto que se permite eludir la unidad de acto, la glosa enfoca otro punto de vista que es la consecuencia que provoca la situación vírica del testador, es decir, se traslada la causa entendida como enfermedad que permite relativizar los requisitos de otorgamiento a la consecuencia de tal causa que es que los testigos no concurren simultáneamente al otorgamiento sin que ello reste validez al testamento⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, este protagonismo que alcanzan los testigos solo se ve superado por otras circunstancias excepcionales como enfermedades que puedan afectarles ya que no tiene por qué coincidir con la presente en el supuesto epidémico. Se ha

(13) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 226.

(14) Las recopilaciones del Derecho romano orientales de finales del siglo IX fueron fieles al rescripto de Diocleciano, «*Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eius ut separatim ab eo testamentum signent*» Bas.35.2.7 tal y como recoge CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad» *Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 26, 2021, *op. cit.*, p. 429. Disponible a 15 de mayo de 2021 en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/28482>.

(15) En este sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, C., «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 12.

(16) En este sentido LÁZARO GUILLAMÓN, C. alude al *Casus Vivianus* que interpreta el texto romano desde una perspectiva distinta que es la necesidad de asistencia de testigos que también pueden haber contraído enfermedades como la epilepsia, lo cual lleva a pensar que este glosador excluye por completo el temor al contagio que figuraba en el texto romano. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 10.

interpretado la necesidad corporal apremiante del testador, la ingesta de un alimento, medicamento o poción, o si algún testigo sufriera de epilepsia⁽¹⁷⁾.

Todas son situaciones sobrevenidas que pueden interrumpir el acto de otorgamiento sin invalidar el testamento, aunque parece difícil entender que el príncipe haya contemplado circunstancias tan extraordinarias como un ataque de epilepsia, que si bien provocaban un ferviente rechazo por la sociedad romana, ya se conocía que no era una enfermedad contagiosa⁽¹⁸⁾. La atención prestada por Justiniano a la epilepsia CJ.6.23.28, en un contexto testamentario en el que también se fracciona el otorgamiento cuando alguno de los testigos la sufriera, no obedece a ninguna modalidad de otorgar testamento⁽¹⁹⁾.

Es importante reflejar el contenido con el que Dionisio Godofredo⁽²⁰⁾, importante editor del *corpus iuris civilis* durante el Renacimiento, se refirió al término «*oppressos*» que fijan los glosadores de la Escuela de Bolonia frente al original, corrigiendo que tal término debe entenderse por «*oppressis*», lo que implicaría que el texto no se refiere a los testigos afectados por una enfermedad o circunstancia sobrevenida sino que estas han de recaer sobre el testador. A día de hoy, las ediciones manejadas por los romanistas prescinden de esta traducción⁽²¹⁾ procedente de la glosa y abogan por el uso de las fuentes originales, pese a la superficial diferencia entre ambas traducciones que conducen al mismo significado.

III. CONTENIDO GENERAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Los juristas que confeccionaron la recopilación legislativa peninsular no encontraron justificación para incluir alusión alguna a este testamento y es que las razones más ortodoxas para plantear una posible hipótesis a esto vienen desde el punto de vista histórico; por un lado, la omisión de este testamento durante los procesos de exégesis y codificación por parte de los glosadores en el siglo XI, los cuales no veían en las

(17) Continuando el estudio de LÁZARO GUILLAMÓN, C., *op. cit.*, p. 12, con la glosa *remissum est*, ad CJ. 6.23.8 que remite al C.6.23:28 donde se fijan esta serie de advenimientos excepcionales, lo que lleva a concluir que no es la situación del testador el que marca el ritmo del otorgamiento sucesorio sino éstas circunstancias como la epilepsia que refieren a todos los intervinientes en el acto de otorgamiento.

(18) De todas ellas, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. siguiendo a Windscheid II *Diritto delle Pandete* 3, *op. cit.* 142, nota 7, refuta tal consideración de la glosa identificándola como corriente doctrinal errónea: en «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 224.

(19) Sin restar veracidad a las conclusiones de CASTÁN, LÁZARO GUILLAMÓN, C., considera que la referencia en la glosa *remissum est*, ad C.6.23.8 implica una enfermedad grave «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 13.

(20) Todas las conclusiones que pueden derivarse del estudio de la n. 33 y 34 que este editor hace al CJ.6.23.8, LÁZARO GUILLAMÓN, C., siguiendo a GOTHOFREDI, Dionisii. *Corpus Juris Civilis Romani, Tomus Tertius, Venetiis* de 1843, «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)» *op. cit.*, p. 13.

(21) Por ejemplo, la utilizada para este estudio de D. Ildefonso L. García del Corral, *Corpus iuris civilis*. Español, Barcelona 1889-1898, en CJ.6.23.8.

epidemias la causa de sucesión especial⁽²²⁾ y de otra, el testamento en peligro inminente de muerte es de existencia aún más remota, el cual sí goza de mayor prevalencia y recepción en las fuentes históricas⁽²³⁾, incentivando la predilección de los juristas en el estudio e interpretación de esta institución y su crónica⁽²⁴⁾.

1. Marco positivo, evolución y reformas legislativas

En la tradición jurídica española⁽²⁵⁾, la sucesión testamentaria en caso de epidemia ha gozado de dependencia normativa del testamento en peligro inminente de muerte como fórmula sucesoria que se recoge de manera principal en el artículo 572 del Proyecto de Código Civil de Francisco García Goyena de 1851⁽²⁶⁾. Ambos testamentos comparten dos mismas solemnidades: presencia de tres testigos con domicilio en el lugar de otorgamiento o ante dos si permanecía el escribano como fedatario

(22) Durante el llamado Renacimiento jurídico Medieval, resulta clara la falta de esta modalidad testamentaria ya que los glosadores incidían más bien en la necesidad de concurrencia de testigos en los testamentos otorgados por enfermedad sin que ésta fuera epidémica, LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 20.

(23) Como antecedentes de este testamento está el Fuero Juzgo (Ley 10, Tít. V, Libro III) y la Novísima Recopilación (Libro XI, Título XVIII, Ley I). Mientras que en el primero recoge una enfermedad que afecta a niños de entre diez y catorce años, el segundo conserva unos puntos de conexión más propios de una auténtica regulación de este testamento extraordinario tanto por la necesidad de que los testigos sean del lugar de otorgamiento como la dificultad de reunirlos o incluso la posibilidad de testar sin presencia del escribano, fedatario público análogo al notario autorizante del testamento actual. LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 17, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV Derechos de familia y sucesiones* 9.ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *op. cit.*, p. 537.

(24) En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. sostiene que ante la carencia de cura para la peste en Roma, el testamento en caso de epidemia puede considerarse como una modalidad del testamento en peligro inminente de muerte ya que operaba en aquellos casos en los que el testador se encontraba afectado por esta concreta enfermedad. «El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil», HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (coord.), PEREÑA VICENTE, M. (dir.), DELGADO MARTÍN, P. (dir.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, 2015. *op. cit.*, p. 933. Disponible a 8 de marzo del 2021 en: https://www.academia.edu/41023256/El_peligro_inminente_de_muerte_como_fundamento_de_formas_testamentarias_extraordinarias_en_el_Derecho_romano_y_en_el_C%C3%B3digo_Civil.

(25) Todos los manuales y artículos relevantes marcan el alfa de este testamento en el proyecto de codificación civil de Francisco García de Goyena. LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 21, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 232, RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», CAÑIZARES LASO, A. (dir.), CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Código Civil Comentado*, 1.ª Edición, Cizur Menor. Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 468.

(26) El capítulo tercero que tiene por nombre «De las solemnidades de los testamentos especiales», dispone lo siguiente: «*el que se hallare en peligro inminente por efecto de un ataque o accidente repentino, que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento o ante dos con escribano; pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento, desde que el testador hubiere salido de la enfermedad o peligro*» y en el apartado segundo, finaliza disponiendo que «*La misma facultad se concede al que se encuentre en una población incomunicada, por razón de peste u otra enfermedad contagiosa*».

público de la época. En cuanto a su ineficacia, se producía a los dos meses desde que el testador saliera de tal situación infecciosa o bien, tanto desde que se reabre la comunicación en la zona afectada como desde el momento en el que el testador se traslada a otra zona no incomunicada⁽²⁷⁾.

Es evidente la inspiración de este articulado en el legislador revolucionario francés del que bebían nuestros juristas cuando en los artículos 985 a 987 del código civil de Napoleón⁽²⁸⁾ se abordan los testamentos de manera similar⁽²⁹⁾; si bien en este último se dota al testamento en caso de epidemia de una naturaleza jurídica en un artículo independiente (art. 985 CC. francés), ambos hacen referencia a la interceptación de comunicaciones por razón de peste u otra enfermedad contagiosa –*peste ou autre maladie contagieuse*–, coincidiendo también en la presencia de dos testigos ante la autoridad que daba fe pública de la disposición testamentaria, ya fuere el escribano como en el caso español, o el juez de paz y funcionarios, como en el caso francés, e incluso con mismas causas de ineficacia del testamento, aún con plazo distinto, tras restablecerse las comunicaciones en el lugar donde se encuentra el testador o desde que éste se traslade a un lugar en el que no fueron interrumpidas⁽³⁰⁾. Una regulación que sin duda, sigue la pauta y predilección del Humanismo Jurídico de los siglos XV y XVI por las fuentes originales del derecho romano⁽³¹⁾.

Existían dudas acerca de si el testador podía otorgar el testamento tanto infectado por la epidemia o con posibilidades de infectarse, vació normativo que por otro lado, cubre perfectamente el legislador francés permitiendo su otorgamiento en ambos casos⁽³²⁾. Aun no recogiénose expresamente, se considera irrelevante que el testador

(27) Tal y como dispone 573 del Proyecto «*El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones del artículo anterior quedará ineficaz pasados dos meses desde que el testador hubiere salido del peligro de muerte, o se hubiere abierto la comunicación o pasado a otro pueblo no incomunicado*».

(28) Versión original del código civil de Napoleón que otorga Gallica, *bibliothèque numérique de la Bibliothèque nationale de France (BnF)*. Disponible a 28 de abril de 2021 en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517>.

(29) «*Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de pax, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins*». Este artículo dista de la primera versión del código civil francés que se recoge en Légifrance, service public de la difusión du droit, cuya publicación de esta norma a día de 13 de mayo de 1803, sustituye el «*juge de pax*» por «*juge du tribunal d'instance*» figurando así: «*Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge du tribunal d'instance ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence des deux témoins*». Disponible a 28 de abril de 2021 en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006434293/1915-07-28/>.

(30) Conforme al artículo 987: «*Les testaments mentionnés aux deux précédents articles: deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues*».

(31) En este sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, C., aduce al testimonio de Dionisio Godofredo que sostenía que la regulación del testamento en caso de epidemia napoleónica alude directamente al *testamentum tempore pestis facto*. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 22.

(32) En atención al artículo 986: «*cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient atteints de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encoré qu'ils ne fussent pas actuellement malades*».

esté o no contagiado por la epidemia⁽³³⁾, lo cual nos hace concluir que la influencia del derecho civil francés ha sido determinante en la codificación española hasta en el sentido y alcance de la interpretación de nuestras normas civiles.

Con el Anteproyecto de 1882-1888 se dota a este testamento de una regulación normativa única asemejándose aún más con su paralelo francés⁽³⁴⁾. Tiene por novedad la confirmación de la naturaleza excepcional de la epidemia al asemejarla con «*otra calamidad pública*», extendiendo el ámbito de aplicación de este testamento a demás situaciones de fuerza mayor, infortunios y catástrofes naturales inevitables como terremotos, inundaciones, huracanes, etc.⁽³⁵⁾.

A día de 24 de julio de 1889 se aprueba el texto definitivo del Código Civil cuya simplicidad a la hora de recoger finalmente este testamento ha sido profundamente criticada⁽³⁶⁾ pero cuya redacción permanece aún parcialmente vigente: «*en caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones o mujeres*». La palabra «*igualmente*» supone una clara remisión al testamento en peligro inminente de muerte rompiendo con la tradición jurídica arquetípica que pretendía dársele imitando al legislador francés, pero lo curioso es que son más los requisitos que los separan que aquellos que les unen. Mientras que éste requiere de cinco testigos idóneos y una situación ineludible que produzca el fallecimiento del testador, el testamento en caso de epidemia no exige la previsión de muerte inminente de quien testa sino simplemente una coyuntura epidemiológica desfavorable, ya que se elimina el requisito de la incomunicación del lugar de otorgamiento presente en los anteproyectos, por lo que con su aprobación se ha de hacer referencia a la situación sanitaria del lugar en el que se encuentre el testador.

De otro lado, la referencia a la condición sexual de los testigos «*varones o mujeres*» fue suprimida por la reforma del 24 de abril de 1958 que hasta entonces marcaba una

(33) Entre otros, *vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «La sucesión testada (II): el testamento. El contrato sucesorio», DÍAZ ROMERO, M. R., ARANDA RODRIGUEZ, R., GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., MONDÉJAR PEÑA, M. I., PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI Derecho de sucesiones 2.ª edición*, Aranzadi S.A.U. Pamplona, 2020, p. 183-184.

(34) Conforme al artículo 698, «*En las poblaciones o sitios incomunicados por razón de epidemia o de otra calamidad pública, aunque el testador no se halle enfermo, podrá otorgarse testamento ante Notario y dos testigos idóneos y, a falta de Notario, sin necesidad de justificarla, ante el Juez Municipal o el Cura de la parroquia y los mismos dos testigos, o ante tres testigos idóneos sin estos funcionarios*», disposición que proporciona LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia». *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 90, 2020. Disponible a 20 de febrero de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464747>.

(35) En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. considera que este precepto histórico refleja una literalidad idéntica a la que recoge el artículo 609 del Código Civil italiano, «*Formas testamentarias post-clásicas especiales (...)*», *op. cit.*, p. 232.

(36) En este sentido, CASTÁN identifica esta regulación como simplista y poco acertada, al menos en comparación con los anteriores proyectos y, pese a la excepcionalidad de la situación, posee aún menos solemnidades que el testamento hecho en peligro inminente de muerte. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., lo cita así «*op. cit. Edición 1973, p. 124*», en *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 600.

diferencia entre ambos testamentos extraordinarios; si bien se reconocía la posibilidad de que las mujeres comparecieran como testigos en los testamentos en caso de epidemia, no sucedía lo mismo en el resto de casos como con los hechos en peligro inminente de muerte que antes de la reforma establecía el artículo 681 del Código Civil y que hasta hoy regula los impedimentos para atestiguar en los testamentos abiertos. Hasta su entrada en vigor, las mujeres compartían la misma imposibilidad testifical que discapacitados, menores de edad y condenados por delitos de falsedad documental. Esta fue la última reforma del Código Civil que afectó al artículo 701 aunque su contenido normativo siguió modificándose a través de otras disposiciones normativas.

Con la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria que afectó a los artículos 703 y 704 del código, se modificó el lugar de protocolización de estos testamentos pasando de los tribunales, como recogía la vieja redacción, a los notarios, independientemente de que acudieran o no a su otorgamiento y manteniéndose el mismo plazo para autorizarlo desde el fallecimiento del testador. Sin embargo, la auténtica novedad de esta reforma fue la introducción de una serie de disposiciones relativas a la adverbación, apertura y protocolización de testamentos otorgados en forma oral en la Ley 28 de mayo 1862 del Notariado (LN) por la que se permitió constar las últimas voluntades mediante dispositivos de voz o vídeo con audio, siempre que fuesen tomadas al otorgarse el testamento y admitiesen su válida reproducción (art. 64.3 LN)⁽³⁷⁾.

Sin embargo y pese a su escasa reforma legislativa, la existencia de esta modalidad testamentaria que se presentaba de manera imprescindible durante todo el proceso codificador del siglo XIX, entró en declive durante la segunda mitad del siglo siguiente hasta el punto de que su mantenimiento en el ordenamiento jurídico estuvo realmente cuestionada en alguna ocasión y que cuyo debate se producía incluso a tenor de reformas sobre otras materias que disponía el código⁽³⁸⁾.

2. La epidemia como supuesto de hecho

Una epidemia supone un aumento anormal de casos de una enfermedad determinada en una población específica, en un periodo determinado⁽³⁹⁾ o una consolidación simultánea de múltiples brotes en una amplia zona geográfica y generalmente, implica la ocurrencia de un gran número de casos nuevos en poco tiempo, mayor

(37) «A la solicitud se acompañará la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento».

(38) Así lo acredita LÓPEZ GALIACHO PERONA, J. durante los debates sobre la reforma del Código civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en orden a la aplicación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo para eliminar viejas discriminaciones terminológicas entre hombres y mujeres, se planteó también la posibilidad de eliminar este testamento por haber caído en desuso. En «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia». Disponible a 21 de febrero de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464747>.

(39) En el caso de la Real Academia Española, ni siquiera se habla de población sino de «enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas», voz «epidemia», *Diccionario de la Lengua Española*, 20.^a Edición, 2001, p. 940.

al número esperado⁽⁴⁰⁾. En cuanto a pandemia, es la transmisión de la epidemia por varios países, continentes o por todo el mundo y que generalmente afecta a un gran número de personas⁽⁴¹⁾. Frente a esta concepción de infección extendida por muchos países, se halla otra por la que basta simplemente con que afecte a casi todos los individuos de una localidad o región⁽⁴²⁾.

De la primera definición destaca curiosamente la falta de calificación de la enfermedad como contagiosa al igual que no depende de que afecte a un país expresamente sino a una «*población específica*» o «*amplia zona geográfica*». La carencia de matices estatales sobre estas definiciones se justifica por la existencia de los denominados Territorios No Autónomos⁽⁴³⁾, aquellos que carecen de gobierno propio frente a los que nada obsta a que sus provisionales potencias administradoras responsables declaren la crisis sanitaria cuando fuere necesario.

Estas concepciones de epidemia distan bastante de las que manejan los juristas que la conciben como un supuesto de enfermedad de altas tasas de mortalidad, contagiosa y de difícil profilaxis⁽⁴⁴⁾, además de alejarse de la tradición normativa que recogían los proyectos de codificación civil del siglo XIX⁽⁴⁵⁾, lo cual implica que para superar la disparidad y sus consecuencias entre tales posiciones se ha de valorar la necesidad y viabilidad de que la epidemia se declare por un organismo judicial o autoridad pública a la que la ley invista de tal legitimación⁽⁴⁶⁾.

(40) Así es la definición que da la OMS de manera indistinta a la de «*brote*». «COVID-19 Glosario sobre brotes y epidemias. Un recurso para periodistas y comunicadores». Disponible a 16 de marzo de 2021 en: <https://www.paho.org/es/node/70518>.

(41) Nuevamente en «COVID-19. Glosario sobre brotes y epidemias. Un recurso para periodistas y comunicadores». Disponible a 16 de marzo de 2021 en: <https://www.paho.org/es/node/70518>.

(42) «*Enfermedad epidémica que se extiende por muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región*», una definición de la Real Academia de la Lengua Española que añade ambigüedad a la recogida por los Organismos Internacionales ya que podría identificarse como pandemia la que afectase a la totalidad de la población de un Estado. Diccionario de la Lengua Española, 20.^a Edición, 2001, p. 1664, voz: pandemia.

(43) La ONU mediante la resolución 66 (I) de 14 de diciembre de 1946 incluye una lista de setenta y dos Territorios No Autónomos que a día de hoy siguen figurando en este programa por el Comité Especial de Descolonización. «Non-Self-Governing Territories» *The United Nations and Descolonization*. Disponible a 17 de marzo de 2021 en: <https://www.un.org/dppa/decolonization/en/nsgt>.

(44) Hay quien opta por interpretaciones más sencillas al tenor del artículo 701 del Código para que exista esa forma extraordinaria de testar, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (artículos 609 a 1087)», *op. cit.*, p. 470, VELA SÁNCHEZ, A. J. aludiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, en «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales» *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020, p. 2.

(45) En cuanto a antecedentes normativos, el anteproyecto de Francisco Goyena ya recogía en su artículo 572 el requisito para otorgar el testamento era la incomunicación del testador «*por razón de peste u enfermedad contagiosa*».

(46) Entre otros, CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"» *Diario La Ley*, n.º 9645, 2020, p. 5; VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales» *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020, *op. cit.*, p. 3, LÁZARO GULLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, pp. 26 y 27, PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de*

El silencio del legislador español ante tal cuestión ha tratado de suplirse desde posturas doctrinales contrapuestas⁽⁴⁷⁾: una, por la que se prioriza el arbitrio de los tribunales para detectar los notorios síntomas de una enfermedad epidémica (letalidad, altos índices de contagios, etc.) a la que se añaden otros como la alteración de la convivencia social, pánico colectivo, etc., de tal manera que la validez de su otorgamiento se hallaría dependiente del poder judicial; y otra, que pugna una necesidad de constancia oficial en aras de la seguridad jurídica que presenta la norma al quitar peso a los falsos rumores, exageraciones y abusos que de manera subjetiva influyen en las personas para evitar recurrir a este testamento de forma indebida y, por tanto, se ha de relativizar el peso de la opinión pública sobre la sociedad en favor de declaraciones oficiales que disipen los climas de incertidumbre creados, dudas y pesares que recayesen sobre los plazos de caducidad de cara a su otorgamiento aunque lo relativo a su invalidez y demás requisitos formales se siguiera previendo en la norma.

Esta primera postura, que prima la declaración judicial frente a la ejecutiva o administrativa para constatar los síntomas y evidencias de la epidemia, parece predecesora de la segunda, al ser abogada por los civilistas clásicos⁽⁴⁸⁾, que si bien algunos reconocen su carácter menos garantista para fijar los plazos de caducidad e ineficacia, al no exigir el artículo en cuestión que la epidemia sea declarada oficialmente y ante el hecho de que ésta misma pueda declararse más tarde de lo debido, ven en ella menos juicios arbitrarios que la que se declara por el poder político, siempre y cuando los tribunales aprecien la existencia de la enfermedad con severa evidencia ya que de ella depende la validez de este testamento⁽⁴⁹⁾. En todo caso, la fecha tanto de declaración como de cese de la epidemia, dependería de la apreciación de los tribunales en virtud de las pruebas que se aporten.

Sin embargo, mientras que en lo relativo a este punto las disputas doctrinales siguen vigentes, la práctica jurídica ha hecho que la interpretación adoptada por los

Madrid, n.º 6, p. 112. Disponible a 17 de marzo de 2021 en: <https://www.otrosi.net/hemeroteca/numero-6-2020-7a-epoca>.

(47) La agrupación de las dos posturas sobre el punto más conflictivo en la doctrina española en esta materia testamentaria, primando la que defiende la declaración institucional y que propugnan tratadistas como OSORIO MORALES, J. (cit., p. 97 y 98), PUIG BRUTAU, J. (op. cit., p. 152) y GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (op. cit., p. 242), tal y como recoge RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, p. 603.

(48) Entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBUBILLA, F. de A. «Las particulares formas testamentarias. El testamento» *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, cuarta edición revisada por RAMS ALBESA, J. Dykinson, Madrid, 2009, p. 181.

(49) En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., indica el inicio de la epidemia cuando, de carácter rogado, los tribunales perciban sus efectos en la población que de manera directa se manifiesta con más celeridad que su percepción por parte de las autoridades o funcionarios competentes para declararla en virtud de las leyes de Sanidad. «Los particulares regímenes sucesorios. la sucesión testamentaria, forzosa, intestada, contractual y excepcional.- sección segunda.- clases y formas de testamentos. vii.- testamento en tiempo de epidemia» *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI. Volumen 2*, Reus, Madrid, 2015, p. 112.

clásicos haya sido superada a día de hoy⁽⁵⁰⁾ al primar la necesidad de una fecha fija declarada por las autoridades oficiales como garantía para determinar el plazo de caducidad e ineficacia, si se diere y es que, si bien la propia norma recoge el plazo de caducidad del testamento pasados los dos meses desde que hubiere cesado la epidemia (art. 703 CC.), no se recoge normativamente quién la declara o desde qué momento comienza este período. Por tanto, coincidimos con la doctrina mayoritaria en que la dificultad para fijar un término desde el que esta modalidad sucesoria tuviera validez solo es posible a través de una declaración oficial, tanto de inicio como de cese de este período excepcional que permita así superar la incertidumbre y dudas que quedarían desde todo punto contrastadas con la declaración como prueba de la existencia de la epidemia⁽⁵¹⁾. En la práctica, tal duda ha sido superada por la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la COVID-19⁽⁵²⁾ desde el pasado mes de marzo del 2020.

De otro lado, el otorgamiento de este testamento excepcional corresponde tanto al testador que se halle infectado por la enfermedad epidémica como aquél que se encuentre en riesgo de contraerla⁽⁵³⁾ e incluso, falleciendo de otra distinta a la reflejada por la declaración sanitaria o de accidente común tras su otorgamiento⁽⁵⁴⁾. El artículo 701 del código parte como presupuesto de hecho la existencia de epidemia, pero no aduce a condición personal alguna que deba reunir el testador, siendo suficiente con que se declare la situación de crisis sanitaria en el lugar de otorgamiento del testamento y los testigos verifiquen su capacidad⁽⁵⁵⁾.

(50) Así pues, se equipara la declaración de epidemia con el Estado de Alarma efectuado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 para otorgar esta modalidad testamentaria hasta el día 20 de julio de 2020 a las veinticuatro horas tras el fin de la sexta prórroga efectuada por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, tal y como sostiene Alfonso de la Fuente Sancho, Notario de San Cristóbal de la Laguna, *Informe Oficina Notarial marzo 2020. Testamento en tiempo de Epidemia y ológrafo*. Disponible a 21 de marzo de 2021 en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo/#practica>

(51) PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, *op. cit.*, p. 112.

(52) Si bien la declaración del Estado de Alarma del 14 de marzo por el Real Decreto 463/2020 no concretó el cese del servicio notarial, por omisión éste junto con otras actividades, fueron declarados esenciales manteniéndose esta en la Ley 10/2020, de 29 de marzo, para reducir la movilidad de la población durante la pandemia, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad», *op. cit.*, p. 457.

(53) Partiendo de los clásicos, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, p. 181, CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI*, p. 112 y contemporáneos; RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», *op. cit.*, p. 470, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «La sucesión testada (II): el testamento. El contrato sucesorio», *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI. Derecho de sucesiones*, *op. cit.*, p. 183.

(54) LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones.*, *op. cit.*, p. 181.

(55) Esta es una obligación que deriva del párrafo segundo del artículo 685, por el que «los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad».

Un supuesto problemático sería analizar el testamento correspondiente a quien se halla en peligro de muerte por una enfermedad declarada como epidemia⁽⁵⁶⁾. En tal caso, podría aplicarse el testamento en caso de epidemia si se trata del supuesto de hecho más adaptable a su norma, pero nada obsta a que pudiera aplicarse el testamento en peligro inminente de muerte en favor de las garantías probatorias que aportan la concurrencia de cinco testigos y no tres, como ocurre con el testamento en caso de epidemia⁽⁵⁷⁾.

3. Validez formal. Prevalencia del documento escrito al testimonio verbal

Las exigencias formales de este testamento han permanecido inalterables desde la redacción primigenia del precepto que la regula hasta el punto de que la doctrina tanto clásica como actual coinciden en todos aquellos aspectos que se derivan de su literalidad normativa como ocurre con los requisitos de otorgamiento para su validez que marca el artículo 702 CC., y que a su vez comparte con el testamento en peligro inminente de muerte.

Conforme este artículo, el testamento se escribirá «*siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir*». En este sentido, este testamento permite una doble forma de otorgamiento; escrito como regla general por la que aboga la propia redacción del código y otra oral, de carácter subsidiaria cuando se produzca una extrema imposibilidad material⁽⁵⁸⁾ que puede ser tanto de manera subjetiva, cuando la agrafía afecte a testador y testigos por igual, u objetiva, por sucesos ajenos a las partes que imposibiliten el otorgamiento del testamento como circunstancias de tiempo, lugar y demás factores que influyan a la persona⁽⁵⁹⁾.

En un primer momento, parece completamente indiferente que el propio testador se halle impedido por alguna de estas imposibilidades que afecten a su capacidad porque, a tenor de este artículo, la redacción del testamento va a corresponder, en

(56) De llegarse a cumplir este presupuesto, prevalecerían las condiciones requeridas para utilizar el testamento en peligro inminente de muerte. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI., op. cit.*, p. 112.

(57) Un conflicto que nos aporta VELA SÁNCHEZ, A. J. decantándose por la aplicación del testamento epidémico por su mayor proximidad con el supuesto de hecho que marca la norma y aunque la enfermedad infecciosa también provoca la muerte, sus menores requisitos formales y dos testigos menos a comparecer en el otorgamiento hacen completamente procedente recurrir a este testamento excepcional. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», *op. cit.*, pp. 4 y 5.

(58) Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. este requisito que recoge la jurisprudencia supone que el incumplimiento del otorgamiento escrito debe suplirse con una interpretación más flexible por parte del código reconociendo así la fórmula oral. En todo caso, debe ser de manera excepcional pues el Tribunal Supremo justifica la necesidad de documento escrito para evitar los excesos y falsedades que favorecen la simplicidad de estas fórmulas testamentarias. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, p. 181.

(59) RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», *op. cit.*, p. 472.

primer lugar, a los testigos que comparecen en el acto de otorgamiento siempre que fuere posible y en caso contrario, por un tercero ajeno a la índole testamentaria reforzando el papel testifical de los testigos a efectos probatorios de la voluntad del testador⁽⁶⁰⁾. Aún firmado por testigos y testador, no se encuentra dentro del presupuesto legal de forma *ad solemnitatem*, sino *ad probationem* y es que, al otorgarse sin fedatario público, constituye una mera prueba del acto testamentario⁽⁶¹⁾ hasta que no se produzca su autorización notarial, punto a partir del cual nace a efectos constitutivos el acto mismo que de otra, resultará ineficaz (art. 703 y 704 CC).

Sin embargo, también se aduce a la autonomía de la voluntad del testador si no estuviera impedido por ninguna de estas imposibilidades materiales para después entregarlo a uno de los tres testigos declarando a su vez, que en el documento en cuestión se hallan sus últimas voluntades en presencia de los demás⁽⁶²⁾. De otro lado, cuando el artículo sostiene la validez del testamento no escrito aunque los testigos no sepan escribir podría tratarse de un error por parte del legislador, pues no tiene sentido la validez del testamento no escrito, aunque los testigos no sepan escribir⁽⁶³⁾. Quizá la interpretación más adecuada del artículo sea la que se formula *a sensu contrario*⁽⁶⁴⁾, es decir, si la comparecencia de testigos no afecta a la validez del testamento no escrito, serán éstos los que lo redacten de manera supletoria ante la imposibilidad del testador para escribirlo.

En cuanto a la posibilidad de otorgar testamento de manera oral, se trata de una posibilidad que no deriva solo del artículo 702 CC., sino también de la propia redacción primitiva del artículo 703 CC⁽⁶⁵⁾, anteriormente contemplada como última *ratio*⁽⁶⁶⁾ y que exigía confiar en la memoria de los testigos presentes en el acto de

(60) Varios autores; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones, op. cit.*, p. 181; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., siguiendo a GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (*op. cit.*, p. 258) *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial, op. cit.*, p. 606.

(61) VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», *op. cit.*, p. 7.

(62) LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 24.

(63) Una interpretación que nos ofrece LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J, concluye que la verdadera redacción del precepto es que en caso de no poder escribirse, sea válido aunque los testigos «sí» supieran escribir. Este autor defiende la simultaneidad de testador y testigos para redactar el texto testamentario. «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia». Disponible a 20 de febrero de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464747>.

(64) En este sentido CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"» p. 2.

(65) Así rezaba del artículo antes de su única reforma por la Disposición Final 1.62 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria: «Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente».

(66) Siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ, J. J., aduciendo a una corriente mantenida por el Tribunal Supremo (STS de 2 de julio de 1977 [RJ 1977, 3256]), sobre el artículo 702, conforme el cual, estos testamentos extraordinarios solo se podrán otorgar de forma oral cuando por la urgencia del caso no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento lo que no obsta a que los testigos con posterioridad puedan consignar

otorgamiento. A día de hoy, este inconveniente ha sido superado con la incorporación del artículo 64.3 de la Ley del Notariado efectuada por la Ley 15/2015 permitiendo que el contenido del testamento conste en instrumentos tecnológicos audiovisuales tomados durante el otorgamiento para su posterior adveración y protocolización por la legislación notarial.

Por tanto, se contempla la posibilidad de que el testamento se redacte tanto por el testador como por los tres testigos que concurren en el acto de otorgamiento, de manera manuscrita o mecánica⁽⁶⁷⁾ con la jerarquía de forma que marca en el artículo 702 CC. Al no intervenir fedatario público, es recomendable que sea escrito para, tras el fallecimiento del testador, entregarlo al notario a fin de que se autorice en la forma que fije la legislación notarial (art. 704 CC). Incluso se contempla la posibilidad de que, al ser redactado de puño y letra por el testador, cumpla los requisitos del testamento ológrafo (art. 688 CC.)⁽⁶⁸⁾, situación con ventajas tales como la carencia de testigos para su otorgamiento y un mayor plazo de autorización notarial.

4. Unidad del acto de otorgamiento; reminiscencias y compensación del silencio legislativo

Mientras que el legislador primigenio ya previó el distanciamiento social⁽⁶⁹⁾ a la hora de concurrir los testigos necesarios para el otorgamiento de este testamento de cara a garantizar su validez ante el profundo temor al contagio entre la población, el testamento en caso de epidemia español parece haber abandonado sus precedentes romanistas, no solo por la completa omisión en su concreta regulación a la unidad del acto sino también porque las interpretaciones que se han hecho de él descartan

por escrito las manifestaciones que el testador hizo suscribiéndolas con su firma y cuando los testigos no sepan escribir, lo cual implica que han de conservar en su memoria las manifestaciones testamentarias hasta el momento de hacer la declaración ante el juez para su posterior elevación a escritura pública y protocolización. *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial, op. cit.*, p. 607.

(67) Entre otros, VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», *op. cit.*, p. 7; LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 24. CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"», *op. cit.*, p. 2; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. «¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?» *Diario La Ley*, n.º 95498, 2020, p. 2. Disponible a 22 de marzo de 2021 en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/03/20/como-puedo-hacer-testamento-durante-la-crisis-del-coronavirus>.

(68) «El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma».

(69) Así lo sostiene LÁZARO GUILLAMÓN, C. siguiendo a AMELOTTI, MARIO. *El testamento romano...*, cit., p. 79 y 243, la relativización de requisitos para otorgar este testamento fue para mitigar costumbres y tradiciones infamantes de determinados lugares del Imperio que afectaban a las demás modalidades testamentarias romanas. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 9.

totalmente este requisito insigne tanto en su necesidad como excepcionalidad. En este sentido, hay que partir de que las lagunas normativas sobre determinadas instituciones de nuestro derecho, generalmente se suplen con la interpretación y extensión que hacen los tribunales y juristas sobre su naturaleza y efectos, articulándolas con otras normas de un mismo o distinto cuerpo legal.

Así pues, este testamento admite una doble clasificación: como testamento excepcional dentro de la teoría general del testamento⁽⁷⁰⁾ y de manera más específica, como testamento especial dentro de la categoría de los testamentos abiertos⁽⁷¹⁾, la cual se justifica por el encaje normativo que le ha asignado nuestro código⁽⁷²⁾, lo que implicaría la aplicación de las normas relativas al testamento abierto en todos aquellos aspectos que no estuviesen contemplados expresamente. Esta segunda clasificación parece la más favorable para delimitar un marco normativo supletorio para este testamento que se refuerza aún más por su compatibilidad con la definición de testamento abierto que dispone el código⁽⁷³⁾, cuyos requisitos son coincidentes ya que al igual que el testamento en inminente peligro de muerte, es un testamento abierto sin intervención notarial que se otorga en la especial situación de que exista una epidemia⁽⁷⁴⁾.

De otro lado, son claras las reivindicaciones que abogan por una remisión expresa al artículo 701 CC., que incluya tal regla de supletoriedad⁽⁷⁵⁾ y que debería incluir la posibilidad de otorgar este testamento ante el notario del domicilio habitual o

(70) Clasificación mantenida por la doctrina clásica que critica la distinción de testamentos que hacen los artículos 676 y 677 del código ya que si bien los testamentos comunes son los que pueden utilizar todas las personas y los especiales no, hay formas testamentarias como el testamento que aquí nos ocupa que obedece a circunstancias objetivas y que están dentro de lo que el legislador denomina comunes. Es por ello por lo que CASTÁN TOBEÑAS, J. y GONZÁLEZ PORRAS, J. M. incluía este testamento entre los excepcionales desde su regulación en el código. CASTÁN TOBEÑAS, J. (autor) edición revisada por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. *Derecho civil español, común y foral tomo VI: Derecho de sucesiones volumen I: la sucesión en general. la sucesión testamentaria*. Reus, S.A. Madrid, 2010, GONZÁLEZ PORRAS, J. M. *Curso de Derecho civil IV Derechos de familia y sucesiones*, pp. 535 y 536.

(71) De todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 172; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. «¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?», op. cit., p. 2.

(72) Este testamento se regula en el Libro tercero, de los diferentes modos de adquirir la propiedad, Título III. De las sucesiones, Capítulo primero de los testamentos, sección quinta, del testamento abierto.

(73) Conforme al artículo 679 del código: «*Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone*».

(74) Varios autores, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 183.

(75) En este sentido PÉREZ RAMOS, C., aporta esta propuesta de reforma del Consejo General del Notariado junto con sucesos acaecidos en el devenir de su experiencia profesional como justificación de la necesidad de que se recoja una modalidad de este testamento con intervención notarial debido a que, más allá de que las omisiones formales provoquen su nulidad, las últimas voluntades del testador que recurre a este testamento suelen reflejarse con cierta dificultad que se puede posteriormente traducir en una válida ordenación sucesoria. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, p. 115.

accidental del testador mediante videoconferencia a través de la sede electrónica notarial, quedando sujeto en su expresión documental a las normas del testamento abierto notarial sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 703 de cuyo contenido deberá dejarse constancia explícita en el instrumento.

La regulación de los testamentos abiertos por el Código Civil es absoluta y tajante al disponer de la unidad del acto como una formalidad exigida a los tres testigos en el tiempo y lugar de otorgamiento con la salvedad de que concurra accidente pasajero (art. 699 CC.)⁽⁷⁶⁾, a lo que se acompaña la exigencia de que su autorización oral por el notario dependa de las declaraciones de los testigos que deberán acreditar no solo la concurrencia de causa legal para su otorgamiento sino también la escucha simultánea de todas las últimas voluntades del testador ya fueren de palabra, o bien dando o leyendo su contenido en alguna nota o memoria (art. 65.3.3.º LN). Estos testigos acentúan su valor probatorio disipando cualquier tipo de duda o incertidumbre por parte del notario autorizante para así evitar que haya lugar a posteriores discrepancias interpretativas⁽⁷⁷⁾.

Así pues, este requisito operaría para todas las formas posibles de otorgar este testamento, incluida la de manera oral. Si bien el propio código prioriza su escritura, ya sea por el testador como por los testigos intervinientes, la unidad del acto parte de la presencia simultánea de todos ellos desde la manifestación de la voluntad del testador hasta la comprobación de la intención de testar, escritura y firma del testamento⁽⁷⁸⁾. En el caso de que su otorgamiento fuere por escrito, no es necesario que los testigos firmen mientras el testador refleja sus últimas voluntades aunque es recomendable que, ante la falta de firma por parte de éste, los testigos firmen por sí uno de ellos o bien todos, fueren premorientes al testador, de lo contrario, el notario no podría protocolizarlo al no tener modo alguno de verificar los requisitos que marca el artículo 701 CC., lo que daría lugar a que el testamento en caso de epidemia sea ineficaz desde su otorgamiento⁽⁷⁹⁾.

5. ¿Cabe autorización del testamento en caso de epidemia escrito?

Otro inconveniente es que nuestro legislador no contiene una regulación específica para su autorización al preverse solo para el testamento cerrado, el testamento ológrafo

(76) «Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero».

(77) CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"» p. 2.

(78) SERRANO CHAMORRO, M.ª E. «COVID-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos» *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4, 2020, p. 311. Disponible a 23 de marzo de 2020 en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/567>.

(79) LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 25.

y el testamento otorgado en forma oral, de los cuales, nuestro testamento solo tiene encaje normativo en los dos últimos⁽⁸⁰⁾. Sin embargo, el paso del otorgamiento a su autorización notarial parte de una incoherencia evidente al no preverse el supuesto de que el testamento, aun siendo escrito, no reúna los requisitos del testamento ológrafo, situación que se halla desamparada por nuestro ordenamiento al no haber expediente específico para testamentos escritos que no sean ológrafos o cerrados. Ante esto, se acude supletoriamente a las normas de autorización de los testamentos orales⁽⁸¹⁾.

Este conflicto puede solventarse también entendiendo que estos testamentos no obedecen a otra adveración y protocolización que no sea la de los expedientes de los testamentos orales descartando radicalmente el expediente para el testamento ológrafo al entender que si esta modalidad testamentaria cumple con los requisitos que marca el artículo 688 CC., para el testamento ológrafo ya no serían aplicables las exigencias normativas del testamento en caso de epidemia y su naturaleza quedaría fagocitada por este testamento autobiográfico⁽⁸²⁾. Y es que los testamentos ológrafos no han dejado de utilizarse a lo largo de la crisis sanitaria, concretamente por aquellos notarios que ven demasiados inconvenientes en el testamento en caso de epidemia ante la necesidad de testar por parte de algunas personas que si bien parten de la idea de formular cualquier testamento, han tenido que renunciar al tipo de testamento que exigían en favor de otros más acordes a las imperantes circunstancias del momento⁽⁸³⁾.

En definitiva, las dos formas de otorgamiento que permite este testamento quedan cubiertas por las reglas de la adveración y protocolización notarial introducidas por la reforma del Código civil del 2015, aunque en el caso de que el testamento fuere escrito no parece razonable identificarlo bajo esta modalidad extraordinaria si tanto su proceso de elevación a escritura pública como su naturaleza a la hora de pasar por esta autorización *ad solemnitatem*, vaya a guiarse por las reglas del testamento ológrafo. Sin embargo, puede llegarse a la conclusión de poder mantener la esencia del testamento escrito en caso de epidemia una vez autorizado aunque fuere por el procedimiento ológrafo ante la flexibilidad de la práctica notarial a la hora de acoger la autorización de estos testamentos incluso por vías electrónicas y ajenas a los requisitos que marca el artículo 688 CC., lo que puede dar lugar a que este proceso de autorización no tenga impacto alguno sobre la denominación de este testamento.

(80) PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid, op. cit.*, p. 114.

(81) PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, p. 114.

(82) VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», p. 7.

(83) Siguiendo a PÉREZ RAMOS, C., la situación generada por la COVID-19 en sus periodos más aciagos, ha hecho que ante las llamadas telefónicas que recibían las notarías por parte de personas gravemente hospitalizadas que pedían ayuda para testar, los notarios hayan optado por dictar testamentos ológrafos durante la llamada. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid, op. cit.*, p. 115.

IV. LA POSICIÓN DEL DERECHO COMPARADO

Existen pocas legislaciones europeas que contemplen el testamento en caso de epidemia y las que lo hacen parten de materializar el anhelo con el que los juristas españoles pretendían recogerlo en la primera redacción del Código Civil. Sin embargo, todas ellas requieren para su otorgamiento de la presencia de notario o figura análoga y prohíben de manera implícita el otorgamiento exclusivamente ante testigos.

1. El testamento epidémico italiano; la amplitud de la cobertura testamentaria y su ratificación por el beneficiario

El código civil italiano prevé este testamento en la sección II relativa a los testamentos especiales, donde se regula el testamento en caso de enfermedades infecciosas, calamidad pública o infortunios – *malattie contagiose, calamità pubbliche o infortuni*– supletorio respecto de los testamentos ordinarios que fijan arts. 601 y ss. CCI⁽⁸⁴⁾. En concreto, el artículo 609 parte de que el testador se halle en un lugar afectado por una enfermedad infecciosa, pública calamidad o infortunio, fijando la validez del testamento en que se realice por un notario, juez de paz del lugar, alcalde o semejante, o sacerdote, ante la comparecencia de dos testigos mayores de dieciséis años⁽⁸⁵⁾. Su forma ha de ser escrita, firmado por el testador y testigos que, en caso de no poder hacerlo, solo han de indicar la causa de tal impedimento.

Se trata de un supuesto análogo al testamento que establecía el anteproyecto de 1882-1888 por la amplitud de supuestos en los que se puede otorgar (calamidad pública o infortunio), por mantener el esquema de fedatario público, juez y sacerdote pero con supletoriedad respecto del primero y por la necesidad de otorgamiento ante notario junto con dos testigos idóneos en cuya ausencia, será el juez o autoridad religiosa.

En lo relativo a su eficacia, no se guarda ningún tipo de analogía con cualquiera de sus regulaciones en el derecho español. El artículo 610 del código italiano establece un período de eficacia de tres meses desde que cesa la causa que impide al testador valerse de los testamentos ordinarios y, en caso de fallecimiento durante este período, el testamento ha de ser depositado en la notaría del lugar donde se hubiere

(84) Para este análisis comparativo de ambas instituciones, se utilizará una edición del código civile italiano por real decreto de 16 de marzo de 1942 n. 262 Approvazione del testo del Codice civile actualizado a marzo de 2000. Disponible a 13 de abril de 2021 en: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html.

(85) « *Quando il testatore non può valersi delle forme ordinarie (601 e seguenti), perché si trova in luogo dove domina una malattia reputata contagiosa, o per causa di pubblica calamità o d'infortunio, il testamento è valido se ricevuto da un notaio, dal pretore o dal conciliatore del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a sedici anni. Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve; è sottoscritto anche dal testatore e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa*».

realizado⁽⁸⁶⁾. Ni el plazo, ni el supuesto de hecho que inicia su eficacia coinciden con el fijado en el derecho español y como novedad, el artículo italiano no fija un plazo determinado para presentar el testamento ante el notario autorizante a diferencia de los tres meses que marca el código español a partir del momento de su fallecimiento producido en este intervalo de eficacia que transcurre desde que aparecen las imposibilidades de otorgar testamento ordinario hasta transcurridos tres meses.

En conclusión, todo parece indicar la escasa reforma que ha tenido este testamento en el derecho civil italiano aunque sigue contemplando ciertas singularidades que no se ven en ningún otro régimen normativo como que el testamento sea válido aunque no lo redacte ni testador ni testigos, sino el beneficiario – *Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve*– o sin constar la firma de ninguno de éstos siempre que se reflejare la causa de tal ausencia – *Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa*– y en todo caso, la extensión en cuanto al otorgamiento de este testamento a otro tipo de acontecimientos de fuerza mayor que fija la legislación italiana parte de una línea perdida por nuestro legislador, previa a la promulgación de Código Civil pese a ser una posición de buen encaje normativo y que gozaba de buena salud por parte del pensamiento jurídico español⁽⁸⁷⁾.

V. BIBLIOGRAFÍA

BLANCH NOUGUÉS, J. *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia*. CEU Ediciones, Madrid 2020, pp. 18-21.

BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa; revisada por Fernando Campuzano y Horma, 3.^a edición, Madrid, 1965, pp. 595-597.

CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la «nueva normalidad»» *Diario La Ley*, n.º 9645, 2020.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales: 1. Testamentum tempore pestis» GARCÍA SÁNCHEZ, J. (coord.), DE LA ROSA DÍAZ, P. (coord.), TORRENT RUIZ, A, J. (coord.), CALONGE MATELLANES, A. (hom.) *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. 1, Caja Duero, Salamanca, 2002, pp. 213-235.

– «El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil», HERAS

(86) «*Il testamento ricevuto nel modo indicato dall'articolo precedente perde la sua efficacia tre mesi dopo la cessazione della causa che ha impedito al testatore di valersi delle forme ordinarie. Se il testatore muore nell'intervallo, il testamento deve essere depositato, appena è possibile, nell'archivio notarile del luogo in cui è stato ricevuto*».

(87) Desde CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI. Volumen 2, Reus, Madrid, 2015, p. 112, parten RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 601, también CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Comentarios al Código civil*, IX, (*op. cit.*, p. 242) «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 233.

- HERNÁNDEZ, M. M. (coord.), PEREÑA VICENTE, M, (dir.), DELGADO MARTÍN, P. (dir.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, 2015, pp. 925-939.
- «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad» *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 26, 2021, pp. 419-480.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral tomo VI: Derecho de sucesiones volumen 1: la sucesión en general, la sucesión testamentaria*. Edición revisada por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. Reus, S.A. Madrid, 2010.
- *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI. Volumen 2, Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria, forzosa, intestada, contractual y excepcional*. Edición revisada por ROMÁN GARCÍA, A. M. Reus, Madrid, 2015, pp. 112-114.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. «¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?» *Diario La Ley*, n.º 95498, 2020.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. L. (Traducción), KRIEGEL A, KRIEGEL, M., HERMANN, E. y OSENBRÜGGEN, E. (Publicación) *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*. Tomo I, Instituta de Justiniano, Tomo II y III Digesto y Tomo V Código de Justiniano. Barcelona 1889.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M., SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV Derechos de familia y sucesiones* 9.ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 535– 537.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «La sucesión testada (II): el testamento. El contrato sucesorio», DÍAZ ROMERO, M. R., ARANDA RODRIGUEZ, R., GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., MONDÉJAR PEÑA, M. I., PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI Derecho de sucesiones 2.ª edición*, Aranzadi S.A.U. Pamplona, 2020, pp. 183-184.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, cuarta edición revisada por RAMS ALBESA, J. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 179-185.
- LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español: Crónica para la validez de una institución pretérita en pleno siglo XXI». *Revista General de Derecho Romano* n.º 35, 2020.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. «La «rabiosa» actualidad del testamento en caso de epidemia». *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 90, 2020, pp. 30-35.
- PANERO, R. *Derecho Romano 5.ª Edición*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 601-667.
- PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, n.º 6, pp. 112-115.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», CAÑIZARES LASO, A. (dir.), CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Código Civil Comentado*, 1.ª Edición, Cizur Menor-Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 468-472.

- «*Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*» 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 599-634.
- RODRIGUEZ DÍAZ, E. M. «El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario» LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M. C. (coord.) *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano, Vol. 1*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones: BOE, 2020, pp. 613-646.
- RODRÍGUEZ-MAFFIOTTE, M. C., MARTÍN OVAL, M. «Módulo 5. Epidemias de importancia histórica de origen incierto» *La peste. El cuarto jinete. Epidemias históricas y su repercusión en Tenerife*. Organismo Autónomo de Museos y Centros, Santa Cruz de Tenerife, 2014, pp. 91-94.
- SÁNCHEZ MALUF, M. «La función notarial en Roma», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 8, 2003, pp. 159-170.
- SERRANO CHAMORRO, M.ª E. «COVID-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos» *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4, 2020, pp. 287-330.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales» *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020.

EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD: UNA FIGURA IDÓNEA EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES

THE PARENTAL COORDINATOR: AN IDEAL FIGURE IN THE MANAGEMENT OF FAMILY CONFLICTS

JAVIER BAIDES NORIEGA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ASPECTOS GENERALES.
 - 1. **Origen y situación actual.**
 - 2. **Notas esenciales.**
 - 3. **Similitudes y diferencias del coordinador de parentalidad y el mediador.**
- III. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD EN ESPAÑA.
 - 1. **Marco Jurídico.**
 - 2. **Formación y principios éticos.**
 - 3. **Situaciones en que debe actuar.**
 - 4. **Funciones.**
 - 5. **Nombramiento y protocolo de actuación.**
 - 6. **Honorarios.**
 - 7. **El plan de parentalidad.**
- IV. POSIBLES MODIFICACIONES E INCORPORACIÓN A NUESTRA LEGISLACIÓN.
 - 1. **Justificación.**
 - 2. **Modificaciones.**
- V. CONCLUSIONES.

Resumen: Un problema importante en procesos de separación o divorcio cuando hay implicados hijos menores de edad, es la existencia de una elevada conflictividad que perjudica los intereses y el desarrollo de los menores. Para paliar esta cuestión surge el coordinador de parentalidad. Se trata de un profesional que actuará como auxiliar del juez y cuya principal función es asumir una tarea pedagógica con los

progenitores y protectora con los menores. Dentro de nuestra legislación nacional no es posible encontrar regulación al respecto, sin embargo, cada vez es más frecuente encontrarnos con su intervención en los distintos juzgados de familia del territorio nacional.

Abstract: An important problem in the process of separation or divorce, when minors children are involved, is the existence of a high level of conflict that harms the interests and development of minors. In order to alleviate this problem, the parental coordinator has emerged. This is a professional who will act as assistant to the judge and whose main function is to undertake an educational task with parents and to protect minors. In our national legislation, it's not possible to find regulations in this regard, but it's increasingly common for us to encounter their intervention in the various family courts in the national territory.

Palabras clave: Coordinador de parentalidad, familia, padres, menores, conflicto.

Keywords: Parental coordinator, family, parents, minors, conflict.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la introducción del divorcio en España en 1981, se producen de media unos 100.000 divorcios al año. Ya desde el comienzo de la década de los 80, se ha venido advirtiendo de las consecuencias negativas que, en ocasiones, sufren los hijos menores que se ven envueltos en un proceso de divorcio entre sus progenitores, el cual, en muchos casos, se desarrolla de manera conflictiva, lo que da lugar a actuaciones vengativas entre progenitores que dificultan o impiden el correcto desarrollo del menor. Esta cuestión ha sido una preocupación recurrente dentro de los juzgados de familia, quienes, ante estas situaciones, se pueden llegar a encontrar sin los mecanismos suficientes para solucionar las disputas entre progenitores y así proteger de manera satisfactoria los intereses de los hijos menores de edad envueltos en el conflicto.

En década de los 90, surge en EEUU y Canadá la figura del coordinador de parentalidad (en adelante, CdP), cuyo objetivo es atajar las situaciones conflictivas entre progenitores en aras de mantener unas relaciones familiares que permitan al menor desarrollarse adecuadamente y atenuar las consecuencias negativas que el divorcio de sus progenitores puede provocar en su desarrollo. Actuará como un «delegado del juez» en procesos de separación o divorcio que presenten signos de elevada conflictividad y su actuación será, fundamentalmente, pedagógica con los progenitores y protectora con el menor. Ayudará a los padres a mantener la cordialidad, a desarrollar habilidades de comunicación, les enseñará a afrontar los conflictos familiares, a atender adecuadamente las necesidades del menor y un sinnúmero de actuaciones encaminadas a proteger la integridad y el desarrollo físico y psíquico de los hijos menores de edad.

La inexistencia de regulación a nivel nacional se traduce en un desconocimiento general de la existencia de esta figura, incluso dentro de los propios juzgados de familia. Sin embargo, en los últimos años se ha producido un importante avance en

cuanto a la implantación de esta intervención, estableciendo experiencias piloto en diversos jugados de familia de todo el territorio nacional. También ha habido un importante avance normativo con la inclusión expresa de esta figura en el derecho foral de la Comunidad Foral de Navarra, si bien es cierto que aún queda mucho camino por recorrer en este ámbito, no podemos negar que se trata de una figura en constante crecimiento.

Para poder realizar este trabajo se ha acudido a tres fuentes. En primer lugar, la legislación, que es tremendamente escasa. El art. 91 CC permite al juez, en procesos de separación, nulidad o divorcio, establecer las medidas necesarias para proteger los intereses de los hijos menores. Este artículo, junto con el 158.6 CC, el cual abre la posibilidad de implementar cualquier medida para tratar de evitar ciertos perjuicios en el menor, son los que posibilitan la implantación imperativa por parte del juez de su actuación dentro del marco jurídico nacional. Sin embargo, también es posible acudir a su intervención en base al principio de autonomía de la voluntad, en base a el art. 87 de la LJV.

La segunda fuente a la que se ha recurrido es la doctrina, la cual tiene una importancia significativa en este tema puesto que es la que va a configurar el desarrollo y actuación adecuada que debe seguir la actuación del CdP. Son numerosos los autores y juristas cuyas ideas han servido de base para poder realizar este trabajo y que, sin sus aportaciones, sería complicado poder entender la actuación de esta institución.

La última fuente consultada es la jurisprudencia, haciendo mención especial al trabajo de la Sección 12 de la AP de Cataluña, a través del magistrado Pascual Ortuño, quien ha permitido dilucidar muchas cuestiones sobre la posible ilegalidad de su implantación, así como ha permitido sentar las bases de su desarrollo a través de varias sentencias que han abordado esta cuestión.

II. ASPECTOS GENERALES

1. Origen y situación actual

Tras una ruptura de pareja, es frecuente que se produzcan situaciones emocionales complejas que deriven en cierta animadversión de las partes entre ellas, bien por situaciones de infidelidad, engaño, celos, por temas económicos o por cualquier otra circunstancia. Esto en muchas ocasiones deriva en una ruptura total de sus relaciones lo que supone que las partes toman algunas de sus decisiones en base a un sentimiento de ira o venganza. Esta situación resulta especialmente compleja cuando nos encontramos con la existencia de hijos menores de edad que dependen directamente de aquellos y cuyos intereses merecen especial protección. En este punto, es preciso que las partes puedan ser capaces de colaborar por sí mismas para satisfacer las necesidades básicas del menor, no obstante, no siempre es posible, produciéndose continuos incumplimientos de sentencia que requieren la intervención constante de los tribunales. El CdP nace para dar solución a estos problemas ya que

viene a ayudar al juez a gestionar los conflictos comunes que puede generar cualquier divorcio, ruptura de pareja e incluso cualquier discrepancia que pueda surgir entre progenitores cuando hay implicados hijos menores de edad⁽¹⁾.

El CdP es una figura relativamente reciente, nace en la década de 1990 en EEUU y Canadá y posteriormente en Argentina⁽²⁾. Surge como consecuencia de un movimiento contrario a situaciones de conflictividad, con un elevado nivel de enfrentamiento, existentes en familias que atraviesan un proceso de separación o divorcio y en las que hay implicados hijos menores de edad. Parte de la circunstancia de que este porcentaje reducido de familias ocupan la mayor parte del tiempo en el funcionamiento de los juzgados de familia. El CdP trata de buscar solución a estas situaciones de alta conflictividad, reestructurando las relaciones familiares a la vez que ayuda a reducir la carga de trabajo de los juzgados de familia, los cuales, sin ayuda del CdP, se ven obligados a constantemente a resolver todo tipo de disputas entre los progenitores⁽³⁾. En diferentes Estados aparecieron figuras similares que se diferenciaban en pequeños matices y en diferentes denominaciones. En Arizona se trataba del «consejero de familia», en Nuevo México de «los sabios» o «facilitador de la coparentalidad» en Buenos Aires, Argentina⁽⁴⁾.

Hoy por hoy, nos podemos encontrar con la intervención del CdP en más de 20 estados de EEUU, en varias provincias de Canadá, o en países como Australia, Argentina, Alemania, Italia o España.

2. Notas esenciales

En la actualidad coexisten varias definiciones de la figura del CdP. Por un lado la AFCC⁽⁵⁾, en sus directrices elaboradas en el año 2005, definieron la coordinación de

(1) STSJ de Cataluña 11/2015, de 26 de febrero, fundamento de derecho cuarto, «La figura del coordinador de parentalidad surge en los años 90 en Estados Unidos y Canadá para la normalización de las relaciones parentales después del conflicto matrimonial o de pareja, en contextos de grave conflictividad por diversas causas, en la que se hallan implicados los hijos menores. Parte de la base de que, tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen de una adaptación precisa y de una leal colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional de los hijos. Los cónyuges no siempre se hallan en disposición de ofrecer esta colaboración, produciéndose situaciones conflictivas en el régimen de cumplimiento de las sentencias que exigen de una continua intervención de los tribunales con las limitaciones de todo orden, en particular, procesales que conlleva».

(2) GARCÍA-HERRERA, A., «Hacia una justicia humana: la figura del coordinador de parentalidad», *Encuentros multidisciplinares*, N.º 61, 2019, pp. 2-3.

(3) González Del Pozo, J. P. Magistrado del Tribunal de Primera Instancia N.º 24 de Madrid, en conferencia organizada por la «Asociación de Padres de Familia Separados (APFS)», «El coordinador de parentalidad», 2020.

(4) Rodríguez-Domínguez, C. y Carbonell, X., «Coordinador de parentalidad: Nueva figura profesional para el psicólogo forense», *Papeles del Psicólogo*, Vol. 35. N.º 3, 2014, p. 196.

(5) La AFCC (Association of Families and Conciliation Courts) es una asociación de tribunales de familia y conciliación, de ámbito internacional, creada en 1965 y formada por grupos de trabajo que reú-

parentalidad como «un proceso alternativo de resolución de conflictos en el que un profesional de la salud mental o del ámbito judicial con formación y experiencia en mediación familiar, asiste a progenitores conflictivos para ayudarlos a implementar su plan de parentalidad, tratando de facilitar la resolución de sus contiendas, educando a los progenitores sobre las necesidades de sus hijos y mediante el consentimiento de las partes y/o del juzgado para tomar algunas decisiones menores, dentro del ámbito de la sentencia o contrato de designación del CdP»⁽⁶⁾. Sin embargo, otros juristas y autores definen al CdP como una figura auxiliar del juez que le va a ayudar en aquellos asuntos que revisten alta conflictividad⁽⁷⁾, pero que en ningún caso viene a sustituir sus funciones sino a complementar su actuación, llegando su intervención a unos extremos que el juez, por las características de su figura, sería imposible que lograra sin la intervención de una figura como la del CdP.

En cualquier caso, el CdP actuará siempre de un proceso de disputa de pareja, en el que estén implicados hijos menores de edad y la función será asumida por un experto de la salud mental, del ámbito jurídico o por un trabajador social con formación y experiencia en mediación. La función principal del CdP es la de reducir el conflicto y favorecer la comunicación entre las partes y con los menores. Su intervención resulta imprescindible en situaciones de alta conflictividad⁽⁸⁾, tanto durante el desarrollo del proceso como en la fase de ejecución de la sentencia. Ayudará a los progenitores a implementar un plan de parentalidad y vigilará su cumplimiento. Además, toda actuación del CdP estará encaminada a proteger los intereses del menor. Se trata de una figura que trabaja sobre sus necesidades básicas, tales como educación, pautas de convivencia, estancia con los progenitores y un sinfín de necesidades que necesitan ser atendidas⁽⁹⁾. En este sentido, el CdP ejerce un rol de ayuda a las familias para que las relaciones paternofiliales se desarrollen con la mayor normalidad posible y propiciando que dicha situación conflictiva sea lo menos perjudicial posible para el desarrollo del menor.

nen a distintos profesionales, como profesores, investigadores o legisladores dedicados a la resolución de conflictos familiares. Su objetivo es favorecer la educación y colaboración de las familias y promover un desarrollo saludable a los menores. La principal tarea de la AFCC es desarrollar unas directrices para tratar de evitar las diferencias entre las regulaciones de los distintos países sobre el coordinador de parentalidad. Dichas directrices elaboradas en el año 2005 han sido posteriormente modificadas para adaptarlas a las nuevas necesidades surgidas.

(6) «Directrices para la Coordinación de Parentalidad», elaboradas por el grupo de trabajo sobre coordinación de parentalidad de la Association of Families and Conciliation Courts (AFCC), 2005, p. 3.

(7) Entrevista a Ortuño Muñoz, P., magistrado de la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, «Pascual Ortuño explica la figura del Coordinador Parental», 2019.

(8) Capdevila Brothy, C., «El COPC apuesta por implementar la coordinación de parentalidad en las separaciones y divorcios de alta conflictividad. Diferencias de la nueva figura con otros roles del psicólogo/a». *Psiara*, 2015: «El término "alta conflictividad" hace referencia a situaciones de disputas intensas entre los miembros de la familia, en las que encontramos elevados niveles de desconfianza u hostilidad y falta de comunicación, que hacen muy difícil la convivencia y toma conjunta de decisiones».

(9) Dale, M., «Don't forget the Children: Court Protection from Parental Conflict is in the best Interest of Children, *Family Court Review*», Vol. 52, N.º 4, 2014, p. 650. y Coates, C., «The Parenting Coordinator as Peacemaker and Peacebuilder, *Family Court Review*», Vol. 53, N.º 3, 2015, pp. 398-406.

3. Similitudes y diferencias del coordinador de parentalidad y el mediador

A menudo, tendemos a confundir la figura del CdP con la figura del mediador, debido a que, en cierto sentido, se puede entender que cumple una función aparentemente similar. Ambas figuras tratan de gestionar conflictos utilizando instrumentos de mediación. En cambio, son más las diferencias que podemos encontrar entre ambas que sus similitudes.

- En primer lugar, la mediación es siempre voluntaria, en base al principio de autonomía de la voluntad de las partes. La coordinación de parentalidad, en cambio, pese a que puede ser voluntaria, también puede ser impuesta coercitivamente por el juez, que debe proteger el superior interés del menor⁽¹⁰⁾.
- La actuación del CdP está pensada para ser una intervención a largo plazo, debido a que gestiona conflictos que suelen perpetuarse en el tiempo. Sin embargo, la mediación está pensada como una intervención a corto plazo⁽¹¹⁾, en la que el mediador trata que las partes lleguen a un acuerdo y finaliza el conflicto, no son conflictos que se perpetúen en el tiempo.
- El CdP podrá desarrollar su actuación siempre en el marco de situaciones de divorcio o rupturas de pareja cuando los progenitores tengan hijos a su cargo. La mediación, en cambio, no requiere la existencia de hijos dependientes comunes y su abanico de intervención es mucho más amplio.
- La mediación tiene carácter confidencial y actúa sin supervisión, de manera que no podrá revelar información obtenida del procedimiento⁽¹²⁾. El CdP no tiene carácter confidencial ya que estará en constante comunicación con el juez, no obstante, sí tiene carácter confidencial frente a terceros.
- El mediador no tiene ningún tipo de autoridad, sino que su función se limita a conseguir que las partes alcancen un acuerdo⁽¹³⁾. El CdP tiene cierta autoridad, aunque limitada.
- La intervención del CdP se concreta en la elaboración de un plan de parentalidad, a diferencia del mediador, que busca un acuerdo interpartes sobre cualquier cuestión.

(10) Pascual Luján, T., «El coordinador de parentalidad en rupturas conflictivas», *Diario La Ley*, N.º 8663, 2015, p. 3.

(11) Martín Muñoz, M., «Mediación en conflictos versus mediación en Trabajo Social». *TS nova: Trabajo social y servicios sociales*, N.º 4, 2011, p. 90.

(12) Art. 9 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación y asuntos civiles y mercantiles: «El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento».

(13) Art. 8 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación y asuntos civiles y mercantiles: «Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación (...)».

- El CdP trata de reducir el conflicto entre las partes y tender lazos hacia la comunicación entre los miembros familiares. El mediador, normalmente, actúa cuando ya hay cierta predisposición de las partes para lograr un acuerdo y, por tanto, no tiene como misión reducir el elevado grado de conflictividad.
- El CdP hace recomendaciones al juez, en base a su actuación en el conflicto, para que tome las decisiones que el propio juez considere oportunas. El mediador, en cambio, ayuda a que las partes pacten libremente un acuerdo, que será presentado al juez para su validación⁽¹⁴⁾.

III. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD EN ESPAÑA

1. Marco Jurídico

En ciertas ocasiones se ha tachado la implantación de esta figura por parte de nuestros tribunales como una actuación ilegal, lo que ha dado lugar a varios pronunciamientos, por parte de los tribunales, en los que se fundamenta su legalidad⁽¹⁵⁾. Esto es debido a que nuestro ordenamiento jurídico estatal no contempla, de forma expresa, la intervención de esta figura en ningún precepto. No obstante, sí existen ciertos principios de carácter internacional que justifican su intervención. En primer lugar, el TEDH entiende que la actividad judicial no debe limitarse a reconocer derechos o resolver conflictos, sino que ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar su ejercicio⁽¹⁶⁾. Por otra parte, en la Convención de Derecho del Niño se establece que los Estados parte tomarán todas las medidas necesarias para garantizar los derechos reconocidos en el convenio⁽¹⁷⁾ y que su actuación se llevará a cabo respetando, en todo caso, el superior interés del menor⁽¹⁸⁾. Finalmente, cabe mencionar la recomendación del Comité de Ministros de la UE, que ya en el año 2006 invita a los Estados parte a reconocer la necesidad de que los progenitores cuenten con las suficientes vías de apoyo para cumplir con las responsabilidades respecto de la educación de sus hijos⁽¹⁹⁾.

(14) Fernández Barbadillo, P, «La mediación familiar», *Escritura Pública*, N.º 27, 2004, p. 25.

(15) STSJ de Cataluña 11/2015, de 26 de febrero... *Op. cit.*

(16) STEDH de 22 de junio de 2006, asunto «Bianchi vs Suiza» y STEDH de 2 de septiembre de 2010, Mincheva vs Bulgaria.

(17) Art. 4. Convención sobre los derechos del niño: «Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención».

(18) Art. 3.1 Convención Sobre los Derechos del Niño: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

(19) Recomendación REC (2006)19 del Comité de ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva. P. 1.

Dentro de nuestro derecho nacional, como hemos dicho, no existe regulación concreta sobre este asunto, no obstante, su implementación se justifica en diversos preceptos. En primer lugar, el art. 158.6 del CC⁽²⁰⁾, que permite implementar cualquier medida que el juez considere oportuna a fin de evitar un perjuicio en la esfera de los derechos del menor. Asimismo, el art. 91 CC establece la facultad del juez de dictar, en sentencias de nulidad, separación o divorcio, las medidas, garantías y cautelas oportunas en relación con los hijos menores⁽²¹⁾. Por último, el art. 87 de la LJV posibilita también la adopción de medidas de protección de los menores a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, en base al principio de autonomía de la voluntad, si bien, por la naturaleza del procedimiento, debe existir previamente cierta predisposición de las partes de lograr un entendimiento.

Por otra parte, resulta importante destacar la «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida» aprobada por el CGPJ a fecha de 25 de junio de 2020. Se trata de un texto de recomendación nacional en el que se analiza la necesidad de los menores de mantener relaciones comunicativas con sus progenitores. En este sentido, se prioriza el régimen de custodia compartida frente a la custodia por uno solo de los progenitores. Los problemas que pueden surgir en el ámbito familiar deben analizarse por profesionales cualificados, de manera individualizada, de modo que, a juicio del CGPJ, en estas situaciones, puede ser conveniente derivar el grupo familiar a un proceso de intervención o de coordinación de parentalidad, que ha de servir de apoyo al órgano judicial. Asimismo, considera absolutamente conveniente dotar de regulación legal expresa a la figura del CdP de modo que se fijen los criterios de formación exigibles y las funciones que deban desarrollar en el marco de su actuación. Por último, y en conexión con lo anterior, invita al legislador a introducir en la LEC normas concretas que regulen la derivación o intervención post-sentencia que permitan que el conflicto familiar se desarrolle de manera adecuada. Esto implica que la intervención del CdP no se limita exclusivamente al desarrollo del proceso, sino que actúa antes, durante y una vez se dicte sentencia.

Dentro de las fronteras de nuestro territorio, encontramos una amplia riqueza normativa y son varios los territorios en los que se regulan cuestiones relativas a la familia.

(20) Art. 158 CC: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictara: (...) En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses».

(21) Art. 91 CC: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

En primer lugar, dentro de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el art. 233-13 CCcat permite al juez, siempre que existan razones fundadas, supervisar las relaciones de los menores respecto del progenitor no custodio, pudiendo incluso confiar dicha supervisión a la «Red de Servicios Sociales» o a un punto de encuentro familiar⁽²²⁾. Pascual Ortuño Muñoz, en el «Comentario a los Arts. 233-13 y 236-3 CCcat», destaca que la coordinación de parentalidad «es uno de los instrumentos que mayor eficacia ha demostrado, desde una perspectiva del derecho comparado, para la normalización de las relaciones de parentalidad tras las rupturas matrimoniales, cuando existe una alta conflictividad en la que estén involucrados los hijos menores». Esta sección de la AP de Barcelona, y en concreto, el propio Pascual Ortuño, han permitido sentar las bases para la integración de esta figura en nuestro sistema⁽²³⁾, y en varias ocasiones ha impuesto su intervención buscando proteger los intereses del menor, a pesar de que las partes no estuviesen de acuerdo con la intervención del CdP⁽²⁴⁾. Esta tarea ha sido avalada por el TSJ de Cataluña mediante la STSJ 11/2015, del 26 de febrero, en el marco de un recurso de casación, al considerar el recurrente que el tribunal había actuado de forma improcedente al establecer en apelación la intervención del CdP.

En la Comunidad Foral de Navarra, se ha modificado recientemente su derecho foral con la ley 21/2019. Para Margarita Pérez-Salazar, esta nueva regulación ha ajustado el derecho civil navarro a las nuevas necesidades familiares y ha propiciado la intervención del CdP⁽²⁵⁾. Su art. 74 recoge la facultad del juez de adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar el interés del menor, pudiendo adoptar estas medidas tanto provisionalmente como de manera definitiva⁽²⁶⁾. El art. 77 de esta misma ley recoge directamente la posibilidad de designar un CdP con la finalidad de

(22) Art. 233-13 CCcat: «La autoridad judicial puede adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, hermanos o demás personas próximas se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional. Si existe una situación de riesgo social o peligro, puede confiarse la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar».

(23) García-Herrera, A., «Hacia una justicia humana...», *op. cit.* P. 4.

(24) SAP Barcelona, 7552/2013, de 26 de julio. Sección 12. Ponente Pascual Ortuño Muñoz. Fallo: «Se acuerda como medida de refuerzo y seguimiento para la normalización del sistema de custodia establecido, la intervención de un psicólogo en calidad de coordinador de parentalidad, a designar por ambas partes de los incluidos en la lista del colegio de psicólogos de Cataluña o, en su defecto, designado por el juez de primera instancia».

(25) Pérez-Salazar Resano, M., Magistrada en el Juzgado de Primera Instancia N.º 10 de Pamplona, en conferencia organizada por «Diario de Mediación», «Marco legal, procedimiento, contenido de la resolución», 2020.

(26) Art. 74, Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo: «Otras medidas. Además de las medidas previstas en las leyes anteriores, el juez podrá adoptar, en el procedimiento de que se trate, cualquier otra disposición dirigida a salvaguardar el interés de los menores y, en particular, para evitar cualquier riesgo o perjuicio en su entorno familiar o proveniente de terceras personas. Medidas provisionales. El juez podrá adoptar cualesquiera de las medidas previstas en las leyes anteriores con carácter provisional en los respectivos procedimientos de que se trate, y en atención a las circunstancias concurrentes en el momento, sin perjuicio de la resolución definitiva que se adopte».

garantizar y proteger los derechos e intereses de los menores en las relaciones con sus progenitores en todos aquellos conflictos en los que el juez deba pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental⁽²⁷⁾.

2. Formación y principios éticos

De acuerdo con las directrices aportadas por la AFCC, debe ser un profesional del ámbito de salud mental o jurídico con formación y experiencia en procesos de familia y en mediación, y, especialmente, en litigios entre progenitores. Se considera igualmente importante que tenga conocimientos sobre habilidades y técnicas comunicativas, relaciones de parentalidad y gestión de conflictos, de modo que debe convertirse en la persona idónea para intervenir en el proceso. Además, deberá tener formación en procesos y técnicas específicas de coordinación de parentalidad, violencia doméstica, violencia de género y maltrato infantil. En caso de que el propio CdP prevea que no tiene la suficiente experiencia o formación para gestionar un conflicto deberá retirarse, declinar la designación o solicitar la ayuda pertinente.

El ejercicio profesional del CdP está marcado por el cumplimiento de unos principios éticos: imparcialidad, neutralidad, exclusividad y transparencia en sus funciones, todo ello bajo el principio de intervención mínima en base a sus limitaciones y primando el interés de los hijos menores en la gestión del conflicto, de acuerdo con la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que recoge, en su exposición de motivos, el principio general de que toda actuación donde exista implicación de personas menores de edad deberá tomar en consideración fundamentalmente el superior interés del menor.

3. Situaciones en que debe actuar

La intervención del CdP puede ser conveniente tanto antes, durante y después del proceso de nulidad, separación o divorcio, en aquellas situaciones que existan discrepancias entre los progenitores que no sean capaces de solucionar por ellos mismos, debido al elevado grado de disputa entre ambos.

Hay situaciones familiares de especial complejidad que hacen conveniente la intervención del CdP. Entre las situaciones propicias para su intervención se encuentran⁽²⁸⁾:

(27) Art. 77 Ley Foral 21/2019: «Supervisión judicial de la responsabilidad parental. En todos aquellos procedimientos en los que según las leyes de la presente Compilación el juez deba pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental, podrá adoptar, motivadamente, las medidas que estime necesarias para supervisar las relaciones de los hijos con sus progenitores con la finalidad de garantizar sus derechos, pudiendo designar a tal fin un coordinador de parentalidad».

(28) Rosales Álamo, M., Fernández Alaya, R. y Fariña Rivera, F., « Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad», 2019, pp. 15-16.

1. Situaciones de resistencia de los menores a relacionarse con sus padres u otros familiares sobre los que exista necesidad de establecer contacto.
2. Situaciones en la que es necesario vincular al menor o persona con capacidad modificada a uno de los progenitores o, en su caso, a otros familiares.
3. En la necesidad de modificación del sistema de guardia.
4. Por reiteración de discrepancias que afecte al ejercicio de la parentalidad.
5. Cuando se produzcan situaciones de abandono o rechazo de otras intervenciones como la mediación familiar.
6. Cuando sea necesario una ampliación o especificación del plan de parentalidad.
7. Cuando sea necesario supervisar el cumplimiento del plan de parentalidad y cualquier otra situación familiar en la que se deba proteger el superior interés del menor.

Por último, es importante señalar que deben quedar excluidas de la intervención del CdP aquellas situaciones en las que exista riesgo en la integridad de cualquiera de las personas implicadas, como casos de violencia de género, violencia doméstica y especialmente cuando corra peligro la integridad de los menores de edad⁽²⁹⁾.

4. Funciones

En primer lugar, cabe destacar que no existe unanimidad al respecto, depende de cada ordenamiento y del papel que se asigne a cada profesional en cada caso. Sin embargo, en España, en ningún caso el CdP puede asumir funciones decisorias, ya que la potestad jurisdiccional es indelegable conforme al art. 117.3 CE⁽³⁰⁾. No obstante, para proteger y promover el bienestar de los menores de edad y personas con capacidad modificada judicialmente contará con distintas funciones en todos los ámbitos: educativo, sanitario, social, psicológico, familiar, etc.

Según la 'Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, elaborada por el CGPJ en el año 2020, la función del CdP es fundamentalmente pedagógica. No resuelve el conflicto, sino que trata de enseñar a los progenitores a mantener las relaciones paternofiliales de la manera más pacífica posible.

Entre las funciones que se mencionan podemos destacar:

- Proteger los intereses del menor, que es su función principal puesto que toda su actuación está encaminada a proteger el correcto desarrollo del menor.

(29) Rosales Álamo, M., Fernández Alaya, R. y Fariña Rivera, F., « Documento base...» *Op. cit.*, p. 17.

(30) De acuerdo con la STSJ de Cataluña 11/2015, de 26 de febrero, fundamento jurídico séptimo: «en nuestro derecho la potestad jurisdiccional no es delegable de modo que dichos profesionales han de acomodar su actuación a lo ordenado por los jueces, siendo éstos los que en casos de controversia, sin perjuicio de las propuestas que los técnicos puedan realizar, tomarán libremente las decisiones que entiendan pertinentes, vinculantes para las partes».

- Prevenir y comunicar al juzgado las situaciones o sospechas de violencia en el plano familiar.
- Aliviar las situaciones de conflicto familiar y favorecer la comunicación y el acercamiento de posturas entre los progenitores.
- Orientar a los padres sobre las necesidades de sus hijos y ayudarles a desarrollar sus habilidades comunicativas y educativas.
- Facilitar la resolución de conflictos a través de técnicas de mediación.

5. Nombramiento y protocolo de actuación

El nombramiento del CdP preferiblemente debe ser aceptado por ambas partes. Sin embargo, en muchos casos las partes no logran un acuerdo y dado el elevado grado de conflictividad, se impone judicialmente⁽³¹⁾. Encontramos, por tanto, dos sistemas: en primer lugar, un modelo basado en la autonomía de voluntad de las partes en el que son las propias partes quienes, de común acuerdo, efectúan el nombramiento del CdP, y un segundo modelo coercitivo, en el que, al menos uno de los progenitores se opone a la intervención del CdP. En este caso, el juez, al amparo de sus facultades que le permiten establecer medidas en beneficio de los hijos (art 158.6 CC), puede establecer la intervención del CdP con facultades que tiendan a normalizar la situación familiar y proteger así la integridad de los intereses de los hijos menores de edad integrados en la familia.

Pese a que no disponemos de un protocolo común para el desarrollo de la actuación del CdP, sí que existen distintos documentos que tratan sobre esta cuestión, lo que nos ha permitido ofrecer un protocolo adaptado a las peculiares características de esta intervención.

En primer lugar, una vez se ha procedido al nombramiento del CdP por resolución judicial, este debe aceptar el cargo, y, una vez aceptado, realizará una sesión informativa con los progenitores y sus abogados en la que explicará su actuación y el alcance de su intervención. Las partes deberán firmar un documento en el que expresarán las potestades que va a asumir el CdP y los compromisos que asume cada parte. El CdP no podrá decidir sobre aquellos asuntos que no le sean expresamente atribuidos, pese a que estén relacionados con el proceso⁽³²⁾.

En la primera fase de intervención, el CdP tratará de ajustar las expectativas de los progenitores, generar en los progenitores la percepción de neutralidad en el conflicto, así como analizar la situación y el grado de conflictividad. Deberá, además,

(31) García-Herrera, A., «Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad», *Revista para el análisis del Derecho*, N.º 2, 2016, p. 24.

(32) Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, elaborada por el CGPJ en el año 2020, pp. 329-330.

reconfigurar el sistema de comunicación entre los progenitores y el propio coordinador. En la práctica es habitual el establecimiento de una vía de contacto entre progenitores a través de los llamados «grupos de whatsapp», de modo que el CdP puede comprobar si se respetan las normas de comunicación, si se cumple el plan de parentalidad, si existen interferencias de terceros, y, en definitiva, que la relación entre progenitores se desarrolle con la mayor normalidad posible⁽³³⁾. En esta fase, además, deberá llevar a cabo un control sobre la gestión emocional, de modo que contribuya a reducir el grado de conflictividad y permita un correcto desarrollo del proceso.

La segunda fase es la que algunos autores denominan como «intervención directa», que se centra en el proceso colaborativo de negociación y resolución de conflictos. La intervención del CdP tiende a reducir el conflicto, favoreciendo el diálogo entre los progenitores y consecuentemente la toma conjunta de decisiones. Aunque, no obstante, habrá ocasiones en las que no será posible que las partes logren un acuerdo, en cuyo caso, el CdP deberá acudir a procesos de intermediación a través de sesiones individuales con cada progenitor y cuyo objetivo es lograr acuerdos de menor entidad que permitan avanzar en el proceso en un momento de alto grado de conflictividad entre los progenitores.

Por último, la fase de seguimiento, en la cual se pondrán en práctica los acuerdos alcanzados, que serán supervisados y controlados por el CdP para asegurar su cumplimiento y podrá proponer los ajustes que considere necesarios⁽³⁴⁾.

Se destaca la necesidad de que el proceso finalice con una evaluación que determine el impacto que ha tenido la intervención del CdP en los miembros de la familia y grado de satisfacción⁽³⁵⁾. Los coordinadores emitirán un informe inicial, un informe durante su intervención y otro al finalizar, salvo que en la resolución judicial que lo designa el juez indique otra cosa. En todo caso, deberá informar al juez de cualquier circunstancia relevante que pueda tener relevancia en el proceso. Sus informes tienen carácter descriptivo, sin asimilarse en ningún caso a un informe forense o pericial⁽³⁶⁾.

6. Honorarios

Es importante recordar que la intervención del CdP suele ser duradera y suele conllevar una gran carga de trabajo, esto se traduce en que su intervención puede suponer un coste elevado⁽³⁷⁾.

(33) Villalonga Ramis, M, mediadora y coordinadora de parentalidad, en conferencia organizada por la «Asociación de Padres de Familia Separados (APFS)», «El coordinador de parentalidad», 2020.

(34) Arias, F. y Bermejo Gimeno, N, «La coordinación de parentalidad y la toma de decisiones», *Revista de Mediación*, Vol. 12, N.º 1, 2019, pp. 4-10.

(35) Rosales Álamo, M., Fernández Alaya, R. y Fariña Rivera, F., «Documento base...» *Op. cit.*, pp. 31-32.

(36) Guía de criterios de actuación judicial... *Op. cit.* Pp. 329-330.

(37) Pérez Crespo, C, «La coordinación de parentalidad: Reflexiones para la práctica en el contexto español», *Revista de Mediación*, Vol. 12, N.º 1, 2019, p. 5.

Como hemos venido diciendo, el CdP se configura como una figura auxiliar del juez. En este sentido, se podría entender que forma parte de la maquinaria judicial y, por tanto, sus honorarios deben ser sufragados por la administración de justicia. En cambio, el tratamiento procesal que recibe el CdP, a la hora de sufragar sus honorarios, se asemeja al tratamiento que reciben los peritos, de modo que son las propias partes las que deben sufragar los gastos. A opinión del magistrado de la Sección 24.^a de la AP de Madrid, Ángel Luis Campo, este tratamiento puede dar lugar a situaciones injustas, ya que, en ocasiones, solo una de las partes es la que mantiene el alto grado de conflictividad y, en cambio, son ambas partes quienes tienen que hacerse cargo de los gastos derivados de la intervención del CdP. Junto a esto, puede darse la circunstancia de que la parte conflictiva sea beneficiaria de asistencia jurídica gratuita, de modo que a la parte que mantiene la disputa no le supone ningún coste⁽³⁸⁾. En este sentido, no es difícil imaginar que la parte conflictiva y beneficiaria de la asistencia jurídica gratuita puede utilizar la intervención del CdP como arma contra la parte contraria que sí se verá obligada a sufragar los gastos que correspondan derivados del proceso.

Por lo expuesto, y de acuerdo con la opinión de Ángel Luis Campo, entendemos que el coste derivado de la intervención del CdP debe ser asumido directamente por la administración de justicia y de esta manera se evitaría exponer a las partes a una situación de vulnerabilidad.

7. El plan de parentalidad

El plan de parentalidad se puede definir como un instrumento complementario o sustitutivo del convenio regulador que viene a facilitar el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores⁽³⁹⁾. En dicho plan se definirán todas las medidas relativas al menor, actuando siempre conforme a su interés superior. Hay que tener en cuenta que no basta que el plan sea aceptado por las partes, sino que, por afectar a hijos menores, debe someterse a autorización judicial⁽⁴⁰⁾.

A pesar de que en nuestro CC no regula este instrumento, sí es posible encontrar cierta regulación en España de este acuerdo, pero debemos acudir a los derechos forales, aunque no todos lo nombran de la misma forma. Así, en Aragón encontramos «el pacto de relaciones familiares» o en el País Vasco los llamados «pactos en previsión de la ruptura de pareja». Es en el derecho civil catalán donde encontramos por primera vez la alusión a «plan de parentalidad» con el objeto de regular las relaciones familiares en todo aquello que afecte a los hijos y atendiendo siempre al superior interés del menor.

(38) Campo Izquierdo, A. L., «La figura del coordinador parental: Dudas sobre el Coordinador Parental». *Revista de derecho de Familia*, N.º 68, 2018.

(39) Becerril, D. y Venegas, M., «La custodia compartida en España», Dykinson, Madrid, 2017, p. 52.

(40) Díez Picazo, L. y Gullón, A., «Sistema de Derecho Civil». Vol. IV (t. 1) Derecho de Familia. Tecnos, Madrid, 2008, p. 116.

Por otra parte, en la mencionada 'Guía de criterios de actuación en materia de custodia compartida, elaborada por el CGPJ, se recoge la necesidad de que el legislador incluya específicamente la obligación del establecimiento de un plan de parentalidad en aquellos procesos familiares en los que estén implicados hijos menores de edad⁽⁴¹⁾.

IV. POSIBLES MODIFICACIONES E INCORPORACIÓN A NUESTRA LEGISLACIÓN

1. Justificación

La «Guía de Criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida» del CGPJ insta de manera expresa al legislador español a dotar de contenido la regulación de esta intervención, de manera que todos los juzgados de familia dispongan de los conocimientos y recursos normativos necesarios para acordar su intervención y facilitar su desarrollo.

Por otro lado, el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989 y ratificada por España a finales del año 1990, recoge la necesidad del niño de mantener relaciones paternofiliales con ambos progenitores, siempre y cuando no sea contrario al «superior interés del menor», esta previsión enlaza con el art. 39 CE, artículo que configura como un verdadero principio rector de la política social la protección integral del menor.

En el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, elaborado el 24 de julio de 2014, en su exposición de motivos, se recoge la necesidad de los progenitores de desarrollar un plan conjunto de parentalidad, que deberá ser aprobado por el juez. En muchas ocasiones, este acuerdo no siempre es posible ya que es frecuente que las relaciones entre los progenitores estén rotas y que exista un grado alto de conflictividad. Ello repercute en su voluntad de colaboración y da lugar a que los progenitores suelen adoptar una posición defensiva en el proceso. Esta situación impide el correcto desarrollo de las relaciones paternofiliales y es usual que no alcancen ningún acuerdo sobre el plan de parentalidad.

El CdP, como hemos visto, es conveniente precisamente en aquellas situaciones que revistan «alta conflictividad» y su objetivo principal es el de reducir el grado de

(41) Guía de criterios de actuación judicial... *Op. cit.*: «Debe establecerse por Ley la obligación de las partes en cualquier procedimiento de familia de aportar, tanto con los convenios reguladores de los procedimientos consensuales como con las demandas y contestaciones a la demanda de naturaleza contenciosa, un plan de parentalidad que proponga una regulación concreta de los elementos esenciales relativos al ejercicio de la responsabilidad parental y al sostenimiento de los/as hijos/as. Con ello se conseguirá que muchas de las cuestiones que posteriormente pueden plantearse en ejecución estén resueltas o haya criterios concretos para poder resolverlas», p. 213.

conflictividad que permita a los progenitores desarrollar un plan de parentalidad, que ayudará a mantener las relaciones familiares de forma ordenada y pacífica, cumpliendo así con lo establecido en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁽⁴²⁾. Esta idea ha sido contrastada por varios estudios, como el análisis de Scott *et al.* realizado en el año 2010 sobre un proyecto de coordinación de parentalidad en Washington, el cual concluyó que, efectivamente, la intervención del CdP ayudaba a reducir el grado de conflictividad y a mejorar las relaciones familiares conflictivas entre progenitores⁽⁴³⁾. Al mismo tiempo, supone una intervención ideal para reducir la carga de trabajo en los juzgados de familia. Esta teoría también ha sido confirmada por varios estudios⁽⁴⁴⁾ que han demostrado que, gracias a la intervención del CdP, las disputas y la conflictividad en la familia se reduce de manera significativa⁽⁴⁵⁾. En este sentido, un estudio realizado por Johnston en 1994 en el que analizaba la actuación de 16 coordinadores de parentalidad concluyó que, tras un año de intervención, las comparecencias ante el tribunal disminuyeron de 933 a 37, lo que supone una reducción de más de un 95%.

2. Modificaciones

En primer lugar, sería conveniente añadir de forma expresa la posibilidad de designación del CdP dentro de las facultades que otorga el art. 158 CC, lo cual liquidaría cualquier posible duda o debate sobre la legalidad de su intervención. De acuerdo con la mencionada «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida» del CGPJ, se debe aportar una regulación que contemple los criterios de formación y experiencia exigibles con los que deberá contar el CdP, ya que, entiende la doctrina, debe ser una persona especializada con dotes comunicativas y con capacidad y experiencia en la resolución de conflictos, asimismo, debe tener conocimientos sobre gestión emocional y pedagógica.

Por otra parte, sería adecuado modificar el art. 90 CC relativo al convenio regulador para casos de separación o divorcio, incluyendo la obligación de incluir en su contenido la elaboración de un plan de parentalidad conjunto de los progenitores para con sus hijos, en consonancia con el mencionado «Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia», elaborado en el año 2014 y adoptando un modelo similar al recogido art. 233-9. a) del CCcat.

Del mismo modo, sería adecuado introducir en la LEC la posibilidad del juez de designar la intervención del CdP, de acuerdo con las previsiones que deben

(42) Zafra Espinosa de los Monteros, R., «El coordinador parental, elemento de nexo...» *Op. cit.*, p. 7.

(43) Parada Alfaya, V., Tesis de doctorado, «Diseño e implantación de un plan de coordinación...» *Op. cit.*, p. 89.

(44) Estudios llevados a cabo por Henry, Fieldstone, & Bohac, en 2009; Fieldstone *et al.* en 2011; y Serpil Ergun, en 2016.

(45) D'Abate, D., Entrevista al Dr. Dominic D'Abate... *Op. cit.*

incluirse dentro del propio CC, incluyendo, de igual modo, el procedimiento para su nombramiento y el desarrollo de su intervención, lo que supondría una actuación uniforme dentro de todo el territorio nacional y evitaría las diferencias existentes entre las intervenciones en las distintas autonomías, sin perjuicio de la aplicación de los derechos forales.

Por último, respecto a los procesos surgidos en la jurisdicción voluntaria, es igualmente importante incluir de manera expresa la posibilidad de acudir a dicha jurisdicción para pactar la intervención del CdP en aquellos conflictos en los que se encuentren implicados los hijos menores, mediante su inclusión dentro del art. 87.1 LJV.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.— La complejidad de los conflictos familiares, en ocasiones, determina la necesidad de articular vías singulares para canalizar el conflicto y reducir el grado de conflictividad existente en el ámbito familiar. El elevado grado de conflictividad supone un perjuicio en el desarrollo de los hijos menores de edad implicados en las disputas parentales que mantienen sus progenitores.

SEGUNDA.— El art. 39 CE, destaca, como principio rector de la política social, la protección integral de los hijos menores de edad. Así mismo, la Convención de Derechos del Niño de 1989 establece, entre otras cosas, que los Estados parte garantizarán la protección y cuidado necesario para el bienestar del menor y tomarán todas las medidas oportunas a tal efecto.

TERCERA.— Una opción novedosa es la institución de la coordinación de parentalidad, prácticamente desconocida en nuestro país, pero con cierto recorrido desde una perspectiva del derecho comparado.

CUARTA.— El CdP se configura como un auxiliar del juez que le va a ayudar en procesos de divorcio o separación, cuando estén implicados hijos menores de edad y que presenten un alto grado de conflictividad, lo que supone que su desarrollo resulte especialmente complejo y peligroso para la integridad de los intereses de los hijos menores debido al grado de agresividad existente entre ambas partes.

QUINTA.— Su función principal se centra en proteger la integridad física, psíquica y emocional de los menores de edad implicados en el procedimiento, de modo que el divorcio o separación de sus padres sea lo menos perjudicial posible para su desarrollo. Para ello, tratará de reducir el grado de disputa existente entre sus progenitores e intentará que las partes logren acercar sus posturas, lo que permitiría que concretasen un plan de parentalidad y otros acuerdos. Para lograr sus objetivos realizará todo tipo de actuaciones en todo tipo de ámbitos: educativo, familiar, social, sanitario, etc.

SEXTA.— Las experiencias que hemos encontrado permiten afirmar que la intervención del CdP se resuelve en la mayoría de los casos de manera muy positiva para las familias y, al mismo tiempo, ayuda a reducir la carga de trabajo de los juzgados de familia.

SÉPTIMA.– En el territorio español, sin perjuicio de los derechos forales, su integración en el proceso se sustenta en los arts. 91 CC y 158.6 CC, los cuales habilitan al juez para tomar todo tipo de decisiones para lograr la protección del menor, sin embargo, no recoge de forma expresa la posibilidad de designar un CdP ni existe una regulación concreta que permitan concretar el contenido y alcance de su actuación, lo que se traduce en un desconocimiento general y su consiguiente inaplicación respecto de una institución que ha demostrado ser altamente útil.

OCTAVA.– En el año 2020 el CGPJ elaboró la «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida». En ella se recoge la necesidad urgente de regular la figura del CdP y, concretamente, hace hincapié en la necesidad de introducir en el ordenamiento las funciones y competencias que puede asumir este profesional, así como las capacidades y titulaciones que debe acreditar para poder ejercer dicha función.

NOVENA.– Por todo lo expuesto, considero absolutamente necesario una modificación normativa donde se incluyan todos los aspectos importantes que deben regir la institución, lo cual sería muy positivo, puesto que liquidaría cualquier tipo de duda que pueda quedar respecto a la legalidad de su intervención; permitiría un desarrollo homogéneo dentro de todo el territorio español; determinaría su contenido, alcance, funciones y requisitos; ayudaría a que su intervención se extienda a todos los juzgados de todo el territorio nacional cuya consecuencia sería asegurar el correcto desarrollo del menor y proteger sus intereses e integridad; y, al mismo tiempo, reduciría significativamente la carga de trabajo de los juzgados de familia.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL REFORM PROCEDURE IN SPAIN

NEREA GRANA CHEVAUX

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. NECESIDAD DE PARTIR DE UNA TEORÍA GENERAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.
 - 1. **Conceptualización y deslinde con la mutación constitucional.**
 - 2. **Rigidez y flexibilidad constitucional.**
- III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CE DE 1978.
 - 1. **Los procedimientos de reforma.**
- IV. LOS LÍMITES A LA REFORMA.
- V. LAS REFORMAS PRECEDENTES.
 - 1. **La reforma de 1992.**
 - 2. **La reforma de 2011.**
- VI. NECESIDAD DE REFORMAR EL TÍTULO X.
- VII. CONCLUSIONES.

Resumen: Estudio del procedimiento de reforma constitucional en España, observando si este cumple o no su función de permitir la adaptación de la Constitución a las circunstancias sociales y desvelándose aquellas cuestiones procedimentales que pueden estar haciendo peligrar el cumplimiento de dicha función y aquellos obstáculos con los que nos encontramos a la hora de ponerla en marcha.

Abstract: Study of constitutional reform procedure in Spain, observing if it fulfils or not its function of allowing the Constitution to adapt to social changes and

revealing those procedural issues that may be endangering the fulfilment of this function and those obstacles we find when the reform is initiated.

Palabras clave: reforma constitucional, rigidez, procedimiento, Título X.

Keywords: constitutional reform, rigidity, procedure, Title X.

I. INTRODUCCIÓN

Como es posible observar, la sociedad actual y sus características no son las mismas que las que eran en el momento en que nuestro texto constitucional fue elaborado en el año 1978, tanto por el contexto en el que se encontraba el Estado español cuando fue aprobado como por los cambios que, como consecuencia del progreso, han experimentado los ordenamientos, concretamente el nuestro, y la población que forma parte del mismo.

Sabemos que la labor de la Constitución no es otra que la de pretender garantizar la estabilidad del sistema legal, a través de una regulación que permita dotar de seguridad a los ciudadanos y situándose, por ende, en la más alta posición normativa. Sin embargo, si bien es cierto que como Norma Suprema debe tener un carácter estable, cuenta también con el deber de garantizar su adecuación a las circunstancias sociales y la adaptación a las nuevas expectativas de ésta. Es imprescindible que exista una actualización y una sintonía con el entorno para lograr una buena concordancia entre la Constitución y la sociedad, a través de una modificación formal mediante la reforma constitucional. A ello sirve principalmente, el procedimiento de reforma constitucional previsto habitualmente en los documentos constitucionales.

En consecuencia, el objeto fundamental de este trabajo no es otro que el de llevar a cabo un análisis crítico del procedimiento de reforma constitucional en España, estudiando críticamente aquellas cuestiones jurídicas que se suscitan a la hora de ponerla en marcha. De esta forma, conoceremos cuáles son los obstáculos y problemas con los que nos podemos encontrar en este ámbito, tanto a la hora de efectuar la reforma como a la hora de observar e interpretar su regulación.

Para abordar sobre bases ciertas y sólidas este objetivo, será preciso partir de una teoría general y entrar a valorar aquello que se entiende por Constitución, estudiando los conceptos de rigidez y flexibilidad constitucional. Una vez precisadas tales cuestiones, pasaremos a centrarnos en la articulación del procedimiento de reforma constitucional en la Constitución española de 1978, analizando los requisitos orgánicos y procedimentales y los límites para su modificación, haciendo igualmente una somera referencia a cómo se han efectuado las reformas que tuvieron lugar en España en los años 1992 y 2011, y concluyendo con unas reflexiones acerca de la necesidad de efectuar una reforma del propio Título X y del procedimiento a seguir para efectuar los futuros cambios constitucionales.

II. NECESIDAD DE PARTIR DE UNA TEORÍA GENERAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Para poder abordar el objeto del trabajo es necesario partir de una aproximación a la teoría general de la reforma constitucional. Resulta imprescindible determinar qué entendemos por reforma, ya que solamente si comprendemos en qué consiste y cómo podemos diferenciarla de otras formas de adaptación de la Constitución a los cambios sociales podremos saber si la manera en que se ha regulado el procedimiento le permite o no adaptarse a aquellos y, por ende, cumplir su función. En consecuencia, este apartado irá encaminado a precisar el concepto de reforma, la forma en que la misma se articula en nuestro ordenamiento jurídico y cuáles son los obstáculos ante los que nos podemos encontrar a la hora de efectuar la misma.

1. Conceptualización y deslinde con la mutación constitucional

Conviene resaltar, en primer término, que, en función de la concepción que se maneje de texto constitucional, las cuestiones relativas a su propia reforma tendrán diferente consideración. Es decir, la interpretación constitucional requiere determinar previamente la posición y el valor que asume la propia Constitución⁽¹⁾.

Como primera aproximación al concepto de Constitución cabe señalar que en términos generales nos referimos a esta como aquel conjunto de normas, que, siendo producto de la sociedad, permitan a esta misma dirigirse por sí misma, organizando y estructurando el ordenamiento jurídico y el sistema político estatal⁽²⁾. Sin embargo, de esta inicial definición material de Constitución –dado que se centra en la materia objeto de regulación por esta– estaría ausente uno de los elementos más características y diferenciadores del texto constitucional: su supremacía. Esto es, la posición que ocupa dentro del ordenamiento, situándose en la cúspide de éste, tanto en un sentido formal como material, como consecuencia de la importancia de los valores y principios que contiene, que hacen necesario dotarla de una fuerza normativa que sea lo suficientemente eficaz para permitir el funcionamiento estructural del sistema y diferenciarla formalmente de las leyes ordinarias⁽³⁾.

Por un lado, materializar la Constitución lleva aparejada su politización. Esto es, ajustar el texto constitucional a una realidad social, determinando su existencia política y jurídica, así como los valores y relaciones que conforman el sistema político, incluyendo bajo esta perspectiva elementos del «ser» político, del «deber ser» extrajurídico o meta-positivo. Desde el punto de vista de la reforma, que es lo

(1) ALÁEZ CORRAL, B. *Reforma constitucional y defensa de la democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 24.

(2) A tenor de lo expuesto en ALÁEZ CORRAL, B. «Reforma...» ob. cit., p. 28.

(3) DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, M. F. «La supremacía constitucional: naturaleza y alcances». *Dikaion. Revista de actualidad jurídica* Vol. 20, núm. 1, 2011, p. 102.

interesa aquí y ahora, la materialización implicaría que el poder constituyente y el de reforma no sean lo mismo, estando este último formal y materialmente limitado al no poder traspasar los límites de la competencia delegada por el poder constituyente⁽⁴⁾. Es decir, se podrían efectuar cambios en la Constitución, pero no de Constitución, requiriendo de la existencia de cláusulas de intangibilidad, ya sea de forma explícita o implícita⁽⁵⁾.

Por otro lado, al referirnos al texto constitucional desde un punto de vista formal, concepción que será la utilizada para el presente estudio, lo hacemos teniendo en cuenta su forma jurídico-positiva. Más allá del propio contenido del texto, su carácter supremo viene determinado por la posición que ostenta en el ordenamiento jurídico, y ésta es consecuencia no solo pero primordialmente de la forma que adopta, que se manifiesta en la existencia de unos procedimientos y órganos para su elaboración y modificación más agravados que los previstos para las leyes ordinarias⁽⁶⁾.

Hemos de resaltar que la reforma constitucional no es un simple antojo o una mera posibilidad sino una vía realmente necesaria para lograr y garantizar la correcta marcha de un sistema que se encuentra en un proceso de cambio continuo, cumpliendo una función de adaptación de la Constitución a la realidad jurídica. Esta es definida por G. JELLINEK como aquella alteración que soporta el texto constitucional a consecuencia de acciones de carácter voluntario e incondicionado, teniendo una doble vertiente: formal y material⁽⁷⁾.

La reforma constitucional ha de ser deslindada de la mutación constitucional que haría referencia a aquella modificación que se produce de forma involuntaria, dejando el texto inalterado⁽⁸⁾. Es decir, partiendo de esta definición, la mutación englobaría aquellas circunstancias en las que la norma constitucional se aplica o interpreta de una forma distinta a su sentido literal, mediante la adaptación de la propia norma a la realidad social, siendo estas esencialmente interpretativas y de carácter informal, lo que sería posible hasta que se produjera una oposición al enunciado del precepto en cuestión o a la propia norma⁽⁹⁾. Estas modificaciones pueden surgir a conse-

(4) ALÁEZ CORRAL, B. «Reforma...» ob. cit., pp. 28-30.

(5) ALÁEZ CORRAL, B. «Reforma...» ob. cit., pp. 32-33.

(6) ALÁEZ CORRAL, B. «Reforma...» ob. cit., p. 36.

(7) JELLINEK, G. Reforma y mutación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Citado por: GARCÍA FERNÁNDEZ, L./SIEIRA, S./MIRANDA, L. M. Sinopsis Artículo 168 CE, Congreso de los Diputados, 2003. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=168&tipo=2>. Consultado el 4 de Marzo de 2021.

(8) JELLINEK, G. Reforma y mutación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 7. Citado por: SÁNCHEZ, URRUTIA, A. V. «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto». *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, p. 105.

(9) ALÁEZ, CORRAL, B. «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después». En PUNSENT BLANCO, R. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (Coord.). *Cuatro décadas de una constitución normativa*, Thomson Reuters: Aranzadi, 2018, p. 2.

cuencia de la aprobación de una Ley o de un Tratado o incluso a raíz de la propia interpretación que otorga el Tribunal Constitucional a un precepto⁽¹⁰⁾.

2. Rigidez y flexibilidad constitucional

Centrados en lo que interesa al objeto de este trabajo, la reforma constitucional en sentido estricto del término, la flexibilidad y la rigidez son dos cuestiones definitorias y elementales para ella y debemos analizarlas brevemente en aras a determinar si resultaría necesario o no un determinado y óptimo grado de rigidez para poder llevar a cabo una reforma de nuestra Constitución.

Como aproximación a ambos conceptos, partiremos de la base de que la rigidez permite, conforme a la concepción formal de constitución aquí adoptada, la consagración del principio de supremacía constitucional⁽¹¹⁾. No obstante, debemos precisar que esa rigidez, manifestada a través de la agravación procedimental, existe al margen del carácter supremo del texto constitucional, aunque finalmente pueda contribuir a reforzar y garantizar dicha supremacía⁽¹²⁾. De esta forma, se establece un procedimiento de carácter minucioso que precisa de unos requisitos especiales, más complejos y exigentes que los del procedimiento legislativo para poder efectuar la reforma constitucional. Cabe señalar que uno de los problemas que podrían aparecer con una Constitución excesivamente rígida es que se imposibilite la reforma, impidiendo la adaptación de aquella a las nuevas circunstancias sociales, y abocando esa adaptación a realizarla de manera ilegal y al margen del procedimiento establecido. No se debe olvidar que la interposición de grandes obstáculos a la reforma de la Constitución sólo trae consigo el incumplimiento o la inaplicación de la misma⁽¹³⁾.

Por su parte, la flexibilidad constitucional es también una manifestación de la voluntad estatal de facilitar lo más posible la adaptación del sistema legal a los cambios sociales. Es decir, esta característica, permitiría, a priori, favorecer la adaptación a nuevas circunstancias sociales, al establecer un procedimiento más sencillo y rápido, lo que permite la alteración o modificación del propio texto a través del procedimiento legislativo ordinario. Debemos de cuestionarnos si, por ende, esto implicaría o no una ruptura con la connotación y el carácter supremo de la propia norma al eliminarse esa distinción entre las leyes ordinarias y las constitucionales.

(10) TAJADURA TEJADA, J. «Reforma, mutación y destrucción de la Constitución». *Cuadernos FAES de Pensamiento Político*, núm. 58, 2018, pp. 7-8.

(11) GARCÍA FERNÁNDEZ, L./SIEIRA, S./MIRANDA, L. M. Sinopsis Artículo 168 CE, Sinopsis Artículo 168 CE, Congreso de los Diputados, 2003. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=168&tipo=2>. Consultado el 4 de marzo de 2021.

(12) ALÁEZ CORRAL, B. «Supremacía y rigidez constitucionales (A propósito del libro "La rigidez de las Constituciones escritas" de Alessandro Pace y Joaquín Varela y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, p. 381.

(13) GONZÁLEZ PULIDO, P. «Recensión de la obra de Santiago Muñoz Machado "Vieja y nueva Constitución"». *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 32, 2015-2016, p. 4.

Es importante señalar que del estudio llevado a cabo por GINSBURG y MELTON⁽¹⁴⁾ se deduce que no existe un nivel o una línea de rigidez mínima que sirva como punto de diferenciación entre unas Constituciones y otras, y que nos permita concluir de manera clara y en base a un prefijado ratio o medida si una Constitución es más o menos rígida que otra, lo que nos llevaría a ser incapaces de determinar a priori si por ejemplo una Constitución que requiere una mayoría de 2/3 de los votos para modificarse es más o menos flexible que otra que requiera una mayoría ordinaria con un referéndum obligatorio⁽¹⁵⁾. Es decir, a la hora de observar y medir esa ratio de enmienda en un tiempo y espacio hay que tener en cuenta factores tanto institucionales como históricos o culturales, una «admenment culture» que condiciona la rigidez y la flexibilidad fácticas de la Constitución⁽¹⁶⁾.

Desde mi punto de vista, no debemos caer en el error de creer que la flexibilidad es la garantía de la estabilidad del sistema legal y que la rigidez no lo logra en igual medida. Una flexibilidad tal, llevada al extremo y que no nos permita diferenciar cuando nos encontramos ante una aprobación legislativa ordinaria y cuando es un cambio en nuestra norma suprema, permitiría que aquellas cuestiones que son tan esenciales y que constituyen el núcleo de un sistema y las bases para su seguridad, permanencia y protección pudieran ser modificadas con mucha mayor facilidad de la que debieran. Más aún, entiendo que en el caso de que esta flexibilidad fuera usada en un mal sentido y alterase cuestiones tan elementales como las que caen en el campo de la reforma constitucional, provocaría un colapso del sistema. Es decir, observo que la estabilidad buscada inicialmente podría llevarnos en un mal contexto y ante una mala gestión a una gran inestabilidad.

Una breve aproximación al derecho comparado revela la mayoritaria opción en los sistemas constitucionales contemporáneos por diversos grados de rigidez –alto, medio o bajo– con connotaciones propias y singularidades⁽¹⁷⁾.

Si observamos nuestro procedimiento de reforma del Título X de la CE de 1978, como se verá con algo más de detalle en el apartado siguiente, se puede apreciar que se ha optado por la rigidez constitucional y que esta no es menor que la que pueda presentarse en otros ordenamientos de nuestro entorno, al menos en términos de mayorías exigidas: en el procedimiento simple u ordinario de reforma se requiere una mayoría cualificada de 3/5 de los miembros de ambas cámaras, siendo más agravada que la establecida en otros Estados de nuestro

(14) GINSBURG, T. y MELTON, J. «Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty». *International journal of constitutional law*, Vol. 13, núm. 3, 2015, pp. 687-713.

(15) GINSBURG, T. y MELTON, J. «Does the...» ob. cit., p. 691.

(16) GINSBURG, T. y MELTON, J. «Does the...» ob. cit., p. 699.

(17) Véase FERRERES CORNELLA, V. «Una defensa de la rigidez constitucional». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 29-48, en donde se exponen las singularidades en cuanto a rigidez que presentan ciertas Constituciones a las que se atribuye dicho carácter rígido, como son la estadounidense, alemana, italiana o francesa, entre otras.

entorno⁽¹⁸⁾; no se recogen cláusulas de intangibilidad como si ocurre en otros ordenamientos⁽¹⁹⁾, aunque se haya previsto un procedimiento agravado de reforma para la modificación de los aspectos más nucleares del texto constitucional que requiere mayorías de 2/3 de los miembros de ambas cámaras y un referéndum de ratificación.

Además de lo anterior, la cultura política de la reforma constitucional en nuestro país también es igualmente rígida, y las reformas constitucionales realizadas solo se han llevado a cabo porque dicha cultura política de rigidez ha cambiado momentáneamente cuando nos encontramos ante razones político-económicas, derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea, que requieren el consenso político para superar la rigidez jurídica.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CE DE 1978

Una vez puntualizadas dichas cuestiones y tras haber efectuado una pequeña aproximación a los conceptos previos, procede ahora analizar someramente el procedimiento de reforma constitucional que se recoge en el Título X para poder valorar si su rigidez jurídica está o no adaptada a las necesidades de la sociedad española del siglo XXI.

1. Los procedimientos de reforma

En el ordenamiento español, se recogen en el Título X «De la Reforma Constitucional» de la CE de 1978 (arts. 166 a 169) dos procedimientos de reforma constitucional.

En primer lugar, el artículo 166 regula la iniciativa de reforma, común para ambos procedimientos, determinando quiénes son los sujetos legitimados para llevar a cabo dicha propuesta. El propio precepto remite al artículo 87 CE, que recoge los sujetos titulares de la iniciativa legislativa. Sin embargo, hemos de puntualizar que en este caso se establece una importante excepción: la iniciativa popular⁽²⁰⁾. En el trabajo de CONTRERAS⁽²¹⁾, además de su propia opinión se recogen y refunden

(18) Véase como ejemplo la Norma italiana de 1948, que establece en su artículo 138 la necesidad de alcanzar una mayoría **absoluta**, igualmente en ambas Cámaras. Por su parte, en Alemania, la Ley fundamental de Bonn precisa de una mayoría para su aprobación de 2/3 de los **miembros** del Bundestag y de 2/3 de los **votos** del Bundesrat.

(19) En el caso de Francia e Italia sus constituciones establecen que no será susceptible de reforma la forma republicana de gobierno (artículos 89 y 139 respectivamente) y en el caso de Alemania, el artículo 79 en su apartado tercero recoge como cláusulas de intangibilidad los principios de los artículos 1 y 20 de la norma, la división territorial del Estado en Länder y el principio de participación de los mismos en la legislación.

(20) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978». *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2018, pp. 179-180.

(21) CONTRERAS CASADO, M. «Sobre el Título X de la Constitución Española». *Revista de derecho político*, núm. 37, 1992, pp. 303-318.

las de otros expertos acerca de dicha omisión. Por un lado, DE VEGA califica tal exclusión de «contradicción notable», resaltando la incongruencia en la que se recae al consagrar la iniciativa popular en el procedimiento legislativo ordinario y omitirla a la hora de actuar en el poder constituyente⁽²²⁾. A través de tal supresión, se rompería la coherencia constitucional y se eludiría la participación directa de los ciudadanos mediante el esquema representativo, argumentando que, si se hace con el objeto de evitar los ataques al sistema constitucional en nombre de la voluntad soberana, estos se pueden producir igualmente⁽²³⁾. Otros autores como TORRES DEL MORAL⁽²⁴⁾ o ÁLVAREZ CONDE⁽²⁵⁾ delatan la ausencia de justificación en esta cuestión e igualmente CONTRERAS⁽²⁶⁾ se posiciona en esta misma línea y sostiene que se trata de una previsión de excesiva prudencia y cautela. Por su parte, PÉREZ ROYO⁽²⁷⁾, adopta una posición contraria al argumentar que, dada la prudencia con la cual hay que abordar la reforma del texto constitucional, resulta razonable y justificable el hecho de que dicha iniciativa parta en esencia de las instituciones representativas y no de la propia soberanía popular directamente.

En este debate también ha intervenido el propio Tribunal Constitucional que en su Sentencia 76/1994 ha puntualizado que no se ve vulnerado ningún principio constitucional al excluir determinadas materias de la propia iniciativa legislativa popular, entendiendo que diversas cuestiones por lo delicado de su naturaleza han de quedar reservadas a los representantes políticos⁽²⁸⁾.

En definitiva, y ante tal omisión, se encontrarían únicamente legitimados para proponer la reforma constitucional el Gobierno, el Senado, el Congreso de los Diputados y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Seguidamente, encontramos en el artículo 167 CE el procedimiento ordinario o simple de reforma. Este procedimiento es considerado un procedimiento de carácter subsidiario, residual⁽²⁹⁾ o «de alternativas»⁽³⁰⁾ puesto que este se pone en práctica

(22) DE VEGA, P. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid, Tecnos, 1985 p. 134. Citado por: CONTRERAS CASADO, M. «Sobre el Título X de la Constitución Española». *Revista de derecho político*, núm. 37, 1992, p. 305.

(23) DE VEGA, P. La reforma constitucional... ob. cit., p. 142. Citado por: CONTRERAS CASADO, M. «Sobre el Título X...» ob. cit., p. 306.

(24) TORRES DE MORAL, A. Principios de Derecho Constitucional Español, vol. 2, 2.ª ed., Madrid, Átomo Ediciones, 1988, p. 442. Citado por: CONTRERAS CASADO, M. «Sobre el Título X...» ob. cit., p. 306.

(25) ÁLVAREZ CONDE, E. El régimen político español, (2.ª ed.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 468. Citado por: CONTRERAS CASADO, M. «Sobre el Título X...» ob. cit., p. 306.

(26) CONTRERAS CASADO, M. «La reforma en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución española en 1978*, ed. de Manuel Ramírez, Zaragoza: Libros Pórtico, 1979, pp. 409-411.

(27) PÉREZ ROYO, J. La reforma de la Constitución. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. p. 143. Citado por: CONTRERAS CASADO, M. «Sobre el Título X...» ob. cit., p. 307.

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1994 de 14 de Marzo (FJ n.º 3).

(29) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento agravado...» ob. cit., p. 181.

(30) VERA SANTOS, J. M. «La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España». *Revista de Derecho Político*, núm. 96, 2016, p. 27.

cuando nos encontramos con materias que no entran dentro del ámbito del procedimiento agravado previsto en el 168.

En el Reglamento del Congreso, se regula la reforma constitucional en su Sección IV del Capítulo III: («*De las especialidades en el procedimiento legislativo*») del Título V («*Del procedimiento legislativo*»), artículos 146 y 147, configurando el procedimiento de reforma como un procedimiento legislativo especial, que parte de la regulación prevista para el procedimiento legislativo común, referenciando únicamente las especialidades. La remisión a dicho procedimiento se contiene de manera expresa en el artículo 146, referida a los proyectos y proposiciones de reforma a que se refieren los artículos 166 y 167 CE, que se tramitarán según las reglas recogidas en el Reglamento para los proyectos y las proposiciones de ley. Son de aplicación, en consecuencia, los artículos 109 a 129 RC, referidos al procedimiento legislativo común⁽³¹⁾. Por su parte, el Reglamento del Senado recoge esta cuestión en su Título V («*Del procedimiento de revisión constitucional*»), Capítulos I («*De la revisión constitucional iniciada por el Senado*»), II («*De la revisión constitucional iniciada por el Congreso de los Diputados*»).

La rigidez exigida en este procedimiento, como ya se adelantó antes, es la aprobación por las 3/5 partes de los miembros del Congreso y de los miembros del Senado. En el caso de que no se alcanzase acuerdo entre el Congreso y Senado, se procede a nombrar una Comisión Paritaria, de composición mixta, formada por Diputados y Senadores. Esta Comisión presentará un texto que será votado nuevamente por ambas Cámaras. En el caso de no lograrse el acuerdo conforme al trámite previsto, y habiéndose obtenido el voto favorable del Senado por mayoría absoluta, se podría aprobar si se consigue una mayoría de 2/3 en el Congreso. Aprobada la reforma, aún cabe la posibilidad de que se añada un elemento contingente, y es que en el plazo de 15 días tras la aprobación 1/10 parte de los diputados del Congreso o de los Senadores pueden solicitar que se ratifique la reforma por referéndum del pueblo español, referéndum que de celebrarse será vinculante para el destino de la reforma constitucional.

Por otro lado, el procedimiento extraordinario o agravado se encuentra recogido en el artículo 168 CE. Este será el mecanismo a utilizar en el caso de que la modificación afecte a materias reguladas en el Título Preliminar, Capítulo II, Sección 1.^a del Título I, al Título II o se pretenda una revisión total de la Constitución, es decir, alteraciones referidas a la forma política del Estado, a los principios y valores de contenido primordial y a los derechos fundamentales y libertades públicas, que constituirían el núcleo esencial del ordenamiento.

Este procedimiento se encuentra nuevamente regulado en los Reglamentos de ambas Cámaras. En el del Congreso de los Diputados, nuevamente en el Título V, Capítulo III, Sección IV, aunque en este caso se recoge de manera expresa en

(31) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento ordinario de reforma constitucional». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 100-101-102, 2017, p. 153.

el artículo 147. No obstante, hemos de tener en cuenta que la iniciativa para la reforma (artículo 166 CE) se encuentra en el anterior precepto (146 RC) junto con el procedimiento ordinario. Por su parte, el Reglamento del Senado dedica a esta vía procedimental el Capítulo III («*De la reforma constitucional prevista en el artículo 168 de la Constitución*»), de su Título V.

El citado artículo hace alusión a la realización de una revisión total de la Constitución, sin entrar a precisar qué se entiende por la misma. Esto ha provocado interpretaciones disidentes y opiniones discordantes. Aunque algunos autores se han referido a la misma como la «sustitución íntegra de su texto por otro de nueva planta»⁽³²⁾, ÁLVAREZ SUÁREZ señala que parece que la intención durante el proceso de elaboración de la Constitución la intención no fue concebir la revisión total como una modificación de la integridad de los artículos de la Norma, sino como una alteración sustancial de los mismos⁽³³⁾.

Por otra parte, ha sido repetidamente cuestionado el hecho de que no se vean incluidas expresamente en este procedimiento materias consideradas de gran importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como el propio Título X o el valor de la dignidad humana del artículo 10 CE, entre otros⁽³⁴⁾.

Para que proceda a efectuarse la reforma articulada a través de esta vía, se requiere que la iniciativa o propuesta de iniciar la reforma (*el principio*) sea aprobada por ambas Cámaras a través de una mayoría de 2/3 de los miembros en cada una de ellas.

Si se supera dicha exigencia, se disolverán las Cortes y se procederá a la constitución de unas nuevas Cortes Generales que deberán, en primer lugar, ratificar dicha decisión de llevar a cabo una reforma para después ya entrar a valorar el fondo de la misma.

El precepto no establece el quórum necesario para la ratificación de ese principio de reforma por las nuevas Cortes electas, lo que hace que existan opiniones diversas al respecto. Según estima el Consejo de Estado⁽³⁵⁾, parece que el artículo 147.4 del Reglamento del Congreso exige una mayoría simple, mientras que el Reglamento del Senado en su artículo 159⁽³⁶⁾ se posiciona a favor de una exigencia basada en la mayoría absoluta, agravando aún más el ya rígido procedimiento. Ratificado el principio de reforma, el proyecto de reforma se tramitará por el procedimiento legislativo ordinario, exigiéndose el voto favorable de nuevo de 2/3 de los miembros del Congreso y del Senado.

En cuanto a la posibilidad de que no se llegue a un acuerdo, al no establecerse nada al respecto en el propio artículo 168 CE, un sector de la doctrina ha defendido la

(32) GARCÍA FERNÁNDEZ, L./SIEIRA, S./MIRANDA, L. M. Sinopsis Artículo 168 CE, ob. cit.

(33) ÁLVAREZ SUÁREZ, J. «La modificación del artículo 168 de la Constitución española a través del procedimiento ordinario de reforma» *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, p. 224.

(34) ALÁEZ CORRAL, B. «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después». En PUNSENT BLANCO, R. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (Coord.). Cuatro décadas de una constitución normativa, Thomson Reuters: Aranzadi, 2018, p. 21.

(35) Informe del Consejo de Estado, de 16 de Febrero de 2006, p. 336.

(36) Ver artículo 159 Reglamento del Senado.

creación también de una Comisión Mixta como la del propio artículo 167, entendiendo que en el caso de que esta solución fuera la aplicada habría que hacer predominar el bicameralismo perfecto respetándose la igualdad entre ambas Cámaras⁽³⁷⁾, ello a pesar de que el silencio constitucional parece abocar a la caducidad del procedimiento agravado en caso de falta de acuerdo entre ambas cámaras.

En último lugar, una vez aprobada la reforma, esta será sometida a referéndum para su ratificación. Este referéndum, a diferencia del previsto en el procedimiento ordinario, no es facultativo.

IV. LOS LÍMITES A LA REFORMA

La Constitución recoge en el artículo 169 CE ciertos límites de carácter circunstancial, bajo los cuales se prohíbe iniciar el procedimiento de reforma constitucional. Estas limitaciones a la iniciativa de reforma pasan por la existencia de cuatro situaciones de carácter excepcional: estado de alarma, excepción, sitio y tiempo de guerra.

Las tres primeras estarían delimitadas y desarrolladas a tenor del artículo 116 CE. Sin embargo, plantea mayores problemas y es objeto de diversas interpretaciones la última de ellas. De la interpretación conjunta de los preceptos 169 y 63.3 CE («*Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz*») CE parecería que esta situación de «tiempo de guerra» solamente tendría cabida para aquellas circunstancias en que se tratase de un conflicto declarado de manera formal. No obstante, podrían darse casos en los cuales, si bien la guerra no ha sido declarada como tal, la flexibilidad y la diversidad con la que estas situaciones se desarrollan y manifiestan en la sociedad actual nos exigiría concluir que la iniciativa no debería de propiciarse igualmente⁽³⁸⁾.

Más allá de los límites de carácter temporal –y los materiales que impone el propio artículo 168 CE respecto del procedimiento de reforma ordinario–, la Constitución no establece ninguna cláusula de intangibilidad. No se excluye del ámbito y de la posibilidad de la reforma ninguna materia concreta y así lo ha corroborado de manera constante la jurisprudencia constitucional⁽³⁹⁾.

No obstante, muchos autores consideran que el propio artículo 168 es en sí mismo una cláusula de intangibilidad⁽⁴⁰⁾ puesto que su rigidez es tal que se vuelve prácticamente inviable e inaccesible propiciar la reforma a través del mismo.

(37) GARCÍA FERNÁNDEZ, L./SIEIRA, S./MIRANDA, L. M. Sinopsis Artículo 168 CE, ob. cit.

(38) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978». *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 177-193.

(39) Véase por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 Marzo de 2003 (FJ n.º 7).

(40) TAJADURA TEJADA, J. La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución española de 1978, Madrid, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad,

V. LAS REFORMAS PRECEDENTES

En este apartado observaremos como la cultura política rígida existente en el ordenamiento español se adapta y cambia coyunturalmente hacia la cultura de la flexibilidad para superar la rigidez jurídica cuando resulta preciso hacerlo a consecuencia de razones político-económicas derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea.

1. La reforma de 1992

Con ocasión de la firma del Tratado de Maastrich, el 7 de febrero de 1992, surgió la necesidad de llevar a cabo una reforma de nuestro texto constitucional como consecuencia de una contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución española y el artículo 8-b del mencionado Tratado. Por su parte, el artículo 8-b del texto establecía lo siguiente: «*todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida...*» mientras que el artículo 13.2 de nuestra Norma suprema no atribuía el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a aquellos ciudadanos de la Unión que no fueran españoles.

En el Congreso de los Diputados fue presentada conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (Convergencia i Unió), Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, de CDS, Vasco (PNV) y Mixto una Proposición de Reforma del artículo 13.2 CE el 7 de julio de 1992, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia. Dicha Proposición consistió en la inclusión del fragmento «y pasivo» en el citado precepto, sin ser necesaria ninguna otra modificación⁽⁴¹⁾. La Mesa de La Cámara adoptó el acuerdo de admitir dicha proposición a trámite y someterla a deliberación del Pleno. Este último conviene en reunión celebrada el 13 de julio de 1992 la toma en consideración de la Proposición, su tramitación directa y en lectura única. Se abrió un plazo para la presentación de enmiendas de cinco días, sin embargo, no se presentaron.

El debate plenario tuvo lugar el 22 de julio de 1992, donde se obtuvieron un total de 332 votos emitidos y 332 síes, alcanzándose el voto favorable de tres quintos de los miembros de la Cámara y quedando aprobada por el Congreso de los Diputados la proposición de reforma del artículo 13.2 CE⁽⁴²⁾. El texto aprobado por el Congreso fue remitido al Senado, la deliberación y votación en la Comisión de Constitución tuvo lugar el 28 de julio, aceptándose el texto del Congreso. El Pleno del Senado debatió el Dictamen sobre la Proposición de Reforma del artículo 13, alcanzándose

2018, pp. 112-135. Citado por: TUDELA ARANDA, J. «Una reflexión crítica sobre la regulación de la reforma constitucional». *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 31, 2018, p. 634.

(41) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 147-1 del 9 de Julio de 1992.

(42) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 206, del 22 de Julio de 1992.

la mayoría prevista en el artículo 167.1 y aprobándose un texto idéntico al remitido por la Cámara Baja.

Por su parte, no fue necesario someter la reforma a referéndum, al no haber sido solicitado por los miembros de las Cámaras la previsión contenida en el artículo 167.3 CE. De esta forma, el texto definitivo fue publicado en BOCG, el 20 de agosto de 1992. La reforma fue sancionada y ratificada por su Majestad el Rey el 27 de agosto de 1992 y el texto publicado al día siguiente en el Boletín Oficial del Estado.

2. La reforma de 2011

En el año 2011 tuvo lugar la segunda Reforma Constitucional en España. En este caso, la modificación afectó al artículo 135 de nuestro texto constitucional. La reforma surge ante la necesidad de consagrar como principio constitucional el principio de estabilidad presupuestaria de la administración como consecuencia de la fuerte sacudida de la crisis económica y financiera del año 2008. Esta modificación comparte un rasgo esencial con su precedente, y es que responde nuevamente a exigencias externas, concretamente europeas, que ante las circunstancias que se estaban viviendo imponen la inclusión en las respectivas constituciones de una regla de equilibrio presupuestario, dando de plazo hasta finales de verano de 2012⁽⁴³⁾.

La reforma del artículo 135 CE se llevó a cabo a través del procedimiento ordinario recogido en el artículo 167 CE, siendo una materia incluida en el Título VII, y consistiendo en una reforma parcial que cae fuera del ámbito de aplicación del procedimiento agravado propio del artículo 168 CE.

En este caso, la iniciativa en el Congreso le corresponde a dos Grupos Parlamentarios, el Socialista y el Popular, que presentan el 26 de agosto de 2011 una Proposición de Reforma del artículo 135 CE, solicitando a su vez la tramitación por el procedimiento de urgencia y su aprobación en lectura única⁽⁴⁴⁾. La Presidencia de la Cámara adoptó el acuerdo de admitirla a trámite y someterla a deliberación del Pleno a efectos de su toma en consideración y previa audiencia de la Junta de Portavoces, proponer al Pleno la tramitación de conformidad con el procedimiento de lectura única.

El Pleno del Congreso acuerda el 30 de agosto de 2011 la toma en consideración de dicha Proposición, su tramitación directa y en lectura única. Ese mismo día la Mesa del Congreso abre un plazo para la presentación de enmiendas que concluiría el 1 de septiembre a las 14.00 horas.

(43) RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. «La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?» *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 239-240.

(44) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 329-1, del 26 de Agosto de 2011.

El 2 de septiembre tuvo lugar el debate en el Pleno, de las 24 enmiendas que fueron presentadas, todas fueron rechazadas, admitiéndose únicamente una corrección gramatical en la redacción del precepto. En cuanto a la votación de conjunto, se obtuvieron de los 321 votos emitidos, 316 a favor y 5 en contra⁽⁴⁵⁾, alcanzándose las mayorías necesarias y quedando aprobada dicha Proposición en el Congreso. Ese mismo día se remite el texto al Senado, publicándose la Proposición de Reforma el día 3 de septiembre, dando paso del mismo a la Comisión Constitucional y abriéndose el plazo para la presentación de enmiendas, que concluiría el 5 de septiembre de 2011 a las 20.00 horas. En la Comisión de Constitución, la deliberación y voto tuvo lugar el 6 de septiembre. Fueron presentadas 29 enmiendas, de ellas todas rechazadas, admitiéndose como Dictamen el texto aprobado por el Congreso⁽⁴⁶⁾, con la existencia de cuatro votos particulares⁽⁴⁷⁾. El 7 de septiembre el Pleno del Senado debatió el Dictamen del Congreso, obteniéndose de un total de 236 votos emitidos, 233 a favor y 3 en contra, alcanzándose las mayorías exigidas por el artículo 167.1. De esta forma, se aprobó sin variaciones el texto remitido por el Congreso⁽⁴⁸⁾.

Posteriormente, en cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 167.3, se abrió el plazo preceptivo de 15 días para que, en su caso, una décima parte de los miembros del Congreso o del Senado solicitaran someter la reforma a referéndum para su ratificación. Transcurrido dicho plazo sin haberse efectuado la solicitud por un número suficiente se procedió a la publicación del texto definitivo de la reforma en el Boletín Oficial del Congreso, el 28 de septiembre de 2011. La Reforma Constitucional fue sancionada y promulgada por su Majestad el Rey el 27 de septiembre de 2011, publicándose ese mismo día en el Boletín Oficial de Estado.

El procedimiento y rapidez (al ser tramitada en 13 días) con la que se efectuó dicha reforma han sido discutidos reiteradamente. En este sentido, la profesora GARCÍA-ESCUADERO concluye a raíz del análisis de la reforma del artículo 135 CE que «*los plazos reducidos y los procedimientos de lectura única y urgencia acordados en el Congreso no han sido los adecuados para llevar a cabo una reforma constitucional con sosiego ni para intentar llegar a un consenso con los grupos minoritarios*»⁽⁴⁹⁾. Además, las discrepancias se manifiestan en mayor medida si recordamos que se llegó a interponer Recurso de Amparo núm 5241-2011 ante el Tribunal Constitucional, al cuestionarse su tramitación urgente y en lectura única. El mencionado recurso fue inadmitido a trámite por el Tribunal Constitucional en su Auto 9/2012 de 13 de enero de 2012.

(45) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 270, del 2 de Septiembre de 2011.

(46) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 107, de 7 de Septiembre de 2011.

(47) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 108, de 8 de Septiembre de 2011.

(48) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 108, de 8 de Septiembre de 2011.

(49) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «La reforma del artículo 135: ¿son suficientes trece días para la tramitación parlamentaria de una reforma constitucional?» *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, p. 79.

Por un lado, consideró el Tribunal Constitucional que no existía lesión alguna en la determinación del procedimiento en lectura única, en tanto que de la lectura de los artículos 146 y 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados no se observa que deba quedar la reforma constitucional excluida del ámbito de aplicación de este procedimiento especial. Señaló, además, que la adopción de dicho procedimiento se debe a la voluntad del Pleno reflejada mediante la oportuna votación y que las posibilidades de intervención de los recurrentes no se han visto menoscabadas al haber tenido oportunidad de hacerlo en diversas ocasiones durante la tramitación del procedimiento⁽⁵⁰⁾. Además, no consideró lesionado el artículo 23.2 CE en lo relativo al ejercicio de las funciones parlamentarias, por cuanto ni la Constitución ni el propio Reglamento del Congreso han excluido del ámbito de tal procedimiento la reforma constitucional o han establecido materias vedadas al mismo⁽⁵¹⁾.

Por otro lado, también justificó el Tribunal Constitucional la tramitación urgente, habiéndose la Mesa ajustado a lo dispuesto en el propio Reglamento de la Cámara, por considerar que existen razones de fondo para dicha tramitación –el anuncio anticipado del término de la legislatura– y de excepcionalidad. Asimismo, sostuvo que dicha tramitación urgente no ha impedido a los Diputados hacer uso de las facultades que por tal cargo les corresponden, teniendo como prueba la presentación de una extensa enmienda a la totalidad⁽⁵²⁾.

VI. NECESIDAD DE REFORMAR EL TÍTULO X

Tal y como hemos podido observar, nos encontramos con diversas cuestiones cuya precisión deja mucho que desear una vez que abordamos el estudio del procedimiento de reforma recogido en el Título X de la Constitución española. La rigidez jurídica con la que se plasma en nuestro ordenamiento el procedimiento ha dejado la modificación constitucional y la posibilidad de alcanzar el consenso político necesario para la misma en manos de la concurrencia de factores externos, concretamente europeos, que conlleven una flexibilización de la cultura política de la reforma, que no se ha producido pese a la percepción generalizada en la sociedad y en la academia de que diversas reformas constitucionales eran necesarias para adaptar nuestro sistema constitucional a la sociedad del siglo XXI⁽⁵³⁾.

(50) Auto del Tribunal Constitucional 9/2012, de 13 de enero de 2012 (FJ n.º 3).

(51) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «La reforma del artículo 135...» ob. cit., p. 83.

(52) Auto del Tribunal Constitucional 9/2012, de 13 de enero de 2012 (FJ n.º 4).

(53) Esta percepción se manifiesta cuando tras entrar vigor la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, el Gobierno solicitó del Consejo de Estado la emisión de un Informe en que hiciera constar su posición con respecto a diversas propuestas de modificación constitucional, que se consideraba necesario poner en marcha dada su relevancia en el ordenamiento. Las cuestiones referidas fueron las cuatro siguientes: la preferencia del varón en la sucesión al trono, la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea, la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas y la reforma del Senado. De esta forma, el Consejo de Estado aprueba el 16 de febrero de 2006 en Pleno su Informe con tres votos particula-

Valoraré ahora que modificaciones del procedimiento de reforma constitucional serían necesarias para dar mayor claridad a su redacción, eliminar algunos de los obstáculos con los que nos podríamos encontrar a la hora de ponerlo en marcha y adaptar su rigidez a las exigencias de la sociedad española del siglo XXI, poniendo de relieve las opiniones contrapuestas de la doctrina al respecto⁽⁵⁴⁾.

Hemos visto que, la iniciativa popular se encuentra excluida de la posibilidad de iniciar una propuesta de reforma constitucional. En esta misma línea, propone ALÁEZ CORRAL⁽⁵⁵⁾, como forma para salvaguardar la concordancia entre la democracia participativa y representativa, modificar el artículo 166 CE, sustituyendo la redacción actual por una remisión genérica al artículo 87 de tal forma que se recogiera la iniciativa popular en la reforma, tomando como base una propuesta de reforma constitucional efectuada por la Junta General del Principado ya en el año 2014⁽⁵⁶⁾, pero que aún no se ha tramitado por la Cortes Generales.

Por su parte, el referéndum previsto en el artículo 167 CE debería pasar de tener carácter facultativo a tener carácter obligatorio, como manifestación de la legitimación popular en la modificación constitucional. Recordemos, tal y como expuse anteriormente con ocasión del análisis de las reformas precedentes llevadas a cabo en España, que, si bien es posible instarlo, en la práctica se ha observado la improbabilidad de su celebración, dada la conformación de fuerzas políticas preexistente en España durante la mayor parte del tiempo desde 1978. Igualmente, el texto constitucional debería recoger la mayoría requerida para su aprobación, que debería consistir en el caso del procedimiento ordinario en una mayoría simple de votos emitidos, sin exigir un quórum participativo⁽⁵⁷⁾.

res. El texto íntegro del Informe se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/02/MODIFICACIONES-CONSTITUCION-ESP-1.pdf>. La necesidad de efectuar ciertas reformas ha sido puesta de manifiesto igualmente a nivel doctrinal, tómesese como ejemplo ALONSO DE ANTONIO, J. A. «Algunas propuestas para la reforma constitucional del Senado». *Revista de Ciencias jurídicas y sociales*, núm. 2, 2005, pp. 359-407 y OLIVER ARAUJO, J. «La reforma constitucional de la Corona», *Revista de derecho político*, núm. 77, 2010, pp. 13-69.

(54) En este sentido véase como voz discordante con modificar el procedimiento de reforma la de CONTRERAS CASADO, M. «Sobre el Título X...» ob. cit., pp. 314-315: «Tengo la impresión de que, pese a todo, **no es realmente necesario reformar la reforma**. Desde una cierta variedad de posibilidades procedimentales, el legislador constituyente optó por unos mecanismos que pueden ser, y lo han sido, objeto de crítica, pero que no obstaculizan seriamente la eventual actividad del poder constituyente constituido».

(55) ALÁEZ CORRAL, B. «El procedimiento de reforma...» ob. cit., p. 15.

(56) El 19 de Septiembre de 2014 fue aprobada por la Junta General del Principado de Asturias una proposición de reforma de la Constitución Española, admitida a trámite por la Mesa del Congreso de los Diputados el 21 de Octubre de 2014. Recientemente, el 19 de junio de 2019 la Mesa de la Cámara Baja acordó nuevamente admitir a trámite dicha iniciativa. La Junta General del Principado de Asturias considera que encontrándonos en una democracia avanzada el pueblo debe participar en el ejercicio del poder soberano de manera directa y representativa. En consecuencia, la propuesta de reforma constitucional se manifiesta en las modificaciones de los artículos 87, 92 y 166 de la Constitución Española.

(57) ALÁEZ, CORRAL, B. «El procedimiento de reforma...» ob. cit., p. 16,17.

Por otra parte, el propio artículo 168 dada su excesiva rigidez lleva incluso a plantearnos el hecho de que sea considerado una cláusula de intangibilidad en sí mismo. Advierte GARCÍA-ESCUADERO⁽⁵⁸⁾ que la propia doctrina se ha planteado su reforma, si habría que entenderlo incluido dentro de las materias de reforma que se deberían de tramitar por este cauce e incluso el hecho de que sea un propio límite implícito de la Constitución y por ende, irreformable.

En primer lugar, con el objeto de que la excesiva rigidez del artículo 168 CE no se equipare políticamente a cláusula de intangibilidad, sostiene ALÁEZ CORRAL⁽⁵⁹⁾ que debería de requerirse solo la mayoría de 2/3 en una única lectura, manteniendo el referéndum preceptivo vigente. Si bien este último, en contraposición con el recogido para el procedimiento ordinario debería de exigir una materia absoluta de votos emitidos, con un quórum participativo de al menos la mitad del electorado, al considerarse de cuestiones esenciales en el ordenamiento las que se prevé modificar por esta vía.

A la hora de observar el artículo 168 CE, vemos cómo existen diversas cuestiones que no resultan claras y que, por tanto, sería importante modificar o incorporar para que, en el caso de finalmente llevarse a cabo una reforma agravada no se diera lugar a discrepancias como consecuencia de dicha ambigüedad interpretativa. Algunos ejemplos de esta ambigüedad fueron manifestados en el propio Informe del Consejo de Estado del año 2006.

Por un lado, señala el órgano que el artículo no especifica qué debe entenderse por el «principio» de reforma que debe ser ratificado por las nuevas Cortes electas tras la disolución. Tampoco se hace referencia a la mayoría que deberían de alcanzar las Cámaras en la segunda legislatura para ratificar el «**principio**» ni el precepto ofrece solución que permita conciliar las discrepancias que puedan existir entre el Congreso y Senado. Dice el Consejo de Estado que muchos autores plantean en este caso la posibilidad de recurrir a una Comisión Mixta (aplicación analógica del artículo 167), otros que el texto aprobado por la última Cámara sea nuevamente sometido a la decisión de la que lo aprobó en primer lugar y otros que consideran que la diferencia implica el rechazo de la reforma, puesto que sitúa la Constitución ambas Cámaras en el mismo plano, no ofreciéndose ningún mecanismo para la resolución de tal controversia⁽⁶⁰⁾.

En cuanto a la regulación parlamentaria de este procedimiento (artículo 147 RC y 158 y 159 RS) existen diferencias en cuanto a las mayorías exigidas para aprobar el acuerdo de reforma que se les somete tras la disolución de las Cortes que lo adoptaron en primer lugar. El artículo 147.4 RC dispone que «*la decisión tomada por las (Cortes) disueltas será sometida a ratificación*» sin precisarse ninguna mayoría especial, lo que llevaría a entender que sería suficiente con **una mayoría simple**.

(58) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento agravado...» ob. cit., pp. 191-192.

(59) ALÁEZ CORRAL, B. «El procedimiento de reforma...» ob. cit., pp. 16, 17.

(60) Informe del Consejo de Estado E 1/2005, de 16 de Febrero de 2006, p. 338.

El RS en su artículo 159 estipula: «*la nueva Cámara que resulte elegida deberá aprobar por mayoría absoluta la reforma propuesta*»⁽⁶¹⁾.

Por otro lado, Reglamento del Consejo en el artículo 147.1 utiliza la expresión «proyectos o proposiciones de ley», que no es utilizada ni en el 146 ni en el 167 de la CE. Lo más significativo es que el artículo 147.1 RC no habla de proyectos o proposiciones de reforma sino de aquellos que la **postulan**⁽⁶²⁾ para posteriormente identificar en el artículo 147.2 dicha iniciativa como «principio»⁽⁶³⁾. Los posteriores apartados emplean términos diferentes, se habla de «decisión» (art. 147.4⁽⁶⁴⁾) y finalmente de «el nuevo texto constitucional» (art. 147.5⁽⁶⁵⁾), término que parece llevar aparejada la presencia de un texto articulado capaz de ser enmendado y que se tramitará mediante el procedimiento legislativo ordinario. El RS también utiliza los términos de proyecto o proposición para referirse a la iniciativa de reforma para posteriormente llamarla principio de reforma (artículos 158.1 y 158.3). Un principio que, también en este caso, se transforma finalmente en un texto articulado frente al que cabe presentar enmiendas, pues eso es lo que prevé el artículo 159⁽⁶⁶⁾.

De esta forma, vemos la falta de claridad que presenta el propio precepto en una gran cantidad de cuestiones, siendo desde mi punto de vista realmente necesario efectuar una modificación de este para poder darle un sentido claro y libre de interpretaciones contrapuestas a tales precisiones.

Considero que resulta de mayor importancia aún precisar cuál sería la vía a la que acudir para poder llevar a cabo tales modificaciones del art. 168, y cualesquiera otras que afecten al Título X, puesto que la necesidad de decidir si optar por el procedimiento ordinario o agravado en este caso es el primer problema con el que nos encontraríamos a la hora de llevar a cabo cualquiera de las modificaciones planteadas y que, por tanto, sería necesario solventar en primer lugar.

En consecuencia, destaco la relevancia y oportunidad de incluir en el propio artículo 168 una mención acerca de si la modificación de tal precepto se debería de efectuar por los cauces del procedimiento ordinario o del procedimiento

(61) Destaca igualmente el Consejo de Estado en la página que ya han sido diversos los expertos que han precisado la dificultad de compatibilizar dicha exigencia con el artículo 79.2 CE, que solo autoriza a que los Reglamentos de ambas Cámaras fijen mayorías cualificadas para la elección de personas.

(62) Artículo 147.1 RC: «*Los proyectos o proposiciones de ley que postularen una revisión total de la Constitución, o una parcial...*».

(63) Artículo 147.2 RC: «*...si votan a favor del principio de revisión las dos terceras partes...*».

(64) Artículo 147.4 RC: «*...Constituidas las nuevas Cortes, la decisión tomada por las disueltas será sometida a ratificación...*».

(65) Artículo 147.5 RC: «*...tomado el acuerdo por ambas Cámaras, el Congreso, por el procedimiento legislativo común, tramitará el nuevo texto constitucional, que para ser aprobado requerirá la votación favorable de las dos terceras partes de los miembros del Congreso...*».

(66) Artículo 159 CE: «*La nueva Cámara (...) deberá ratificar por mayoría absoluta de sus miembros la reforma propuesta. Acto seguido, se abrirá el plazo de presentación de enmiendas...*».

agravado. En este sentido ÁLVAREZ SUÁREZ⁽⁶⁷⁾ sostiene que si bien es cierto que la posibilidad de alterar o suprimir el procedimiento agravado a través de los cauces previstos para el ordinario puede llevar a perder su razón de ser y producir una contradicción con la interpretación sistemática de la Constitución, argumenta también que el hecho de no haberlo manifestado de manera expresa podría mostrar la consideración de que no se requiera la tramitación para su modificación por el propio procedimiento agravado.

Ante estas circunstancias, se ofrece una combinación de ambas opciones. La reforma del art. 168 CE a través del procedimiento ordinario se podría efectuar cuando no haya afectación a cuestiones que menoscaben el núcleo esencial de las decisiones constitucionales consideradas esenciales para la reforma por el propio art. 168. De tal forma, el resto de las modificaciones (que no afecten directamente a los artículos 1 a 9, 14 a 29 y 56 a 65) se podrán seguir mediante procedimiento simple del art. 167 CE.

Además, se apunta la conveniencia de que sea el Tribunal Constitucional el encargado de determinar cuándo se produce dicha afectación sustantiva. Siendo adecuada, por ejemplo, la inclusión de un control previo de constitucionalidad para que el Tribunal apreciara si se menoscaban o no los principios estructurales ante una propuesta de modificación del artículo 168 CE⁽⁶⁸⁾.

Finalmente, en cuanto al alcance que deba tener dicha afectación, ALÁEZ CORRAL⁽⁶⁹⁾ propone que la expresión «afecte» sea sustituida por la de «afecten al contenido esencial» de las disposiciones que se incluyan como reservadas a este procedimiento de reforma constitucional agravado.

Por consiguiente, considero que esta debería ser la solución a adoptar cuando nos encontrásemos ante cualesquiera modificaciones en el propio Título X y no solamente ante aquellas que afecten al artículo 168. En definitiva, estimo que las modificaciones en el Título X deberían tramitarse por el procedimiento simple del artículo 167 cuando no afecten a los contenidos esenciales previstos en el artículo 168 y por el procedimiento agravado del artículo 168 cuando así lo hagan.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo he podido conocer con profundidad cómo se articula la reforma constitucional en el ordenamiento español, lo que me ha permitido tomar conciencia acerca de la necesidad de reformar determinadas cuestiones del Título X y dar una interpretación más exacta a algunas otras.

(67) ÁLVAREZ SUÁREZ, J. «La modificación del artículo 168 de la Constitución española a través del procedimiento ordinario de reforma». *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, p. 243.

(68) ÁLVAREZ SUÁREZ, J. «La modificación del artículo 168...» ob. cit., p. 244.

(69) ALÁEZ CORRAL, B. «El procedimiento de reforma...» ob. cit. pp. 20-21.

En primer lugar, he observado cómo el carácter de texto constitucional y la denominación y el concepto que se da al mismo es una cuestión muy importante a la hora de determinar y articular el procedimiento de reforma constitucional en cada Estado. Según manejemos conceptos de Constitución en un sentido formal o material, el procedimiento se configurará de determinada manera y por lo tanto la reforma constitucional seguirá unas líneas u otras, aunque en este trabajo se ha partido de un concepto formal de constitución con las implicaciones que ello tiene para la reforma constitucional.

Asimismo, al analizar con profundidad el propio procedimiento en sí he podido llegar a la conclusión de que el hecho de que una tramitación sea calificada de flexible o de rígida en la teoría, no es condición suficiente para afirmar que las respectivas reformas puedan o no ser llevadas a cabo, no siendo la rigidez o flexibilidad notas únicamente determinantes de la posibilidad final de efectuar o no una modificación constitucional. Es decir, juegan igualmente un papel fundamental otros factores extra-jurídicos definitorios de la «cultura política de la reforma constitucional».

Nuestra sociedad ha experimentado grandes cambios desde que el texto constitucional fue promulgado en el año 1978. Si bien es cierto que la Constitución ha de contribuir a la estabilidad y garantía del ordenamiento, dotándola de ese carácter supremo que impida que sea modificada con la misma facilidad que las leyes ordinarias, también es relativamente importante que garantice la estabilidad de un sistema con el que se encuentra en concordancia y que es manifestación de la realidad existente y no de unas circunstancias que concurrían hace 40 años pero que ya no lo hacen en el momento actual. Es decir, encontrándonos en esta situación, se ha de reiterar que es la reforma constitucional la que permite la adaptación del texto a la realidad social, por lo que, si el procedimiento de reforma constitucional no está bien articulado y no permite razonablemente la actualización del texto constitucional, la función de la Constitución de garantizar la estabilidad y regulación del sistema y del ordenamiento no se cumpliría, al encontrarse garantizando un sistema progresivamente ineficaz, que iría cambiando al margen del derecho como consecuencia del cambio en la sociedad y las nuevas expectativas de esta.

En la actualidad, existen diversas cuestiones que no se ajustan a la realidad y a las circunstancias que vivimos y que, por lo tanto, requieren de una modificación a fin de que exista una actualización a nivel constitucional. Sin embargo, este objetivo no se está logrando en la práctica, observamos como en el caso de la propuesta de reforma que efectúa la Junta General del Principado de Asturias, esta es admitida a trámite por el Congreso en el año 2014 y aún sigue pendiente de ser tramitada. Siendo una amplia mayoría social consciente de la necesidad de cambiar y modificar diversas cuestiones, y de efectuar en consecuencia ciertas reformas constitucionales, la reforma no se está produciendo. Esto es lo que me lleva a considerar que existen trabas a la reforma constitucional y que se dificulta por unas u otras razones la puesta en marcha de la misma, aunque una vez iniciada se pueda seguir con rapidez y simplicidad (vemos el caso de las reformas efectuadas en los años 1992 y 2011) y que, por lo tanto, se está produciendo una discordancia entre la Constitución y la sociedad.

El procedimiento de reforma constitucional que se ha instaurado en nuestro ordenamiento cuenta con diversas lagunas y falta de claridad, lo que hace que en la práctica existan una multitud de posicionamientos, consideraciones e interpretaciones de su contenido, produciéndose notables discrepancias.

Con carácter general cabe decir que el procedimiento de reforma constitucional previsto en el Título X destaca por su excesiva rigidez. Ello se pone de relieve ya en las elevadas mayorías que requiere el artículo 167 CE para su aprobación. Dicha rigidez se pone más aún de manifiesto cuando nos encontramos ante la necesidad de efectuar una reforma agravada por las vías del artículo 168 CE. Vemos cómo el propio procedimiento agravado se puede llegar a considerar fácticamente como una cláusula de intangibilidad en sí mismo, al establecerse como un conjunto de requisitos que dificultarían en la práctica que una reforma constitucional llegase a término.

Esto conduce a plantear la importancia de reformar el propio procedimiento de reforma constitucional, aclarando cuestiones ambiguas o no reguladas actualmente por el título X, facilitando el acceso ciudadano a la iniciativa de reforma constitucional y, en general, flexibilizando un poco la excesiva rigidez jurídica de los procedimientos de reforma para, en consecuencia, permitir mejor la adaptación de nuestra Norma Suprema a la nueva realidad social, salvando los problemas de concordancia que existen actualmente.

LAGUNAS JURÍDICAS Y VOLUNTAD DE DERECHO

LEGAL GAPS AND WILL OF LAW

CRISTIÁN PÉREZ GARCÍA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DOGMA DE PLENITUD Y EL CONCEPTO DE LAGUNA.
 - 1. **La plenitud del ordenamiento jurídico.**
 - 2. **La laguna jurídica.**
 - 3. **La laguna axiológica.**
 - 4. **La laguna técnica.**
 - 5. **Definición formal.**
- III. EL ESPACIO JURÍDICO VACÍO Y LA AUSENCIA DE DERECHO.
 - 1. **El espacio jurídico vacío.**
 - 2. **Dos cuestiones controvertidas.**
- IV. LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA Y LA PRESENCIA DE DERECHO.
 - 1. **La norma general exclusiva.**
 - 2. **Crítica de la norma general exclusiva.**
- V. LA VOLUNTAD DE DERECHO.
 - 1. **Juez, lagunas e integración.**
 - 2. **La voluntad de Derecho.**
- VI. CONCLUSIONES.

Resumen: Este trabajo aborda la cuestión de las lagunas jurídicas desde varios enfoques diferentes, aunque todos complementarios. Lo primero que se hace es fijar un concepto claro de laguna con el que poder guiar los razonamientos. A continuación, se exponen las principales teorías para la solución del problema de las lagunas: la teoría del espacio jurídico vacío y la teoría de la norma general exclusiva. Estas teorías se presentan críticamente, confrontando las doctrinas de múltiples autores. Se tratará también de elaborar una tercera teoría que permita resolver el problema de las lagunas de una forma más adecuada, razonando a partir de las otras dos.

Abstract: In this work we reflect about the issue of legal gaps from several different approaches, although all complementary. First of all, we must establish a clear concept of legal gap with which we can advance in further reasoning. Next, we expose the main theories for the solution of the problem of legal gaps: the theory of empty legal space and the theory of exclusive general rule. These theories are critically presented, confronting the doctrines of multiple authors. We will also try to elaborate a third theory that allows us to solve the problem of the legal gaps in a more adequate way, reasoning from the other ones.

Palabras clave: Lagunas, derecho, analogía.

Keywords: Legal gaps, Law, analogy.

I. INTRODUCCIÓN

La presente obra trata uno de los pilares de la teoría del derecho: la teoría de las lagunas, o, lo que es lo mismo, el estudio de la plenitud del ordenamiento jurídico, de los límites del derecho, de su fuerza expansiva o su autocontención y, en definitiva, de la dialéctica judicial desplegada en aquellos casos para los que no hay regulación material expresa.

Es ésta una cuestión hasta tal punto controvertida que no resulta pacífica ni la determinación del propio objeto de estudio, de modo que en primer lugar deberemos determinar su naturaleza y extensión. Sobre esta base podremos construir los raíles lógicos que nos guiarán en el estudio del vetusto problema de las lagunas.

A continuación, expondremos las dos principales teorías que la doctrina ha desarrollado para negar la existencia de lagunas en el derecho: la teoría del espacio jurídico vacío, de Karl BERGBOHM, y la teoría de la norma general exclusiva, de Ernst ZITELMANN, que vienen a confluír en una misma conclusión, si bien tras seguir argumentaciones aparentemente contrarias. Después de cada una de ellas veremos sus principales críticas.

Finalmente, analizaremos la cuestión de la integración y plantearemos una nueva teoría que nos permitirá resolver el problema de las lagunas de una manera diferente: la teoría de la voluntad de derecho, una síntesis de los planteamientos de BERGBOHM y ZITELMANN diseñada para salvar las principales objeciones a las que sus teorías tuvieron que enfrentarse.

II. EL DOGMA DE PLENITUD Y EL CONCEPTO DE LAGUNA

1. La plenitud del ordenamiento jurídico

La plenitud es un concepto, por definición, relativo, pues toma como referencia un ideal a cuya forma, contenido y extensión hay que adecuarse para ser, en ese sentido,

pleno⁽¹⁾. Un derecho es pleno, señala BOBBIO, «cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria»⁽²⁾; es en ese caso en el que hablamos de una laguna jurídica. La medida justa es, así, la existencia de una y sólo una norma de las dos señaladas por BOBBIO. Si no hay ninguna norma que regule la conducta *c*, el derecho adolece de falta de plenitud por existir una laguna. En cambio, si lo que hay es un exceso de normas y son éstas contradictorias e incompatibles el problema del derecho es, precisamente, el contrario: nos encontramos ante una antinomia y, por ello, el derecho no es coherente⁽³⁾.

ALCHOURRÓN y BULYGIN responden a la idea de plenitud de CARNELUTTI, para quien la plenitud toma la forma de una exigencia de completud del ordenamiento jurídico⁽⁴⁾. Ellos, en cambio, sostienen una concepción de la plenitud según la cual «todo sistema jurídico es completo; el postulado no expresa una exigencia, sino que afirma un hecho y, además, un hecho necesario: la clausura de los sistemas jurídicos»⁽⁵⁾.

2. La laguna jurídica

El concepto de laguna se ha tratado de maneras muy diversas a lo largo de la historia de la filosofía del derecho y nos conviene ahora evitar, en la medida de lo posible, cualquier confusión terminológica.

BOBBIO, como hemos visto, destaca la relación que existe entre las lagunas y la plenitud. Partiendo del dogma citado, afirma que «la falta de plenitud consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba determinado comportamiento ni una norma que lo permita» y que «si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna»⁽⁶⁾. Lo mismo, aunque pensando ya en la función jurisdiccional,

(1) Podemos plantear el problema de esta otra manera: si el objetivo de un jurista fuese elaborar un Derecho que sólo regulase la mitad, inmediatamente se preguntaría la mitad *de qué* es lo que hay que regular. Lo mismo sucede con la idea de plenitud, que hace referencia a la totalidad. Cuál es ese *todo* es la cuestión que ahora nos ocupa.

(2) Bobbio, N. *Teoría general del Derecho*. Ediciones Olejnik, primera edición. Santiago de Chile, 2017. P. 201.

(3) A estos efectos, define Bobbio la coherencia como «aquella propiedad en virtud de la cual no es posible demostrar, en ningún caso, la pertenencia al sistema de una determinada norma y de su contradictoria». *Vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* P. 201.

(4) Carnelutti, F. *Teoría general del Derecho*. S. e. Madrid, 1955. Pp. 107 y 106. Citado en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea, segunda edición revisada. Buenos Aires, 2012. P. 179.

(5) Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 180.

(6) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 201.

plantea CARACCIOLO. Para él, el derecho tiene lagunas «cuando los órganos encargados de su aplicación, en especial, los jueces, no pueden fundar en el mismo una decisión con respecto a un caso particular»⁽⁷⁾. En cualquier caso, el problema para ambos es que pueda llegar a plantearse un supuesto para el que el derecho no haya previsto ninguna solución.

Otros autores incorporan como elemento central un juicio valorativo sobre el silencio de la norma. Así, según RODILLA una laguna es «un hueco o vacío normativo, la inexistencia de una norma allí donde se esperaba tenerla»⁽⁸⁾. Pero no interpretemos, precipitadamente, que esto significa que para cada concreto asunto deba haber una norma positiva particular, pues se apresura a señalar el propio autor que «[e]l hecho de que el legislador no haya previsto un determinado caso no necesariamente significa que haya una laguna, mientras las normas existentes den una respuesta al caso imprevisto»⁽⁹⁾. Diríamos entonces que, *stricto sensu*, no se trata de un caso imprevisto, pues aunque no de forma expresa y particularizada, el derecho sí contiene para él una solución⁽¹⁰⁾. Termina de pulir el concepto cuando define la laguna jurídica como aquella situación en que «a propósito de una conducta concreta no es posible determinar si es obligatoria, permitida o prohibida por el sistema»⁽¹¹⁾, con lo que se aproxima a las tesis de BOBBIO y CARACCIOLO.

Por su parte, PACHECO entiende por lagunas «las hipótesis no previstas por el legislador», es decir, «aquellos espacios vacíos que éste ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos, habiendo debido regularlos»⁽¹²⁾. Añade, citando a ENGISCH, que «[l]as lagunas son insuficiencias del Derecho positivo [...] que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complemente el Derecho»⁽¹³⁾. PACHECO no sólo detalla cuáles son, para él, las posibles razones para el silencio de la ley, sino que, haciendo suyas las palabras de ENGISCH, introduce la nota característica del problema de las lagunas: el deber de integrarlas.

(7) Caracciolo, R. *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*. Distribuciones Fontamara, primera edición. Colonia del Carmen, 1994. P. 26.

(8) Rodilla, M. Á. *Teoría del Derecho*. Ratio Legis. Salamanca, 2014. P. 341.

(9) Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 343.

(10) En este sentido, *vid.* Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. Editorial Trotta, primera edición. Madrid, 2011. P. 78, donde expone la idea de la «norma completa». Analizada adecuadamente, ésta lleva a entender que una norma no es sólo lo que concretamente ha sido promulgado como ley L1, L2, L3... Ln, sino que todas las normas N' que puedan tener un efecto sobre el caso c han de considerarse como la norma completa Nc aplicable a c. *V. gr.* la norma completa aplicable a una herencia es no sólo el *corpus* formado por los artículos del código civil sobre derecho sucesorio, que determinarán, entre todos, el elemento objetivo de la norma, sino también, entre otras cosas, la normativa sobre filiación que determina, a la sazón, quién ha de ser legitimario, esto es, el elemento subjetivo.

(11) Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 343.

(12) Pacheco G., M. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990. P. 401.

(13) Engisch, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. P. 174. Citado en *loc. cit.*

Es un tópico en estas definiciones de laguna jurídica la ausencia de regulación, es decir, la existencia de una cuestión sobre la que el derecho no se ha pronunciado⁽¹⁴⁾. Sobre este vacío normativo pesa una necesidad de regulación, por lo general, fuertemente subjetiva y valorativa⁽¹⁵⁾ de la que brota el deber de buscarle una solución dentro del derecho. Esta solución pasa, tradicionalmente, por la integración, que es el mecanismo con el que se suple el vacío normativo calificado como laguna en instancias judiciales. Así, corresponde al juez, una vez constatada la existencia de una laguna, la labor de darle la regulación que resulte más conveniente. Mediante la atribución de estas competencias legislativas *ad hoc* se pretende salvaguardar la plenitud del ordenamiento jurídico, amenazada por la existencia de la supuesta laguna.

3. La laguna axiológica

Si un asunto cuenta con una regulación jurídica podemos considerar, aunque a muchos ésta no les satisfaga, que no hay sobre él una laguna, al menos en el sentido que nosotros aquí manejamos⁽¹⁶⁾. Por esta razón, debemos distinguir un segundo género de laguna diferente del que hemos descrito: el de las lagunas axiológicas, que no basan su existencia, necesariamente, en la ausencia de norma. Por el contrario, éstas son una mera disonancia entre lo que el derecho dice y lo que debería, a juicio de cada uno, decir. Pero no son cuestiones sin regular, sino reguladas de una forma inconveniente, inadecuada desde una perspectiva ética concreta, de suerte que el problema que plantean es de un orden completamente diferente: no es que no se pueda hallar una solución para el caso, sino que la solución que da el derecho resulta, por injusta, indeseable⁽¹⁷⁾.

Pero también es posible reconducir la cuestión axiológica hacia el cauce general del problema de las lagunas. MOOR, por ejemplo, sostiene que una laguna no es la ausencia de una norma aplicable, «sino la inidoneidad del derecho vigente»⁽¹⁸⁾, de suerte

(14) Muchos autores distinguen, a estos efectos, entre Derecho (*ius*) y ley (*lex*) y hacen la concesión de admitir las lagunas legales, mas no las lagunas en el Derecho. Destaca esta cuestión, *v. gr.*, Iturralde Sesma, V. «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas». *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. e. vol. V, 1988. P. 350.

(15) Interesa a este respecto la cuestión de las lagunas técnicas, a las que pronto nos referiremos, y que parecen plantear la necesidad de regulación como una cuestión genuinamente necesaria y no valorativa y contingente, argumentando la imposibilidad de aplicar, en caso contrario, el Derecho.

(16) Hay quien señala las lagunas axiológicas como «falsas lagunas», lo que, ciertamente, son, al menos si tomamos como criterio orientador la definición que hemos sintetizado. De esta denominación da cuenta, entre otros, Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 345. Por su parte, Bobbio se refiere a ellas como «lagunas ideológicas», frente a las «lagunas reales». *Vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 217 y ss.

(17) Zitelmann, sobre la laguna axiológica, señala que ésta consiste en que la solución dada por la ley se antoja «repugnante», no en que no haya solución para el caso, de suerte que, según su teoría, todo caso puede encontrar una solución legal más o menos satisfactoria. *Vid.* Zitelmann, E. *Las lagunas del Derecho*. Ediciones Olejnik, primera edición. Santiago de Chile, 2019. P. 98.

(18) Moor, G. «Sulla questione delle lacune nel diritto». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2. Pp. 323. *Cit.* en Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 352.

que, a la postre, la cuestión acaba reduciéndose igualmente a una carencia del derecho. Este es el criterio de validez material⁽¹⁹⁾, es decir, la exigencia de que la norma, para ser verdadero derecho, respete un determinado ideal regulatorio (*v. gr.* de justicia).

Si bien el derecho no puede considerarse en absoluto perfecto por el mero hecho de encontrarse positivizado, es así, al menos, objetivo en mayor o menor grado, pues su contenido está a la vista de cualquier observador. Esto no se puede decir del ideal regulatorio al que se acude en aplicación de criterios axiológicos de validez, pues, con frecuencia, el ideal no pasa de ser precisamente eso, de modo que carece de una objetividad suficiente como para garantizar un mínimo de seguridad. Este problema podría solucionarse positivizando la norma ideal justa, pero lo que con frecuencia sucede en ese paso de lo abstracto a lo concreto es que la justicia se difumina y el acuerdo sobre la validez de la norma desaparece.

El criterio de validez material coloca la justicia, o el derecho natural, por encima de la norma positiva, lo que exige saber, por lo pronto, qué (o cuál) es esa justicia que se va a observar. Y si bien puede resultar hartamente difícil identificar e interpretar el derecho positivo aplicable al caso, hacer tal cosa con el derecho natural es, sencillamente, imposible⁽²⁰⁾. Si no fuese así, es decir, si la justicia fuese objetivamente identificable y, por ello, admitiésemos un criterio de validez material para el Derecho, ambos problemas serían uno solo: la norma injusta no sería norma válida del ordenamiento jurídico, no existiría, de modo que nos encontraríamos también ante una laguna jurídica. Puesto que no es tal el caso, deberemos adoptar aquí únicamente un criterio de validez formal del derecho, dejando a un lado la cuestión axiológica⁽²¹⁾.

(19) Sobre éste y los otros dos criterios de validez del Derecho, formal y social, *vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 19 y ss. Bobbio combina de seis maneras diferentes estos criterios, con lo que obtiene sendas proposiciones sobre normas que son válidas (en algún sentido) y, a su vez, inválidas (en algún otro), pero normas jurídicas, al fin y al cabo. Cabe destacar que él no habla de validez *formal, material y social*, sino de *validez, justicia y eficacia*, respectivamente. Recoge sus mismas explicaciones Díaz, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus ediciones, primera edición. Madrid, 1971. Pp. 58 y ss. y, en especial, p. 59, si bien toda la citada obra es de máximo interés para el asunto que nos ocupa. Cita también este autor (*ibid.* p. 53, nota 28) la teoría tridimensional del Derecho de Miguel Reale, que da cuenta del carácter trivalente, quizá tripartito, del Derecho, que se apoya sobre tres disciplinas complementarias: ciencia, sociología y filosofía del Derecho, una por cada criterio de validez, según cuál se tome como referencia. A estos efectos, *vid.* Reale, M. *Teoría tridimensional del Derecho*. Tecnos, primera edición. Madrid, 1997. No es ésta la obra citada por Díaz, si bien es cierto que, pese a que ya existía cuando publicó él la suya, faltaban dos años para la primera edición en español.

(20) En contra de esto se podría argumentar partiendo de los planteamientos de Alchourrón y Bulgin, que abordan la cuestión axiológica desde el rigor más positivista de que son capaces. Distinguen entre tesis e hipótesis de relevancia, para lo que acuñan también el concepto de «propiedades relevantes». Siendo éstas aquellas propiedades «que merecen ser tenidas en cuenta para dar soluciones diferentes» (Alchourrón, C. E. y Bulgin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 142), la hipótesis de relevancia será el conjunto de todas las propiedades relevantes para un concreto binomio solución-caso, mientras que la tesis de relevancia es aquello que realmente se ha tenido en cuenta al establecer la solución (*ibid.*, p. 152). Ésta es, así, la definición que ellos manejan de laguna axiológica: una disonancia entre tesis e hipótesis de relevancia. En sus propias palabras, es aquella una situación en la que «la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta» (*ibid.*, p. 156). Claro está, identificar dicha hipótesis de relevancia dista mucho de ser tan fácil como a priori puede parecer.

(21) Ahora bien, no significa esto que se trate de una cuestión menor. La justicia, pocos se opondrán a ello, ha de ser uno de los criterios que inspiren al legislador en su labor creadora de derecho. Como decía

4. La laguna técnica

Lo que inicialmente describimos como laguna es el caso genérico de una situación no regulada, habitualmente considerado como laguna de ley. La laguna técnica no es, *stricto sensu*, una cosa distinta, como sí sucede con la laguna axiológica, sino, más bien, una particular especie de aquel género⁽²²⁾. Según ITURRALDE SESMA, lo que caracteriza a estas lagunas es que el propio legislador las crea al promulgar una norma defectuosa, con un desarrollo deficiente que impide aplicarla de la forma debida⁽²³⁾; dicho de otro modo, es el ordenamiento mismo el que llama a existir a una norma que, sin embargo, no existe, de suerte que en ocasiones ello impide la correcta aplicación de otras normas que de aquélla dependen⁽²⁴⁾. Decimos que no es una cuestión muy diferente de lo que en general se entiende por laguna porque, en última instancia, no deja de ser una situación en que el juez debe resolver y no dispone de una norma adecuada para ello. Es, en mi opinión, un asunto que no merece un trato muy diferenciado del que aquí daremos a las lagunas jurídicas en general, pues, si bien hemos de reconocer su especial carácter, no ha de resultar particularmente distinta la laguna técnica ni por sus consecuencias ni, si las hay, por las soluciones que se le presenten.

5. Definición formal

Si retomamos la definición que aquí vamos a manejar, la de laguna jurídica, podemos extraer el esquema lógico formal que a ella subyace y que da cuenta de la interrelación de sus tres elementos. Definamos éstos tal que⁽²⁵⁾: sea *a* la ausencia de derecho; *n*, la necesidad de derecho, y, finalmente, sea *i* la integración.

Kelsen, «[e]sta exigencia es de todo punto admisible, si bien lo que propiamente signifique es cuestión aparte». *Vid.* Kelsen, H. *Teoría pura...* *Op. cit.* P. 48. Las muchas formas de regular (o no regular) un asunto responden a diversas concepciones de la justicia, que colapsan, tras un proceso dialéctico, en una justicia «objetivada» en el texto de la norma. *V. gr.* la norma que impone al testador la obligación de respetar la legítima de determinados herederos responde a la idea que el legislador tiene, en materia sucesoria, de cuál ha de ser la forma de obrar justa de los padres para con los hijos (o cualquier otro legitimario). No es necesario, ni siquiera deseable, que la justicia sea introducida en la norma como criterio *inrajurídico*, pues toda norma responde ya a un concreto criterio *prejurídico* o *metajurídico* de justicia, observado por el legislador en su redacción. Aquel supuesto de la justicia como guía para la interpretación y aplicación de la norma sólo es una sustracción del debate ético y metafísico de los parlamentos a los juzgados. De este modo, aquello que debería inspirar al creador de la norma termina inspirando también a su aplicador, de suerte que éste se convierte también, *ad hoc*, en legislador.

(22) Comparte esta idea Rodilla, para quien las lagunas técnicas sólo son «una clase especial de las lagunas normativas» (*vid.* Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 344), que son de las que nosotros, en este trabajo, nos ocupamos.

(23) Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 351. También Llambías de Azevedo, J. «Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del Derecho natural». *Diánoia*, vol. 11, núm. 11, 1965. P. 207. Llambías de Azevedo señala que en estos casos la laguna «se halla denunciada por la propia ley, cuyos contenidos están "llamando" a otros contenidos que deben complementar a los primeros» (*loc. cit.*).

(24) Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 344.

(25) Quien quiera iniciarse o profundizar en el campo de la lógica formal o simbólica puede consultar, entre otros, Garrido, M. *Lógica simbólica*. Tecnos, cuarta edición. Madrid, 2001, cuyas notación, metodología

Una laguna es una ausencia indebida de regulación que debe subsanarse por medio de la integración. Tomando los elementos anteriores, podemos redefinir el concepto siguiendo la forma lógica de una implicación⁽²⁶⁾: « $(a \wedge n) \rightarrow IO i$ ». El antecedente y condición jurídica de este enunciado lo componen la ausencia de derecho (a) y su necesidad (n), conectadas mediante conjuntor, lo que responde al enunciado de lenguaje natural «ausencia indebida de derecho» o «necesidad de derecho allí donde falta». A este condicionante se le imputa como consecuencia jurídica el deber de integrar la laguna ($IO i$). Este deber nace, por *modus ponens*, cuando concurren las notas de ausencia y de necesidad ($a \wedge n$), obligando así al juez a integrar la laguna. Esta obligación suele ser, por medio del derecho positivo, consustancial a la identificación de una laguna⁽²⁷⁾.

III. EL ESPACIO JURÍDICO VACÍO Y LA AUSENCIA DE DERECHO

1. El espacio jurídico vacío

Una de las primeras aportaciones al problema de las lagunas fue la de Karl BERGBOHM, un firme iuspositivista para quien las lagunas jurídicas se aparecían como una

y terminología emplearemos en la presente obra, salvo por lo que respecta a algunos símbolos (por ejemplo, los cuantificadores, que seguirán la notación matemática habitual).

(26) Permítaseme hacer uso aquí del implicador como conector del concepto en sentido estricto ($a \wedge n$) y su consecuencia (i). Esto no es, sin embargo, del todo correcto, pues lo que con la implicación se establece es una relación causal, propia del ser, y lo que aquí pretendo reflejar es, por el contrario, una relación de imputación, esto es, de deber ser. La fórmula « $(a \wedge n) \rightarrow i$ » sugiere una inaceptable relación de necesidad entre la existencia de una laguna y su indefectible integración, cosa que no sucede en absoluto ni es propia de la logodinámica jurídica. Más aceptable es la fórmula « $(a \wedge n) \rightarrow IO i$ », en la que la integración se formaliza como un deber y no como un hecho. Ahora bien, de este enunciado se puede también extraer la conclusión, rigurosa desde la lógica estricta, de que la obligación de integrar es consustancial a e indisoluble de la existencia de una laguna: dicho de otro modo, es un enunciado de derecho natural. Enriquecería, por tanto, el lenguaje lógico jurídico la adopción de un conector específico para las relaciones de imputación entre condiciones y consecuencias jurídicas, esto es, las que subyacen a todo derecho positivo, en lugar de la habitual implicación entre causa (antecedente) y efecto (consecuente). Cfr. Kelsen, H. *Teoría pura...* Op. cit. Pp. 54 y ss. Si empleásemos el lenguaje simbólico correcto, este razonamiento tomaría la siguiente forma: $\forall \Gamma \mid \infty \rightarrow \mathbb{R} \geq 0$: 1. $\Gamma 1: (a \wedge n) \rightarrow IO i$; 2. $\Gamma 0: (a \wedge n)$; 3. $\Gamma 1: IO i$; 4. $\Gamma 2: IO \neg i$; 5. $\Gamma 2: \therefore \neg((a \wedge n) \rightarrow IO i)$. Sin embargo, abordar el problema en estos términos es, por el momento, inviable, pues nos exigiría un estudio previo de todo el nuevo cuerpo simbólico que este lenguaje lógico emplea; estudio que ni ha sido objeto aún de una obra pormenorizada y sistemática ni cabría, por otro lado, en estas páginas. Por esta razón, usaremos el lenguaje simbólico habitual y expresaremos las relaciones consecuenciales jurídicas como implicaciones causales (\rightarrow , \leftrightarrow), sin distinguir su carácter natural o positivo (\rightarrow , \leftrightarrow). Podríamos asimismo expresar la definición según el enunciado « $(a \wedge n) \leftrightarrow IO i$ » (o « $(a \wedge n) \leftrightarrow IO i$ »), esto es, estableciendo una relación de coimplicación (o coimputación) con la que indicar que sólo se puede realizar la integración cuando hay una laguna. Sea como fuere, el resultado final de nuestros razonamientos sería el mismo en cualquier caso.

(27) Sin ir más lejos, nuestro código civil establece este deber en su art. 1.7 con el siguiente texto: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

vía de entrada para el derecho natural que se debía taponar⁽²⁸⁾. Siguiendo el análisis que hace BOBBIO, BERGBOHM plantea que el derecho no es una herramienta para la solución de conflictos, sino una forma de «limitación a la libre actividad humana»⁽²⁹⁾. Así concebido, es necesario interpretar el derecho como algo limitado, pues lo contrario supondría conceder una extensión irrestricta a una herramienta de subyugación; de este modo, desde una perspectiva liberal el derecho ha de tener límites definidos que dejen a las personas un cierto ámbito de libertad, un espacio libre de derecho⁽³⁰⁾.

Si el derecho tiene unos límites claros hay, por consiguiente, dos áreas también claramente diferenciadas, una a cada lado de la frontera. Donde hay derecho, según BERGBOHM, hay «espacio jurídico pleno» y donde no lo hay, «espacio jurídico vacío». Es importante comprender que no concibe el espacio jurídico vacío como una carencia del derecho, sino como un espacio diferente, ajeno, que nada tiene que ver con él⁽³¹⁾; como varios autores han señalado, lo que BERGBOHM predica de ese vacío es la indiferencia del derecho, la irrelevancia jurídica de las conductas allí contenidas⁽³²⁾.

Si definimos las lagunas como un vacío en el derecho rápidamente nos daremos cuenta de que conforme a esta teoría no pueden existir, pues atentarían contra el principio de no contradicción. Según éste, p no puede ser verdadero y falso en un mismo tiempo y sentido o, en términos formales, $\neg(p \wedge \neg p)$. Si el espacio jurídico pleno coincide con el derecho existente y la laguna es una ausencia de derecho, afirmar la existencia de lagunas en el derecho equivale a sostener que donde hay derecho no lo hay. Si una cuestión no está jurídicamente regulada la teoría de BERGBOHM la envía directamente al espacio jurídico vacío, que es la parcela de la realidad en que el derecho no está presente. Las lagunas son, por tanto, de partida inconcebibles por contener en su definición una contradicción lógica elemental.

2. Dos cuestiones controvertidas

Una primera crítica a esta teoría cuestiona la posibilidad de que puedan existir libertades fuera del derecho. Respecto de esta área de indiferencia jurídica que

(28) En este sentido, *vid.* Llambías de Azevedo, J. *Op. cit.* P. 203.

(29) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 210. *Vid.* también Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 353.

(30) Zitelmann señala que cuando se discute la cuestión de las lagunas lo primero debe ser descartar «todos los casos en que la ley renuncia a regular esferas totales de actividad; así, pues, donde no se plantea el problema de establecimiento de una ordenación, podemos hacer uso de este límite, bien sea porque otro poder creador de derecho regulará la función [...] o bien, finalmente, porque la ordenación necesaria de estos hechos debe dejarse a otros poderes». *Vid.* Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 87.

(31) De hecho, Zitelmann, al comentar la teoría de Bergbohm, señala que según ésta no existen las lagunas «allí donde el derecho positivo se niega a dar una reglamentación jurídica [...] porque el derecho no desea tener nada que ver con esos grupos de hechos». *Vid.* Zitelmann, E. *Op. cit.* Nota E, p. 89.

(32) En palabras de Bobbio: «[...] la ribera de un río no es la ausencia de río, sino simplemente la separación entre lo que es río y lo que no es río». *Vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* P. 211.

llamamos espacio vacío se manifiesta BOBBIO denominándola área de «libertad no protegida»⁽³³⁾, lo que para él no constituye verdadera libertad si se la compara con la protegida. Ésta es, para BOBBIO, aquella que el derecho garantiza cuando concede libertad a un individuo e impone al resto la obligación de respetarla, mientras que, para él, la libertad no protegida es, por exclusión, «una libertad no garantizada contra los otros obstáculos»⁽³⁴⁾. Si bien este planteamiento es ya *per se* discutible, no menos lo son las consecuencias que de él se derivan, pues, como bien señalan quienes lo sostienen, no sería entonces ilícito impedir la conducta que el propio derecho no protege; algunos, como el propio BOBBIO, llegan incluso a afirmar la licitud de semejante restricción de la libertad⁽³⁵⁾.

Es verdad que no ha de ser ilícito el actuar de quien impide lo que el derecho no le prohíbe impedir, en tanto que si se lo impidiese hablaríamos de libertad protegida y no de la cuestión que ahora nos ocupa. Pero el problema se encuentra en si de verdad el derecho no prohíbe la intromisión en la libertad de los individuos, sea ésta una libertad expresamente protegida o una, por así decirlo, indiferente. Señala BOBBIO que «libertad no protegida significa licitud del uso de la fuerza privada»⁽³⁶⁾ y que esto es incompatible con su prohibición en los estados modernos, que buscan el monopolio de la fuerza, de suerte que, por ello, la libertad no protegida no puede existir. Lo que BOBBIO no explica es por qué esta prohibición general del uso de la fuerza privada, a la que él mismo apela, cede en aquellos casos en que una conducta no se encuentra regulada. Tal planteamiento sería propio de un ordenamiento en que la prohibición del uso de la fuerza se individualizase para cada concreta conducta, de modo que no hallase protección aquella conducta no contemplada por el ordenamiento. Sin embargo, si la prohibición es *erga omnes* no se entiende por qué el carácter desregulado de una determinada conducta debería contagiarse, para con ella en particular, a una prohibición que positivamente se ha establecido como general. Más bien, como dice BOBBIO, debe prevalecer en todo caso la prohibición general del uso privado de la fuerza, pero ello no ha de ser incompatible con la existencia de conductas no reguladas que, precisamente por este carácter, no tengan asociada ninguna consecuencia jurídica ni estatus deóntico particular, lo que no obsta para que, como conductas que son (reguladas o no), se vean amparadas por la susodicha prohibición general.

Puesto que sí pueden garantizarse libertades no expresamente reguladas, la segunda crítica busca eliminar el espacio jurídico vacío asimilándolo en la categoría de permiso jurídico. BOBBIO sostiene que lo que BERGBOHM considera indiferente es lo que otros muchos autores convendrían llamar permitido y que su error está en identificar lo jurídico con lo obligatorio⁽³⁷⁾, de suerte que si se reestablece la triple

(33) Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 211 y ss.

(34) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 212.

(35) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 212.

(36) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 212.

(37) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 211.

normatividad característica de la lógica deóntica (permiso, prohibición y mandato) la teoría de BERGBOHM no se sostiene. Lo cierto es que, materialmente, el permiso y la no regulación vienen a tener los mismos efectos. Una conducta no regulada, según BERGBOHM, pertenece al espacio jurídico vacío y se puede realizar con plena libertad; esta misma libertad la garantiza también el permiso jurídico, que no busca de la conducta ni su realización ni su omisión, sino que, simplemente, habilita y garantiza que se pueda realizar si se desea.

Sólo hay, por tanto, dos diferencias destacables entre el espacio jurídico vacío y el permiso jurídico: una ideológica y otra material. La primera se comprende con facilidad si se piensa que la conducta que el derecho permite no deja de ser una conducta regulada; aunque se haya habilitado sobre ella un permiso, éste no es más que una concesión, de modo que esta presunta libertad se torna ilusoria si se la compara con la correspondiente a aquellas conductas cuya regulación el derecho no se ha arrogado, ni siquiera para permitir las. Por cuanto respecta a la diferencia material, basta con observar que algunos actos no se pueden realizar sin el auxilio del derecho, de manera que para tener la libertad de realizarlos es necesaria la figura del permiso jurídico, de suerte que el espacio jurídico vacío sería aquí, al contrario que en lo ideológico, una traba para la libre actuación⁽³⁸⁾. Pero si la conducta no hunde sus raíces en el derecho, sino que éste sólo viene a regular una parcela de la realidad previa o, al menos, independiente de él, el silencio del derecho equivale, a efectos prácticos, al permiso.

Es en este sentido en el que, efectivamente, lo jurídicamente irrelevante y lo jurídicamente permitido coinciden, aunque con los matices que hemos señalado⁽³⁹⁾.

(38) Es decir: hay cosas que, en un sentido físico y material, pueden hacerse sin auxilio del derecho y otras que, en cambio, no pueden realizarse, al menos plenamente, sin una base jurídica. Podemos aquí entrever la doctrina de Kelsen sobre los hechos o actos naturales y los jurídicos. Para él, un hecho jurídico es un hecho natural dotado de un significado que va más allá de su simple concreción material, física y observable. *V. gr.* el acto «redactar un escrito y entregarlo en una oficina» se transforma, por medio de su significado jurídico, en «interponer un recurso». Algunos actos incluso informan sobre el significado que tienen atribuido. *Vid.* Kelsen, H. *Teoría pura... Op. cit.* Pp. 42-43. Esto recuerda a lo que el filósofo del lenguaje John L. Austin llamó *hacer cosas con palabras*. En este sentido, podemos entender que los enunciados, *v. gr.*, «hace sol» y «te amo» no son del todo iguales. El acto consistente en decir «hace sol» sólo describe el cielo, mientras que aquél por el que se dice «te amo» no sólo describe sentimientos, sino que contiene en sí, autorrealiza, el acto de la declaración de amor, con el que se afecta, altera o modifica el mundo; dicho a la persona adecuada puede incluso tener efectos constitutivos de una relación sentimental. Volviendo a nuestro tema, el acto consistente en, *v. gr.*, decir «acepto» después de haber escuchado una oferta despliega por sí mismo efectos jurídicos tales como el nacimiento de un contrato o la comisión de un delito de receptación. Ello dependerá no ya del sentido subjetivo que las partes confieran a su negocio, sino del sentido objetivo que a tales actos atribuya la ley. *Cfr. Ibid.* Pp. 43-44. En cualquier caso, todo hecho jurídico es la suma de un hecho natural y del significado jurídico del que el derecho lo dota. Puede haber hechos naturales sin significado jurídico que no den lugar, por tanto, a un hecho jurídico. Sin embargo, no puede haber hecho jurídico sin uno natural previo o sin su significado atribuido por una norma. De este modo, para realizar un acto jurídico, en tanto que tal, no basta con realizar el hecho natural que le sirve de base; es necesario también el auxilio del derecho, que proporcione a ese hecho el correcto significado jurídico.

(39) Por tanto, no procede decir que «la afirmación del espacio jurídico vacío supone la identificación de lo jurídico con lo obligatorio», como sostiene, simplificando quizá en exceso la cuestión, Iturralde Sesma. *Vid.* Iturralde Sesma, *V. Op. cit.* P. 362.

No ha lugar, por tanto, para la crítica de BOBBIO, pues así concebida, la identidad de ambos conceptos no parece presentar problema alguno. BOBBIO razona que lo jurídicamente irrelevante es en realidad lo mismo que el permiso jurídico⁽⁴⁰⁾ y que, por tanto, al ser el permiso también una forma de regulación, el pretendido espacio jurídico vacío es en realidad una parte del espacio jurídico pleno. Sin embargo, hemos visto que nada de incompatible hay entre la existencia de permisos jurídicos expresos y abstenciones del Derecho, o permisos tácitos, que serían la base del espacio jurídico vacío. Al ser esto así, aunque sigamos la tesis de BOBBIO y arrastremos, con razón, los permisos al campo de lo jurídico, no arrastraremos con ellos el espacio jurídico vacío, que puede seguir existiendo allí donde ninguna norma se manifieste.

IV. LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA Y LA PRESENCIA DE DERECHO

1. La norma general exclusiva

Una de las teorías más influyentes en el campo de las lagunas, notablemente más extendida y aceptada que la de BERGBOHM, es la teoría de la norma general exclusiva de ZITELMANN. En su obra *Las lagunas del Derecho* sostenía que el Derecho no puede tener lagunas porque el juez siempre dispone de medios idóneos para ofrecer una solución jurídica⁽⁴¹⁾. Introduce su teoría con la metáfora de un «un mar inmenso y ondulante de hechos posibles, en el cual surgen a manera de islas algunos hechos a los que la ley ha ligado el nacimiento de un deber de indemnización [...] o cualquier otra consecuencia jurídica», de suerte que «[e]n cuanto no hay isla, por doquiera permanece el mar libre»⁽⁴²⁾. Lo que ZITELMANN plantea con esta imagen es que no resulta necesario que exista una norma expresa cuando hay, en todo caso, una implícita⁽⁴³⁾; ésta es la que él llama «norma general negativa», más conocida y tratada como «norma general exclusiva».

Esta norma no es visible a priori, sino que se puede intuir cuando se refleja en cada una de las normas particulares inclusivas del ordenamiento⁽⁴⁴⁾. No se trata tanto de una norma positiva cuanto de una regla de interpretación basada en el principio

(40) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 211.

(41) Zitelmann, E. *Op. cit.* Pp. 94-95.

(42) Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 95.

(43) De hecho, llega a plantear que son innecesarias las reglas aisladas que niegan efectos jurídicos a los supuestos no regulados, pues es precisamente por este carácter que esos hechos carecen de consecuencias jurídicas. Según Zitelmann, «el punto de partida ha de ser siempre, a nuestro juicio, el siguiente: que no se producen efectos jurídicos cuando concretamente no se establecieron. [...] [P]ara que existan efectos jurídicos, hace falta una regla jurídica que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguna». *Vid.* Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 95.

(44) Éstas son las normas expresas y positivas que regulan, en el sentido que sea, cada conducta. La norma general exclusiva, reflejada en aquéllas, se ocupa, por tanto, de las conductas no reguladas, estableciendo para ellas la prescripción contraria a la contenida en la norma particular inclusiva en la que se refleje.

liberal de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. Quizá el mejor resumen de la teoría de ZITELMANN se lo debemos a ITURRALDE SESMA, que concluye que la norma general exclusiva «es una afirmación apriorista que no deriva de las normas positivas, sino de la concepción del derecho según la cual éste opera imponiendo restricciones a la libertad natural del hombre limitando algunos de sus actos»⁽⁴⁵⁾. Así defiende ZITELMANN su tesis:

«Aunque no se diga pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que «son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario», sin embargo, ello estará implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación, no hay que temer una mala interpretación si afirmamos que en el fondo de todas las reglas de derechos especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especialmente aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa que se acaba de aludir»⁽⁴⁶⁾.

Al establecer esta dialéctica de opuestos, la teoría habilita al jurista para hacer el siguiente razonamiento: si se promulga una norma particular es para establecer una prescripción que antes no existía, y puesto que toda norma particular es una excepción a la general, el contenido de esta norma particular debe ser, entonces, contrario al de la norma general.

Es en este contexto en el que ZITELMANN define lo que se puede entender por laguna jurídica. Según él, «de aquí se deduce que si falta una semejante excepción positiva, desde un punto de vista crítico podría afirmar la persona que desee la excepción, que existe laguna; pero en cuanto a la aplicación del derecho no hay laguna, puesto que el juez puede siempre reconocer, aplicando aquella regla general negativa, que el efecto jurídico apetecido no está previsto por la ley, y que, por tanto, no ha surgido ni el derecho ni la pena, ni el deber a la indemnización»⁽⁴⁷⁾. Como la norma general exclusiva cubre todas las posibilidades no previstas en alguna norma particular inclusiva, lo cierto es que no existen lagunas en el Derecho. No existen no porque estén fuera de él, en un espacio jurídico vacío, sino porque no hay nada fuera del Derecho⁽⁴⁸⁾. Por ello, para ZITELMANN las lagunas consisten en que no se ha establecido para la norma general exclusiva una excepción que se considera

(45) Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 363.

(46) Zitelmann, E. *Op. cit.* Pp. 95-96.

(47) Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 96.

(48) Puede verse, entre otros, Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 212 y ss. Bobbio comienza su exposición diciendo, precisamente, que «[s]i no existe un espacio jurídico vacío quiere decir que solo existe el espacio jurídico pleno». *Vid. ibid.* P. 212.

deseable, de modo que el problema no es «que el caso no se encuentre comprendido en algún precepto legal», sino «que repugna la solución que da la ley»⁽⁴⁹⁾.

2. Crítica de la norma general exclusiva

La primera objeción que se puede plantear a la teoría de ZITELMANN y, quizá, la más importante es la que le debemos a BOBBIO, que da un giro a la teoría de ZITELMANN y propone una tercera norma distinta de las dos anteriores; es la «norma general inclusiva», que es general y, por ello, implícita y válida para todas las conductas no expresamente reguladas, pero también es inclusiva, de modo que el sentido de su regulación es contrario de la norma general exclusiva y, a su vez, análogo al de la norma particular inclusiva⁽⁵⁰⁾. De este modo, frente al razonamiento *a contrario* que propone ZITELMANN surge ahora la posibilidad del razonamiento *a simili*, cuya conclusión es necesariamente opuesta. La norma particular, que antes sólo podía ser una excepción a la regla general, ahora puede ser asimismo una concreción, una particularización para el caso. Por esta razón, la labor del jurista ya no es ver en la norma particular el reflejo de la general, sino discernir cuál de los dos reflejos es el auténtico y cuál un mero espejismo. Como dice BOBBIO, no hay en el derecho un criterio que nos permita identificar en qué sentido se puede asumir que dos casos son similares⁽⁵¹⁾, de manera que la aplicación de una u otra norma general depende del criterio del juez. Así, un problema de lagunas queda casi transfigurado en uno de antinomias marcado por, según BOBBIO, «la ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada»⁽⁵²⁾.

En cualquiera de los dos casos es cuando menos dudoso que semejantes razonamientos puedan realizarse tan despreocupadamente como sugieren los autores. Por lo que respecta a la norma general exclusiva, que es la que más nos interesa, el problema radica en el abuso que ésta hace del razonamiento *a contrario*, cuya aplicación, en rigor, está mucho más restringida, en especial en el razonamiento jurídico⁽⁵³⁾. Su utilidad es mayúscula en un muy concreto conjunto de supuestos, pero en el resto, fuera de su limitado ámbito, constituye una falacia cuya incorrección debemos aquí denunciar. Es *conditio sine qua non* para una correcta aplicación de este razonamiento que la premisa sobre la que se aplique contenga una coimplicación, es decir,

(49) Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 98. Nótese que Zitelmann está llamando «ley» a la norma general exclusiva.

(50) Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 215 y ss.

(51) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 215.

(52) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 216. En este mismo sentido, *vid.* Kelsen, H. *Teoría pura... Op. cit.* P. 105. Dice así: «[I]os habituales medios de interpretación del argumento *a contrario* y de la analogía carecen en absoluto de valor, lo que se desprende del hecho de que ambos argumentos conducen a resultados opuestos, no habiendo un criterio en virtud del cual se pueda decidir cuándo haya que aplicar uno u otro».

(53) Sobre la inidoneidad del *argumentum a contrario*, con especial atención a su aplicación en el Derecho, puede verse García Amado, J. A. «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del derecho». *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 2001. P. 85 y ss.

un doble condicional. La formulación informal de la coimplicación suele seguir la forma «si y sólo si», frente al simple «si» de la implicación. Este matiz determina las diferencias entre ambos conectores⁽⁵⁴⁾.

El problema que podemos apreciar en la teoría de ZITELMANN es que realiza un uso indiscriminado del argumento a contrario sin atender a la concurrencia o ausencia de la coimplicación entre sus términos. Un ejemplo característico de este razonamiento puede encontrarse en cualquier código penal, donde se establece que una determinada conducta típica (*c*) lleva imputada una pena (*p*) que se debe aplicar cuandoquiera que dicha conducta se consume, pero sólo en ese caso y en ningún otro (\leftrightarrow). Un precepto así planteado (sobre la base de una coimplicación) sólo puede respetarse si se condena al infractor y se absuelve al resto (« $c \leftrightarrow p$ »)⁽⁵⁵⁾. Por el contrario, si el código sólo enumerase conductas y les imputase penas, obviando la mención del principio de legalidad (es decir, con una implicación simple), podría entenderse respetada la norma incluso cuando se condenase a un inocente. La cuestión es que esta coimplicación debe establecerse expresamente para cada caso («si y sólo si...») o con carácter general, vía, por ejemplo, el principio de legalidad estricto⁽⁵⁶⁾. Pero sucede que si existe cualquiera de estas normas positivas no resulta ya necesaria la norma general exclusiva, pues sus prescripciones serían redundantes. La utilidad de la norma de ZITELMANN está limitada a aquellos casos en los que ninguna norma positiva haya implantado aún el razonamiento a contrario, razón por la que el problema vuelve al punto de partida: ¿por qué elegir la norma general exclusiva en lugar de la inclusiva? Esto, cuestiones de conveniencia aparte, no tiene respuesta.

(54) La coimplicación es una doble implicación, una implicación bidireccional. La implicación es falsa sólo cuando se da que el antecedente sea verdadero y que el consecuente sea falso; en la medida en que en la coimplicación ambos términos son, recíprocamente, consecuente y antecedente, el argumento será falso siempre que sus dos términos no coincidan en su valor de verdad. Es decir, cuando uno sea verdadero y el otro, falso, sin importar cuál. Por esta razón, lo que en una implicación simple podríamos llamar falacia, como es el caso de la afirmación del consecuente o de la negación del antecedente, en el caso de una coimplicación son argumentos válidos.

(55) El razonamiento es el siguiente: 1. $c \leftrightarrow IO p$; 2. $\neg c$; 3. $\neg(IO p)$; 4. $\neg(IO p) \rightarrow (IO \neg p \vee \neg IO (p \vee \neg p))$; 5. $\therefore IO \neg p \vee \neg IO (p \vee \neg p)$. Expresado el problema en estos términos formales es fácil ver que realizar *p* cuando $\neg c$, esto es, condenar a un inocente, no parece tener ningún efecto en el curso logodinámico. Efectivamente, incluso aunque la norma dijese expresamente $IO \neg p, p$ seguiría sin provocar ninguna reacción. La norma habría sido incumplida, pero ¿y qué? Ya decía COSSIO que «lo que debe ser sigue debiendo ser aunque no sea» (COSSIO, C. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Editorial Losada, segunda edición. Buenos Aires, 1947. P. 155), pero cabe preguntarse qué sentido tiene un *deber ser* del que no se sigue un *ser*. Lo que hace jurídica a la norma es su carácter coactivo externo, frente al interno de las normas morales. Por tanto, la auténtica prohibición no se expresa sólo con decir $IO \neg p$, sino imputando a *p* una consecuencia coactiva, tal que « $p \rightarrow IO cc$ ». Por tanto, si bien la coimplicación (o coimplicación) es admisible en la lógica jurídica, su utilidad, como se ve en el primer razonamiento, es limitada. Más útil sería plantearlo de esta manera: 1. $c \rightarrow IO p$; 2. $(\neg c \wedge p) \rightarrow IO cc$; 3. $\neg c$; 4. *p*; 5. $\therefore IO cc$.

(56) Sobre esto, *vid.* Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 178. Dicen: «del solo hecho de que una cierta norma (la que prohíbe *p*) no pertenezca al sistema, no se puede inferir que otra norma distinta (la que permite *p*) forme parte de éste, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autorice a efectuar esa inferencia». En todo caso, semejante norma debería ser permisiva y no restrictiva, de modo que Zitelmann no andaba desencaminado. *Cfr. ibid.*, pp. 196-197.

V. LA VOLUNTAD DE DERECHO

1. Juez, lagunas e integración

Toda decisión jurídica es tal en tanto que se funde en el derecho. Toda norma, general o individual, es norma jurídica, de la que emanarán un deber y su coacción, si se funda en otra norma. La pregunta es si se puede considerar conforme a derecho aquella decisión que se adopta sin el respaldo del derecho. Está claro cuál es el deber del juez a quien el derecho impone la obligación de admitir toda demanda materialmente fundada conforme a dicho ordenamiento. Esta obligación se instrumenta en el castigo que aguarda al juez que inadmita una demanda adecuadamente planteada⁽⁵⁷⁾; metajurídicamente, lo que del castigo emana es el deber de realizar la conducta contraria, esto es, la que no sirve como condición jurídica para esa coacción. Por tanto, el juez que admite la demanda adecuadamente fundada en Derecho lo hace amparado en el propio derecho, que a ello lo obliga.

Cabe que nos preguntemos en qué se funda, en cambio, la decisión del juez que admite, o incluso sentencia sobre el fondo del asunto, una demanda que no encuentra fundamento material en rincón alguno del ordenamiento. No podemos despreciar el hecho de que algunos, quizá muchos sistemas obligan al juez a admitir demandas que no se fundan en ninguna norma sustantiva y, además, le dan herramientas para que cree el Derecho con que resolver dichos casos⁽⁵⁸⁾. En este supuesto el juez también funda su decisión en una norma del ordenamiento que, como en el primer caso, le obliga o faculta para actuar así⁽⁵⁹⁾. Podemos entonces convenir que las presuntas lagunas surgen porque el legislador las crea, es decir, porque las habilita como pretexto de una demanda que de otro modo no hallaría cobijo en ninguna norma preestablecida⁽⁶⁰⁾.

(57) Sin embargo, hay quien no entiende esta cuestión en clave deóntica, sino óptica. Por ejemplo, COSSIO explica que el hecho de rechazar una demanda es en sí un juicio sobre el asunto. Por tanto, un juez no puede no juzgar desde el momento en que, por su condición de juez, tiene ante sí un caso: «la necesidad de juzgar en que está el Juez existe por una razón lógica pura de la lógica jurídica, no porque el Legislador haya declarado ilícita la abstención de juzgar; [...] si el Legislador la declara expresamente, sólo señala una innecesaria tautología diciendo que el Juez debe ser Juez» (COSSIO, C. *Op. cit.* P. 160). Claro que el sentido en se usa el término «juzgar» en ambos casos es diferente y, por tanto, no sería admisible plantear esta discrepancia como una oposición.

(58) Así, el código civil español, en sus artículos 1.7 y 4.1, impone al juez la obligación, so pena del correspondiente castigo, de admitir y juzgar todo asunto, sin importar si el fundamento material de la demanda está contenido en alguna norma o si la ley guarda silencio sobre ello. Para este último caso se prevé el mecanismo de la analogía, que permite al juzgador crear la norma que falta.

(59) Esto es, respectivamente, que le impone un castigo si no lo hace o se lo impone a quienes le impidan o lo obliguen a hacerlo.

(60) Resulta curioso que algunos autores sostengan lo contrario, esto es, que la obligación de integrar cualquier laguna, lejos de crearlas, hace que no existan. Este matiz es especialmente importante, pues no se trata sólo de que toda laguna pueda encontrar solución material, sino que, más allá, las lagunas dejan de existir en la medida en que van a ser integradas. Citan Alchourrón y Bulygin el aforismo que mejor resume esta teoría: «no hay lagunas, porque hay jueces» (Aftalión, E. R., García Olano, F. y Vilanova, J. *Introducción al derecho*. S. e. Buenos Aires, 1956. Pp. 257 y ss. Citado en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas*

Ahora bien, si el ordenamiento no prevé ni la obligación ni la facultad de admitir la demanda no sustanciada en derecho, ¿qué base toma el juez para admitirla? La respuesta está en su propia conciencia, su caprichoso arbitrio, que lo mueve a adoptar una decisión que no encuentra expreso amparo en norma alguna. Ese juez no admite conforme a la norma, sino a su apreciación de que la fundamentación de la demanda debería formar parte del derecho. En otras palabras, el demandante propone la excusa de la laguna como base de una pretensión no jurídica y el juez, sin el respaldo de ninguna norma, la acepta. Frente a esto se revolviéron BERGBOHM y ZITELMANN,

normativos... Op. cit. P. 181). La respuesta, tan breve como clara, la dan también estos autores: «¡Esto es lo mismo que afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos!» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 181). Con más detalle lo expresa Rodilla: «en este caso se está contemplando el problema desde dos perspectivas diferentes: cuando se dice que las leyes pueden tener lagunas, se está considerando el sistema jurídico en un corte en el tiempo; cuando se añade que, a pesar de ello, el derecho no tiene lagunas se lo está contemplando en perspectiva diacrónica, es decir, considerando los recursos que tiene el derecho, como sistema normativo dinámico e institucionalizado, para autointegrarse en el proceso de aplicación institucional de las normas» (Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 350). Por su parte, ATIENZA pretende salvar la tesis inicial de inexistencia de las lagunas con una nueva formulación: el derecho no es una fotografía ni un cuerpo estático, sino un proceso, una práctica o, en definitiva, un organismo vivo, si se me permite tal licencia. Por ello, no tiene sentido, según él, comparar los «agujeros» del derecho con los de un traje. Más bien habría que pensar en la empresa que confecciona las prendas: aunque haya momentos durante el proceso productivo en los que los trajes tengan agujeros (o no tengan forro, ni mangas, o tengan hilos sueltos), ello no significa que la empresa fabrique trajes con agujeros; a la postre sus trajes son siempre perfectos. De manera análoga, que en algún momento no haya una solución expresa en el derecho no significa que el derecho no dé soluciones para todo caso: únicamente hay que dejar que el proceso fluya (para mayor detalle, *vid.* ATIENZA, M. «Sobre “Creación judicial del Derecho” de Eugenio Bulygin». En BULYGIN, E.; ATIENZA, M., & BAYÓN, J. C. *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, primera edición. Madrid, 2009. Pp. 113 y ss.). Sin embargo, con ello no logra ATIENZA, a mi juicio, salvar el fallo nuclear de su tesis. Aunque adoptemos un enfoque procesista como el propuesto por WHITEHEAD y entendamos el derecho como un proceso ello no nos permite inferir que no existen las lagunas. Retomemos la metáfora del organismo que antes he propuesto. Un organismo (*v. gr.* un ser humano) es un proceso biológico que comienza con la concepción y concluye con la muerte; entender la vida entera como una unidad caracterizada por el devenir y el cambio permite eludir consideraciones metafísicas peliagudas, como la que plantean la paradoja del barco de Teseo o el problema de sorites. Si imaginamos ahora un avance suficiente en la ciencia médica como para que cualquier enfermedad imaginable tenga una cura eficaz y rápida, podremos convenir que los accidentes llamados «enfermedades» no tendrán ningún efecto relevante sobre el proceso llamado «ser humano». Ahora bien, que un accidente no tenga efectos significativos sobre el proceso en que se da no significa que el accidente no se haya dado y que no se le deba prestar atención; aunque toda enfermedad se pueda curar, seguirá siendo necesario curarla, y aunque ya ninguna patología sea necesariamente letal, seguirá matando aquella que no se trate adecuadamente. Lo mismo podremos decir del proceso llamado «derecho» y de sus accidentes, las patologías que llamamos «lagunas». Que las lagunas pasen a ser un problema insignificante y de fácil solución (si tal cosa es posible) es en verdad el reconocimiento de que, aun con todo, son un problema que se debe solucionar. En definitiva, todo ello se reduce a una suerte de reformulación de la doctrina de la potencia y el acto de Aristóteles: las lagunas existen en acto, pero como los jueces las deben integrar no existen en potencia. Aquí la confusión entre ser y deber ser se torna dramática. La potencia define el estado futuro del ser o, lo que es lo mismo, lo que *tiene que ser*, necesariamente; por ello es admisible decir que lo que es en potencia *es*, en la medida en que indefectiblemente será. Los jueces, en cambio, tienen el deber de integrar, lo que significa, en términos jurídicos, que se castigará al juez que cuando le corresponda integrar no lo haga. Ello no significa, en absoluto, que el juez vaya a integrar siempre; de hecho, el castigo viene a sugerir, precisamente, que es previsible, con cierto grado de probabilidad, el incumplimiento. Por tanto, ni tiene cabida aquí la adaptación de la doctrina aristotélica ni tiene base racional la afirmación de aquellos autores.

que plantearon de dos maneras diferentes una misma teoría encaminada a arrebatarse al juez arbitrario su omnímodo poder⁽⁶¹⁾. Su error fue confiar en exceso en la metajurídica como freno válido para el derecho positivo, que sólo puede hallar límite en sí mismo.

La positivización de las teorías de ambos autores se objetiva en lo que comúnmente se llama cláusula de cierre, principio de legalidad o juicio de *non liquet*, que vienen a ser, respectivamente, propuesta, concreción y consecuencia de la supresión de los poderes legislativos generales del juez⁽⁶²⁾. Gracias al principio de legalidad no resulta necesario acudir al espacio jurídico vacío o al mar imaginado por ZITELMANN, que tan fácilmente derrotables resultan cuando se los enfrenta a otras teorías. Ése es el problema de las presunciones y la razón por la que los efectos jurídicos no deben fundarse en ellas, sino en normas positivas claramente determinadas y válidas dentro de un ordenamiento, que, precisamente por este carácter, no pueden ser objeto de refutación en el plano metafísico en que se mueven, en cambio, aquellas dos teorías.

2. La voluntad de Derecho

Cuando se ha promulgado con carácter general la norma que con frecuencia rige en todo ordenamiento penal, esto es, el principio de legalidad estricto (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)⁽⁶³⁾, no cabe ya cuestionar el sentido en que el juez se debe pronunciar, pues la obligación del *non liquet* ya no se funda en construcciones metajurídicas y, como tal, discutibles, sino en una norma positiva, válida y, por consiguiente, con efectos logodinámicos que condicionan la actuación del juez. Lo que aún puede ser objeto de razonable discusión es lo que el juez *debería* poder hacer, es decir, la conveniencia o desacierto de una norma que impide al juez integrar las lagunas.

Hay autores para quienes el principio de legalidad no es una forma de eliminación de las lagunas, sino su cristalización: al no poder integrarlas, las lagunas persisten en el ordenamiento jurídico sin esperanza ya de poder recibir una solución, al menos en sede judicial. Claro está que el objeto de la discusión ya no son las lagunas jurídicas

(61) Recordemos, a estos efectos, que el derecho subjetivo que se le pueda conceder a una persona no es más que la facultad de exigirle a otra una concreta conducta, es decir, de imponer un deber, lo que, a su vez, conlleva un castigo para los casos en que se incumpla. El poder de que goza el juez es, por tanto, no sólo amplio, sino gravoso.

(62) Razonablemente, el juez sigue innovando no sólo en la medida en que crea una norma individual, sino al interpretar la norma general para adaptarla a las concretas circunstancias del caso. Lo que se impide con esto es que el juez cree una nueva norma general *ad hoc* en que fundar por entero su norma individual. Esto se puede ver, en su máxima expresión, en el primer artículo del código civil suizo, a que se hace referencia en Kelsen, H. *Teoría pura...* *Op. cit.* Pp. 110-111, y en Pacheco G., M. *Op. cit.* P. 420. Es Kelsen quien tacha las lagunas, en este contexto, de ficción (*loc. cit.*).

(63) En el caso español este principio se formula en el artículo 4.1 del código penal: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Es este artículo el que hace que todos los comprendidos en la parte especial, donde se tipifican las conductas y se prevén las penas, adopten la forma lógica subyacente de una coimplicación, a pesar de estar redactados como implicaciones simples.

o legales, cuya coexistencia con el principio de legalidad es imposible, sino las lagunas axiológicas⁽⁶⁴⁾.

Para combatir esta ilusión debemos atender a la voluntad de Derecho del legislador. No se trata del habitual recurso a la interpretación teleológica, que pretende responder al *para qué* de la norma, sino del examen de su *porqué*. La base en que se apoyan quienes denuncian aún lagunas en un derecho cerrado, dejando a un lado la justicia, es la presunta voluntad del legislador, que, de haber previsto tal o cual caso habría establecido una regulación diferente. Sin embargo, no cabe tal argucia cuando se ha instaurado el principio de legalidad, del que emana, precisamente, la voluntad contraria. Podemos convenir que quien puede libre e irrestrictamente hacer algo, depende para ello, entonces, sólo de su voluntad de que eso se haga. Podemos también aceptar que aquello que se quiere ver hecho puede hacerse directamente o esperar a que lo haga otro. Por tanto, quien puede hacer algo y quiere que se haga puede hacerlo él mismo o esperar a que lo haga otra persona. Trasladado a términos jurídicos, si el legislador puede regular un caso (*p*), y lo cierto es que todo caso puede ser objeto de una norma jurídica, y si tiene voluntad de que ese caso se regule (*v*), entonces el legislador lo regulará (*r*) o dejará que otro, que será el juez mediante la integración, rellene ese vacío (*i*)⁽⁶⁵⁾. Si el caso no cuenta con una solución material

(64) Recordemos que la caracterización que se propone al principio de esta obra, y que es, por otro lado, la generalizada, define las lagunas jurídicas y las axiológicas como dos géneros diferentes, y a las técnicas como una especie de aquéllas. Visto ahora que bajo el principio de legalidad son las lagunas jurídicas las que se definen como especie de las axiológicas (pues para todo caso hay respuesta jurídica), resultan ser las técnicas las que se diferencian. Kelsen las despacha ora como una cuestión menor dejada a la interpretación de cada operador jurídico, ora como otra variedad de lagunas axiológicas. *Vid.* Kelsen, H. *Teoría pura...* *Op. cit.* Pp. 109-110. Una tercera opción que merece la pena considerar pasa por distinguir entre *fondo* y *superficie* del derecho. *V. gr.* la norma que obliga a *X* a ir corriendo a la Luna y volver, so pena que les golpee con un palo, puede parecer una norma jurídica superficialmente, en tanto que se haya promulgado de la manera adecuada y sea, así, válida; su carácter positivo y su validez formal nadie las discute. Ahora bien, si miramos el funcionamiento profundo del derecho, su fondo, veremos que la verdadera norma es la que dice, directamente, que hay que golpear a *X* con un palo. Esto es así porque la norma que imputa un castigo a quien no haga lo que es imposible hacer, si bien puede tomar en apariencia esa forma, es en realidad una norma diferente: la que imputa el castigo de manera inmediata. Esto debe entenderse como muy diferente del realismo jurídico: no digo que sólo sea norma jurídica la que realmente se aplique, sino aquélla que formal y materialmente sea *aplicable*. Así, si el código penal dice, *v. gr.*, que sólo se pueden aplicar castigos previa y detalladamente previstos por el código, y un artículo imputa a la conducta *c* un castigo indeterminado, habrá quien diga que ahí hay una laguna técnica, pues se debe aplicar un castigo que no se puede aplicar. Ciertamente sobre la superficie del derecho parece flotar una laguna, pero si atendemos al fondo veremos que no es ése el caso. La norma incompleta no es norma aplicable y, como tal, no es norma del ordenamiento más que en apariencia, en la medida en que puede reformularse, como en el primer ejemplo, o incluso suprimirse, como en el segundo, sin que las relaciones logodinámicas del derecho se vean alteradas.

(65) La habilitación de la integración indica, por tanto, cuál es el objetivo de plenitud del legislador. Si éste limita el derecho a lo que él mismo promulgue como tal, puede considerarse que el derecho es pleno en el sentido de que, respecto de sí mismo, es completo. En cambio, si habilita la integración el legislador da a entender que la regulación material jurídica debe poder extenderse más allá de sus límites actuales, esto es, que la idea del derecho pleno no se corresponde con el derecho positivo vigente, que es menor y, por tanto, incompleto, aunque completable. Esta noción de la *plenitud móvil*, o sea, un objetivo de plenitud que no tiene por qué corresponderse con el *todo*, sino que puede ser menor y dejar fuera de sí áreas completas de la actividad humana, es de capital importancia para entender el sentido de la voluntad de derecho.

($\neg r$), la única manera de sostener que el legislador quiere dicha solución es que haya habilitado la posibilidad de que los jueces suplan su carencia y corrijan la deficiencia del ordenamiento. Sin embargo, la cláusula de cierre señala en otra dirección: no es que con ella se prohíba la integración (IO $\neg i$), lo que, ciertamente, no la impediría, sino que al haberse integrado colectivamente todas las lagunas imaginables no queda ya ninguna que poder rellenar. Por acción de la cláusula de cierre, la integración no está prohibida, sino que es imposible ($\neg i$). La conclusión, por tanto, es que el legislador no desea que para el caso hipotéticamente considerado como conflictivo se ofrezca una solución imaginativa e integradora por parte del juez ($\neg v$), pues, si tal fuese su deseo, habría habilitado la integración como herramienta con la que corregir *ad hoc* el ordenamiento⁽⁶⁶⁾.

VI. CONCLUSIONES

En las páginas precedentes he tratado de analizar con el rigor que merece una de las cuestiones capitales de la teoría del derecho, de la que depende la operatividad jurídica diaria. Mi intención en todo momento ha sido realizar un análisis crítico del problema, huyendo de las apariencias y triturándolo hasta sus más básicos elementos. Espero que el análisis lógico haya sido, a tal fin, de utilidad.

Baste, por ahora, para dar por concluida esta tarea con dejar dos ideas claras. Primero, que las principales teorías aquí tratadas, debidas a Bergbohm y Zitelmann, son simples reformulaciones de una misma teoría básica. Tanto sus fundamentos éticos cuanto sus conclusiones jurídicas, así como buena parte de sus razonamientos intermedios, son idénticos en ambos autores. También su intención era la misma: salvaguardar la libertad del individuo frente a un derecho expansivo e incontrolado.

En segundo lugar, en cuanto a la ontología de las lagunas, lo que con la voluntad de derecho he pretendido demostrar es que aquéllas no son más que un mero desajuste axiológico, nunca una deficiencia normativa del derecho positivo. Allí donde hay regulación material tiene el legislador voluntad de presencia para el derecho, mientras que donde no hay tal regulación y rige, por tanto, la cláusula de cierre, la voluntad del legislador es de ausencia de derecho. En el extremo contrario, si existen en las lagunas es porque el propio legislador las crea al obligar al juez a admitirlas como fundamento de una demanda no basada en el derecho material vigente.

(66) Por si queda alguna duda, la forma de este argumento es la de la implicación « $(p \wedge v) \rightarrow (r \vee i)$ ». El razonamiento es el siguiente: 1. $(p \wedge v) \rightarrow (r \vee i)$; 2. p ; 3. $\neg r$; 4. $\neg i$; 5. $\neg (r \vee i)$; 6. $\therefore \neg v$. Como se puede ver, el razonamiento clave sigue la forma del *modus tollens*. Además, aquí sí es plenamente correcto usar el implicador, ya que la relación entre los términos es óptica, no viene establecida por una norma humana.

EL TRASLADO DE SEDE SOCIAL INTRA-EUROPEO Y LA PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS Y ACREEDORES: ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121⁽¹⁾

THE INTRA-EUROPEAN TRANSFER OF THE REGISTERED OFFICE AND THE PROTECTION OF MEMBERS AND CREDITORS: ANALYSIS OF DIRECTIVE (EU) 2019/2121

ÁLVARO ROBAYNA PARRES

Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES.
 - 1. **Titularidad y contenido de la libertad de establecimiento de las sociedades.**
 - 2. **Ejercicio de la libertad de establecimiento: a título primario y secundario.**
 - 3. **Modelos de atribución de la lex societatis: modelo de constitución y modelo de sede real.**
 - 4. **La cuestión de la nacionalidad de las sociedades.**
- III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES.
 - 1. **Daily mail y la trilogía centros, Überseering e Inspire Art.**
 - 2. **Cartesio y Vale: delimitación del derecho de transformación transfronteriza.**
 - 3. **Contribución del asunto Polbud.**
- IV. LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121.
 - 1. **Esquema procedimental.**
 - 2. **Mecanismos de protección de intereses de agentes afectados.**

(1) El presente estudio es una versión resumida del trabajo fin de grado del Grado en Derecho defendido por el mismo autor el 16 de julio de 2021 en la Facultad de Derecho de Universidad de Oviedo y dirigido por el profesor Miguel Iribarren Blanco.

- 2.1. Instrumentos de protección del socio.
- 2.2. Instrumentos de protección de los acreedores.

3. Consideraciones de transposición.

Resumen: El traslado intra-europeo del domicilio social se configura como una opción que permite a las sociedades elegir con posterioridad a su constitución el sistema legal que mejor se adapta a sus necesidades jurídicas. Durante décadas, esta cuestión estuvo regida únicamente por las previsiones del Derecho originario y las interpretaciones que del mismo ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La carencia de Derecho derivado que armonizase el ejercicio de la libertad de establecimiento y la divergencia entre los ordenamientos de los distintos Estados miembros de la Unión han conducido a diversas controversias en las que el Tribunal de Luxemburgo ha tenido oportunidad de delimitar el alcance y los límites de las competencias estatales para modular la movilidad transfronteriza societaria. La jurisprudencia maximalista de los jueces europeos en lo que respecta al traslado de domicilio social intracomunitario ha despertado el interés del legislador europeo para regular la cuestión. La Directiva (UE) 2019/2121, al tiempo que limita el aprovechamiento fraudulento de la libertad comunitaria para la elusión de normas nacionales, equilibra el derecho a la transformación transfronteriza con la protección de los intereses de los afectados por la operación: socios, acreedores y trabajadores.

Abstract: The intra-European transfer of the registered office allows companies to pick and choose, after their incorporation, the legal form that best suits their needs. For decades, this operation was governed solely by the provisions of the EU primary law and the case law from the EU Court of Justice. The lack of secondary legislation harmonizing the exercise of the freedom of establishment and the divergence between the national laws of the Member States have led to various disputes in which the Court of Justice has had the opportunity to define the scope and the limits of state powers to modulate cross-border mobility of companies. The maximalist jurisprudence of the European judges regarding the transfer of intra-community registered office has awakened the interest of the European legislator to regulate the matter. Directive (EU) 2019/2121, while limiting the fraudulent use of community freedom to circumvent national regulations, balances the right to cross-border transformation with the protection of the interests of those affected by the operation: members, creditors and employees.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la instauración de la libertad de establecimiento de sociedades y ante las significativas diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de la actual Unión Europea, la promulgación de una regulación armonizadora de las cuestiones societarias, en general, se consideraba esencial para el correcto funcionamiento del Mercado Único.

Dicha armonización perseguiría ofrecer unos niveles mínimos de protección de los agentes implicados en la movilidad transfronteriza, así como una aproximación de los ordenamientos nacionales en lo que respecta a la actividad empresarial⁽²⁾.

Consciente de ello, la por aquel entonces Comunidad Económica Europea (CEE, en adelante) se embarcó en un intenso periodo de armonización, aprobando una serie de Directivas relativas a la actividad societaria intracomunitaria. Sin embargo, cuando el proyecto de armonización quedó estancado, los Estados miembros se encontraron envueltos en una situación de absoluta carencia regulatoria de la cuestión que nos ocupa, al tiempo que la libertad de establecimiento reconocida por el Derecho originario comenzó a aplicarse.

La ausencia, como mencionamos, de Derecho derivado que regulase el ejercicio del derecho reconocido en el Tratado constitutivo ha conducido a que se hayan suscitado diversas controversias que han sido, necesariamente, abordadas por el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante). Con sus decisiones los jueces europeos colmaron el vacío regulatorio, implantando un sistema en el que el *case law* solventaba la inactividad normativa comunitaria. Se habían convertido, a efectos prácticos, en unos auténticos «legisladores» al establecer límites que, en cierta medida, desplazaban las soluciones nacionales⁽³⁾.

Cuando se hizo evidente que la libertad de establecimiento sería ejercitada con o sin legislación armonizadora –favorecida por una interpretación maximalista del TJUE– el legislador europeo decidió actuar⁽⁴⁾. Como veremos, la línea argumentativa seguida por el Tribunal de Luxemburgo era cada vez más permisiva con la movilidad de sociedades, en concreto con el traslado transfronterizo de sede social, abriendo la puerta a potenciales prácticas abusivas y, en definitiva, a la posible llegada del efecto Delaware al continente.

II. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES

Las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento se encuentran recogidas en la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante). En lo que respecta a la movilidad de sociedades, los artículos de interés son, principalmente, el artículo 49 y el 54 del TFUE (anteriormente arts. 43 y 48 TCE, respectivamente).

(2) GELTER, M., «Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court's Accidental Vision for Corporate Law», *ECGI Working Paper Series in Law*, n.º 287, 2015, p. 15.

(3) ARENAS GARCÍA, R., «El legislador Europeo y el DIPR de sociedades en la UE», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, p. 49.

(4) ARENAS GARCÍA, R., «La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: regulación y facilitación de la movilidad de sociedades dentro de la UE». *La Ley Unión Europea*, n.º 77, 2020, p. 22.

1. Titularidad y contenido de la libertad de establecimiento de las sociedades

El artículo 49 del TFUE consagra la libertad de establecimiento para las personas físicas al establecer que «*quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro*»⁽⁵⁾. Se trata, por tanto, de un derecho que se atribuye a los ciudadanos europeos por el mero hecho de serlo, por ostentar la nacionalidad de algún Estado miembro. Alcanza, también, a los nacionales de terceros países con los que la Unión haya establecido acuerdos que extiendan los beneficios de las libertades europeas, tales como los Estados parte del EEE⁽⁶⁾.

La libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como «*la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades [...] en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*»⁽⁷⁾. En otras palabras, se garantiza el ejercicio de una actividad económica de carácter independiente y permanente en el territorio de un Estado miembro distinto del de la nacionalidad y, en particular, la creación y gestión de sociedades⁽⁸⁾. Quedan fuera del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público⁽⁹⁾, así como las actividades contrarias al orden público, la seguridad y la salud pública del Estado en el que se ejerce el derecho de establecimiento⁽¹⁰⁾.

El artículo 54 del TFUE, por su parte, extiende la libertad de establecimiento de las personas físicas a las jurídicas; en concreto, a las sociedades «*constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión*»⁽¹¹⁾. Del precepto se desprende un doble requisito para considerar a una sociedad beneficiaria del derecho de establecimiento: haber sido constituida de acuerdo a la legislación de un Estado miembro y tener sita, alternativamente, su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro del territorio europeo. No requiere el TFUE, sin embargo, que estos tres elementos se localicen en el Estado de constitución, siendo suficiente que se encuentren en la Unión⁽¹²⁾.

(5) Art. 49, párrafo primero (TFUE).

(6) *Vid.* ARENAS GARCÍA, R. (2017), *cit. supra.* n. 3, p. 21.

(7) Art. 49, párrafo segundo (TFUE).

(8) RODAS PAREDES, P., *Libertad de establecimiento y movilidad de las sociedades mercantiles: su significado y aplicación práctica en la Unión Europea, algunos países y en el ordenamiento jurídico español* (Doctorado), Universidad de Valencia, 2010, p. 18.

(9) Art. 51, párrafo primero (TFUE).

(10) Art. 52, párrafo primero (TFUE).

(11) Art. 54, párrafo primero (TFUE).

(12) *Vid.* ARENAS GARCÍA, R. (2017), *cit. supra.* n. 3, p. 12.

2. Ejercicio de la libertad de establecimiento: a título primario y secundario

El establecimiento a título primario se materializa bien a través de la creación *ex novo* de sociedades, bien a través del traslado transfronterizo de sociedades preexistentes. La primera dimensión, explícitamente reconocida en el artículo 49 del TFUE, se refiere a la libertad de constituir y gestionar sociedades en otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. La segunda hace referencia a la posibilidad de trasladar la sede primaria de una sociedad –ya creada– a otro Estado miembro distinto del de constitución⁽¹³⁾.

Esta última posibilidad se puede desdoblar, a su vez, en dos categorías. Hablaremos de «traslado transfronterizo» propiamente dicho cuando a pesar de la transferencia se mantiene la ley aplicable a la sociedad, mientras que si con la transferencia se produce un cambio de ley aplicable estaremos hablando entonces de una «transformación transfronteriza».

Por su parte, el establecimiento a título secundario hace referencia a la situación en la que ya se llevan a cabo actividades económicas en un Estado miembro a título principal y se pretende la apertura de agencias, sucursales o filiales en otro Estado miembro⁽¹⁴⁾. Como consecuencia directa, los Estados de la Unión se encuentran obligados a reconocer automáticamente la personalidad jurídica de las sociedades válidamente constituidas en cualquier Estado miembro, así como la posibilidad de estas de establecer agencias, sucursales o filiales en territorio de otro Estado miembro. Esta interpretación ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE, ya que «*el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado*»⁽¹⁵⁾.

Por lo general, la creación de sociedades en territorio europeo y el establecimiento a título secundario, siempre que cumplan con los requisitos del artículo 54 del TFUE, raramente encontrarán obstáculos por parte del Estado de destino, ya que tal operación se fundamenta en la nacionalidad del Estado de constitución. Sin embargo, el traslado de sede real y social sí tropezará –y, de hecho, ha tropezado– con ciertas problemáticas de mayor complejidad. Esto es fruto de, como veremos, la inexistencia de legislación comunitaria armonizadora y la coexistencia, dentro del Mercado Único, de dispares legislaciones nacionales que toman distintas consideraciones en relación a los factores de conexión que determinan la ley aplicable a las sociedades.

(13) Vid. RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra*. n. 8, pp. 28-33.

(14) Art. 49, párrafo segundo (TFUE).

(15) STJCE 9 marzo 1999, Asunto C-202/97, *Centros Ltd*, FJ. 27.

3. Modelos de atribución de la *lex societatis*: modelo de constitución y modelo de sede real

La *lex societatis* hace referencia a la ley estatal que rige, en sentido amplio, una sociedad⁽¹⁶⁾. Son dos las principales teorías o modelos que inspiran los Derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión en lo que respecta a la atribución de la ley aplicable: el modelo de constitución y el modelo de sede real.

El fundamento de aplicación modelo de constitución (*incorporation theory*) se encuentra en la voluntad corporativa de los socios que, a través del contrato de sociedad, deciden el ordenamiento jurídico al que esta queda sujeta⁽¹⁷⁾. De acuerdo con esta teoría, la ley aplicable a la sociedad será la del Estado en el que ha «nacido», con independencia de dónde lleve a cabo su actividad principal⁽¹⁸⁾. Por lo tanto, si la sociedad mueve su centro de actividad principal al extranjero sin modificar su asiento registral, el factor de conexión con el Estado de origen permanece intacto y se le sigue aplicando el Derecho del Estado en el que fue *ab initio* registrada⁽¹⁹⁾; disfrutando, así, de una especie de «pasaporte» que le permitirá ser reconocida internacionalmente como sociedad del Estado en que ha sido constituida⁽²⁰⁾.

El modelo de constitución favorece en gran medida la movilidad transfronteriza de las sociedades ya que, de estar válidamente constituidas, podrán mover su actividad económica de un Estado a otro y ser, en consecuencia, reconocidas sin necesidad de reconstituirse en el Estado de destino. Esto aporta absolutas garantías de certeza jurídica, pues resulta fácilmente identificable la *lex societatis* de la sociedad sin necesidad de atender al elemento fáctico de dónde opera. A su vez, el modelo favorece ampliamente el interés de los socios, quienes en principio podrán elegir el Derecho aplicable que consideren más conveniente con independencia del lugar en el que posteriormente tengan intención de operar⁽²¹⁾.

Sin embargo, la principal problemática derivada de la aplicación de este modelo reside en la constitución de sociedades con arreglo a ordenamientos con los que no se guarda ningún tipo de vinculación objetiva. Operación que, dicho sea de paso, suele perseguir la aplicación de normativas más laxas en lo que respecta a cuestiones societarias⁽²²⁾. La intención no sería emprender actividades económicas en dicho

(16) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El Estatuto personal: personas jurídicas. Derecho de sociedades»; en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitas, Navarra, 2014, p. 358.

(17) *Vid.* RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra.* n. 8, p. 58.

(18) *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2014), *cit. supra.* n. 16, p. 359.

(19) CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, 2007, p. 68.

(20) *Vid.* RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra.* n. 8, p. 62.

(21) *Vid.* CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2007), *cit. supra.* n. 19, p. 69.

(22) GONZÁLEZ LÓPEZ, J., «La crisis de identidad del Derecho societario de la Unión Europea. Comentario al asunto Polbud y a cuestiones derivadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 12/1, 2020, p. 566.

Estado, sino aprovecharse del Derecho comunitario para «burlar» la aplicación de normas más estrictas –como, por ejemplo, un desembolso mínimo de capital– exigibles en el Estado en el que la sociedad sí tiene intención real de operar.

Por su parte, el modelo de sede real (*real set theory*) se fundamenta ya no tanto en un criterio formal como es la sede social o estatutaria, sino en la idea de que la existencia y actividad de una sociedad concierne al Estado en que esta ejerce actividades económicas⁽²³⁾. La ley aplicable a la sociedad será la del Estado en el que esta tenga, además de su domicilio social, también sita su sede real, es decir, su establecimiento principal o administración central. En otras palabras, se atiende a un criterio fáctico para la determinación de la *lex societatis*. Por lo tanto, para que una sociedad pueda operar en un Estado que adopta el modelo de sede real no solo debe estar formalmente registrada en dicho Estado sino que, además, debe llevar a cabo en el mismo su actividad principal. Esto implica que, cuando una sociedad mueve su sede real de un Estado a otro, el factor de conexión que la «enlaza» con el Derecho nacional deja de existir.

Si bien es cierto que el modelo de sede real introduce dificultades adicionales en cuanto a la determinación del Derecho nacional aplicable ante una dispersión de sedes, este encuentra su justificación en razones políticas y de interés público. Su esencia es la prevención del fraude de ley, ya que al exigir la coincidencia de sedes en un mismo territorio se evita el abuso que podría derivarse de la aplicación de normas jurídicas extranjeras más «blandas», por lo que, en principio, se protege y garantiza en mayor medida los intereses de los agentes relacionados con la sociedad⁽²⁴⁾.

Para comprender por qué algunos Estados han continuado adheridos a la teoría de la sede real es necesario remontarse a los orígenes de la CEE. La hipótesis original era que el derecho societario llegaría a tal punto de armonización que la movilidad transfronteriza de sociedades no generaría problemas. En efecto, el por aquel entonces artículo 52 del Tratado constitutivo (actual 49 del TFUE) disponía que las restricciones a la libertad de establecimiento serían suprimidas progresivamente durante un periodo transitorio de doce años. Sin embargo, la entrada en la comunidad de Estados como Reino Unido e Irlanda comprometió las negociaciones y, transcurrido el periodo transitorio, el proyecto de armonización del derecho de sociedades quedó estancado⁽²⁵⁾.

En este punto, los Estados miembros se encontraron con una regulación marginal de la cuestión, al tiempo que la libertad de establecimiento comenzaba a ser aplicada⁽²⁶⁾. Permitir la libre elección de ley aplicable en su máxima expresión –a través de la aplicación por ciertos Estados del modelo de constitución– permitiría a

(23) Vid. RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra.* n. 8, p. 71.

(24) *Ídem.* pp. 72-73.

(25) Vid. GELTER, M. (2015), *cit. supra.* n. 2, p. 10.

(26) El efecto directo de la libertad de establecimiento quedó consagrado en la STJCE 21 junio 1974, *Reyners*, Asunto 2/74. El Tribunal estableció que la ausencia de regulación al respecto no podía justificar el

los operadores económicos eludir la aplicación de normas nacionales más restrictivas en detrimento de los socios y terceras partes. En consecuencia, ante la inactividad del legislador europeo, la aplicación de la teoría de la sede real se entendió justificada por algunos Estados miembros hasta alcanzar el esperado estadio de armonización⁽²⁷⁾.

4. La cuestión de la nacionalidad de las sociedades

El TFUE opta por regular la libertad de establecimiento de las personas jurídicas como una extensión de la libertad de establecimiento de las personas físicas. No obstante, se trata de ámbitos claramente diferenciados con regulaciones y principios distintos⁽²⁸⁾. En lo que respecta a la determinación de la nacionalidad de las personas físicas debemos remitirnos a los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ya que estos ostentan la competencia para determinar la adquisición y pérdida de la misma. Recuérdese el renombrado caso *Micheletti*: «la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro»⁽²⁹⁾.

Para el caso de las sociedades, sin embargo, la cuestión requiere especial atención. La nacionalidad referida a las personas jurídicas no se emplea en sentido propio, sino que actúa como mecanismo de selección de las normas aplicables al contrato de sociedad⁽³⁰⁾. Al contrario que las personas físicas, las sociedades son criaturas de Derecho que «sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento»⁽³¹⁾. De la lectura del artículo 54 del TFUE se desprende que el Tratado no muestra preferencia por ninguno de los tres puntos de conexión anteriormente expuestos, los cuales equipara «para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro»⁽³²⁾. Por tanto, queda a discreción de cada Estado miembro la elección de los vínculos de conexión entre una sociedad y su Derecho nacional, basando su sistema jurídico en el modelo de sede real o en el de constitución.

Debemos puntualizar que diversos sistemas jurídicos no acuden directamente al modelo de constitución o al modelo de sede real para la determinación de la ley aplicable a sus sociedades. Existen ordenamientos (como el español) que funcionan

incumplimiento de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento garantizadas por el Tratado (FJ. 29-32).

(27) Vid. GELTER, M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 12.

(28) Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2017), *cit. supra*. n. 3.

(29) STJCE 7 julio 1992, Asunto C-369/90, *Micheletti*, FJ. 10.

(30) URÍA, R., MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999, p. 535; citado en Rodas Paredes, P. (2010), *cit. supra*. n. 8, p. 54.

(31) STJCE 27 septiembre 1988, Asunto C-81/87, *Daily Mail*, FJ. 19.

(32) STJCE 5 noviembre 2002, Asunto C-208/00, *Überseering BV*, FJ. 57.

bajo el criterio de la nacionalidad, es decir, es la nacionalidad atribuida a la sociedad la que delimita su *lex societatis*. Sin embargo, incluso en estos sistemas subyace la aplicación de alguno de los criterios anteriormente abordados, determinándose la nacionalidad a partir del factor de conexión de la sede real o del domicilio social⁽³³⁾.

III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE SOCIEDADES

Ante la ausencia de un marco normativo común, la jurisprudencia del TJUE ha contribuido significativamente a determinar lo que supone la libertad de establecimiento en el contexto del traslado transfronterizo del domicilio social en un doble sentido: por una parte, ha eliminado algunos obstáculos que dificultaban o impedían la operación y, por otra parte, ha establecido límites a las facultades de los Estados miembros en lo que atañe a la imposición de restricciones al traslado⁽³⁴⁾.

El TJUE se ha encargado del traslado transfronterizo de sede social en tres casos particulares: *Cartesio*, *Vale* y *Polbud*. Sin embargo, para comprender la argumentación de los jueces europeos en estos asuntos, es necesario ponerlos en relación con el contexto creado a través de sus decisiones sobre el traslado de sede real desde *Daily Mail*.

1. Daily mail y la trilogía centros, Überseering e Inspire Art

La sociedad *Daily Mail and General Trust PLC* (*Daily Mail*, en adelante), domiciliada en Reino Unido, pretende el traslado de su sede de dirección (sede real) a Países Bajos con la intención de mantener su condición de sociedad inglesa, aparentemente para eludir impuestos. Esta operación, en tanto que los Estados implicados seguían el modelo de constitución, estaba permitida por ambos ordenamientos. No obstante, la legislación fiscal de Reino Unido exigía, con carácter previo al traslado, la obtención de una autorización de la Hacienda Pública. La sociedad mantuvo que no estaba sometida a obligación alguna de obtener dicha autorización al estar amparada por la libertad de establecimiento.

El TJUE, ajustando su decisión al escaso Derecho aplicable a este tipo de operaciones, señaló que no se desprende del TFUE el derecho de las sociedades «a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con

(33) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho de sociedades y conflicto de leyes. Una aproximación contractual*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, pp. 91-93.

(34) BUENO BIOT, A., «El traslado transfronterizo y la determinación de la ley aplicable (lex societatis) en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea», *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, n.º 14, 2021, p. 1047.

arreglo a cuya legislación fueron constituidas»⁽³⁵⁾. Reconoce que los Estados son libres de establecer los factores de conexión que determinan el Derecho aplicable a una sociedad en su territorio y, en consecuencia, también son libres de impedir esta sea gobernada por su Derecho si dicho factor deja de existir.

Para gran parte de la doctrina, especialmente alemana, este pronunciamiento significó la justificación de la compatibilidad de la libertad de establecimiento con la aplicación del modelo de sede real como mecanismo de protección contra el arbitraje regulatorio en el Derecho de sociedades europeo⁽³⁶⁾. Queda a discreción de los Estados miembros el permitir o no que sus sociedades trasladen su sede real a otro Estado miembro sin liquidar, algo que estas «*deben aceptar porque depende del Derecho nacional*»⁽³⁷⁾.

Desde entonces, los casos que dibujaban supuestos similares a los enunciados en *Daily Mail* daban por sentada la competencia del Estado miembro de origen para conferir personalidad jurídica a sus sociedades y venían considerando como válida toda restricción impuesta por este, ya que constituía, al fin y al cabo, la regulación de su existencia⁽³⁸⁾. La cuestión de si el modelo de sede real era compatible con el derecho de establecimiento permaneció sin respuesta durante más de una década, hasta que con el pronunciamiento en el asunto *Centros*⁽³⁹⁾ se volvió a desencadenar el debate⁽⁴⁰⁾. En este último asunto, una sociedad constituida en Reino Unido se enfrentaba a la negativa de Dinamarca de inscribir una sucursal en su territorio. Dicha sociedad, propiedad de nacionales daneses, no llevaba a cabo ningún tipo de actividad económica en Reino Unido, por lo que Dinamarca consideró que no se trataba verdaderamente de una sucursal sino de un «establecimiento principal encubierto» cuya intención era beneficiarse del Derecho europeo para eludir la normativa de sociedades danesa –que incluía un desembolso mínimo de capital para la constitución de sociedades y, por tanto, era más gravosa–.

El TJUE sostuvo que Dinamarca vulneraba la libertad de establecimiento al oponerse al registro de la sucursal. Por lo tanto, y de forma aparentemente contraria a lo fallado en *Daily Mail*, se reconoce que una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro, en el cual sigue teniendo su sede social, tiene derecho a emprender actividades económicas en otro Estado miembro, pues «*carece de importancia que la sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería lo fundamental, incluso la totalidad, de sus actividades económicas*»⁽⁴¹⁾.

(35) STJCE 27 septiembre 1988, Asunto C-81/87, *Daily Mail*, FJ. 24.

(36) Vid. GELTER, M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 15.

(37) RINGE, W., «No freedom of emigration for companies?», *European Business Law Review*, vol. 16/3, 2005, p. 16

(38) Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, J. (2020), *cit. supra*. n. 22, p. 572.

(39) STJCE 9 marzo 1999, Asunto C-202/97, *Centros Ltd.*

(40) Vid. GELTER M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 17.

(41) STJCE 9 marzo 1999, Asunto C-202/97, *Centros Ltd.*, FJ. 17.

Años después, la sentencia *Überseering*⁽⁴²⁾ vino a confirmar la interpretación hecha por el TJUE en *Centros*. En dicho asunto, los tribunales alemanes se negaban a reconocer la personalidad procesal de una sociedad constituida y domiciliada en Países Bajos que había trasladado su sede efectiva a Alemania. La sociedad había adquirido en Alemania un terreno que dedicó a fines empresariales. Con posterioridad, encargó a una sociedad alemana unas obras de renovación sobre dicho terreno, encontrando, más adelante, vicios en la ejecución de las mismas. Por esta razón, *Überseering BV* (*Überseering*, en adelante) demandó a la constructora ante los tribunales alemanes, los cuales desestimaron la demanda al considerar que la sociedad no tenía capacidad procesal.

El sistema legislativo alemán, que sigue una variante del modelo de sede real denominada «*sitztheorie*», requería para la adquisición de capacidad jurídica la previa disolución en el país de origen y su posterior reconstitución en Alemania. Ya hemos comentado cómo la aplicación del modelo de sede real se entendía razonable ante la ausencia de regulación que «calmase» las preocupaciones de los Estados miembros ante la generosa movilidad de sociedades prevista en el TFUE. Ante la disparidad normativa entre ordenamientos de la Unión, algunos Estados miembros –entre ellos Alemania– continuaron adheridos a la aplicación del modelo a fin de proteger los intereses de los socios, acreedores, trabajadores e, incluso, del propio Estado.

El TJUE no solo falló que la oposición de Alemania violaba la libertad de establecimiento, sino que, además, desarrolló una fundada explicación a fin de conciliar su jurisprudencia anterior. Resumidamente, mientras que *Daily Mail* versaba sobre las relaciones entre una sociedad y el Estado miembro conforme a cuya legislación se había constituido, *Überseering* versaba sobre el reconocimiento por un Estado miembro de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro⁽⁴³⁾. Admitiendo que la *lex societatis* aplicable a *Überseering* es la neerlandesa, el Tribunal reconoce *de facto* la aplicabilidad a nivel comunitario del modelo de constitución⁽⁴⁴⁾.

En la misma línea se pronuncia el TJUE en el asunto *Inspire Art*⁽⁴⁵⁾, en el que una sociedad constituida y domiciliada en Reino Unido establece una sucursal en Países Bajos con el fin de llevar a cabo la totalidad de su actividad en dicho territorio. *Inspire Art Ltd.* (*Inspire Art*, en adelante) figuraba inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam, pero no figuraba formalmente como sociedad extranjera, razón por la que se le solicita completar dicha inscripción. Para ello, la sociedad debía reunir los requisitos legales recogidos en una norma neerlandesa que la sometía a unos requisitos adicionales, en concreto, el desembolso de un capital mínimo y previsiones relativas a la responsabilidad de los administradores.

(42) STJUE 5 noviembre 2002, Asunto C-208/00, *Überseering BV*.

(43) *Ídem*, FJ. 62.

(44) *Vid.* RODAS PAREDES, P. (2010), *cit. supra*. n. 8, p. 168.

(45) STJCE 20 septiembre 2003, Asunto C-167/01, *Inspire Art*.

Volvemos a encontrarnos con la intención de un Estado miembro de proteger los intereses de los agentes afectados aplicando su Derecho nacional. El Estado holandés argumenta que «*este régimen particularmente abierto dio lugar en la práctica a una utilización creciente de las sociedades extranjeras con fines que el legislador neerlandés no había querido y ni siquiera previsto*»⁽⁴⁶⁾. Ocurría que un gran número de sociedades que ejercía sus actividades principalmente, o incluso exclusivamente, en el mercado neerlandés era constituido en el extranjero con el fin de eludir las normas del Derecho holandés de sociedades.

El TJUE rechaza la argumentación a favor de las previsiones legales neerlandesas al no superar ninguna de estas el test de justificación necesario para apreciar su ajuste a razones de interés general⁽⁴⁷⁾. Concluye que, si bien los Estados miembros pueden implementar medidas con el fin de evitar abusos, fraudes o la elusión inaceptable de sus leyes nacionales, la imposición de requisitos como los controvertidos resulta desproporcionada⁽⁴⁸⁾.

Con estos tres pronunciamientos el TJUE ha conciliado lo establecido en *Daily Mail* con sus posteriores resoluciones a través de una clara diferenciación entre situaciones de entrada y de salida. Esta interpretación ha sido duramente criticada por la doctrina, ya que para que se pueda dar una situación de «llegada» primero hay que poder «salir», quedando la libertad de establecimiento subordinada a la discrecionalidad de cada Estado miembro⁽⁴⁹⁾. Dicha dicotomía, en realidad, conduce a una libertad de establecimiento parcial –o como algún autor ha denominado, a una «libertad de establecimiento mutilada»⁽⁵⁰⁾– cuyo fundamento parece arbitrario e ilógico⁽⁵¹⁾.

2. Cartesio y Vale: delimitación del derecho de transformación transfronteriza

Con los asuntos anteriores, las cuestiones relativas al traslado transfronterizo de sede real quedaron resueltas⁽⁵²⁾. Sin embargo, la transferencia de la sede social o estatutaria plantea problemas completamente diferentes a los que, hasta ahora, han sido expuestos. Curiosamente, comenzamos el análisis con un caso en el que el Tribunal

(46) *Ídem*, FJ. 79.

(47) Sobre el test de justificación de las restricciones impuestas por un Estado miembro en el contexto de movilidad transfronteriza de sociedades véase STJUE de 30 de noviembre de 1995, Asunto C-55/94, *Gebhard*, FJ. 37.

(48) *Vid.* GELTER, M. (2015), *cit. supra*. n. 2, p. 21.

(49) *Vid.* RINGE, W. (2005), *cit. supra*. n. 40, p. 18.

(50) FABRIS, D., «European Companies' Mutilated Freedom. From the Freedom of Establishment to the Right of Cross-Border Conversion», *European Company Law*, vol. 16/3, 2019, p. 9.

(51) Si un Estado no permite la entrada de sociedades, estas podrán elegir otro estado en el que ejercer su libertad de establecimiento; si, por el contrario, un Estado no permite en absoluto la salida de sus sociedades, estas quedan atadas. Permitir lo primero pero negar lo segundo parece distorsionar el alcance de la libertad de establecimiento. Sobre la cuestión, *vid.* RINGE, W. (2005), *cit. supra*. n. 40, p. 18.

(52) *Vid.* ARENAS GARCÍA, R. (2020), *cit. supra*. n. 4, p. 19.

aborda un traslado de sede social sin intención de transformación. *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* (*Cartesio*, en adelante) pretendía transferir su sede estatutaria a Italia manteniendo su condición de sociedad húngara. Desde el Estado de origen se rechazó el traslado, ya que el Derecho húngaro vigente no permitía que una sociedad constituida en dicho territorio trasladase su domicilio al extranjero y, a su vez, siguiese siendo regida por dicha normativa. Hungría, en congruencia con el modelo de sede real, exige que el domicilio de sus sociedades se localice en el lugar en que se halle el centro de dirección de sus operaciones, por lo que si la sociedad dejaba de tener sita su sede estatutaria en dicho territorio se romperían los vínculos que determinan la aplicación de la *lex societatis* húngara. Así, el Estado de origen exigía que la sociedad liquidase y, posteriormente, se reincorporase en Italia⁽⁵³⁾.

En la línea de lo resuelto en *Daily Mail*, el TJUE rechaza las pretensiones de *Cartesio*, confirmando que a falta de armonización, la cuestión de si una sociedad tiene derecho a trasladarse a otro Estado miembro sin necesidad de liquidar «*constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable*»⁽⁵⁴⁾. Sin embargo, lo realmente interesante –y en cierto modo, sorprendente– de *Cartesio* es que el TJUE añadió en su resolución algo que no entraba dentro del objeto de la cuestión prejudicial planteada. El *obiter dictum* es el siguiente:

«*No obstante, semejante caso de traslado del domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio del Derecho por el que se rige debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho nacional aplicable, transformándose la sociedad en una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado miembro al que se traslada*»⁽⁵⁵⁾.

El Tribunal reconoce que si la intención de la sociedad húngara hubiera sido no solo trasladar su sede estatutaria sino también transformarse en un tipo social regido por el Derecho italiano, Hungría no podría haberse opuesto a dicha transformación si esta era admitida por Italia, siempre que la sociedad cumpliera con la normativa interna de destino sobre transformación. Por lo tanto, en los casos en que la sociedad tenga intención de transformarse en un tipo social de otro Estado –y siempre que este último lo permita– el derecho de establecimiento, a diferencia del traslado de sede real, es aplicado incluso en situaciones de salida.

Cuatro años después, el *obiter dicta* de *Cartesio* es completado. *VALE Costruzioni Srl* era una sociedad italiana que, con intención de trasladar su domicilio social y actividad a Hungría, obtuvo la cancelación de su inscripción registral en origen. Con vistas a inscribir la sociedad en el Registro Mercantil húngaro, se aprobaron los estatutos de *VALE Építési Kft* (*Vale*, en adelante) y se desembolsó el capital

(53) STJCE 16 diciembre 2008, Asunto C-210/06, *Cartesio*, FJ. 22-24.

(54) *Ídem*, FJ. 109

(55) *Ídem*, FJ. 111. Subrayado propio.

requerido por la legislación en destino. No obstante, Hungría denegó la inscripción. Con arreglo a la legislación húngara, no es posible que en su registro figure una sociedad predecesora que no fuese húngara. En otras palabras, la normativa húngara sobre transformaciones solo aplicaba a situaciones internas.

El TJUE resolvió que la normativa húngara establecía una injustificada diferencia de trato entre sociedades en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la operación que constituye, en definitiva, una restricción a la libertad de establecimiento⁽⁵⁶⁾. Si bien los Estados pueden exigir la aplicación de sus previsiones nacionales sobre transformaciones internas a las transformaciones transfronterizas, no pueden, en cambio, establecer normas que, permitiendo la transformación doméstica, no permitan la transformación de sociedades procedentes de otro Estado miembro.

3. Contribución del asunto Polbud

La sociedad de responsabilidad limitada *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.* (*Polbud*, en adelante) acuerda trasladar su domicilio social a Luxemburgo sin intención de transferir su actividad. Esto era perfectamente factible dado que en Luxemburgo no exige coincidencia entre el lugar en que se inscribe la sociedad y el lugar en el que opera. Sin embargo, la legislación de origen exige la liquidación previa al traslado del domicilio social al extranjero, razón por la que se le deniega la petición de cancelación del asiento registral. Por un lado, *Polbud* afirma que es beneficiaria de la libertad de establecimiento en tanto estaba válidamente constituida en Polonia. Por otro lado, el gobierno polaco considera que la operación en tela de juicio no queda protegida por la libertad de establecimiento en tanto que la sociedad no tenía intención alguna de llevar a cabo actividades económicas en destino⁽⁵⁷⁾.

Al respecto del requisito de llevar a cabo actividades económicas en el Estado de destino, debemos retroceder al asunto *Vale*, donde el TJUE había reflejado su anterior jurisprudencia sobre el concepto de establecimiento, el cual «*supone una implantación real de la sociedad de que se trate en ese Estado y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste*»⁽⁵⁸⁾. Este lenguaje pudo interpretarse en el sentido de que una mera movilidad de la sede social, de no ir acompañada de una intención de operar en el Estado de destino, no estaría protegida por la libertad de establecimiento⁽⁵⁹⁾; argumento compartido por la Abogada General Kokott en sus conclusiones del caso *Polbud*⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, el TJUE resolvió la cuestión en otra dirección.

(56) STJUE 12 julio 2012, Asunto C378/10, *Vale*, FJ. 36.

(57) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ. 30 y 37.

(58) STJUE 12 julio 2012, Asunto C378/10, *Vale*, FJ. 34

(59) FILLERS, A., «Free Movement of Companies After the Polbud case», *European Business Organization Law Review*, n.º 21, 2020, p. 579.

(60) Conclusiones de la Abogada General Sra. J. Kokott, presentadas el 4 de mayo de 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, apdos. 33-38.

El TJUE estima las pretensiones de la sociedad *Polbud* y permite que esta, amparada en la libertad de establecimiento, traslade su domicilio social a fin de transformarse en un tipo societario luxemburgués. Concluye que exigirle a la mercantil que liquide resulta desproporcionado y obstaculiza la libertad de establecimiento⁽⁶¹⁾. Esta decisión supone que cualquier transformación «sobre el papel», a pesar del tinte fraudulento que pueda ostentar⁽⁶²⁾, está amparada por la libertad de establecimiento, «aun cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el primer Estado miembro»⁽⁶³⁾, siempre y cuando la operación no colisione con la legislación de destino. Además, al desconectar la transferencia de la sede social de la tradicional noción de establecimiento, se liberaliza todavía más la movilidad societaria intra-europea, abriéndose la puerta a la implantación «ficticia» de sociedades en territorios en los que no existe ningún interés comercial⁽⁶⁴⁾. Es más, con esta decisión, el TJUE incrusta –sin competencia para ello– por vía jurisprudencial una solución próxima al modelo de constitución, que queda en preponderancia⁽⁶⁵⁾.

En conclusión, la jurisprudencia recién analizada ha contribuido a aclarar el contexto de las transformaciones transfronterizas; sin embargo, el TJUE no puede, como órgano judicial, diseñar el procedimiento a través del cual materializar la operación⁽⁶⁶⁾. Se hace necesaria –y evidente– la intervención del legislador europeo: por una parte, porque dejar en manos de los Estados miembros la regulación, en el ámbito de sus respectivos ordenamientos, del procedimiento y las garantías de la operación resulta en una situación de inseguridad jurídica que repercute sobre la protección de las partes. En efecto, las soluciones nacionales a menudos son muy dispares e incluso contradictorias⁽⁶⁷⁾; es más, no todos los Estados comunitarios contemplan el traslado de sede social⁽⁶⁸⁾. Por otra parte, porque la carencia de normas armonizadoras puede dar lugar a un uso fraudulento de la libertad de establecimiento⁽⁶⁹⁾.

Antes de adentrarnos en el análisis de la Directiva, consideramos interesante mencionar el informe «*Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2020*» de la Universidad de Maastricht, que recoge datos relativos a las operaciones

(61) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ. 50.

(62) *Vid.* GONZÁLEZ LÓPEZ, J. (2020), *cit. supra.* n. 22, p. 562.

(63) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ. 38.

(64) *Vid.* FILLERS, A. (2020), *cit. supra.* n. 59, p. 581.

(65) *Vid.* GONZÁLEZ LÓPEZ, J. (2020), *cit. supra.* n. 22, p. 575.

(66) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, COM/2018/241 final - 2018/0114, p. 3.

(67) *Ídem.*

(68) Un total de 14 Estados miembros contemplan el traslado de sede social al extranjero sobre la base del Derecho nacional: Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Francia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Eslovaquia y España. *Vid.* BIERMEYER, T., MEYER, M. «*Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2020 (Edition 1)*», Maastricht University, 2020, p. 14.

(69) *Vid.* Propuesta de Directiva, *cit. supra.* n. 66, p. 3.

transfronterizas dentro de la UE entre los años 2000 y 2019. En lo que respecta a la transformación, de acuerdo con sus resultados, un total de 1.406 operaciones han tenido lugar entre los Estados miembros del EEE en dicho periodo, identificándose una mayor actividad a partir del 2013. La conclusión que pretendemos extraer es que el traslado de sede social intracomunitaria, en palabras de los autores del informe, es «*sorprendente considerando la inexistencia de regulación armonizadora al respecto*». Téngase en cuenta que la Directiva que nos disponemos a revisar será aplicable, como máximo, a partir del 31 de enero de 2023, fecha en la que finaliza el plazo de transposición⁽⁷⁰⁾.

IV. LA DIRECTIVA (UE) 2019/2121

El 12 de diciembre de 2019 se publicó la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, conocida como «Directiva de movilidad transfronteriza» o «Directiva de movilidad»⁽⁷¹⁾. Esta norma pone fin a décadas en las que la transferencia intra-europea de la sede social estaba regida únicamente por el Derecho originario y la jurisprudencia del TJUE⁽⁷²⁾. Además, la Directiva también regula por primera vez las escisiones transfronterizas y modifica la Directiva (UE) 2017/1132⁽⁷³⁾ en lo relativo a la fusión transfronteriza.

De acuerdo con la Directiva, la transformación transfronteriza es:

«Una operación mediante la cual una sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica del Estado miembro de destino [...], y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica»⁽⁷⁴⁾.

Por tanto, no se requiere la previa disolución ni liquidación de la sociedad en el Estado de origen; el precepto exige que se traslade, al menos, el domicilio social, siendo el traslado de la sede real necesario solo si la ley del Estado de acogida lo exige como requisito de constitución⁽⁷⁵⁾.

Su ámbito de aplicación se reduce, como es lógico, a las operaciones de movilidad transfronterizas entre Estados miembros del EEE –los 27 Estados miembros

(70) Art. 3 (Directiva 2019/2121).

(71) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad», *Almacén de Derecho*, 2019.

(72) *Ídem*.

(73) Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada). Diario Oficial de la Unión Europea, L 169, 30 de junio de 2017, pp. 46-127.

(74) Art. 86 *ter*, apartado 2 (Directiva 2019/2121).

(75) Apdo. 44 (Directiva 2019/2121).

de la UE, Liechtenstein, Noruega e Islandia—, quedando al margen las operaciones realizadas por estos con terceros países. La Directiva se aplica a las sociedades de capital «constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado miembro, y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se hallen en el territorio de la Unión»⁽⁷⁶⁾. También se aplica a las sociedades en liquidación, salvo que hayan comenzado a repartir los activos entre sus socios, con posibilidad de extenderse a las sociedades sometidas a un procedimiento concursal o de reestructuración preventiva.

1. Esquema procedimental

El afán de contención de la Directiva puede apreciarse en la regulación del procedimiento necesario para llevar a cabo dicha operación⁽⁷⁷⁾, el cual se puede agrupar en cuatro fases⁽⁷⁸⁾ que, particularmente para la transformación, son:

(i) En la primera fase, de carácter preparatorio, se elaboran una serie de documentos a fin de que se garanticen los intereses de todas las partes interesadas, debiendo contener la información más importante al respecto de la operación⁽⁷⁹⁾. El procedimiento incluirá la elaboración del proyecto de transformación (art. 86 *quinquies*) y un informe del órgano de administración de la sociedad dirigido a los socios y trabajadores (art. 86 *sexies*). Se prevé también la elaboración de un informe pericial opinando sobre la compensación ofrecida a los socios para el caso de que estos decidan ejercer el derecho de separación (art. 86 *septies*). Establece la Directiva para cada uno de estos documentos una serie de reglas mínimas que deberán ser respetadas y completadas por los Estados miembros en su transposición, además de unas determinadas exigencias de publicidad (art. 86 *octies*).

(ii) En la segunda fase, de carácter decisorio, el proyecto de transformación es aprobado por la junta general de socios de la sociedad (art. 86 *nonies*). Sobre la mayoría requerida para su aprobación, la Directiva deja a elección de los Estados miembro la determinación de este extremo, si bien establece una regla mínima a fin de salvaguardar los intereses de los socios.

(iii) En la tercera fase, una vez aprobado el proyecto de transformación transfronteriza por la junta general de socios, la autoridad del Estado miembro de origen expedirá un certificado previo a la operación en el que se determine que se han cumplimentado todos los procedimientos y trámites necesarios (art. 86 *quaterdecies*). En el caso de que la autoridad competente determine que no se han cumplimentado

(76) Art. 86 bis, apartado 1 (Directiva 2019/2121).

(77) Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2020), *cit. supra*. n. 4, p. 22.

(78) TORRALBA MENDIOLA, E., «La Directiva 2019/2121 sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (II). La transformación transfronteriza de sociedades», GA_P, 2020, p. 4.

(79) Apdo. 12 (Directiva 2019/2121).

todos los trámites necesarios o que la transformación se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos, no expedirá el certificado e informará a la sociedad de los motivos de su decisión.

(iv) En la cuarta y última fase, verificada la legalidad de la operación desde la óptica del Estado de origen, la transformación es sometida nuevamente a control en destino en lo que atañe a la parte del procedimiento que esté sujeta a su Derecho (art. 86 *sexdecies*). Recibida la documentación y verificada la adecuación al ordenamiento jurídico de destino, la sociedad es inscrita (art. 86 *septdecies*). La escritura otorgada es de transformación, no de constitución, y así se debe reflejar en el asiento registral junto a toda la información relativa a la operación. La Directiva prevé, además, la creación de mecanismos de interconexión registral que faciliten las actuaciones de los registros (art. 86 *septdecies.3*), de forma que inmediatamente tras al registro en destino se cancele el registro en origen. Se entenderá que la transformación ha surtido efecto a partir de la fecha que el Estado miembro de destino determine, siendo dicha fecha necesariamente posterior a la realización de los controles en origen y destino (art. 86 *octodecies*).

2. Mecanismos de protección de intereses de agentes afectados

«Los derechos de las sociedades a realizar transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas deben ir de la mano y estar debidamente equilibrados con la protección de los trabajadores, los acreedores y los socios»⁽⁸⁰⁾. En el contexto de la transformación transfronteriza, más particularmente, reconoce que la ausencia de un marco común daba lugar a una fragmentación legal y a una inseguridad jurídica que se traducían, en definitiva, en la existencia de barreras al ejercicio de la libertad de establecimiento, así como a una protección de los acreedores, socios y trabajadores que distaba de ser óptima⁽⁸¹⁾.

En las siguientes páginas se abordarán los instrumentos de protección de los socios y de los acreedores, dejando fuera del análisis a los trabajadores. Sin embargo, conviene describir dos ideas que resultan fundamentales para entender el contenido de las salvaguardas recogidas en la Directiva:

(i) La Directiva 2019/2121 se configura como una Directiva de mínimos, ya que impone un estándar mínimo de protección en materia de protección de los agentes involucrados en las operaciones transfronterizas, permitiendo a los Estados la imposición de requisitos más gravosos en el acto de transposición o en cualquier otro⁽⁸²⁾. Sin embargo, el concepto de Directiva de mínimos debe ser tomado con cierto cuidado, pues de acuerdo con GARCIMARTÍN, «lo que se le da a una parte suele

(80) Apdo. 4 (Directiva 2019/2121).

(81) Apdo. 5 (Directiva 2019/2121).

(82) LUNAS DÍAZ, M. J. «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4, 1998, pp. 489.

ser a costa de la otra»⁽⁸³⁾. Como hemos visto, los Estados han intentado en múltiples ocasiones proteger los intereses de los agentes afectados por la operación, fallando en la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas⁽⁸⁴⁾. Por lo tanto, a la hora de incrementar el nivel de protección, debe entenderse que las salvaguardas de la Directiva son de mínimos pero también de máximos si no se quiere infringir el principio de proporcionalidad.

(ii) Otra idea que ha jugado un papel central a la hora ajustar las reglas de protección de los grupos afectados por las operaciones transfronterizas es la distinción entre modificación de estructura patrimonial y modificación del estatuto de la sociedad. La transformación transfronteriza solamente implica un cambio de *lex societatis*, mientras que la estructura patrimonial permanece intacta; los socios continúan siendo socios de la sociedad transformada con la misma participación. Por el contrario, la fusión y la escisión conllevan siempre una modificación patrimonial, pero no siempre un cambio de *lex societatis*. La versión final de la Directiva contempla esta doble dimensión, ofreciéndose unas soluciones determinadas para las operaciones que propician un cambio de ley aplicable y otras soluciones distintas para las que generen un cambio en la estructura patrimonial⁽⁸⁵⁾.

2.1. Instrumentos de protección del socio

2.2.1. Instrumentos de protección del socio de carácter general

(i) Adopción del acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero

Uno de los conflictos de agencia que puede darse en el contexto de la transformación transfronteriza es el de los socios *versus* los administradores de la sociedad, que pueden buscar satisfacer sus propios intereses a través de la operación dejando el beneficio de los socios en un segundo plano. Esta contraposición, conocida como la «separación entre propiedad y control» de la sociedad⁽⁸⁶⁾ es resuelta por la Directiva al establecer en el artículo 86 *nonies* que corresponde a la junta general de socios la aprobación del proyecto de transformación transfronteriza. Al tratarse de una modificación estructural que afecta de forma directa al contrato social, es lógico que la decisión quede en manos de los socios de la sociedad, sin perjuicio de la iniciativa de los administradores y su papel central en la elaboración del proyecto de transformación⁽⁸⁷⁾.

(83) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(84) Vid. FILLERS, A. (2020), *cit. supra*. n. 59, p. 575.

(85) Protección que se materializa en el derecho de los socios que no tenían o no ejercieron el derecho a enajenar sus acciones o participaciones a impugnar la relación de canje recogida en el proyecto de fusión (art. 126 bis) o escisión transfronteriza (art. 160 decies).

(86) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2002), *cit. supra*. n. 33, p. 163.

(87) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

En el caso particular del ordenamiento español, esta salvaguarda la encontramos reflejada en los artículos 160 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC, en adelante) y 97 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME, en adelante): el primero atribuye competencia a la junta de socios para deliberar y acordar el traslado; el segundo exige la aprobación de la junta de socios cumpliendo «*con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada*»⁽⁸⁸⁾.

La determinación de la mayoría necesaria para aprobar la operación es remitida a los ordenamientos internos, si bien se requiere, como mínimo, «*una mayoría no inferior a dos tercios, pero no superior al 90% de los votos asociados a las acciones o participaciones o al capital suscrito representado en la junta general*»⁽⁸⁹⁾. Añade el precepto que «*en cualquier caso, el umbral de votación no será superior al previsto en el Derecho nacional para la aprobación de las fusiones transfronterizas*»⁽⁹⁰⁾, cuya justificación se encuentra en que, de ser este umbral superior al requerido para la fusión, se produciría un cierto arbitraje entre ambas figuras ya que, a efectos prácticos, una transformación transfronteriza se puede efectuar mediante el establecimiento de una filial en el Estado de destino y una posterior fusión inversa⁽⁹¹⁾.

(ii) *El doble control de la legalidad de la operación*

El doble control llevado a cabo en el Estado de origen y, posteriormente, en el Estado de destino, asegura que la operación se haya realizado respetando las previsiones legales de cada Estado. Ambos controles son requisitos *sine qua non* para la validez y registro de la transformación. Debe mencionarse, además, que la función de control llevada a cabo en el Estado de origen va más allá de la mera comprobación de que la operación es acorde a su legislación, pues deberá también comprobar que no se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos.

En el sistema español, la certificación previa a la operación de traslado de domicilio social se encuentra regulada en el artículo 101 de la LME, disponiéndose que «*a la vista de los datos obrantes en el Registro Mercantil y en la escritura pública de traslado presentada, el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado*»⁽⁹²⁾.

(88) Art. 97 (LME); Art. 160 g) (LSC).

(89) Art. 86 *nonies*, apdo. 3 (Directiva 2019/2121).

(90) *Ídem*.

(91) Esta posibilidad se materializó a través de la STJCE 13 diciembre 2005, Asunto C411/03, *Sevic Systems Ag*, que hizo posible la transferencia de la sede social a través de una especie de «rodeo», estableciendo una filial en el Estado de destino y una subsiguiente fusión. *Vid.* FILLERS, A. (2020), *cit. supra*. n. 59, p. 584.

(92) Art. 101 (LME).

(iii) *Tutela de los intereses del socio por medio de la necesaria información previa a la ejecución de la operación*

Este derecho se satisface con la elaboración, en la fase preparatoria, del proyecto de transformación transfronteriza, del informe del órgano de administración y del informe pericial independiente⁽⁹³⁾. En primer lugar, como adelantábamos en la exposición del esquema procedimental, la transformación transfronteriza debe ir precedida de la redacción del proyecto de transformación transfronteriza elaborado por el órgano de administración de la sociedad. La Directiva establece el contenido mínimo que debe contener dicho documento a fin de que los socios conozcan las consecuencias de la operación con anterioridad a su aprobación. Se debe incluir, por ejemplo, información relativa a la forma social del Estado de origen –la actual– y la forma social a la que se pretende convertir en destino⁽⁹⁴⁾. También se recoge una serie de previsiones relacionadas con la protección particular del socio minoritario.

En segundo lugar, el informe del órgano de administración o dirección también cumple funciones informativas, ya que debe incluir una sección destinada exclusivamente a los socios, donde se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos de la operación y en particular «*las consecuencias de la transformación transfronteriza para la actividad empresarial futura de la sociedad*»⁽⁹⁵⁾. Dicha sección también debe explicar la compensación en efectivo y el método empleado para determinarla, así como las consecuencias de la transformación para los socios y las vías de recurso disponibles tanto para el ejercicio del derecho de separación como para la reclamación de la compensación en efectivo complementaria. Este informe debe ser puesto a disposición de los socios como mínimo seis semanas ante de la celebración de la junta general en la que, en su caso, se apruebe la operación, pudiéndose omitir su elaboración cuando así lo decidan todos los socios de la sociedad –a través de un acuerdo de junta general, se entiende–.

En España, la regulación del informe de los administradores puede encontrarse en el artículo 96 de la LME, donde se establece que los administradores de la sociedad, en el contexto de un traslado de domicilio social al extranjero, están obligados a elaborar un informe «*explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores*»⁽⁹⁶⁾.

En tercer lugar, prevé la Directiva la elaboración de un informe pericial destinado a los socios que examine el proyecto de transformación transfronteriza. Una de las funciones de este dictamen es el examen de la adecuación de la compensación en efectivo ofrecida a los socios que se separan de la sociedad, teniendo en cuenta «*todo precio de mercado de las acciones o participaciones en la sociedad antes del anuncio de la propuesta de transformación o el valor de la sociedad sin considerar*

(93) PALÁ LAGUNA, R., «La Directiva 2019/2121 sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (III). La protección de los socios», *GA_P*, 2020, p. 4.

(94) Art. 86 *quinquies* (Directiva 2019/2121).

(95) Art. 86 *sexies*, apdo. 1, párrafo segundo (Directiva 2019/2121).

(96) Art. 96 (LME).

el efecto de la transformación propuesta»⁽⁹⁷⁾ y recogiendo, al menos, indicaciones sobre los métodos empleados para determinar dicha compensación y su idoneidad, entre otros. El perito estará facultado para obtener de la sociedad toda la información necesaria para cumplir con su labor y, al igual que ocurre con el informe del órgano de dirección, se puede eludir la elaboración del informe cuando así lo hayan acordado todos los socios de la sociedad.

2.1.2. Instrumentos de protección específicos del socio minoritario

Los socios minoritarios que hayan votado sin éxito en contra de la modificación estructural verán como el régimen legal aplicable al contrato de sociedad cambia en contra de su voluntad⁽⁹⁸⁾. Este cambio puede implicar el menoscabo de sus intereses si la sociedad se traslada a un Estado en el que las reglas de voto, las mayorías, las previsiones del derechos de información y responsabilidad (entre otras) resultan menos garantistas que en origen; ello sumado al consecuente cambio de la competencia judicial, pasando a ser los tribunales del Estado de destino los competentes de conocer de las acciones de impugnación de acuerdos sociales⁽⁹⁹⁾.

A su vez, puede darse el caso de que la transformación sea ineficiente o redistributiva, escenario bajo el que el conjunto de los socios sale perdiendo tras la modificación pero no todos por igual. Cabe la posibilidad de que ciertos socios –los dominantes– ganen con el cambio a costa de las pérdidas que van a padecer los demás, alterando los derechos y obligaciones que rigen el contrato de sociedad a favor de unos y en perjuicio de otros. Este riesgo se conoce como riesgo de expropiación y afecta típicamente a las «minorías» de la sociedad⁽¹⁰⁰⁾.

La Directiva soluciona todas estas cuestiones permitiendo que los socios minoritarios que hayan votado en contra de la operación «*tengan derecho a enajenar sus acciones o participaciones, a cambio de una compensación en efectivo adecuada*»⁽¹⁰¹⁾. Los Estados miembros son libres de «*hacer extensivo ese derecho también a otros socios, por ejemplo a socios titulares de acciones o participaciones sin derecho de voto*»⁽¹⁰²⁾, quedando a su discreción en transposición.

Para evitar que el ejercicio del derecho de separación perjudique al cálculo de los costes derivados de la operación, la Directiva reconoce a los Estados la facultad de exigir «*que se demuestre adecuadamente, a más tardar en la junta general, la oposición expresa al proyecto de transformación transfronteriza o la intención de los socios de ejercer el derecho a enajenar sus acciones o participaciones, o ambas*»⁽¹⁰³⁾,

(97) Art. 86 septies, apdo. 1 (Directiva 2019/2121).

(98) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(99) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(100) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2002), *cit. supra*. n. 33, p. 148.

(101) Art. 86 decies, apdo. 1, párrafo 1 (Directiva 2019/2121).

(102) Apdo. 18 (Directiva 2019/2121).

(103) Art. 86 decies, apdo. 1, párrafo 3 (Directiva 2019/2121).

permitiendo, asimismo, que la constancia de dicha oposición se considere como prueba de voto en contrario.

El plazo de ejercicio del derecho de separación debe ser establecido por los Estados, no pudiendo superarse un mes desde la aprobación del proyecto de transformación. Asimismo, queda también en manos de los Estados miembros el plazo en el que haya de abonarse la compensación en efectivo indicada en el proyecto de transformación transfronteriza, no pudiendo expirar dicho plazo más allá de dos meses desde que la transformación transfronteriza es efectiva.

¿Qué ocurre si los socios consideran que la compensación ofrecida en el proyecto de transformación transfronteriza no se ha fijado adecuadamente? En caso de que efectivamente se aprecie que la compensación es inadecuada, el socio disconforme disfrutará de una compensación en efectivo complementaria, pudiendo extenderse la resolución de la autoridad competente al resto de socios que ejerzan el derecho de separación o que hayan manifestado la intención de ejercerlo. Téngase en cuenta que la compensación en efectivo recogida en el proyecto de transformación habría sido valorada previamente en la fase preparatoria por un perito independiente.

En España, la regulación de esta institución en el contexto del traslado transfronterizo del domicilio social se encuentra reconocida en el artículo 99 de la LME, estableciéndose que «*los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad [...]*». No obstante, en lo que respecta al ejercicio de dicha facultad, la Ley remite a la LSC que, a su vez, en el artículo 346.3 vuelve a remitir a la LME. Además, el derecho de separación del socio, tal y como es regulado en el sistema jurídico español, difiere del previsto en la Directiva en que la compensación ofrecida al socio que decide separarse está fijada desde un primer momento en el proyecto de transformación transfronteriza (en contraste con el sistema español en el que la junta de la sociedad adopta el acuerdo social de transformación y el socio ejercita su derecho sin conocer el importe que recibirá)⁽¹⁰⁴⁾.

2.2. Instrumentos de protección de los acreedores

«*Existe el riesgo de que la transformación afecte negativamente a los intereses de los acreedores actuales. En particular, podría ser que a partir de ahora la sociedad estuviera sujeta a unas normas menos estrictas en cuanto a la protección del capital y la responsabilidad. En vista de ello, no sería censurable que dichos acreedores pudieran exigir garantías adecuadas si pudiesen demostrar que la transformación compromete la satisfacción de sus créditos ya existentes*»⁽¹⁰⁵⁾.

(104) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una propuesta de reforma legislativa sobre la pérdida del status socii en la separación y exclusión». *La Ley mercantil*, n. 75 (diciembre), 2020, pp. 2-3.

(105) *Vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott, cit. supra. n. 60, apdo. 60.

En *Polbud*, concretamente, el TJUE reconoció algunos posibles mecanismos a los que pueden recurrir los Estados a fin de salvaguardar los intereses de los acreedores, y en particular mencionó «*la constitución de garantías bancarias o de otras garantías equivalentes*»⁽¹⁰⁶⁾. Otro de los cambios a los que se enfrentan los acreedores de la sociedad que se transforma es el cambio del foro, modificándose los criterios que determinan la competencia general de los tribunales para conocer de las acciones judiciales en reclamación del pago de sus derechos de crédito⁽¹⁰⁷⁾. Esto implica que, salvo que concurra algún otro criterio de conexión con el Estado de origen, los acreedores ya no podrán demandar a la sociedad en origen, sino que deberán acudir a los tribunales del Estado de destino⁽¹⁰⁸⁾. Por último, el traslado también puede tener consecuencias a efectos concursales, cambiando el régimen aplicable en perjuicio de los acreedores⁽¹⁰⁹⁾.

En la práctica, algunos ordenamientos disponen de derechos de veto que paralizan la operación transfronteriza hasta que se garanticen los créditos, mientras que otros se limitan a simplemente reconocer un derecho a obtener garantías condicionado a la existencia de un peligro real del cobro. Esta multiplicidad de regulaciones generaba, en el fondo, una desprotección de los acreedores, especialmente de aquellos que no disponen de la información o asesoramiento adecuados para identificar la *lex societatis* aplicable a su deudor⁽¹¹⁰⁾.

El legislador introduce en el articulado de la Directiva tres mecanismos a través de los cuales armonizar las reglas de protección de los acreedores y salvaguardar sus intereses. Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis, conviene realizar una matización: la Directiva protege los intereses de los «acreedores actuales». Se presupone que los acreedores que, tras haberse publicado el proyecto de transformación, celebran con la sociedad actos jurídicos de los que se deriven derechos de cobro ya son conocedores de la situación y, por tanto, podrán actuar en consecuencia y protegerse contractualmente –o simplemente no contratar–. Por su parte, si los créditos ya han vencido, la reclamación de cumplimiento será presentada en origen⁽¹¹¹⁾.

(i) *El sistema adecuado de protección de intereses de los acreedores*

La primera de las salvaguardas, de carácter obligatorio, se formula en los siguientes términos: «*los Estados miembros establecerán un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación transfronteriza y aún no hayan*

(106) STJUE 25 octubre 2017, Asunto C-106/16, *Polbud*, FJ 58.

(107) MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La Directiva 2019/2121 sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (IV). La protección de los acreedores», *GA_P*, 2020, p. 1.

(108) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*, n. 71.

(109) *Ídem*.

(110) Vid. MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2020), *cit. supra*, n. 202, p. 2.

(111) Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*, n. 71.

vencido en el momento de dicha publicación»⁽¹¹²⁾. Dichas garantías deben figurar en el proyecto de transformación transfronteriza⁽¹¹³⁾.

¿Qué ocurriría si los acreedores consideran que las garantías ofrecidas no son suficientes para asegurar la protección de sus créditos no vencidos? El acreedor que objetivamente considere que su crédito no está suficientemente protegido por las garantías que la sociedad ha ofrecido y demuestre que su derecho cobro está en peligro dispone de la posibilidad de, dentro de los tres meses a contar desde la publicación del proyecto, solicitar que se le otorguen las garantías que, al caso, se consideren adecuadas. Debe existir, no obstante, una relación de causalidad entre el peligro de su crédito y la operación de transformación, y, además, que la sociedad no le haya ofrecido garantías adecuadas para la protección del mismo; ambos extremos a probar por el acreedor. En la práctica, resulta dudoso que, en el contexto de una transformación transfronteriza, el acreedor sea capaz de demostrar que su crédito, efectivamente, se encuentra en peligro; sobre todo cuando dicha operación, como hemos visto, no comporta cambios en la estructura patrimonial de la sociedad.

Esta regulación contrasta con el derecho de oposición tal y como es reconocido en nuestro Derecho nacional, donde los acreedores de créditos no vencidos sí pueden oponerse a la operación, que no tendrá lugar hasta que se les garanticen adecuadamente. La LME, en lo que respecta al traslado internacional del domicilio social, recoge en su artículo 100 el derecho de oposición de los acreedores cuyos créditos no vencidos no están garantizados, quedando la operación de transformación paralizada hasta que efectivamente se aseguren los derechos de cobro. Para el régimen del ejercicio de dicha facultad, la norma remite al artículo 44 de la LME, relativo a las fusiones.

(ii) *La declaración de solvencia*

La segunda garantía hace referencia a la posibilidad de los Estados miembros de exigir que el órgano de administración o de dirección de la sociedad expida una declaración que refleje con exactitud la situación financiera actual de la misma en una fecha no anterior a un mes antes de la publicación de dicha declaración. Se trata, por tanto, de una salvaguarda facultativa a publicar junto con el proyecto de transformación transfronteriza⁽¹¹⁴⁾. Con respecto al contenido, en la declaración debe constar que dicho órgano «no conoce ningún motivo por el que la sociedad, después de que la transformación surta efecto, no pueda responder de sus obligaciones al vencimiento»⁽¹¹⁵⁾.

La Directiva, sin embargo, no entra a regular en mayor profundidad la cuestión de la declaración de solvencia, reconociendo que «dado que las tradiciones jurídicas varían entre los Estados miembros en lo que respecta al uso de las declaraciones de solvencia y sus posibles consecuencias, debe corresponder a los Estados miembros

(112) Art. 86 *undecies*, apdo. 1 (Directiva 2019/2121).

(113) Art. 86 quinquies f) (Directiva 2019/2121).

(114) Art. 86 *undecies*, apdo. 2 (Directiva 2019/2121).

(115) *Ídem*.

determinar las consecuencias apropiadas de prestar declaraciones falsas o engañosas»⁽¹¹⁶⁾. Por lo tanto, se remite a los órganos legislativos de cada Estado miembro para el ulterior desarrollo la cuestión.

(iii) *Prórroga del foro interno*

La tercera y última garantía recogida en la Directiva ataja el riesgo procesal al que se enfrentan los acreedores en el marco de una transformación transfronteriza: el cambio de competencia general de los tribunales⁽¹¹⁷⁾. En este sentido, la Directiva otorga una prórroga del foro general a aquellos acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación transfronteriza durante un periodo de dos años desde que tiene lugar la operación⁽¹¹⁸⁾. De esta forma, se persigue reducir el riesgo de conductas oportunistas por parte del deudor que, trasladándose al extranjero, incrementa el coste procesal de sus demandantes⁽¹¹⁹⁾.

Esta garantía deberá articularse, por tanto, con el resto de normas de Derecho internacional privado existentes en materia de competencia judicial internacional previstas por el Reglamento (UE) 1215/2012⁽¹²⁰⁾ conocido como Bruselas I bis; ello sin perjudicar la aplicación de acuerdos de jurisdicción exclusiva o cláusulas arbitrales⁽¹²¹⁾.

3. Consideraciones de transposición

En España, la transformación transfronteriza está regulada en la LME bajo la denominación de traslado internacional de domicilio social. No obstante, la denominación de «traslado internacional de domicilio social» no expresa bien la naturaleza de la operación⁽¹²²⁾. En congruencia con la terminología utilizada por el TJUE, cuando una sociedad traslada su domicilio social al extranjero –pasando a estar sujeta a la legislación del Estado miembro de destino y conservando su personalidad jurídica– nos encontramos ante una «transformación transfronteriza» propiamente dicha.

En relación a la competencia judicial internacional, dichas exigencias podrían recogerse en diversos instrumentos a nivel nacional: bien en la LME, junto con el resto de artículos relativos al traslado de domicilio social; bien en una ley específica aprobada particularmente para la transposición de la Directiva; o bien en la LOPJ,

(116) Apdo. 25 (Directiva 2019/2121).

(117) *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(118) Art. 86 *undecies*, apdo. 4 (Directiva 2019/2121).

(119) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(120) Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. OJ L 351, 20.12.2012, pp. 1-32.

(121) *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2019), *cit. supra*. n. 71.

(122) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud», *Almacén de Derecho*, 2017.

ya que es en esta última donde se regula la cuestión de la competencia judicial internacional de origen interno. No obstante, deberá tenerse en cuenta que esta regulación tiene preferencia sobre el Reglamento recién mencionado por ser fruto de armonización europea⁽¹²³⁾.

Por último, la Directiva reconoce a los socios minoritarios disidentes el derecho «*a enajenar sus acciones o participaciones, a cambio de una compensación en efectivo adecuada*»⁽¹²⁴⁾. Lo que en nuestro ordenamiento se denomina «derecho de separación» deberá ser reformulado para adaptarse a las exigencias de la norma de Derecho derivado. En particular, vimos como una de las principales diferencias entre ambas instituciones era la obligación de contemplar desde una fase inicial la compensación en efectivo para el caso de que el socio decida, efectivamente, separarse de la sociedad que se transforma. La necesidad de transposición puede ser el pretexto para perfeccionar la vigente remisión circular en lo que respecta al ejercicio del derecho de separación⁽¹²⁵⁾.

A su vez, la transposición puede aprovecharse para dar respuesta a una de las actuales cuestiones de Derecho societario nacional en lo que respecta a la pérdida del *status socii* en el contexto de la separación y exclusión. Esta laguna legal, que nada prevé en relación al momento preciso en que se pierde la condición de socio, ha propiciado múltiples controversias internas y una doctrina dividida⁽¹²⁶⁾. El problema radica en la apreciación de la cuestión bien desde la óptica de la tesis de la declaración de voluntad –el socio pierde su condición desde que notifica su intención de desvincularse de la sociedad–, bien desde la tesis del reembolso –la ruptura del vínculo con la sociedad ocurre tras el pago o reembolso de la cuota correspondiente al socio que ejerce su derecho de separación, siendo la notificación de tal intención un mero presupuesto–.

(123) Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2020), *cit. supra*. n. 4, p. 25.

(124) Art. 86 *decies* (Directiva 2019/2121).

(125) Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2020) *cit. supra*. n. 105, p. 2.

(126) Ídem, pp. 4-7.

LA CADUCIDAD DE LA MARCA POR VULGARIZACIÓN

BRAND EXPIRATION DUE TO VULGARIZATION

CARMEN ROIZ LÓPEZ-CANCIO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CUESTIONES PREVIAS.
 - 1. **Concepto y funciones de la marca.**
 - 2. **Condiciones de la marca.**
 - 2.1 Prohibiciones absolutas.
 - 2.2 Prohibiciones relativas.
 - 2.3 Solicitud y procedimiento de registro de la marca.
- III. VÍAS DE EXTINCIÓN DE LA MARCA.
 - 1. **La nulidad.**
 - 2. **La caducidad.**
- IV. LA CADUCIDAD POR VULGARIZACIÓN.
 - 1. **Consideraciones previas.**
 - 2. **Requisitos.**
 - 2.1. Sistema mixto vs sistema objetivo.
 - 2.2. Requisito objetivo.
 - 2.3. Requisito subjetivo.
 - 3. **Actuaciones del titular para proteger su marca frente al efecto de la vulgarización.**
 - 3.1. Frente a la actividad vulgarizadora del titular.
 - 3.2. Frente a la inactividad del titular.
- V. CONCLUSIONES.

Resumen: La vulgarización de la marca es un fenómeno mucho más común de lo que parece y que responde a la pérdida de carácter distintivo de un signo, función esencial de toda marca y que permite indicar el origen de los productos o servicios, convirtiéndose éste por tanto en la denominación usual de un género de productos o servicios para los que ha sido registrado.

No obstante, la vulgarización no responde a un mero uso social, sino que también cuenta con un fundamento jurídico, en concreto en el art. 54.1.b) LM, y unos efectos legales, siendo estos la caducidad de la marca y la cancelación de su registro. El presente trabajo se centra en el análisis de los requisitos que el ordenamiento español exige para estar ante un caso de caducidad por vulgarización y cuál es la opinión de los tribunales al respecto, señalando también posibles vías de actuación del titular de la marca para tratar de evitar que el proceso se cristalice.

Abstract: Vulgarization of a trademark is a much more usual phenomenon than it seems to be, finding its explanation on the loss of distinctiveness of the trademark, which is the essential aspect of every trademark as it allows people to know the origin of the products or services they acquire, and instead becoming the common name to a genre of products or services for which it was registered.

Nevertheless, vulgarization not only has a social aspect to it, but also finds a legal basis in article 54.1.b) of the Spanish Trademark Law, as well as some legal side effects, them being the expiration of the trademark and the cancellation of its registration. This piece of work focuses on the analysis of the requirements the Spanish law system sees as necessary in order to talk about expiration of a trademark due to vulgarization, as well as what is the opinion of the courts regarding this issue, and finally pointing out possible things the owner of the trademark can do in order to prevent the crystallization of the process.

Palabras clave: Marca, caducidad de la marca, vulgarización.

Keywords: Trademark, trademark expiration, vulgarization.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la vulgarización, aunque desconocido para una gran mayoría de la población, resulta en realidad algo que realizamos de manera cotidiana sin ser conscientes de ello, como llamar «Tupper» a la fiambarrera, o «Rimmel» a la máscara de pestañas.

De ese modo, la vulgarización de la marca puede definirse como el proceso en virtud del cual una marca pierde su carácter distintivo⁽¹⁾ y pasa a convertirse en la denominación usual empleada, bien de manera coloquial o especializada, para identificar un género o clase de productos o servicios.

La vulgarización del signo puede tener lugar *ab initio* o de forma sobrevenida en un momento posterior, incurriendo respectivamente en una causa de nulidad o caducidad de la marca. El presente trabajo se centra en el estudio de la segunda, que actualmente encuentra su respaldo normativo en el art. 54.1.b) LM⁽²⁾. Este fenó-

(1) Pues la capacidad distintiva de un signo es una cualidad fáctica y, por consiguiente, dinámica.

(2) «Se declarará la caducidad de la marca mediante solicitud presentada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas o mediante una demanda de reconversión en una acción por violación de marca: [...] b)

meno se configura en el derecho español como un sistema mixto que requiere de la concurrencia de un doble requisito objetivo y subjetivo, lo que explica la diferencia entre una marca en riesgo de vulgarización (como «Típlex») de una ya vulgarizada (como los yogures «Bio» de Danone).

En el presente trabajo se procederá a analizar cómo funciona dicho sistema, así como cuál es la opinión que le merece tanto a los tribunales comunitarios como a los españoles dicho fenómeno, lo que permite sugerir de una manera más precisa posibles líneas de actuación a seguir por el titular de una marca en riesgo de vulgarización en aras de evitar que dicho proceso cristalice. No obstante, para ello será necesario previamente delimitar el concepto de marca, qué condiciones ha de tener y cómo funcionan las vías de extinción (nulidad y caducidad) que contempla la LM.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. Concepto y funciones de la marca

Una primera definición de marca la encontramos en el artículo 4.1 LM⁽³⁾, la cual bebe directamente de lo establecido en la legislación europea al respecto; en concreto, la más reciente Directiva 2015/2436 señala en su artículo tercero cuáles son los signos susceptibles de constituir una marca, con una redacción muy semejante a la del mencionado art. 4.1 LM.

La doctrina, por su parte, la define como un bien inmaterial constituido por la asociación mental del signo que la constituye con el producto o servicio sobre el que recae, y en virtud de la cual dichos productos o servicios se distinguen de aquellos que son idénticos o similares⁽⁴⁾.

Todas ellas permiten la formación de una primera idea de lo que es una marca y sirven de base para mencionar cuáles son sus funciones:

En primer lugar, la función principal, así como la más relevante a efectos del presente trabajo, es la función distintiva⁽⁵⁾. La marca es ante todo un signo que pretende

Cuando en el comercio se hubiera convertido, por la actividad o inactividad de su titular, en la designación usual de un producto o de un servicio para el que esté registrada».

(3) «Podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para: a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y b) ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular».

(4) FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 27.

(5) En este sentido la jurisprudencia europea en la STJUE de 29 de abril de 2004, Asunto C-371/02, recoge en su Considerando 20 que «La función esencial de la marca es garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o del servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia».

distinguir los productos o servicios de una determinada empresa de aquellos ofrecidos en el mercado por otras empresas y que sean iguales o similares⁽⁶⁾, lo que explica que no pueda ser marca un signo que carezca de fuerza o capacidad distintiva en el momento de su registro, o que la pierda de forma sobrevenida en un momento posterior⁽⁷⁾.

Junto a esta función principal, la marca cuenta con otras funciones como la publicitaria, favoreciendo la colocación y la promoción del producto o servicio marcado en el mercado⁽⁸⁾, y que está estrechamente relacionada con una tercera función de las marcas, la función condensadora del eventual *goodwill* (o buena fama): si el producto o servicio marcado adquiere prestigio, lo más razonable es pensar que los consumidores lo adquirirán o contratarán reiteradamente⁽⁹⁾. Finalmente, la marca también puede ser indicativa del nivel de calidad de los productos o servicios marcados, incentivando de esa manera a los fabricantes para que mejoren la calidad de estos⁽¹⁰⁾.

2. Condiciones de la marca

Para que un signo pueda ser constitutivo de marca, es necesario que ésta reúna 3 requisitos o condiciones: licitud (por ejemplo, que no sea contrario a la Ley o el orden público, o que no resulte engañoso), distintividad (en cuanto esta supone la condición esencial de toda marca) y disponibilidad (esto es, que el signo no haya sido otorgado con anterioridad a otro competidor)⁽¹¹⁾.

La no concurrencia de alguna de estas condiciones impide al signo en cuestión el acceso al Registro de Marcas por incurrir en alguna de las prohibiciones absolutas (por falta de licitud o distintividad) o relativas (en caso de carecer de disponibilidad) recogidas en los arts. 5 y ss. LM.

2.1. Prohibiciones absolutas

Las prohibiciones absolutas son aquellas que impiden al signo alcanzar el carácter de marca al no coincidir con la definición legal de la misma ex art. 4 LM⁽¹²⁾, y tienen

(6) LLOBREGAT HURTADO, M. L., *Temas de Propiedad Industrial*, La Ley, Madrid, 2002, p. 48.

(7) Incurriendo el signo respectivamente en un supuesto de nulidad (en caso de ser ab initio, tal y como señala el art. 5.1.b) LM), o de caducidad (por vulgarización, ex. art. 54.1.b LM). En este sentido se pronuncian también ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ E. J., «El nuevo derecho de marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre)», *Anales de Derecho*, núm. 20, 2002, p. 169.

(8) *Ibidem*, pp. 169 y 170.

(9) FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, pp. 76-78. Igualmente, LLOBREGAT HURTADO, *Temas de Propiedad Industrial*, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

(10) LLOBREGAT HURTADO, *Temas de Propiedad Industrial*, *op. cit.*, p. 49.

(11) ALONSO ESPINOSA y LÁZARO SÁNCHEZ, «El nuevo derecho de marcas...», *op. cit.*, pp. 178 y 179.

(12) *Ibidem*, p. 180.

como objetivo la protección del signo en sí mismo, buscando que este cumpla con las funciones propias de la marca como signo distintivo⁽¹³⁾. Se encuentran recogidas en el art. 5.1 LM, y revisten de especial importancia para este trabajo, pues entre ellas se encuentra la prohibición de registrar signos vulgarizados.

Esta prohibición viene recogida en el art. 5.1.d) LM, que define los signos vulgarizados o habituales como «aquellos signos compuestos exclusivamente por indicaciones que sean o se hayan convertido en habituales para designar los productos o servicios en el lenguaje común y/o las costumbres leales y constantes del comercio». Algunos de los ejemplos más conocidos a nivel nacional son los «ganchitos», los productos «bio» o el «aftersun»⁽¹⁴⁾.

El estudio del precepto permite diversas interpretaciones sobre el mismo⁽¹⁵⁾, abogando la jurisprudencia por una de carácter restrictivo, esto es, que dicha prohibición solo se aplicaría a los signos inicialmente distintivos que posteriormente se hubieran transformado en habituales. Así por ejemplo en el asunto *Pinganillo* el TS desestimó la acción de nulidad interpuesta contra la demandada sosteniendo que, aunque el uso del término «pinganillo» pudiera haberse generalizado después de su registro, no estaba probado que ya lo fuera en el momento de registrar la marca⁽¹⁶⁾.

2.2. Prohibiciones relativas

Las prohibiciones relativas pueden definirse como aquellas que afectan a signos que podrían por sí mismos ser objeto de registro, pero que sin embargo colisionan con derechos anteriores, impidiendo por consiguiente su inscripción⁽¹⁷⁾. Vienen recogidas en los arts. 6 a 10 LM, siendo algunas de ellas por ejemplo la prohibición relacionada con el riesgo de confusión o la prohibición de marca renombrada.

Se diferencian de las prohibiciones absolutas en dos aspectos básicos: en primer lugar, las prohibiciones absolutas responden a intereses de orden público, mientras que las relativas lo hacen a intereses de particulares. Por ello, las prohibiciones absolutas son examinadas de oficio por las respectivas oficinas, mientras que las relativas

(13) OEPM, «Guía de examen de prohibiciones relativas de registro», Diciembre 2020, https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/PDF/Prohibiciones_relativas_signos.pdf, p. 1.

(14) Todos estos ejemplos serán estudiados más en profundidad en el capítulo 3 de este trabajo.

(15) Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, op. cit., pp. 200 y 201.

(16) STS 57/2015, de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2015:682 (FJ 8.º). El litigio versó entre el titular de la marca española «pinganillo», número 2 579 589, el cual demandó al titular de varios nombres de dominio, como «epinganillo.com», «epinganillo.net» y «epinganillo.es», ejercitando entre otras la acción de nulidad por considerar que los signos incurrieran en una prohibición absoluta del art. 5.1.d). Para mayor abundamiento, véase MORRAL SOLDEVILLA, R., «La determinación del momento de la vulgarización de la marca. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 24 de febrero de 2015», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 298/2015, 2015.

(17) OEPM, «Guía de examen de prohibiciones...», op. cit., p. 1.

solamente se pueden hacer valer a través del ejercicio de las oportunas oposiciones por parte de los titulares afectados⁽¹⁸⁾.

2.3. *Solicitud y procedimiento de registro de la marca*

Estas prohibiciones absolutas y relativas tienen una importancia relevante a efectos de permitir el registro de la marca, razón por la cual la ley dedica el siguiente Título⁽¹⁹⁾ a señalar las nociones principales respecto a su solicitud y procedimiento.

Sin ánimo de resultar muy exhaustivos, sí procede mencionar que, si una vez presentada la solicitud el signo supera satisfactoriamente todos los trámites que exigen los arts. 11 a 18, la OEPM llevará a cabo el examen de fondo de la solicitud del art. 20, verificando que el signo que se pretende registrar no incurre en alguna de las prohibiciones absolutas del art. 5 (entre las que recordemos se encuentra la prohibición del art. 5.1.d) por falta de capacidad distintiva de los signos vulgarizados) o en la prohibición relativa del art. 9.1.b)⁽²⁰⁾. Sólo una vez que el signo haya pasado este examen de fondo satisfactoriamente podrá entonces la OEPM acordar la concesión del registro de la marca ex. art. 22.

III. VÍAS DE EXTINCIÓN DE LA MARCA

1. La nulidad

La marca, al igual que el resto de los derechos de propiedad, es temporal y puede extinguirse por diversas causas. La primera vía para ello es la nulidad, que puede definirse como una vía de extinción *ab initio*, en virtud de la cual la marca se tiene como si nunca hubiese existido⁽²¹⁾. Esto encuentra su explicación en que no debería haberse concedido el registro desde un primer momento por incurrir el signo en alguna de las prohibiciones absolutas o relativas de los arts. 5 y ss. LM, distinguiendo en ese caso la ley entre nulidad absoluta y nulidad relativa.

A efectos de este trabajo, las causas más relevantes resultan las de nulidad absoluta, recogidas en el art. 51, y que se basan en dos motivos básicos: por un lado, que la marca haya sido registrada adoleciendo de alguna o algunas de las prohibiciones

(18) LLOBREGAT HURTADO, *Temas de Propiedad Industrial, op. cit.*, p. 81.

(19) Título III, arts. 11 y ss. LM.

(20) Art. 9.1: «Sin la debida autorización, no podrá registrarse como marca [...] b) el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante». Por ejemplo, no puede solicitarse el signo «Cristiano Ronaldo» para una marca de ropa deportiva.

(21) OEPM, «¿Qué son la caducidad y la nulidad de los derechos de propiedad industrial?», https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/preguntas_frecuentes/FaqCuestiones48.html?modalidadFaq=noSel (consultado el 2 de abril de 2021).

absolutas del art. 5⁽²²⁾; por el otro, que se haya solicitado de mala fe. No obstante, cabe la posibilidad de que alguna de las causas de nulidad se subsane en caso de que los signos hayan adquirido la distintividad sobrevenida o *secondary meaning*, tal y como se señala en el segundo apartado del artículo⁽²³⁾.

2. La caducidad

La caducidad constituye la otra vía principal de extinción del derecho de marca, y viene regulada en los arts. 54 y ss. LM. Puede responder a diversas causas recogidas por la ley, siendo una de ellas, la caducidad por vulgarización, el objeto central de estudio de este trabajo.

La principal diferencia entre nulidad y caducidad es que, mientras que la nulidad conforma una vía de extinción originaria de la marca, la caducidad hace lo propio de forma sobrevenida. Esto es, a través de la caducidad se produce la extinción de la marca durante la vida de ésta, y no al inicio en el momento en el que se pretende su registro. El signo es inscrito cumpliendo con todas las condiciones necesarias y no incurriendo en ninguna prohibición. Sin embargo, al cabo de un tiempo, se produce un hecho que impide que la marca cumpla la función para la que fue registrada. Es entonces cuando, bien los tribunales, bien la OEPM de oficio, declaran la caducidad del signo, tal y como se señala al inicio del art. 54.1 LM.

Asimismo, la distinción entre nulidad y caducidad es puesta de manifiesto especialmente en el art. 60 cuando hace mención a los efectos de una y otra: una vez declarada la caducidad, se cancela el registro de la marca y se considera que no ha tenido efectos desde la fecha de la solicitud de caducidad o de la demanda reconvenicional. Por el contrario, la marca declarada nula se considerará que no ha producido los efectos propios de la marca desde el inicio, es decir, produce efectos *ex tunc*.

No obstante, de lo dispuesto en la LM se desprenden también una serie de elementos comunes entre ambas figuras: por un lado, tanto la acción de nulidad absoluta como la acción de caducidad puede ser interpuesta por cualquier persona u organismo que ostente un interés legítimo y capacidad procesal (salvo dos supuestos donde la OEPM puede declarar la caducidad de oficio), tal y como recoge el art. 58. Además, dicha solicitud se presentará, tal y como ocurría con la nulidad, ante la OEPM o ante los Tribunales ordinarios a través de una demanda reconvenicional en una acción por violación de marca ex. art. 54. Finalmente, y de manera análoga al art. 51.4 en relación a la nulidad, el apartado segundo del artículo señala la posibilidad

(22) Entre las que se encuentra la prohibición del art. 5.1.d) por falta de capacidad distintiva de los signos vulgarizados.

(23) El *secondary meaning* supone la difusión del signo entre el público de manera que se atribuya al mismo el significado de denotar el origen empresarial de un determinado producto o servicio, creando una especie de blindaje del signo que le impide verse afectado por la nulidad en caso de incurrir en alguna prohibición. Para mayor abundamiento, *vid.* FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, p. 205.

de declarar la caducidad parcial, limitando ésta a los productos o servicios que se vean afectados por la causa de caducidad⁽²⁴⁾.

Por último, respecto a las causas de caducidad que contempla la ley cabe realizar una clasificación entre aquellas que pueden ser declaradas de oficio por la OEPM (por ejemplo, la renuncia a la marca por parte de su titular del art. 54.3.b) y las que han de ser declaradas bien previa solicitud ante la OEPM o demanda reconvencional ante los Tribunales ordinarios en casos de previo ejercicio de acción por violación de marca⁽²⁵⁾. Dentro de estas últimas podemos señalar la falta de uso de la marca del art. 39, la susceptibilidad a error del art. 54.1.c) o la vulgarización de la marca del art. 54.1.b), la cual constituye el objeto de estudio principal de este trabajo y será abordada en profundidad en el siguiente apartado del trabajo.

IV. LA CADUCIDAD POR VULGARIZACIÓN

1. Consideraciones previas

El profesor FERNÁNDEZ NOVOA encuadra la caducidad por vulgarización dentro de la categoría de caducidad basada en las mutaciones experimentadas por la marca, junto a la caducidad por conversión de la marca en un signo engañoso. Esto encuentra su explicación en que la marca es un bien inmaterial jurídicamente protegido en la medida en que crea ciertas asociaciones en la mente de los consumidores de los productos o servicios. Si dichas asociaciones desaparecen, la consecuencia inevitable es que la marca deja de estar jurídicamente protegida⁽²⁶⁾.

En el caso de la vulgarización, esas asociaciones desaparecen debido a que un signo que inicialmente indicaba el origen empresarial del producto o servicio para el que se encontraba registrado adquiere ahora un nuevo significado en la mente de los compradores: la designación de los productos o servicios del mismo género al que pertenece el que inicialmente se pretendía distinguir⁽²⁷⁾. Esto conlleva que el monopolio del que gozaba el titular de la marca carezca de justificación y, por consiguiente, desaparezca, pues la función originaria o esencial de la marca no es otra que la de indicar la procedencia empresarial de los productos o servicios a los que se refiere⁽²⁸⁾.

(24) Por ejemplo, la STS 57/2015, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:682), declaró la caducidad parcial de la marca «pinganillo» al no poder probar el demandado su uso respecto de una parte de los productos para los que estaba registrada.

(25) De acuerdo con la distinción a la que hacen mención ALONSO ESPINOSA y LÁZARO SÁNCHEZ, «El nuevo derecho de marcas...», *op. cit.*, p. 201.

(26) FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, p. 659.

(27) *Ibidem*, pp. 659 y 660.

(28) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «SSTS de 22/12/2008 y 15/1/2009. Caducidad por vulgarización...», *op. cit.*, pp. 229 y 230.

Por otro lado, son numerosos los autores que definen el fenómeno de la caducidad por vulgarización como la «muerte por éxito» de una marca. Esto es, que la marca alcance la cima del éxito puede conllevar su ineficacia a la hora de distinguir el origen empresarial de los productos o servicios que pretende distinguir por haberse convertido en la denominación usual que de esos productos o servicios hacen los consumidores⁽²⁹⁾, tal y como ocurre con marcas en riesgo de vulgarización como Celofan, Tippex, Rimmel, Postit o Albal⁽³⁰⁾. Del mismo modo, la jurisprudencia también ha compartido esta idea en asuntos como el caso Bio⁽³¹⁾

La doctrina pone también de manifiesto en este sentido cómo las marcas renombradas son las más expuestas al fenómeno de la vulgarización, pues corren el riesgo de que, al ser tan conocidas entre el público, los consumidores comiencen a utilizarlas como designación usual de los productos o servicios que tratan de proteger⁽³²⁾. De este modo, la vulgarización puede entenderse como la otra cara de la notoriedad, en tanto ambas figuras parten de la base de que el signo es ampliamente conocido por el público. Sin embargo, mientras que la notoriedad pone de manifiesto el origen empresarial del producto o servicio en cuestión, la vulgarización hace que el signo se vincule al género y no al origen empresarial⁽³³⁾.

2. Requisitos

2.1. Sistema mixto vs. sistema objetivo

Como ya se ha señalado previamente, el Derecho europeo de marcas (y por consiguiente también el español) responde a un sistema mixto de caducidad por vulgarización, en el cual han de concurrir un requisito objetivo y otro subjetivo.

- *Requisito objetivo*: es necesario que el signo se haya convertido en la designación usual a través de la cual el producto o servicio para el que esté registrada es conocido en el comercio⁽³⁴⁾.

(29) GÓMEZ SÁNCHEZ, «La protección de la marca frente a...», *op. cit.*, p. 1.

(30) Cfr. CASULÁ, J., «Protección de marcas notorias ante el riesgo de vulgarización», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 933, 2017, p. 14.

(31) STS 1229/2008, de 22 de diciembre (RJ 2009, 1871). Igualmente, VARGAS CHAVES, I. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, S., «La caducidad por vulgarización en la marca y su efecto estabilizador en los mercados», *Revista Panorama* 7(13), 2013, p. 134.

(32) FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, p. 662.

(33) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «SSTS de 22/12/2008 y 15/1/2009. Caducidad por vulgarización...», *op. cit.*, p. 244.

(34) Así lo establece tanto la doctrina (*vid. p. ej.* FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, p. 661) como la jurisprudencia (*vid. p. ej.* STS 1229/2008, de 22 de diciembre [RJ 2009, 1871]).

- *Requisito subjetivo*: dicha designación usual ha de tener su origen en la actividad o inactividad de su titular⁽³⁵⁾.

La existencia de este doble requisito pretende encontrar un equilibrio entre los intereses del titular de la marca y los de sus competidores⁽³⁶⁾, y de acuerdo con la doctrina constituye el sistema que ofrece al titular de la marca en riesgo de vulgarización la oportunidad de frenar el proceso a través de las actuaciones adecuadas⁽³⁷⁾.

Frente a este sistema mixto se encuentra el sistema objetivo, predominante sobre todo en el derecho norteamericano, en función del cual se hace depender la vulgarización de la marca exclusivamente de la conducta de los consumidores: si estos usan la marca para denominar a un género de productos, ésta se vulgariza y caduca, independientemente de las actuaciones que haya hecho su titular en aras de protegerla. Se trata por tanto de una concepción proteccionista del consumidor, dirigida a evitar que se genere un riesgo de confusión⁽³⁸⁾.

Un claro ejemplo de las diferencias entre ambos sistemas es el caso de la Aspirina®. Este término hace años que en Estados Unidos se convirtió en la denominación genérica del producto ácido, mientras que en Europa las grandes campañas publicitarias e informativas de su titular, Bayer, han evitado que el signo pierda su distintividad⁽³⁹⁾.

2.2. *Requisito objetivo*

El requisito objetivo de la caducidad por vulgarización consiste, como ya se ha adelantado anteriormente, en que la marca se haya convertido en la designación usual del producto o servicio para el que había sido registrada, conversión que ha de enjuiciarse tanto desde el punto de vista del titular de la marca como especialmente desde el punto de vista de los consumidores⁽⁴⁰⁾.

Los consumidores juegan un papel esencial dentro del fenómeno de la vulgarización⁽⁴¹⁾, siendo su colaboración necesaria según la doctrina para que el signo

(35) ALONSO BEZOS, J. J., «Caducidad de la marca por "vulgarización". Requisitos. STS núm. 292/2014, de 11 junio 2014», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2014, 2014, p. 1.

(36) La STJUE de 27 de abril de 2006, Asunto C-145/05, así lo recoge en su Considerando 19, señalando que el sistema europeo «busca el equilibrio entre los intereses del titular de una marca y los intereses de sus competidores vinculados a la disponibilidad de los signos».

(37) FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, p. 660.

(38) VARGAS CHAVES y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, «La caducidad por vulgarización en la marca...», *op. cit.*, p. 133.

(39) CASULÁ, «Protección de marcas notorias...», *op. cit.*, p. 14.

(40) FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, p. 661.

(41) La jurisprudencia europea pone de manifiesto esta idea en sentencias como p. ej. STJUE de 6 de marzo de 2014, Asunto C-409/12, donde señala en su Considerando 29 que «la percepción de los consumidores o los usuarios finales desempeña un papel decisivo».

pierda su carácter distintivo, en concreto identificando el producto mediante el signo registrado como marca, independientemente de que dicho producto tenga su origen empresarial en el titular de dicha marca o en uno de sus competidores⁽⁴²⁾.

Así, por ejemplo, en el caso *Aftersun* la empresa demandante L'Oreal, que pretendía la caducidad por vulgarización de la marca «aftersun» titularidad de Genesse, aportó como medio de prueba un estudio de mercado en el cual a la pregunta «¿Qué es para usted «aftersun»?», más del 80% de los encuestados contestó que era un producto o crema para después del sol, no identificando el signo con ninguna marca en concreto⁽⁴³⁾.

Pero, además de los consumidores, existen también otros sujetos cuya actuación resulta relevante en el proceso de vulgarización cuando, en el desarrollo de su actividad empresarial, comercialicen y distribuyan los productos identificados con una marca vulgarizada⁽⁴⁴⁾. En este sentido, la jurisprudencia europea ha puesto en varias ocasiones de manifiesto cómo las valoraciones hechas por los profesionales encargados de la distribución del producto pueden contribuir al proceso de vulgarización de la marca, pues los consumidores o destinatarios finales pueden verse influidos por dichas valoraciones⁽⁴⁵⁾.

A nivel nacional también pueden encontrarse ejemplos en la jurisprudencia que soportan esta idea, como el caso *Aftersun*, donde la demandante aportó como prueba un informe realizado por un detective privado el cual acudió a varios establecimientos comerciales y preguntó por un producto «aftersun». En todos ellos el dependiente le ofreció varios productos para después de la exposición solar, no identificando en ningún caso el signo con el producto «aftersun» de la empresa titular de la marca⁽⁴⁶⁾.

Por último, el requisito objetivo de vulgarización de la marca lleva aparejada una dificultad sobre la que advierten los autores: la determinación del momento en el que se entiende que la marca se ha convertido en la denominación usual del producto o servicio. Debe tenerse en cuenta que la marca puede pasar por distintas fases durante el proceso de vulgarización, llegando a tener un significado dual en virtud del cual

(42) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «SSTS de 22/12/2008 y 15/1/2009. Caducidad por vulgarización...», *op. cit.*, p. 231.

(43) SAP B 6128/2018, de 6 de junio (ECLI: ES:APB:2018:6128). Asimismo, ARAGONÉS SEIJO, S., «Caducidad de la marca por vulgarización: caso *After sun*», *La Ley mercantil*, núm. 52 (noviembre), 2018, p. 5.

(44) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «SSTS de 22/12/2008 y 15/1/2009. Caducidad por vulgarización...», *op. cit.*, p. 232.

(45) La STJUE de 6 de marzo de 2014, Asunto C-409/12, señala lo siguiente en el Considerando 28, reiterando lo dicho anteriormente por el tribunal en la STJUE de 29 de abril de 2004, Asunto C-371/02: «[...] la apreciación de si una marca se ha convertido en la designación usual en el comercio de un producto o de un servicio para el que esté registrada debe llevarse a cabo no sólo teniendo en cuenta la percepción de los consumidores o usuarios finales sino también, según las características del mercado de que se trate, tomando en consideración la percepción de profesionales como, por ejemplo, los vendedores».

(46) SAP B 6128/2018, de 6 de junio, ECLI:ES:APB:2018:6128. Asimismo, ARAGONÉS SEIJO, «Caducidad de la marca por vulgarización...», *op. cit.*, p. 5.

para un grupo de consumidores sigue siendo una marca, mientras que para otro ya se ha convertido en la denominación de un género de productos⁽⁴⁷⁾.

La reciente interpretación del TS proporciona una solución a esto en la sentencia sobre el caso *Pinganillo*, mencionando que se ha de tener en cuenta si el signo ya constituía la denominación usual del producto en el momento de su registro⁽⁴⁸⁾. Por ello, reconoció la concurrencia del requisito objetivo de vulgarización del término en el momento actual, pero no así en el momento en el que la marca fue registrada, declarando por ello la marca como no vulgarizada⁽⁴⁹⁾.

La doctrina se muestra crítica con esta línea de pensamiento, señalando que el TS parece olvidar que la vulgarización constituye una vía de extinción sobrevinida de la marca. Esto quiere decir que tiene lugar cuando se produce el supuesto de hecho previsto por el art. 54.1.b) y se da el doble requisito objetivo y subjetivo, pudiendo ocurrir en cualquier momento de la vida de la marca y no necesariamente en el de su inscripción. Además, atendiendo al art. 60.1 LM, las marcas caducadas dejan de producir efectos desde el momento en el que se presenta la solicitud de caducidad o demanda de reconvención, lo cual parece reforzar esta idea de que la vulgarización puede ocurrir a lo largo de la vida de la marca⁽⁵⁰⁾.

2.3. Requisito subjetivo

El segundo requisito consiste en que la conversión de la marca en denominación usual ha de ser consecuencia de la propia conducta del titular de la marca, que a su vez puede basarse tanto en la actividad como en la inactividad del titular.

Si bien lo primero es lo menos habitual, en la práctica podemos encontrar algunos ejemplos de actividad del titular de la marca que ha contribuido a la vulgarización del signo, como ocurrió en el caso *Bio*. En este supuesto, la empresa Danone, titular de la marca «Bio» para designar un tipo de yogur fermentado con *bifidus* activo, llevó a cabo una potente campaña publicitaria en la que asociaba dos marcas, siendo una de ellas la designada por el término «Bio». Esta, en vez de designar el origen

(47) FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas...*, *op. cit.*, p. 661.

(48) STS 57/2015, de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2015:682 (FJ 9.º).

(49) Procede además recordar en este sentido que cuando un signo está vulgarizado en el momento de su registro, se estaría incurriendo en una prohibición absoluta ex arts. 5.1.d) LM, por lo que lo normal sería que la OEPM no concediese el registro de la marca, y de concederlo, que se pudiese declarar la nulidad de la marca ex. art. 51.1.a) LM. En este sentido, *vid.* MORRAL SOLDEVILLA, «La determinación del momento de la vulgarización...», *op. cit.*, pp. 11 y 12. Así, por ejemplo, el TPICE en su Sentencia de 5 de marzo de 2003, Asunto T-237/01, estableció que la marca «BSS» debía ser declarada nula por incurrir en un motivo de denegación absoluto (equivalente a las prohibiciones absolutas en el derecho europeo), al haber quedado acreditado que el signo ya se había convertido en los sectores especializados en habitual para designar una solución para cirugía oftálmica en el momento de presentación de la solicitud de registro de la marca, por lo que nunca debió haberse concedido el registro.

(50) MORRAL SOLDEVILLA, «La determinación del momento de la vulgarización...», *op. cit.*, p. 11.

empresarial del producto (papel confiado a la otra marca), iba más encaminada a identificar al producto en sí, causando la confusión de los consumidores que pensaron que «Bio» era el término para designar a los productos de esa categoría, y no una marca registrada⁽⁵¹⁾.

No obstante, en la mayoría de los casos el titular de la marca contribuye a la vulgarización de la misma con su inactividad; en concreto, cuando no lleva a cabo ninguna actuación positiva que conlleve la ruptura del vínculo entre el signo en riesgo de vulgarización y el producto para el que ha sido registrado. En este sentido, la jurisprudencia europea ha ampliado el concepto de «inactividad» no solo a la omisión de actividad por parte del titular de la marca, sino también a todas aquellas situaciones en las que éste no actúe de manera lo suficientemente diligente para proteger el carácter distintivo de su marca, como ocurrió por ejemplo en el caso *Kornspitz*⁽⁵²⁾.

Del mismo modo, la jurisprudencia del TJUE menciona que el uso de la marca registrada por otros competidores sin que su titular ejercite el *ius prohibendi*⁽⁵³⁾ es una prueba de su inactividad a efectos de defender la marca⁽⁵⁴⁾. Opinión que parece compartir el TS, el cual en el caso *Oropesinas* entendió que no procedía declarar la caducidad por vulgarización de dicha marca debido a que el titular actuó correctamente a la hora de evitar que su marca se vulgarizase: en el momento en el que detectó los primeros indicios de ello requirió a los demandados de manera inmediata para que cesaran en su actuación y posteriormente ejercitó la correspondiente acción a través del *ius prohibendi* que le confiere la marca registrada (interponiendo demanda ante el Juzgado de lo Mercantil)⁽⁵⁵⁾.

(51) SAP B 13993/2000, de 27 de noviembre, ECLI: ES:APB:2000:13993 (FJ 11.º): «*Y la prueba de que a él (el riesgo de vulgarización) contribuyó Danone, S.A., con su comportamiento, resulta de los mensajes publicitarios contenidos en los documentos aportados con la demanda [...] en particular de uno en que se lee ¿Qué es Bio de Danone? Bío es una variedad de leche fermentada que Danone introdujo en España en 1988, y otro, en que se identifica Bio con bifidus activo. Que es lo que hoy hace el consumidor.*».

(52) En la STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-409/12, el tribunal entendió que la empresa titular de la marca «Kornspitz» (una mezcla en polvo comercializada a panaderos para la elaboración de una masa con la que se obtenía un producto de panadería con los extremos puntiagudos) incurrió en un caso de inactividad (y en consecuencia contribuyó a la vulgarización del signo) al no haber inducido a los panaderos a utilizar con más frecuencia su marca cuando vendían los panecillos a los usuarios finales, lo que conllevó que estos últimos pensasen que «Kornspitz» era la denominación usual de la masa con la que se obtenían los panecillos, y no una marca registrada. En este sentido, *vid.* Considerando 34 de la mencionada sentencia.

(53) El *ius prohibendi* (art. 34.2 LM) constituye uno de los derechos que el registro de la marca confiere al titular de la misma, en virtud del cual éste puede, en una serie de supuestos, prohibir a terceros la utilización en el tráfico económico del signo sin su consentimiento.

(54) STJUE de 27 de abril de 2006, asunto C-145/05 (Considerando 34).

(55) La STS 292/2014, de 11 de junio, ECLI:ES:TS:2014:2651, coincide en su FJ 3.º con lo establecido previamente en la sentencia de apelación, en relación a la ausencia del requisito subjetivo necesario para declarar la vulgarización de la marca «Oropesinas»: «[...] En efecto, el Tribunal de apelación declaró probado que el titular de la marca, en el momento en que detectó los primeros intentos de vulgarización de la misma (...) le requirió de inmediato para que cesara en su actuación, ejercitó en su contra la correspondiente acción para imponérselo y, en definitiva, hizo lo pertinente a su alcance para evitar la causa de caducidad de que se trata».

3. Actuaciones del titular para proteger su marca frente al efecto de la vulgarización

De todo lo dispuesto en el apartado anterior se desprende la idea de que, en aras de evitar la vulgarización de su marca, el titular debe poner en marcha todos los mecanismos y medidas necesarias para impedir la transformación del signo en genérico, evitando adoptar una actitud pasiva o de indiferencia respecto a la amenaza de vulgarización. En concreto, éste cuenta con un plazo de dos meses⁽⁵⁶⁾ desde que se presenta la solicitud de caducidad ante la OEPM o se interpone demanda ante el tribunal correspondiente para realizar la oportuna contestación y, por consiguiente, probar que de manera adecuada y diligente que ha estado protegiendo su marca en el mercado frente a la vulgarización⁽⁵⁷⁾.

Es por ello por lo que reviste vital importancia la elaboración por parte del titular de una estrategia de protección eficaz de la misma frente al riesgo de vulgarización. Y como la vulgarización en su vertiente subjetiva puede responder a dos supuestos (que el titular haya contribuido al proceso de vulgarización con su actividad, o por el contrario que lo haya hecho con su inactividad), el titular ha de llevar a cabo actuaciones diferentes en función de si el riesgo de vulgarización de la marca es resultado de uno u otro⁽⁵⁸⁾.

3.1. Frente a la actividad vulgarizadora del titular

– Etiquetado y *packaging*

El titular de la marca ha de revisar la forma en la que se comercializa el producto o servicio, donde juega un papel muy importante cómo sean el envase y las etiquetas, controlando que el signo se utiliza siempre y de manera clara a título de marca. En este sentido, debe evitar por ejemplo la utilización en las etiquetas de dos signos marcarios en un mismo producto, pues ello puede llevar a pensar que uno de ellos es el nombre con el que se denomina al género y no al producto en sí⁽⁵⁹⁾.

En la jurisprudencia pueden encontrarse ejemplos de esto, como por ejemplo en la sentencia *Bio*, donde el TS entendió que la marca había contribuido a la vulgarización del signo al haber comercializado el producto como «Danone Bio», dando

(56) Tal y como se desprende del art. 119 de la Ley 24/2015 de Patentes, aplicable también en materia de marcas tal y como se desprende del apartado primero de la DA 1.ª LM: «Las normas vigentes contenidas en el Título XII de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, serán de aplicación a las distintas modalidades de signos distintivos regulados en la presente Ley en todo aquello que no sea incompatible con su propia naturaleza o contrario a lo previsto en la misma, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los siguientes apartados».

(57) OEPM, «El procedimiento administrativo de nulidad y caducidad de las marcas», *Ministerio de Industria, Comercio y Turismo*, disponible en https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Ponencias/130_04_Reforma_Ley_Marcas.pdf (Consultado el 5 de abril de 2021).

(58) GÓMEZ SÁNCHEZ, «La protección de la marca frente a...», *op. cit.*, p. 4.

(59) *Íbidem*, p. 5.

a entender al consumidor que Danone era la marca y Bio el tipo de producto⁽⁶⁰⁾. La misma opinión le mereció a la AP de Barcelona en el caso Aftersun el hecho de que la empresa titular Genesse emplease para la comercialización de su producto la marca «Aftersun» junto a la marca «Ecran», entendiendo que era ésta última la destinada a señalar el origen empresarial⁽⁶¹⁾.

– Publicidad

La publicidad juega un papel fundamental a la hora de influir en los hábitos de consumo de las personas, y por consiguiente también a la hora de diseñar la imagen que tenga el consumidor final acerca del producto. Es por ello por lo que con carácter previo al lanzamiento de cualquier tipo de campaña publicitaria es necesario que el titular de la marca realice una revisión y control de la misma, asegurándose de que deja claro el origen marcario del signo⁽⁶²⁾.

El caso *Bio* sirve también aquí para mostrar la importancia que puede llegar a tener la publicidad, y es que recordemos que la AP de Barcelona consideró que Danone había contribuido a la vulgarización de la marca a través de dos anuncios donde había empleado el término «bio» a modo de denominación genérica de un tipo de producto lácteo, en concreto los yogures con *bífidus activo*⁽⁶³⁾, opinión que fue posteriormente compartida por el TS⁽⁶⁴⁾.

– Redes sociales

Cualquier buena estrategia de marketing actual que se preste encuentra uno de sus pilares fundamentales en las redes sociales, las cuales suelen gestionarse a través de profesionales de la comunicación, los denominados *community managers*, que actúan como intermediarios compartiendo los contenidos en la red, y que pueden contribuir nocivamente a la vulgarización de la marca si no desempeñan su actividad de manera

(60) La STS 1229/2008, de 22 de diciembre (RJ 2009, 1871), en su Antecedente de Hecho 6.º menciona lo siguiente: «Otra evidencia de que "bio" no cumplía la función de marca en el producto (pues no podía cumplirla), es que éste era el único producto de esta empresa en el que se utilizaba una segunda marca aparte de la marca principal "Danone". En todos los demás productos de Danone, S. A., "Danone" era la única marca y es que no existía ningún otro producto de los muchos que comercializaba Danone, S. A. en el que se utilizara una segunda marca [...]. Así pues, puede concluirse que el término "BIO" se utilizaba por Danone, S. A. para nombrar el tipo de producto, y "Danone" era en realidad la marca (la única marca) cuya finalidad era distinguir su producto del que comercializaban las demás empresas».

(61) La SAP B 6128/2018, de 6 de junio (ECLI: ES:APB:2018:6128), señala en el punto 28 de su FJ 5.º que «[...] AFTERSUN ha perdido su capacidad distintiva. La propia demandada utiliza junto a ese signo la marca ECRAN, que es la que identifica el origen empresarial y permite distinguir sus productos de los de sus competidores».

(62) GÓMEZ SÁNCHEZ, «La protección de la marca frente a...», *op. cit.*, pp. 5 y 6.

(63) SAP B 13993/2000, de 27 de noviembre, ECLI: ES:APB:2000:13993 (FJ 11.º).

(64) En este sentido, la STS 1229/2008, de 22 de diciembre (RJ 2009, 1871), menciona en su FJ 3.º que «[...] la situación descrita por la sentencia (de apelación) acusa los caracteres propios de una actividad del titular de la marca tendente a favorecer su vulgarización o a consolidar la misma una vez producida, como se deduce de la utilización publicitaria y comercial de la denominación "bio" conjuntamente con la marca "Danone"...».

correcta⁽⁶⁵⁾. Algunas recomendaciones en pos de evitar que esto ocurra son por ejemplo la de redactar un manual o protocolo de uso de la marca en redes, así como revisar de manera periódica el uso que se está realizando de ella en las redes sociales⁽⁶⁶⁾.

3.2. Frente a la inactividad del titular

– Diccionarios y otras obras de consulta

El uso que del signo hagan los diccionarios resulta muy relevante para la jurisprudencia, como ya se ha puesto de manifiesto en asuntos como *Ganchitos*⁽⁶⁷⁾ o *Donuts*⁽⁶⁸⁾, considerando la forma en la que se recoge la marca en estas obras como un indicador de si el signo se ha convertido en la denominación usual del producto o servicio o no.

El punto de partida en este caso lo conforma el art. 35 LM, que hace referencia a la reproducción de la marca en diccionarios y que otorga al titular de la marca el derecho a solicitar al editor de la obra que indique expresamente que el término del que se trate es en realidad una marca registrada, mediante el uso del signo ® o un tipo de letra que permita diferenciar el signo del resto de palabras del texto.

Pero para que esta facultad resulte eficaz a la hora de evitar la vulgarización de la marca es necesario que su titular revise el mayor número posible de diccionarios, incluidos los bilingües, así como enciclopedias u otras obras de consulta⁽⁶⁹⁾, e incluso publicaciones como periódicos o revistas⁽⁷⁰⁾.

– Consumidores

Ya se ha explicado previamente el importante papel que tienen los consumidores a la hora de que un signo se entienda vulgarizado o no. A consecuencia de ello, es

(65) GÓMEZ SÁNCHEZ, «La protección de la marca frente a...», *op. cit.*, p. 6.

(66) *Ibidem*, pp. 6 y 7.

(67) En la SAP B 15307/2004, de 21 de diciembre, ECLI: ES:APB:2004:15307 (FJ 6.º), la AP confirmó la sentencia de primera instancia declarando la vulgarización del término «ganchitos» por haber concurrido para ello los requisitos objetivo y subjetivo, señalando como ejemplo de esto último la inclusión en un diccionario del término sin ninguna referencia a la marca registrada. Entiende la Audiencia que con ello el titular había contribuido con su conducta a la vulgarización del término.

(68) La SAP B 5363/2008, de 16 de julio, ECLI: ES:APB:2008:5363, menciona en su FJ 7.º como signo de que la marca registrada «Doughnuts» no se ha vulgarizado el que «[...] esta palabra no aparece en el diccionario de la RAE (Real Academia Española), lo que, cuando menos, significa que no es un término consolidado, (...) en ninguno de los diccionarios bilingües español/inglés aparece la entrada "Doughnut" en la sección correspondiente al castellano, ni tampoco aparece esta entrada en ninguno de los diccionarios monolingües normativos...». Posteriormente el TS confirmó esto mismo en la STS 286/2012, de 14 de mayo (RJ 2012, 5138) (FJ 3.º).

(69) GÓMEZ SÁNCHEZ, «La protección de la marca frente a...», *op. cit.*, p. 8.

(70) Por ejemplo, en el caso *Aftersun* la demandante L'Oreal aportó reportajes de periódicos, revistas y blogs donde el término «aftersun» se utilizaba de manera genérica para designar productos para después de tomar el sol, no identificando el signo con ninguna marca en concreto. En este sentido, *vid.* SAP B 6128/2018, de 6 de junio, ECLI: ES:APB:2018:6128 (FJ 5.º, apartado 17).

recomendable que el titular de la marca lleve a cabo medidas destinadas a incentivar el uso correcto de la marca por parte de los usuarios, intentando que diferencien la marca del género del producto o servicio, como pueden ser la realización de promociones o concursos comerciales, o la creación de juegos online y en las redes sociales⁽⁷¹⁾.

– Distribuidores

Aunque a un nivel menor que los consumidores, la conducta de los distribuidores, vendedores y demás intermediarios dentro del proceso de comercialización del producto o servicio marcado puede resultar relevante a efectos de la vulgarización debido a su influencia en el mercado y al servir de enlace entre el producto o servicio y el consumidor final⁽⁷²⁾.

Esta importancia de los distribuidores ha sido puesta de manifiesto a nivel jurisprudencial tanto a nivel europeo⁽⁷³⁾ como nacional⁽⁷⁴⁾, existiendo ciertas medidas que el titular puede llevar a cabo para procurar el uso correcto de la marca por parte de los mismos, como por ejemplo notas informativas a los mismos o expositores publicitarios donde la marca se identifique de manera clara⁽⁷⁵⁾.

– Competidores

Por último, resulta tremendamente dañino para la marca el que sus competidores la utilicen como signo genérico para identificar ese mismo producto o servicio, pero comercializado por ellos con otra marca⁽⁷⁶⁾. Como ejemplo, en los casos *Ganchitos*⁽⁷⁷⁾ o *Aftersun*⁽⁷⁸⁾ la AP de Barcelona consideró como hecho muy relevante el que el término fuese empleado con carácter general por todos los competidores del

(71) GÓMEZ SÁNCHEZ, «La protección de la marca frente a...», *op. cit.*, p. 9.

(72) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «SSTS de 22/12/2008 y 15/1/2009. Caducidad por vulgarización...», *op. cit.*, p. 232.

(73) Por ejemplo, en la STJUE de 6 de marzo de 2014, Asunto C-409/12, el tribunal señala en su Considerando 24 que los panaderos, en su papel de intermediarios entre el titular de la marca y los consumidores finales, contribuyeron a la vulgarización de la marca «Kornspritz» al no informar habitualmente cuando vendían los panecillos que el signo no constituía la denominación usual de dichos productos, sino que era una marca registrada que hacía referencia al preparado con el que se creaba la masa para los panecillos.

(74) Como en el caso *Aftersun*, donde la demandante L'Oreal aportó como pruebas el hecho de que numerosos distribuidores de producto como El Corte Inglés utilizaban en sus establecimientos el término «aftersun» para designar una categoría de producto, contando incluso con secciones exclusivas de productos «aftersun». Para mayor abundamiento, *vid.* SAP B 6128/2018, de 6 de junio, ECLI: ES:APB:2018:6128 (FJ 5.º, apartado 30).

(75) GÓMEZ SÁNCHEZ, «La protección de la marca frente a...», *op. cit.*, p. 9.

(76) *Íbidem*, p. 10.

(77) SAP B 15307/2004, de 21 de diciembre, ECLI: ES:APB:2004:15307 (FJ 6.º): «[...]. En las presentes actuaciones se ha probado que el inicial carácter distintivo de la marca denominativa Ganchitos lo perdió después con el uso. (...), merece la atención (...) la de su uso, muy extendido (...) entre los competidores del sector del mercado relevante».

(78) La SAP B 6128/2018, de 6 de junio (ECLI: ES:APB:2018:6128) recoge en su FJ 6.º lo siguiente al respecto: «Tampoco apreciamos que la demandada haya actuado con diligencia en defensa de la marca. En efecto, cuando la expresión "aftersun" o "after sun" viene siendo utilizada de forma generalizada desde hace muchos años por la mayor parte de los productores de cremas solares, LABORATORIOS GENESSE

mercado y en cambio el titular de la marca no hiciese nada ante eso. Es por eso que el titular de la marca debe tratar de evitar que esto ocurra empleando para ello los mecanismos adecuados de control.

V. CONCLUSIONES

De todo lo analizado en este trabajo se desprende que la vulgarización constituye el riesgo que corren las marcas renombradas de que su propio éxito termine por constituir la causa de su extinción, volviéndose tan conocidas por el público consumidor que éste empieza a utilizar el término como denominación usual del género de productos o servicios que la marca representa, perdiendo esta así su función principal, la indicadora de la procedencia empresarial, y en consecuencia dejando de estar jurídicamente protegida.

No obstante, para que el proceso cristalice y la marca se declare caducada, el sistema mixto existente en el ordenamiento jurídico español exige no solamente esta conversión del signo en la denominación usual del género de productos o servicios (esto es, el requisito objetivo), sino también un requisito subjetivo al que los tribunales conceden enorme importancia: que esta sea resultado de la actividad o inactividad de su titular. Por ello, el titular de la marca debe velar por su protección, empleando para ello todos los mecanismos y medidas que tenga a su alcance en cuanto percibe los primeros indicios de que su marca se encuentra en riesgo de vulgarización. De no hacerlo, se enfrenta al riesgo de que los tribunales o la OEPM declaren la caducidad de la marca.

No obstante, a pesar de la cada vez más extensa jurisprudencia en la materia, parece que el fenómeno de la caducidad por vulgarización de la marca cuenta todavía con algunos frentes abiertos que sería conveniente resolver en aras de conseguir una mayor seguridad jurídica.

Así, es necesario que los tribunales precisen cuestiones como por ejemplo el alcance del concepto «denominación usual» (planteándose interrogantes en este sentido como en qué momento exacto se entiende que se ha producido la transformación del signo de distintivo en genérico) o el porcentaje en el que debe contribuir el titular de la marca a la vulgarización para entender que concurre el requisito subjetivo. Del mismo modo, resultaría oportuno también que los tribunales estableciesen un criterio unánime acerca de este fenómeno, pues recordemos que esto no siempre ocurre, llegando incluso a ser en ocasiones contrario defendido por la doctrina, como ocurría por ejemplo en el caso *Pinganillo*⁽⁷⁹⁾.

justifica su actitud combativa contra ese uso sistemático del signo mediante seis resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas de fecha muy reciente [...]».

(79) Vid. en este sentido el apartado 2.2 del presente capítulo.

Diálogos jurídicos

DIÁLOGOS JURÍDICOS

**DIALOGO ENTRE FRANCISCO BASTIDA (FB),
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, FRANCISCO CAAMAÑO
(FC), PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD DE A CORUÑA, Y RICARDO
CHUECA (RC), PROFESOR DE DERECHO
CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

F.B.: Hablemos, si os parece, de la posición de la Constitución en el sistema de fuentes. No sé si ahora se puede decir que la Constitución sigue siendo la norma jurídica suprema, cuando estamos integrados en la Unión Europea o cuando las sentencias del Tribunal Constitucional son corregidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ¿Podemos seguir explicando el derecho constitucional como antes?

R.C.: Es suprema de otro modo. En esto sí que se puede decir que las constituciones se compaginan, cobran vida propia, para bien y para mal, cobran vida en el sentido de que toda organización estructural institucional tiene siempre entropía y por consiguiente degenera en unas partes. Pero en otras, al contrario, creo que la Constitución, por fin, se ha incorporado en partes importantes a lo que podríamos llamar, con cierta dignidad, la cultura jurídica española, pero también es verdad que el Estado de derecho es un reto constante, no es una cosa que llegas y la implantas y ya está, sino que cobra vida. Para bien y para mal hay elementos de degeneración y elementos de consolidación e incluso de recreación de la Constitución. En el caso de la construcción de Europa, evidentemente, es otro tema, es una mutación constitucional constante en Europa, la constitución actual (europea) no tiene nada que ver en su literalidad desde hace veinticinco años hasta ahora.

F.B.: En la explicación del sistema de fuentes, cuando hablamos de la Constitución como norma jurídica suprema, podemos acudir a lo que dijo el Tribunal Constitucional –creo que por influencia de Juan Luis Requejo–, de que una cosa es primacía del derecho de la Unión Europea y otra la supremacía de la Constitución. Pero no sé si estamos jugando un poco con las palabras y realmente nos corresponde ya hablar de un derecho constitucional nuevo.

F.C.: Sí, en mi opinión la Constitución se está convirtiendo en un referente. En un referente jurídico, pero también de la sociedad que pretende regular. Es como un

centro de imputación normativo de primer orden, pero ya no es, efectivamente, el supremo, en la concepción tradicional del ordenamiento jurídico. En el caso de la Constitución española por dos motivos básicos: el primero, porque su Título VIII está muerto –nació para morir–, y el segundo, porque no contemplaba la realidad europea con la potencia que el proceso de integración ha llegado a tener, y eso produce un debilitamiento de la estructura normativa de la Constitución. De ahí la necesidad, en mi opinión, de que también esta cuestión figure entre los contenidos de una futura reforma. También concurre un motivo más general, que es el *soft law*. La idea fuerte de la Constitución, como suprema formalización del derecho del estado, empieza a ofrecer, en un mundo global, serias debilidades: el derecho de las grandes corporaciones; los acuerdos sociales y mercantiles que se imponen a los estados, los grandes pactos del G-20 y de otros foros internacionales que influyen sobre los derechos de la ciudadanía y su bienestar. La debilidad del Estado es también una debilidad de su norma fundadora. Un proceso de transformación, que veremos hacia dónde se dirige.

F.B.: Ya que se habla de la reforma de la Constitución, ¿no creéis que debería hacerse? Me parece que sí, pero ¿cómo habría que realizarla y sobre qué materias?

R.C.: La Constitución significa varias cosas. Yo creo que el término reforma no tiene significado ya, ha perdido significado, por degradación y porque, además, cuando se habla de reforma, se alude a cosas distintas. Y entonces eso se refleja en las encuestas, donde hay regularmente un porcentaje de apoyo a la reforma del 50%, pero los temas concretos de qué reforma se apoya se diseminan, así que hay que preguntarse dónde encontramos consenso social sólido, articulado políticamente. Creo que eso no existe, existe tensión crítica respecto a la Constitución, pero consenso no. Seguramente porque el sistema político todavía no ha madurado lo suficiente como para convertir la tensión en decisiones de cuerpo. Y eso convive con los técnicos, que creemos que hay cosas que habría que hacer, pero este tipo de preocupaciones nuestras no coincide necesariamente con la opinión pública, con la opinión publicada y no digamos ya con los actores políticos. Es un tema por el que todos preguntan en el aniversario de la Constitución. Qué más da lo que yo piense, si sólo podría hacer una consideración técnica.

F.B.: Políticamente se dice que no hay que abrir «este melón» hasta que haya un consenso, pero el problema es que el «melón» se pudre. Desde el punto de vista de la organización territorial del Estado el problema es realmente grave. Y si no se solventa en términos normativos, la tentación es el cambio prescindiendo de la Constitución. Yo creo que es mejor que se solvente dentro de la Constitución. Y esta no es la única materia a reformar; también está la integración en la Unión Europea, la figura del Senado, la Constitución económica, la redefinición de algunos derechos fundamentales, por no hablar de la forma de la Jefatura del Estado. Creo que la reforma de la Constitución debe hacerse, lo que sucede es que a los actores políticos sólo les preocupa el corto plazo, están en permanente campaña electoral y hablar de reformar la Constitución no lo ven como un punto de encuentro hacia el futuro.

F.C.: En mi opinión, la Constitución no necesita solo una reforma suave, que es lo que normalmente se suele comentar. Cuando te metes en harina, los problemas

aparecen. Hay que cambiar el Título VIII, pero ¿qué ponemos en su lugar? Acabas de mencionar el sistema de fuentes: es que las leyes marco no han nacido; las leyes de armonización nos las hemos cargado con la LOAPA; las leyes de transferencia y delegación murieron con los Estatutos de nueva generación, y todo el diseño de distribución de competencias lo hacemos descansar en una tipología de ley que no existe, a la que se llama legislación básica y que es un arcano en manos del Tribunal Constitucional, cuya operatividad va cambiando en función de su composición y de sus lógicas. No podemos mantener un sistema así. Pero lo peor es la propia cláusula de reforma. Uno de nuestros dramas es que para reformar la Constitución hay que reformar la reforma, y este sí que es un grave problema. Las opiniones de los colegas son varias. Hay quien cree que nuestra Constitución tiene cláusulas de intangibilidad y lo argumentan desde su precomprensión del derecho. Este debate, también pesa sobre las decisiones políticas. La derecha española defenderá cláusulas de intangibilidad que no están en la Constitución y otro tanto hará la izquierda. Tenemos un serio problema acerca de cómo reformar la reforma, y sin ese paso previo, a mi juicio, nunca reformaremos la Constitución. Y lo que hizo Portugal para firmar el Tratado de la Unión, yo creo que España no tiene, por las razones que exponía Ricardo, ni el momento ni la cultura política de fondo para llevar a cabo operaciones de ese tipo. Mientras tanto, la Constitución, pierde energía y comienza a convivir con sus debilidades.

R.C.: En el tema de la organización territorial tengo una opinión altamente heterodoxa, así que no hay mejor sitio para exponerla que en Oviedo. Mi conocimiento de los sistemas políticos territorialmente descentralizados dice que son sistemas que funcionan en base a actuaciones puramente empíricas, es decir, que el concepto de Estado políticamente descentralizado chirría en la teoría del Estado clásica, porque los modelos exitosos han resultado de la práctica, y luego se han ido reconociendo a nivel institucional. El caso alemán es evidente, porque viene del siglo XIX. La asociación, en la cultura alemana, entre territorio y poder, no la tenemos en España. El modelo norteamericano, por otras razones, es también distinto. Yo creo que el Título VIII está muerto, pero muerto de éxito. ¿En qué parte? En la que ha permitido crear un Estado nuevo. Pero cualquier reforma en España tiene un problema, el adanismo. Si cambias algo, se dice «esto es cambiar para que todo siga igual», o «cuidado, que vamos a cambiar». Esto es pura cultura política española; y hay miedo también en los actores políticos. La idea de «abrir el melón» ya es de pánico. El ciudadano normal está a otro nivel. ¿Recordáis las dos reformas de la Constitución que se han aprobado? La segunda es una reforma de calado profundísimo, y nadie ha dicho nada. Hay veces que los políticos tienen que liderar, pero eso ahora en España no es posible, porque tenemos un problema de crisis grave de los actores políticos.

F.B.: Esto lleva al problema de la democracia representativa, del papel de los partidos, pero las reformas constitucionales tienen que hacerlas los actores institucionales. Ya cuando se hizo la Constitución, los acuerdos se adoptaban fuera de las Cortes, entre los partidos que tenían presencia en la Comisión Constitucional y, de manera singular, entre los dos grandes partidos. Los partidos siguen siendo los mismos, los grandes, pero sin embargo la sustancia de los acuerdos ha cambiado de una

manera enorme. Antes era posible establecer acuerdos y ahora no; incluso el nivel intelectual de la clase política ha cambiado sobremanera. Todo ello ha propiciado que se extienda la idea de que la democracia representativa pertenece al pasado y frente a la idea de la democracia directa como instrumento idóneo y sustitutivo de la democracia representativa. Es curioso que los que utilizaban como lema «no nos presentan» se consideraban ellos mismos representantes, eso sí auténticos, de los indignados. De hecho, el movimiento 15 M desembocó en la creación de un partido, Podemos, y de plataformas electorales vinculadas o aliadas a Podemos. La democracia representativa es inevitable y la democracia directa es un complemento, pero no un sustituto de aquella. ¿No os parece?

F.C.: A mí me parece que la democracia representativa es la única forma de articular –no digo que en solitario–, un estado democrático y de derecho. Me parece muy bien que se complemente con instrumentos de participación directa de la ciudadanía, pero también creo que el pueblo no está dispuesto a levantarse todas las mañanas, estudiar el orden día de todo aquello sobre lo que se debe legislar o discutir y votar desde su casa. Esa ciudadanía permanente volcada sobre la responsabilidad pública ni existe ni quiere existir. Al hilo de las palabras de Paco Bastida, en España sí tenemos una peculiaridad adicional, que es como una cierta obsesión que arrastramos desde los Pactos de la Moncloa: la sobrevaloración de la democracia de consenso. La referencia que siempre tenemos, más en estos últimos tiempos de fragmentación parlamentaria, es la gran coalición alemana, como si ese particular situación política no fuese una suerte de patología democrática. Me explico: la democracia es competencia política (tener la posibilidad de ganar y la de perder) y, por tanto, suprimir esa competencia mediante pactos políticos de gobierno que desplazan a las políticas de oposición, produce indiferencia porque, por la vía del consenso, siempre terminan gobernando los mismos.

En España tenemos una aparente inclinación de salón hacia esa cultura del pacto, pero hemos descubierto que la democracia es competencia y, acaso, extremado ese factor. Además, las nuevas tecnologías de la comunicación y las redes sociales han transformado el escenario: la competencia política también es competencia social en la que se puede argumentar políticamente en 140 caracteres. Todo esto ha impactado en las democracias, especialmente en las más jóvenes como la nuestra, pero también en las de mayor solera: basta la imagen de un Presidente de los Estados Unidos gobernando por Twitter.

R.C.: Hay un problema, que tiene que ver con el hecho de que la democracia representativa tiene unos implícitos estructurales. El modelo ideal, el tipo weberiano, sería el de que hay una serie de elementos de opinión pública, un sistema de instrumentos de comunicación determinados, la prensa libre... Todo esto ha desaparecido, está en revisión y ha sido sustituido por una cosa que, irónicamente, se llama redes sociales, cuando lo que hacen es aislar a cada persona y, por tanto, convertirla en diana individual de cada mensaje. No hay debate colectivo en las redes sociales, es mentira, no existe. No es posible porque es diádico: el mensaje que recibe cada uno, lo recibe individualmente, y no hay construcción ni decisión colectiva, sino es la

que crea la propia estructura de comunicación. Este es el primer problema. Luego, hay un segundo problema que tiene que ver con la transformación de los partidos. La democracia representativa –yo creo que estamos todos de acuerdo– es una fase larga de transición y transformación del Estado constitucional clásico. Entonces, los partidos existen porque sin ellos el Estado es imposible. Por tanto, de una manera o de otra, ya forman parte de la estructura institucional estatal, con pérdida –lógicamente– de la aportación de representatividad que históricamente realizaban, y además lo hacen en un escenario más difícil, porque se ha transformado el entorno. Y a eso hay que añadir, finalmente, el caso de los problemas que tienen que ver con la propia cultura, con tradiciones tan impresionantes como pensar que las primarias, en los partidos, solo sirven para dividir. Pero si no hay enfrentamiento, evidentemente lo que hay es una consagración del líder como única opción y una disuasión de cualquier competencia, con lo cual lo que se hace es reproducir lo peor de cualquier organización jerarquizada, porque los partidos son organizaciones jerarquizadas, sirven a la democracia, pero no son democráticas, porque si lo fueran, no serían posibles como partido. Eso hay que saberlo, es consustancial, no les podemos reprochar que apliquen jerarquías –de acuerdo a los procedimientos de elección– pero jerarquías. Y todo ese es el problema que tenemos; estamos en transición.

F.B.: Se hace pasar como deliberación lo que no es deliberación. ¿Democracia deliberativa? En las redes sociales hay crítica, pero no hay deliberación, el opinante se convierte en una persona que realmente es un *hooligan*; además ya te informas en la red social que te interesa, no quieres deliberación, sino corroboren y afiancen tus convicciones. En la medida en que la democracia ha girado hacia esos terrenos de las redes sociales la democracia representativa padece enormemente, porque estaba basada en el presupuesto kantiano de búsqueda de la racionalidad en el debate público, en el ágora institucional, y eso ya no existe, porque el foro público es virtual. Y no es foro tampoco. Es foro porque es un espacio abierto, pero no en el sentido de deliberación, que no existe.

R.C.: Hasta llegar al fenómeno que está pasando ahora, que es el hecho de que la aprobación de los presupuestos de la Generalitat depende de 300 personas que deciden lo que van a votar los diputados de la CUP.

F.B.: Bueno, pero eso siempre ha existido ¿no? La minoría siempre ha aprovechado la necesidad de sus votos para condicionar la política nacional.

R.C.: Pero lo están decidiendo como gesto demostrativo de democracia directa.

F. C.: El problema de las redes nos lleva al principio de nuestra conversación, que es quién tiene el poder, y si el Estado no está dominado por las grandes corporaciones que existen en la actualidad. Todos podemos pensar en unas cuantas que tienen no solo un poder inmenso, sino que algunas tienen un PIB superior, comparativamente, al español, en su presupuesto. Apple acaba de hacer una ampliación de su autocartera comprando acciones por un valor semejante al producto interior bruto de Kenia. No es solo el poder económico y transnacional, sino otro no menos importante: las grandes tecnológicas de la comunicación no necesitan de una STASI. Ellas ya saben cómo vamos a actuar antes que nosotros mismos y, competir con quienes tienen ese

nivel anticipado de información es muy difícil. Gracias a internet y a las redes sociales hay multinacionales que pueden anticipar nuestras decisiones y en ese contexto, los Gobiernos siempre van por detrás de quien en realidad gobierna.

F.B.: Y donde el sistema económico, además, prevalece sobre el sistema político. Antes, la idea del Estado nación era sólida: la soberanía, las fronteras, la moneda... pero ahora no. No es que el euro haya sustituido a la peseta, es que las criptomonedas crean un circuito económico paralelo cada vez más amplio. Los *bitcoins*, ya están poniendo en guardia a los propios bancos nacionales y a la banca europea. Hay empresas con un nivel de negocio superior al PNB de muchos Estados, condicionan su sistema tributario y su economía. Ése es el problema, que el sistema económico ha puesto de rodillas al sistema político y constitucional y ante eso poco se puede hacer. Se ve en los derechos fundamentales. Se dice: «Usted está condenado porque está contaminando». «Ah, pues deslocalizo la empresa». Y todo el pueblo diciendo: «Por favor, no se lleven la empresa, ¡contamínenos!».

R.C.: Yo, en esto, creo que tengo un impacto fortísimo de lo que podríamos llamar la teoría clásica del Estado y su origen. El Estado siempre ha estado retado, es consustancial al Estado. Repasas la historia minuciosamente y ahora es un reto fortísimo, pero no es el primero y seguramente no es el más intenso que ha tenido. Yo recomiendo la lectura de un libro «Continente salvaje», de Keith Lowe. Es un tipo que hace lo siguiente: estudia lo que pasa en el continente europeo, en los territorios que van quedando liberados por los aliados. Estudia el estado de vida de esos territorios durante uno o dos años siguientes. Es un continente salvaje. Es impresionante, ahí yo me convertí en europeísta de convicción. El europeísmo nace de ahí, de que hay millones de ciudadanos europeos que lo experimentaron. Es un libro que habría que hacerlo de lectura obligatoria para los constitucionalistas y europeístas, porque te das cuenta de que el Estado como institución ha soportado retos impresionantes. Este actual es muy importante, porque el Estado, desde su nacimiento, está asociado a lo que podríamos llamar elementos básicos del capitalismo emergente. Y esa vinculación, que va más allá de muchas ideologías actuales, es difícil de disociar. Pero, por otra parte, esas multinacionales tan potentes necesitan del Estado. Es verdad que como instrumento, pero no pueden destruir el Estado como forma política. Quieren cambiar el Estado, ahí estamos en una nueva tensión, aunque de una dimensión tremenda.

F.B.: De todas maneras, como dije antes, el problema de las grandes corporaciones es que ponen de rodillas al Estado. Desde el punto impositivo, incluso. Puedes poner los impuestos que quieran, que se van a otro lado, se deslocalizan... El poder económico es tan inmenso que el Estado está en continua supervivencia como Estado, y a la democracia le sucede lo mismo. Ese es el gran problema. Y ante eso, tenemos unos actores políticos que cada vez son más enanos comparados con estos gigantes, que además son enanos que se dedican a discutir trivialidades entre ellos. Para la democracia resulta poco fructífero y esperanzador ver esa situación, porque al final el individuo no va a depender de lo que decidan los políticos sino de lo que decidan las grandes corporaciones.

F.C.: No es solo lo económico. El Estado es un poco analógico en una sociedad digital, en la que dominio de la información es, más que nunca, la expresión del poder. La ciudadanía se presta a informar de su vida y de sus preferencias a las grandes corporaciones porque tras ellas no ve la «mano negra» del estado. Con esa información, quienes no son el estado predeterminan nuestras decisiones. Aparentemente, aunque de modo distinto y hasta inconsciente, las prioridades las sigue definiendo la ciudadanía y, en este sentido, podría decirse que su determinación también descansan en una base democrática. Ahora bien, estaríamos ante una democracia manipulada, en la que cuentan los números y no las personas. Este es el gran problema: ¿cómo ejercer el poder que el pueblo delega si informal e inconscientemente ya lo ha cedido con anterioridad?

R.C.: Yo creo que en esto tenemos todos, yo incluido, un error de concepción. Estamos pensando en un concepto de Estado asociado al llamado capitalismo renano, a la capacidad de intervención del Estado, del modelo clásico de Estado, la idea social- demócrata. Esto está absolutamente liquidado. La capacidad de intervención del Estado es limitadísima. Es que no es posible, los retos que hay, incluso los retos objetivos –el reto medioambiental, por ejemplo– lo hemos creado todos, el riesgo lo hemos creado todos. La capacidad de intervención está destruida, muy limitada. Y eso va a generar una transformación del poder público estatal con unas dimensiones nuevas que necesitan tiempo. Y eso es complejo en el marco de una cultura política en el que todo es para mañana por la mañana, porque no hemos tenido estabilidad política. Hacen falta estrategias de tipo colectivo y eso en España está faltando. Solamente el nivel de colaboración del sistema sanitario español es espectacular, pero nadie lo dice. Solamente se dice que una determinada Comunidad Autónoma ha dicho que no va a cumplir, pero eso es una discrepancia en un escenario de una colaboración altísima que, por cierto, durante el proceso autonómico, nadie pensó que se iba a producir.

F.B.: El problema que yo veo también es que, como las decisiones cada vez son más complejas, hay que tener más variables. ¿Hasta qué punto la democracia perece ante una aristocracia del conocimiento? Y para colmo, se considera que el Estado de derecho queda incólume porque las decisiones basadas, al menos en apariencia, en ese conocimiento son controladas por los tribunales. Unos tribunales que se rigen así en una aristocracia judicial que no dispone de conocimientos técnico científicos. Lo estamos viendo con las dispares decisiones de los tribunales sobre las medidas contra la pandemia de la *Covid*. Las decisiones las puede tomar el Gobierno, pero tiene que estar asesorado. ¿Hasta qué punto están influenciados esos ejecutivos con alto conocimiento por otros poderes económicos? Se adoptan una serie de decisiones donde la deliberación del político cuenta poco y muchas veces cuenta pensando más que nada en términos electorales, pero lo cierto es que las opciones plantean en términos cada vez más técnicos y cada vez más inasequibles para los propios políticos. Así que dónde queda la democracia como participación de todo para deliberar, si para deliberar hace falta conocimiento y no sentimiento mostrado en un «me gusta» en las redes sociales. En suma, día a día el conocimiento está más sectorializado, y

es tan especializado que cada vez es más difícil hallar una compatibilidad entre la idea clásica de democracia y un conocimiento más aristocrático.

R.C.: Nosotros estamos trabajando en un proyecto de investigación del que forma parte un miembro del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Leonardo Álvarez, sobre el tema de cómo la forma de relacionar técnica y poder político está teniendo un efecto tremendo en la relación entre ciencia y derecho. Y cómo se está procesando esto, por ejemplo, en los trabajos parlamentarios, cómo está entrando en los tribunales en *la ratio decidendi*, y cómo está alterando el propio sistema de fuentes. Esto es una situación real que está ocurriendo en nuestras sociedades y en nuestros ordenamientos jurídicos.

F.C.: Está ocurriendo, y mucho. Enlazando con vuestras valoraciones, en la política se busca el criterio de autoridad para minorar el riesgo de una decisión previamente tomada, y justificar ante la opinión pública que no es meramente partidaria. La ciencia es, sin duda, un criterio de autoridad que, además, se nos presenta como políticamente neutro. El problema es que la ciencia no es unívoca, también compete y en cierto modo hace «su» política. Sin la discrepancia no habría ciencia y si se discrepa es porque hay posiciones controvertidas. Pero para la sociedad, «lo que dice la ciencia no es discutible», lo que resulta extraordinariamente útil para quien hace política. En ese contexto, quien gobierna, procura el respaldo de la ciencia porque, si algo sale mal han sido los ingenieros, los arquitectos, los médicos, en fin, los técnicos que saben, quienes decidieron, como si la opinión profesional científica fuese enteramente objetiva y neutra. A poco que uno escarbe, comprueba que en la buena ciencia existe un debate siempre inacabado acerca de lo que se es, que no excluye lo que se debe ser. Pero a la ciudadanía le parece que la ciencia es uniforme y a quienes están en la gobernanza pública les interesa incrementar esa percepción. La pandemia que sufrimos es un ejemplo típico. ¿Qué pueden decir los médicos sobre qué barrios se deben confinar de una ciudad? Sin duda, su opinión es importante para adoptar esa decisión desde una perspectiva de salud pública, pero concurren otros muchos factores que la política debe ponderar: si hay transporte urbano, qué nivel de personas vulnerables viven en ese lugar, qué ocurre con las escuelas, con los aprovisionamientos básicos, con los consumos de agua y electricidad... No parece que esos aspectos relevantes de la decisión los deba también adoptar un comité médico...

R.C.: Quería plantearos un tema distinto para el que no tengo explicación. ¿No habéis observado que hay una huida de los constitucionalistas de la presencia pública en medios de comunicación? A veces pienso que es porque hay colegas que aspiran a ser considerados para cargos, otras veces porque es una huida del foco mediático porque asusta, porque es un descontrol –dices una cosa y te editan y sacan una cosa distinta...–. A lo mejor es un conjunto de factores, pero me está llamando la atención la falta de valentía, que me incluye en primer lugar a mí, que huyo de los medios.

F.B.: ¿A qué le atribuyes eso? Yo creo que no es así. Hay muchos colegas que escriben, escribimos, en los periódicos. Cosa distinta es la calidad de esas intervenciones y el caso que se haga ellas desde las instituciones. También ha surgido la opinión en caliente, repentina, llevada por la inmediatez de las redes sociales, lo

cual tiene un doble sentido negativo. La falta de reflexión y la consideración de que, como cualquiera puede opinar sobre cualquier decisión jurídica, todas las opiniones valen lo mismo.

F.C.: Yo tengo, un poco, la sensación de Ricardo. Y más que nada, es por el impacto por que la crítica puede tener. Antes la crítica era, básicamente, una crítica razonablemente asumible, en el sentido de que el profesor que escribía en un diario o participaba en un programa de radio, etc., podía ser objeto de crítica por los colegas. Pero hoy las consecuencias suelen ser otras: tener el teléfono móvil inundado de mensajes, correos electrónicos llenos de descalificaciones y amenazas...y, si se hacen eco las redes sociales, la noticia acabará llegando a los medios de comunicación institucionalizados. La libertad de cátedra se enfrenta, fuera de la academia, con lo políticamente correcto y, a menudo, las opiniones del estudioso discrepan de las posiciones de colectivos sociales muy activos, con gran capacidad para hacer sentir su malestar, y que etiquetan de manera muy simple (política e ideológicamente), lo que solo era una reflexión más compleja vertida en un lugar equivocado. El riesgo de exposición es muy alto y además puede repercutir directamente en el prestigio intelectual o en la reputación personal del académico. Hace años, esto no ocurría con esa intensidad y, por tanto, el riesgo era más asumible.

R.C.: Además, eso queda para siempre. Una vez que estás catalogado, identificado como «aquel que dijo», eso te acompaña el resto de tu vida, porque además sigues estando en la internet, en la hemeroteca... que, además, igual no es ni lo que habías dicho realmente.

F.B.: Es que ya no se juzga lo que has dicho, si no a quien está favoreciendo y se te cataloga como intelectual orgánico. Y eso te descoloca. Yo, que estoy más o menos identificado en la órbita de Izquierda Unida, te opones a la oficialidad del bable y piensan que eres un traidor. Se mira todo en términos de militancia... no de lealtad intelectual, La libertad de pensamiento es peligrosa.

F.B.: Ya que sacamos el otro tema, creo que es importante también cómo se está coartando la libertad de expresión en aras del lenguaje políticamente correcto, que muchas veces es un lenguaje sesgado. Depende de cómo sean los colectivos que se sienten aludidos, Si tienen fuerza y presencia mediática, la crítica al políticamente incorrecto puede ser despiadada. Quiero decir que la libertad de expresión está ahora tan mediatizada por la influencia de grupos que han sido o que son vulnerables y que tienen ahora fuerza que cualquier cuestión que digas y que sientan que les afecta, saltan inmediatamente, inadmitiendo una crítica, una opinión... Se ha recorrido un camino peligroso acudiendo al código penal para criminalizar las críticas. La tipificación de los delitos de odio ha propiciado la autocensura, la penalización de la libertad de expresión y hasta el ridículo de ver cómo el Tribunal Constitucional califica la quema de retratos del Rey como un delito de odio.

R.C.: Hay un excelente libro de Víctor Klemperer, que explica la transformación del lenguaje en el proceso de ascenso del partido nacional socialista al poder. Ahí yo aprendí la importancia de cómo las transformaciones del lenguaje, en realidad, lo que encubre es un deseo –legítimo– de ocupar poder. El lenguaje como ariete del

poder. Si cambiamos el lenguaje, si damos un significado nuevo, estamos diciendo «déjenos irrumpir en los procesos. Y cuando lo hagamos, no se queje».

F.C.: El problema es que uno piensa a través de palabras.

R.C.: Y con la complicidad de la Academia. Me quedé impresionado que incluyen la palabra «zasca» en el diccionario, pero no puedes encontrar «neuroderecho», por ejemplo.

F.B.: Yo es que veo que hay, por una parte, una auto-censura, para no incurrir en lo políticamente incorrecto, pero, por otra, se combina eso con la acidez extrema que hay en las redes sociales. Te consideras impune en tu soledad y entonces se dicen auténticas barbaridades. Hay ese contraste entre lo público, el foro público tradicional de los medios de comunicación clásicos, y las redes sociales, que es un foro público virtual, de alcance universal, pero como te insertas en él desde tu ámbito íntimo y privado, que permite en apariencia el anonimato, te permites decir auténticas barbaridades.

R.C.: Ese es uno de los nichos de crecimiento de votos de VOX: la franqueza del lenguaje de las redes frente al lenguaje –digamos– artificial, de plástico, del lenguaje oficial que es siempre complejo y alambicado.

F.C.: Es que detrás de esos elementos externos, creo que hay un elemento más preocupante. En Europa –todo tiene su lugar de origen– y en los Estados Unidos, hay algunos derechos y libertades que, por así decir, comienzan a estar sobrevalorados. Me explico. No es que haya autocensura, en el sentido de «me reprimo y siento dolor por reprimirme, por no decir lo que quisiera decir, me encuentro mal conmigo mismo». No, no solo eso. Es que comienzas a encontrarte bien contigo mismo por haber acertado al callarte. Y esa autovaloración se ha interiorizado porque los costes por hablar son tales, que al final de modo inconsciente nos aproximamos cada vez más a esas democracias –digamos del sureste asiático– en las que se preguntan: libertad de expresión ¿para qué? Lo importante es poder hablar en las redes sociales desde el anonimato, tener un móvil, tener un trabajo, moverme, no tener líos con la gente: hacer lo que dicen, para poder hacer lo que verdaderamente quiero. En esta sociedad en la que el consumidor ha sustituido al ciudadano, los derechos tradicionales pierden parte de su fuerza y lo consentimos, no solo por el lenguaje, sino también por nuestra acomodación intelectual a las nuevas realidades.

F.B.: Como dije antes, el problema es que la autocensura viene dada también por la censura externa que impone la legislación. La regulación de los delitos de odio es tremenda. Cada colectivo tiene una autoestima extraordinaria y una piel finísima y a la mínima se dice que hay delito de odio. La libertad de expresión, que es básica para la democracia, acaba encorsetada.

R.C.: Vamos a criticarnos un poco, para algo en lo que no estamos de acuerdo. El caso de Estados Unidos tiene que ver con la crisis de una falsa imagen estadounidense. Tenemos una influencia de la imagen idealizada y cinematográfica de Estados Unidos; la gente cree que EE.UU. es Nueva York o Boston. No, Estados Unidos es otra cosa, que tiene mucho que ver con la gente que estaba en el Capitolio. En los medios de comunicación españoles, cuando hay elecciones presidenciales, no dicen

que a un Presidente con muchísimo apoyo puede haberle votado la cuarta parte de los americanos. Y eso es mucho apoyo, porque la participación puede estar en el 50%. Para empezar, en Estados Unidos, si no te apuntas, no votas. Y hay aproximadamente tres de cada diez americanos que nunca han votado. Lo normal en EE.UU. es que a un Presidente lo apoyen dos de cada diez. Y, sin embargo, lo tenemos como un ideal de democracia; hay que tener cuidado con las comparaciones, porque en general hay una ignorancia mediática tremenda. Hay muchas cosas en Europa que no tiene que ver con eso, para bien y para mal. Cuando aquí hay un problema social no es como en Estados Unidos. Allí lo resuelven rápidamente: ¿Cuántos marginados hay que crear? ¿20 millones? Pues se crean.

F.B.: No sólo eso, sino que, si molestan, pagamos al Estado de Chicago para que se lleve a los pobres de Nueva York.

R.C.: En el tema de los colectivos y el lenguaje, la cuestión es que la sociedad está fragmentándose en grupos cada vez más. Entonces, una persona es capaz de defenderse si es capaz de pertenecer a los grupos que le van a defender. Los gays, los transexuales, los pensionistas del País Vasco... por debilidad de las instituciones sociales y políticas, que antes agregaban esos intereses. Es una especie de medievalización de la sociedad. Si no perteneces a ningún colectivo, estás perdido.

F.B.: Los sindicatos ya no cumplen la función de antaño, porque la idea de la sociedad dividida en clases pertenece a una era analógica. La sociedad digital se fragmenta en grupúsculos marcados por hashtag o etiquetas. Los medios de comunicación clásicos han sucumbido a las redes sociales y, lejos de distanciarse e imponerse su sello de seriedad, hacen seguidismo. Han abandonado su misión de informar y se dedican a entretener. Invierten más tiempo en contar anécdotas de sujetos irrelevantes que en informar de los problemas graves de la sociedad. Los mil colectivos que se crean no pretenden participar; sólo que el Estado, las instituciones, atiendan sus reivindicaciones, como si otras no hubiera, a la vez que reniegan de la política y de los representantes. El Estado no se concibe como la organización política de la sociedad, sino como un seguro universal que debe atender todo tipo de reivindicaciones.

R.C.: Sensibilizando, pero no movilizándolo.

F.B.: La gente no quiere participar. El ejemplo más claro son las juntas de una comunidad de vecinos. Te estás jugando un aumento de la cuota mensual o una nueva derrama y pocos asisten a las reuniones de la Junta. Y esos mismos que no participan, son los que critican que no hay democracia, reniegan de la democracia representativa, y reclaman más democracia directa. Lo dicho, una parte importante de la sociedad no quiere participar y deliberar, sino que le resuelvan sus problemas y se siente atraída por grupos políticos que, beneficiándose de su representación en las instituciones, adoptan una posición de antisistema y prometen un cambio que permitirá asaltar el cielo o expulsar a los emigrantes para crear la arcadia feliz.

R.C.: ¿Y la Corona, ¿qué? [Risas].

F.B.: También hay otra cuestión: la inclusión en el capítulo de derechos fundamentales de otros derechos. Por ejemplo, ¿hay que incluir el derecho fundamental

a la vivienda? Y Está también el papel de los tribunales en la interpretación de los derechos, que acaban definiéndolos no en función de su delimitación constitucional, sino en el juicio que emiten ponderando los intereses en juego y aplicando un test de proporcionalidad que permite relativizar e incluso descafeinar los derechos.

Por otra parte es preocupante la judicialización de la política, no sólo de la vida política, sino también de las decisiones políticas y de la cada vez más ausencia de autocontención judicial. Parece como si los jueces y sobre todo los tribunales, no sólo el constitucional o el supremo, sino también los Tribunales Superiores de Justicia, fuesen los que deciden lo que es mejor para la sociedad. Su labor no es hacer justicia, sino ajustarse al derecho. Cuando una decisión controvertida sale adelante con el voto de calidad del Presidente del Tribunal y la mitad de votos particulares, algo falla en el sistema. En fin, estamos en una judicialización del sistema constitucional muy preocupante.

F.C.: No solo del sistema constitucional. Y esta es una opinión muy personal. Tengo la sensación de que, desde hace tiempo, el derecho que hacemos es el que el juez ordena. Los jueces nos dicen cómo tenemos que hacer las leyes, porque si no serán inconstitucionales. No solo los tribunales españoles, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Impongo desde el tribunal cómo tiene que ser el derecho, porque al final voy a tener que decidir sobre él. Desde la potenciación de la jurisdicción constitucional, por decirlo en términos generales, cada juez se considera ya un juez de la ley. No solo el Tribunal Constitucional, sino todos. Al final, desde la jurisdicción –y creo que la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del de Luxemburgo es muy notoria– se escriben los principios básicos del Derecho y se condiciona la capacidad para desarrollar la labor creativa y de innovación jurídica que corresponde al parlamento. Cuando se tiene que legislar, se ha de estar muy pendiente de las fronteras «jurídicas», porque ya se nos ha dicho por los jueces qué cosas no se pueden hacer, como si estos hablases siempre más allá del caso que han resuelto. La cosa juzgada hace tiempo que ha trascendido de las partes intervinientes en el proceso. Los titulares de las potestades de normación (Parlamento y Gobierno) han de moverse en el marco informal de las convicciones asentadas en el poder judicial que son necesariamente conservadores, pues los jueces no pueden actuar de oficio (a ellos los les llegan los conflictos, no los causan). Al poder legislativo le corresponde crear derecho, pero sujeto a un nuevo derecho de la tierra (impropio del modelo europeo continental) que solo los jueces conocen y que administran con la particular vara de medir del principio de proporcionalidad, según la comprensión que ellos mismos imponen de ese principio. El otro gran problema que aprecio es la confusión, muy española, entre imparcialidad e independencia. Estoy realmente harto de que se confundan sistemáticamente. Como ciudadano solo me interesa que, en mi caso el juez sea imparcial. Me da igual que la nómina se la pague el Estado, que lo hayan elegido otros ciudadanos, que tenga esa condición por haber ganado una oposición o porque fue seleccionado a través de otro procedimiento. Exagero, pero entiéndaseme bien: en España padecemos de *independentitis* judicial y no es de extrañar que una buena parte de la ciudadanía piense que el CGPJ es poder judicial.

F.B.: La independencia sólo solo está legitimada por la dependencia de la ley.

R.C.: La híper-presencia judicial en este tema, indirecta como has planteado, sobre la ley, es debida a dos factores. En primer lugar, a la híperproducción legislativa, que hace que la intervención del juez deba comenzar por construir una norma de aplicación que siempre va a ser compleja, que implica la interpretación de varias leyes, que además están articuladas mal, y hay que mantener la unidad del ordenamiento de modo extremadamente difícil... y eso va unido a la mala calidad de las normas. El último libro que hemos publicado en nuestro grupo se llama *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*. La tesis dice, en primer lugar, que cuando se habla de inclusión de derechos, todo el mundo está pensando en modificar la Constitución para reforzar determinadas posiciones jurídicas subjetivas (la vivienda, etc.). Eso en ningún caso puede alimentar la introducción de un nuevo derecho fundamental, porque introducir un nuevo derecho significa transformar el estado existente. Esa es la realidad: la subjetividad del interés que incorporas es irrelevante frente al hecho de que creas un nuevo espacio de delimitación para el legislador, activo y pasivo. Y por tanto, meter un derecho fundamental es delicado. En segundo lugar, introducir un hecho fundamental nuevo no refuerza necesariamente el interés que pretendes proteger, porque hay determinadas situaciones que por la vía de la política activa legislativa se protegen de manera mucho más eficaz. Incluso en algunos casos, al fundamentalizar el derecho, lo que haces es limitar su eficacia futura. Es un tema delicado: la dogmática alemana lo ha tratado mucho, pero en España es un tema que está asociado a que, si quieres proteger una cosa, hay que convertirla en un derecho fundamental.

F.C.: Es que la política de los derechos fundamentales no es solo legislar.

R.C.: Es un tema en el que creo que se ve claramente como los colegas estamos haciendo demasiadas concesiones a la ausencia del respeto a la dogmática, a la metodología rigurosa.

F.B.: A mi juicio los derechos fundamentales son fundamentales porque participan de la fundamentalidad de la Constitución, es decir de su superior posición en el ordenamiento jurídico, lo que les hace indisponibles a la libertad del legislador y lo que les dota de potencial eficacia directa. Si privamos a un derecho de esa eficacia directa no tiene sentido introducirlo en el catálogo de derechos fundamentales de una Constitución. Será mejor regularlo como un principio rector de la política social, como en la actualidad sucede con el derecho a una vivienda digna. Se puede regular el derecho a la vivienda como derecho fundamental, pero de manera coherente y con todas las consecuencias. Si no es así, es un engaño afirmar que por cambiarlo de sitio en un Constitución se obra el milagro de convertirlo en un derecho fundamental.

F.C.: Ese es el problema de los derechos fundamentales de configuración legal. ¿Hasta dónde respeta la configuración legal –digamos– la esencialidad, si es que eso existe, del derecho? El artículo 24 de la Constitución es fundamental, el acceso al juez. Pero después será la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que me diga cómo tengo que acceder. Sobre la constitucionalización de la vivienda no creo que sea imprescindible cambiar su regulación actual, pues,

como viene a decir Ricardo en relación con este particular derecho qué más da tener un principio rector que el legislador tiene que atender, que un derecho fundamental que siempre dependerá de la configuración que el legislador decida acometer, salvo que queramos reforzar la intensidad del mensaje político-constitucional en relación con la vivienda.

R.C.: Aquí vamos a discutir...

F.C.: Salvo por el valor político del cambio (de principio a derecho), que es algo muy importante.

R.C.: Lo que hace es simbolizar el problema, pero nada más.

F.B.: El derecho a la vivienda es un derecho social, de prestación, pero ello no impide configurarlo como derecho fundamental. También es un derecho social, prestacional, el derecho a la educación y nadie duda de su carácter fundamental. La indisponibilidad de un derecho fundamental por el legislador no quiere decir que no pueda regularlo. Un derecho de configuración legal no deja por ello de poder ser derecho fundamental. Lo que sucede es que el legislador, en primer lugar, está obligado a desarrollarlo, no es libre para decidir si lo regula o no y, en segundo lugar, debe regularlo respetando su contenido esencial y procurando su mayor amplitud compatible con los demás derechos y con la sostenibilidad presupuestaria. Lo que pasa es que se confunde el derecho a la vivienda con el derecho a ser propietario de una vivienda. Pero si el derecho a la vivienda es garantizar un techo, que nadie esté en la calle y que tenga derecho a una solución habitacional, se impone directamente por la Constitución una obligación al poder público y el derecho fundamental crea la expectativa jurídicamente exigible de tener un techo sin verse en la necesidad de estar viviendo en la calle.

R.C.: Según mi lectura de la dogmática astur-kelseniana sobre los derechos fundamentales dice que la esencia de un derecho fundamental es que se impone al legislador. Esa es la cuestión, se impone al legislador. En ningún sitio está escrito que proclamar un derecho como fundamental refuerce su eficacia, en absoluto. Hay derechos del capítulo tercero —el sistema de protección social, de Seguridad Social, sanidad, pensiones...— que tienen un nivel de eficacia que para sí quisieran algunos derechos fundamentales. Hay que saber qué técnica es la adecuada para cada uno. Los compromisos del Estado son muchos y son compromisos que pueden no estar configurados como derechos fundamentales y tener sin embargo una enorme eficacia.

F.B.: Pero si lo reflejas como derecho fundamental, gana más eficacia. Insisto, para mí, las características del derecho fundamental son dos: la indisponibilidad del legislador y la eficacia directa, porque la Constitución tiene eficacia directa, y el derecho es fundamental no porque sea un derecho humano sino porque participa de la fundamentalidad de la Constitución. El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar podía estar en el capítulo tercero, como un principio rector, pero el hecho de que esté situado en el art. 30 fue determinante. De hecho, se apeló a la necesidad de su configuración legal para demorar su eficacia, pero llegó el Tribunal Constitucional dijo que la Constitución lo concebía como un derecho fundamental

y que la pereza del legislador a la hora de desarrollar ese derecho no tenía por qué padecerla el ciudadano.

R.C.: Pero lo permite la naturaleza de ese derecho.

F.B.: Y los derechos sociales también. Es de configuración legal, pero...

R.C.: No es lo mismo.

F.B.: No puedes diferir libremente la eficacia del derecho.

R.C.: Lo difieres. Porque tú puedes configurar un derecho fundamental con eficacia directa cuando, como sucede con la objeción de conciencia, con decir «objeto el servicio militar» ya has ejercido el derecho y eso obliga al poder público. Pero tú preguntas: «mi casa, ¿dónde está mi casa?» La naturaleza del derecho, el objeto, es distinto.

F.B.: Pero es igual que el derecho a la educación: la educación es gratuita. Es de configuración legal, pero si el legislador no concreta los términos de la gratuidad, podría exigirse directamente la prestación y serían los tribunales los que la concretasen para hacer efectivo el derecho. La indisponibilidad del legislador quiere decir en este caso que no está a su disposición elegir cuándo le parece bien establecer la gratuidad de la enseñanza.

R.C.: Pero la complejidad regulativa...

F.B.: No la discuto, pero no es lo mismo que esté reconocido como derecho fundamental a que esté en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución.

R.C.: Dotarle de una eficacia real, yo discrepo.

F.C.: Alguien lo va a malinterpretar, seguro... Siempre me ha llamado la atención lo de la eficacia directa de los derechos, no por el efecto, sino por el argumento: tienen eficacia directa porque están en la Constitución. El derecho a la vivienda también está en la Constitución, aunque no es derecho fundamental. ¿Por qué no va a tener eficacia jurídica? ¿En esos espacios el legislador puede sortear la Constitución, porque hemos decidido que esos derechos no son fundamentales? Yo creo que sobre esto hay mucho mimetismo. La capacidad que tiene hoy el legislador para cambiar el sistema de pensiones en España es limitadísima, aunque no sea un derecho fundamental. No hay poder político, dada la tradición que tiene nuestro sistema de pensiones, que tome ese tipo de decisión. Ahí nos parecemos al Reino Unido, no hace falta Constitución escrita, da igual que no sea un derecho fundamental, pues, en la práctica, opera como si lo fuese. Como el caso de la sanidad pública universal y los intentos que hubo de limitarla. Hemos visto como hubo una reacción social rapidísima, sin necesidad de que fuese un derecho fundamental. Siempre me he preguntado –lo digo al hilo de las palabras de Paco– qué aporta la idea de la eficacia directa. ¿Estamos diciendo, entonces, que nuestros principios rectores pueden ser inconstitucionales en su regulación?

F.B.: No, el ciudadano solo los puede alegar en los términos que indique la ley, mientras que, si se trata de un derecho fundamental, no tienes que esperar a los

términos que disponga la ley, porque la pereza del legislador no la tiene por qué pagar el ciudadano.

F.C.: De acuerdo, pero ahora voy a lo que decía Ricardo: hay derechos que se prestan más a eso que otros. Las 72 horas de plazo de detención es muy evidente, no hay nada que desarrollar, pero hay otros que es muy difícil saber...

F.B.: Claro, hay que matizarlo. Si tú dices que el derecho a la vivienda es a tener un techo, a que nadie pueda estar en la calle, los ayuntamientos, las comunidades autónomas tienen que establecer un sistema de albergues... Pueden disponer de un plazo razonable para ello, pero no es una decisión política su implantación, sino un deber constitucional cuyo incumplimiento es sancionable. Si ante la falta de acción del poder público, un juez ordena que corra a cargo del ente competente el pago de una habitación en una pensión para un sin techo, seguro que no tarda el ente público en encontrar una solución para dotar de eficacia a ese derecho.

R.C.: Tendrán que legislar.

F.B.: Tendrán que legislar, pero están obligados a ello, y se puede demandar judicialmente su cumplimiento.

R.C.: Pero no transforma la realidad.

F.C.: El problema es definir que se entiende por techo y determinar que es un techo digno. ¿Cuándo es adecuado y proporcional y cuándo no? ¿Cuándo se respeta el contenido teóricamente esencial de ese derecho habitacional? Hay un elemento en que me parece que tiene razón Ricardo: no todas estructuras de los derechos permiten por sí mismos una igual constitucionalización y, no por ello, son menos derechos. Si lo recuerdo es para reforzar la posición jurídica de los derechos del Capítulo Tercero. Por cierto, yo no sé cuál es el contenido esencial de la igualdad, ni el de la libertad de expresión... Los constitucionalistas hacemos hincapié en esa garantía tan difusa mientras nos olvidamos de la relevancia del Capítulo Tercero: los principios económicos y sociales son Constitución y tienen una fortaleza jurídica que debiéramos tener mucho más presente.

R.C.: Es que hay que recordarse a uno mismo que el derecho es una técnica de mediación social. Nosotros no transformamos la realidad, no podemos transformarla. Al Estado le crea un compromiso como el que Paco plantea, partiendo de la base de que efectivamente un estado debe de garantizar eficazmente que no haya una persona que duerma en la calle, salvo que quiera dormir en la calle. En esto, estamos de acuerdo todos. Dicho eso, creo que es muy importante pensar en el riesgo que se corre cuando se fundamentaliza un derecho, si luego no se es capaz de satisfacer eficazmente. No me refiero a la eficacia jurídica, sino real, porque cuando no se es capaz de conseguirlo, se convierte en un elemento deslegitimador del propio estado democrático de derecho. Y eso es demoledor.

F.C.: Si me permitís, pongo un ejemplo –porque lo he vivido– que tiene que ver con la ley de dependencia y cómo se estructura. En el momento de regular esa materia había dos tesis. Una apostaba por enmarcarla en la Seguridad Social, con lo cual habría un título competencial del Estado, y se evitaba la dificultad de

coordinación de las CCAA y otra, a mi juicio más acertada, defendida por Pedro Solbes que, en su condición de Vicepresidente económico quién, pensaba que, si se introducía esa «bomba» en la Seguridad Social, no solamente se reducía la dependencia cuando hubiese que ajustar el sistema, sino que, además, se corría el riesgo de que la dependencia pusiese en peligro a la Seguridad Social. Le experiencia le ha dado la razón. Desde el punto de vista de la eficacia, seguramente era preferible ponerlo en el sistema de Seguridad Social. Pero desde el punto de vista del riesgo, lo acertado fue hacerlo así, porque sabemos que la política de dependencia se va cumpliendo, lentamente, y que habrá un proceso de transición hasta que el sistema funcione satisfactoriamente. Pero ese tránsito en ningún caso agravará la ya delicada situación de nuestro modelo público de pensiones.

R.C.: En la medida en que el sistema lo pones a demanda del usuario, hay una presión de demanda que lo convierte en más eficaz. Es lo que está pasando con la dependencia. Hay presión directa del administrado, luego llegan las elecciones...

F.B.: Pero una cosa es la eficacia jurídica y otra la eficacia política o social. ¿Qué presión tiene el que está en la calle sin techo? ¿Es una cuestión de presionar? No, yo creo que el Estado tiene que ser diligente y, por tanto, si es un Estado social de derecho, debería tener claro cuáles son las prioridades. es un problema de dignidad del propio Estado social establecer ese derecho a un techo como derecho fundamental y que no sea un *flatus vocis*.

F.C.: ¿Y si eso lo hiciésemos por una ley? ¿Una ley que reconozca, con carácter universal a cualquier persona que se encuentre en España, el derecho a tener un techo? Ya estás creando un derecho. Igual, lo que estamos demandando es la falta de regulación, es decir, el problema no es la no fundamentalización del derecho, sino su falta de regulación.

F.B.: Pero la Constitución, al concebir ese derecho como fundamental, está obligando al legislador a desarrollar ese derecho. Y de la otra manera, no.

F.C.: Hay un mandato en la Constitución que no se cumple, que se llama derecho a la vivienda. Es verdad que es un mandato al legislador y no un derecho fundamental como tu propones, Pero ¿cuál es el efecto directo de ese derecho en ausencia de ley? ¿puede el juez convertirse en legislador de la vivienda?

F.B.: En el Capítulo Tercero es un principio –tiene que haber una política de vivienda social– y en el otro es un derecho fundamental. Además, partís de la base de que el legislador incumplirá su mandato constitucional. Puede que sea así, pero el incumplimiento tiene constitucionalmente consecuencias y el derecho goza de amparo constitucional.

R.C.: Creo que podemos decir que están fijadas las posiciones. Es un problema de estrategia para conseguir el objetivo. ¿Hablamos del Poder Judicial?

[Risas]

F.C.: Pues venga, es algo muy necesario.

F.B.: Creo que es algo tremendo lo que está sucediendo, tanto en la organización del Poder Judicial como en la función que está cumpliendo el sistema judicial.

Los propios jueces tienen un problema muy importante. Parten de la base de que no tienen ideología. Cuando yo defendí mi tesis doctoral –la ideología del Tribunal Supremo– me dijo Entrena Cuesta: «pues aquí no hay objeto de tesis, esta tesis está fallida, porque los tribunales no tienen ideología». Y seguimos un poco con esa idea oficial, que contrasta con la idea periodística y partidista de asignar la etiqueta de progresista o conservador a un juez en función de algunas sentencias que haya dictado o de la procedencia de su propuesta de designación. A ello se une que se extiende la idea de que la independencia judicial consiste en ser un contrapoder del Gobierno y del Parlamento, de manera que se puede actuar impartiendo justicia de manera autónoma, libre, sin depender de la ley.

R.C.: Yo tengo la idea de que una de las cosas que ha propiciado la regulación constitucional del Consejo General del Poder Judicial, su práctica y la legislación posterior ha sido que el Poder Judicial, como poder del Estado, como estructura, tiene un nivel de autonomía que no ha tenido jamás en la historia de la justicia española. Curiosamente, eso convive con un debate sobre cómo se nombran los miembros del Consejo. Ahora mismo todo el flujo de ascensos y demás es una gestión interna que se articula de modo singular. La función de las asociaciones judiciales no es, como la gente cree, indicar candidatos para el Consejo, sino, por así decir, ordenar los ascensos más relevantes. El nivel de autogestión es llamativo, y tiene perfiles oligárquicos. Esto nadie lo dice.

F.C.: Y todo lo cubre una desinformación generalizada en nuestro país acerca de lo que es el Poder Judicial.

F.B.: Habla un ex ministro de Justicia... [Risas].

F.C.: Es muy dramático intentar explicarlo, por mucho que lo intentes... el Consejo General del Poder Judicial es un error del constituyente español, una institución que propuso Gregorio Peces Barba –que tomó de Italia– con muy buena voluntad y que solo tienen Italia, Francia, Portugal y España. En ningún otro país de nuestro entorno existe algo parecido; existe un Consejo asesor del Ministerio en política de nombramientos, que es algo completamente distinto, donde hay ternas y sistemas de designación completamente distintos. Eso es lo primero que habría que precisar, que el Consejo no es Poder Judicial y que además la existencia del Consejo es un lujo constitucional que tenemos cuatro países y que algunos, desgraciadamente, intentan copiar porque no saben el lío en el que se están metiendo. Voy a explicar una anécdota –como es personal os la cuento, creo que no lo he hecho nunca– que me pasó recién nombrado Ministro de Justicia. Estaba con el tema de la huelga de los jueces que había heredado, y en aquel momento Dati era la Ministra de Justicia francesa. Coincidimos en un Consejo Europeo y le dije que teníamos que hablar de ello, porque en Francia había un conato de huelga de jueces. Cuando ya habíamos fijado la reunión, cambiaron de Ministra de Justicia, nombraron a Michèle Marie, que era una historiadora y la fui a ver. Al llegar le pregunté: «¿Qué has hecho para frenar la huelga de jueces? Me encantaría saber qué medidas habéis adoptado, por ver si valen para España». Y me dijo: «Muy fácil, estimado colega, hemos expulsado a cuatro jueces de la carrera judicial». Mi respuesta fue: En España, ese Gobierno

caería a la media hora. Tras sonreír, añadió: «No sé por qué te sorprende, yo no soy jurista, pero qué más garantía quiere un juez que una decisión administrativa vaya a ser revisada por sus colegas jueces. Ya nos cuidamos de que sea justa y esté bien argumentada». Después de la entrevista, lo primero que hice al llegar a Madrid fue solicitar a mi equipo que me informase sobre cuántas decisiones del Consejo General, en materia disciplinaria, eran revisadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cada año. Para mi sorpresa, según el poder judicial, el órgano que más vulnera la independencia de los jueces en España, se llama Consejo General del Poder Judicial. Porque olvidamos que, al final, la última palabra la tienen siempre los jueces. Por tanto, qué sancione el Gobierno o que acuerde los ascensos en la carrera judicial, no es tan grave. Lo importante no es el quién sino el cómo. Si al final, el poder ejecutivo ha cometido una arbitrariedad o perturbado a un juez en su independencia la última palabra siempre será de los jueces. Entonces, ¿Qué garantía aporta el Consejo salvo el corporativismo, el autogobierno y generar endogamia dentro del sistema?

R.C.: Eso es lo más grave. No tenía ni idea de esto hasta que, hace muchos años, por una casualidad me encargaron el estudio de cómo se organiza el Poder Judicial en Europa. Entonces me di cuenta de lo que has dicho, Fran. Y a mí, lo que más me preocupa de todo esto es lo siguiente: no hay una invitación al ejercicio de la independencia judicial en el sentido que ha dicho Paco, porque un juez está muy condicionado por las perspectivas que se crea de ascenso profesional. No digo que eso modifique sentencias, ni mucho menos, pero adoptan posiciones digamos de política judicial interna. Y eso tampoco sucede en otros países porque, efectivamente, la dependencia fundamental es –obviamente con una serie de garantías– de los ejecutivos. Y cuando hay órganos asesores o de consejo ocurre que son de una composición extrañísima, por ejemplo, incluyendo periodistas que les asesoran sobre cómo se perciben las decisiones en los medios de comunicación... Me llamó mucho la atención, pero se corresponde con poderes judiciales que tienen una larga evolución, porque no olvidemos que aquí, hasta hace poco, había Magistrados del que nunca habían estudiado la Constitución para su formación por pura cronología, salvo que ellos quisieran estudiarla voluntariamente con posterioridad tras promulgarse.

F.B.: Pero ahora se ha recurrido al Consejo de Europa para que dé la razón al PP... se ha buscado un argumento internacional para avalar que el Consejo tenga que ser autogestionado por los jueces.

F.C.: Y qué decir de la Fiscalía, otra vez las voces críticas denunciando su dependencia. ¿Alguien, salvo el caso italiano, conoce un Ministerio Fiscal que no dependa de algún modo del Ejecutivo? ¿Es que, como parte de un programa electoral o de gobierno no es posible comprometerse con intentar prevenir y reducir la comisión de determinados delitos? ¿Acaso la ejecución de la política criminal de un país es algo ajeno a la política y deben desempeñarla funcionarios públicos que no responden ante la ciudadanía? Ya no digo que sea como en Suecia o los países nórdicos, donde la Fiscalía la asume en gran parte la propia policía. No llego ahí, pero nuestro sistema es tan válido como el que tiene cualquier país democrático. Siempre podrá ser mejorado, pero es tan válido como cualquier otro.

R.C.: Yo voy a decir una cosa provocadora. Creo que los fiscales, que como sabes tienen la misma oposición que los jueces, en el funcionamiento y en el sentido de independencia que ha dicho Paco, ahora mismo no tienen nada que envidiar en cuanto a independencia de los jueces, a pesar de la dependencia funcional.

R.C.: Yo voy a decir una cosa provocadora. Yo creo que los fiscales, que como sabes tienen la misma posición que los jueces, en el funcionamiento y en el sentido de independencia que ha dicho Paco, ahora mismo no tienen nada que envidiar en cuanto a independencia de los jueces, a pesar de la dependencia funcional.

F.C.: Claro que no. Una cosa es la independencia en el proceso, y otra es ejecutar la política criminal cuyo diseño corresponde al Gobierno. No se trata de importar el modelo de los Estados Unidos de América, donde el Fiscal General es el Ministro de Justicia, pero, sin llegar a esos extremos, no podemos ser tan ingenuos como para pensar que la persecución de los delitos es cosa de funcionarios, al margen de la opinión pública y la legitimidad democrática.

F.B.: Tenemos un problema, porque existe una ignorancia sobre lo que es la división de poderes y la independencia judicial. El problema básico es un problema de ignorancia, con réditos partidistas. El otro problema es la «lotización», el reparto de la composición del Consejo General del Poder Judicial y del TC entre los partidos políticos.

R.C.: El término «lotizzazione» tiene en Italia un desvalor político, claro, que no comparto. Pero yo no estoy en contra de que las fuerzas políticas parlamentarias tengan una función como la que tienen, según la legislación vigente, en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional y demás. No estoy en contra de eso. Yo estoy en contra de que el procedimiento subvierta la regulación legal, porque cuando se dice que las fuerzas han llegado a un acuerdo para designar... no es verdad. El acuerdo consiste en dos cosas. Primero, acuerdan que no se van a vetar unos a otros. El objeto de acuerdo, por tanto, no son las personas. Y, en segundo lugar, el segundo objeto de acuerdo —espero que no se moleste nadie— es que, como efecto de ese pronunciamiento y del acuerdo, hay personas que automáticamente pasan a ser juristas de reconocido prestigio; personas que tal vez antes no eran consideradas así y que lo son como consecuencia del acuerdo de nombrarlo.

F.B.: Es que la Constitución, cuando exige mayorías de tres quintos, es precisamente porque quiere un principio de mayoría cualificada y los partidos lo acaban convirtiendo en un criterio proporcional; además, con el agravante de «tú no le pones veto a los míos y yo no me opongo a los tuyos, aunque no me parezcan dignos del cargo», ése es el nefasto reparto proporcional. Y lo que tendría que ser es: «yo propongo a unos candidatos que, aunque los propongo yo, no tendrás inconveniente en ellos porque son de reconocido prestigio y su categoría profesional está por encima de su orientación política». Y tiene que ser una decisión de consenso, de que todos son buenos para todos. La última renovación del TC es el ejemplo más claro de la perversión a la que se ha llegado.

R.C.: Y claro, para este procedimiento de no veto mutuo, es muy tranquilizador que sean miembros del Poder Judicial..., los académicos tienen algo de incontrolable.

F.B.: Y además, escriben en los periódicos o, si no, en revistas científicas. Y así se dice: se ha pronunciado sobre el aborto, ha de abstenerse y no participar en la decisión... Cuando le dijeron a Böckenförde que había escrito sobre la Iglesia, dijo: precisamente por eso soy el más cualificado para redactar una sentencia sobre la materia e incluso ser el ponente. ¿Qué dice usted, que no puedo participar si soy yo el entendido en esta materia?

R.C.: La raya se fijó con Pablo Pérez Tremps... con eso entramos en *terra incógnita*...

F.C.: Ahora estamos viendo las consecuencias...

F.B.: Y lo que se avecina ahora, porque con los últimos nombramientos...

R.C.: Ahora ya no pasa nada, Paco, únicamente habrá un incremento en la recusación de partes procesales...

F.C.: El Tribunal Constitucional dirá que no a esas recusaciones y en paz. A la gente lo que diga el Tribunal hace tiempo que ha dejado de sorprenderle.

R.C.: No, no nos inquieta. De hecho, gran parte de nosotros hemos perdido motivación para leer sentencias del Tribunal para no sufrir demasiado...

F.B.: Pues si os parece, dejamos aquí el asunto... Gracias a los dos por participar en este coloquio informal.

**DIÁLOGO ENTRE BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ (B.R.R.),
PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA Y RUTH MESTRE I MESTRE
(R.M.M.), PROFESORA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA⁽¹⁾**

R.M.M.: A mí me gustaría que, siendo constitucionalista, comentaras cómo ves la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el confinamiento y el estado de alarma. Yo no he entendido nada, desde la perspectiva del razonamiento jurídico, de lo que explicamos nosotras en clase –que las sentencias no tienen que generar alarma social, que hay que interpretarlas desde el principio de coherencia, que han de tener un sentido...– yo no se lo encontré por ningún lado...

B.R.R.: Yo la sentencia que mejor he leído es la del primer confinamiento. ¿Te acuerdas, Ruth, que cuando nos vimos en Madrid [para el Congreso internacional «Las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades»], ¿tú me preguntaste entonces si estaba de acuerdo? Te dije que lo estaba, y que yo habría ido más allá... A mí me parece que el Tribunal Constitucional quiere mantener un equilibrio imposible entre el respeto al apoyo social tan fuerte a esas medidas, unido al hecho de que quien presentaba el recurso era Vox, y la conclusión de que no eran medidas de limitación de derechos, sino medidas suspensivas.

La única experiencia que tenemos en suspensión de derechos fundamentales es en el marco del art. 55.2 de la Constitución, la suspensión individual en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Y si algo deja claro aquí la jurisprudencia es que la suspensión de un derecho no lo elimina, sino que es simplemente una limitación a la que se le permite ir un poquito más allá, siempre que se justifique su proporcionalidad... Por ejemplo, cuando la legislación antiterrorista quiso extender la detención preventiva durante una semana, el Tribunal Constitucional dijo que una semana era

(1) Este texto es la transcripción a partir de una conversación mantenida a través de Teams entre las profesoras Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Mestre i Mestre, a partir de algunos temas propuestos por María Valvidares, si bien sus intervenciones solo se reflejan (MV) cuando ha sido considerado oportuno para unir la transición entre temas. La transcripción ha sido revisada por Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Mestre i Mestre. Se ha intentado respetar al máximo el diálogo original, lo que se refleja en el tono más coloquial de algunos pasajes.

una barbaridad incluso en un contexto de suspensión, y el límite absoluto se estableció entonces en 5 días como máximo. La idea de que la suspensión de derechos no elimina el derecho ya está en la jurisprudencia del art. 55.2, y hay que entender que es aplicable al art. 55.1 CE.

Pero es que el estado de alarma ni siquiera permite la suspensión de derechos. En el primer estado de alarma se impuso un confinamiento domiciliario estricto que supuso una suspensión del derecho de libre circulación, y que sin embargo contó con amplio respaldo social. El Tribunal busca un equilibrio y dice que efectivamente ese confinamiento no supuso una limitación sino una suspensión del derecho, por lo que para imponerlo se tendría que haber declarado un estado de excepción; pero dicho eso no plantea que fuera desproporcionado, cuando a mí me parece que fue de una desproporción brutal. Desde distintos puntos de vista. Lo fue confinar domiciliariamente a todo el Estado español durante dos meses, sin matices... Habría entendido un primer confinamiento general de dos semanas para valorar la situación, pero no me digáis que era imprescindible –en el sentido técnico del principio de proporcionalidad– la extensión a dos meses a todo el Estado con independencia de la incidencia de la pandemia por zonas, y con independencia de circunstancias socioeconómicas, de la incidencia en barrios marginales con alta densidad de población por vivienda. Y no me digáis que era imprescindible que no se pudiera hacer deporte al aire libre, en solitario; o que los niños no pudieran pisar la calle... Sobre eso el Tribunal Constitucional pasa por encima. La única conclusión a la que llega es que, efectivamente, el confinamiento domiciliario fue una suspensión del derecho de libre circulación, y eso es algo con lo que estoy de acuerdo. El uso de la mascarilla, el toque de queda... estas son limitaciones del derecho, que habrán de pasar por un juicio de proporcionalidad, pero son eso, medidas que limitan el derecho. Ahora bien, no moverte de tu casa salvo por motivos justificados tasados, eso es –en mi opinión– una suspensión como la copa de un pino. Pero es que, además, las medidas de suspensión también tienen que pasar el filtro del juicio de proporcionalidad –porque la suspensión no elimina el derecho– y eso el Tribunal no lo llega a elaborar. Por eso creo que esa sentencia se queda corta. Esa es mi lectura de la primera sentencia: para mí, lo que nos hicieron en el primer estado de alarma es una quiebra del Estado de derecho, del *rule of law*.

R.M.M.: Fue durísimo y visto ahora –tú ya estabas diciendo que esto era una barbaridad, me acuerdo– lo que veo es que, en el momento en el que se dicta la sentencia, no hay remedio posible. Esta sentencia no soluciona, ni repara... porque hacia atrás ya no había nada que hacer... Desde este punto de vista, digo, no desde el razonamiento abstracto, en su torre de cristal (yo ese razonamiento lo puedo entender), pero la oportunidad social y política de la sentencia, que creo que también la tiene que tener, no la vi por ningún lado.

B.R.R.: Yo sí la veo, en el sentido de que esto no puede volver a pasar. Esto es lo que a mí más me preocupaba, que sentásemos un precedente... Esto ha pasado con el Gobierno más progresista de nuestra historia democrática contemporánea. Imaginaos esto en las manos de cualquiera. Toda la progresía ha estado respaldando

a este Gobierno, mientras yo estaba temblando, pensando no sabemos lo que estamos haciendo... Ha apoyado también el auto del Tribunal Constitucional que avaló la prohibición de una manifestación convocada para el 1 de mayo, con respeto de las medidas de seguridad, apelando al derecho a la vida en términos de máximos... estando pendiente una sentencia sobre el derecho al aborto... ¿estamos locos? De verdad que no sabemos lo que estamos haciendo... Es que jugamos con consensos tácitos. No se puede decir que cualquier situación que pone en peligro la vida justifica así sin más una suspensión de derechos, porque entonces *apaga y vámonos*. Y nuestra posición no puede depender de si quien suspende derechos nos es afín o no. Así que veo útil la sentencia, pero me parece que el Tribunal Constitucional debería haber ido más lejos, la sentencia debería haber tenido un contenido didáctico y, sobre todo, haber dicho que esto fue desproporcionado.

Lo peor es que los poderes públicos no nos ofrecen ni una maldita aproximación en positivo a la salud. No hay más que restricción de derechos y vacunación, no ha habido ninguna reflexión colectiva sobre cómo reforzar nuestro sistema inmunológico, cómo mejorar la dieta infantil en los colegios, etc., ni sobre otro tipo de medidas de emergencia, que hubieran podido venir de la mano de poblar la España despoblada, donde hay aire libre, donde hay aire puro... algo en positivo, ¿no? Son todo medidas restrictivas, que estamos aceptando bajo la amenaza de perder la vida. Yo lo vivo fatal, lo vivo como el inicio de una distopía, como un ensayo en control colectivo que se nos va a venir encima y, además, con el agravante –para mí– de que la está fraguando un Gobierno progresista con apoyo de la progresía...

El Estado se convierte en más autoritario sobre una base moral que parece poco discutible –el derecho a la vida y a la salud– pero impuesta al margen de toda proporcionalidad y mesura, de respeto por el Estado de derecho, y protegida con medidas que nos hacen más dependientes del Estado. En Alemania, al día siguiente estaban reformando la legislación de emergencia. ¿Por qué aquí no? ¿Y por qué no una reflexión profunda sobre nuestro sistema sanitario? Yo escribí una cosita para una publicación ecuatoriana... y averigüé que hasta 2018, éramos el país que más antibióticos consume toda la Unión Europea y seguimos siendo uno de los países que más fármacos consume del mundo, tenemos niveles de obesidad también en los top de Europa... No me extraña que tengamos el sistema inmunológico deprimido. Creo que la situación merece una reflexión sobre qué diablos está pasando con nuestro sistema sanitario, con la atención primaria, pero también con nuestra aproximación a la salud. Se trata de –en lo posible– trabajar en una línea y en la otra, protegernos pero al mismo tiempo reforzar nuestro sistema sanitario y nuestro sistema inmunitario, que se fomente la atención primaria y al mismo tiempo una dieta sana, el deporte... ¿cómo se pudo prohibir el deporte al aire libre cuando más lo necesitábamos? A mí me parece una locura, y realmente me asusta mucho que esto se esté digiriendo tan bien. Estamos entrando –así, con mucha vaselina– en una distopía autocrática de cuidado-control, una especie de despotismo ilustrado: vamos a cuidar la vida, pero todo a base de medidas represivas y haciéndonos cada vez más dependientes del Estado por las medidas de ayuda. Medidas represivas y medidas de ayuda... no sé, me genera mucha inquietud.

Y la sentencia del Constitucional... yo estoy de acuerdo en el fallo, pero me parece que también Tribunal Constitucional está muy descolocado con este tema... y los votos particulares, a mí no me convence tampoco ninguno. Critican lo que es muy criticable, claro: el Tribunal Constitucional no puede proponer un estado de excepción, que es lo que hace toda la sentencia. «Tenía que haber sido un estado de excepción», dice. No, es que no tenía que haberse impuesto un confinamiento domiciliario como el que tuvimos.

R.M.M.: Yo comparto muchas de las cosas que dices... aunque también me da risa que en cualquier tema te salga la vena *antipunitiva* que tienes tan integrada. Me encanta. Sí, yo creo que cuando el confinamiento hubo un momento en que todo el mundo esperaba que hiciésemos esa reflexión colectiva, también desde el ecofeminismo... Íbamos a plantearnos el cuidado, y la conciliación, íbamos a plantearnos otro modo de vida. Ahora todo esto ha desaparecido y, como tú dices, solo estamos entre medidas restrictivas y ayudas. Y también hay mucha improvisación, no se están cambiando las normas para decir «a partir de ahora vamos a hacerlo así». También me alucina que, a pesar de que decíamos que la pandemia y el confinamiento habían sacado a la luz muchas vergüenzas que se habían hecho evidentes, cosas que algunas ya sabíamos pero otra gente no, mi sensación es que estamos igual o peor... O sea que con todo lo que habíamos denunciado sobre el trabajo doméstico, no ha pasado absolutamente nada; el trabajo sexual, no ha pasado absolutamente nada; conciliación, no ha pasado absolutamente nada; las *kellys*, pues han rescatado ellas el verano cobrando cuatro duros. Eso sí que me deprime mucho, porque en lugar de haber sido una oportunidad de mirar las cosas de otra manera, se están confirmando las peores dinámicas.

B.R.R.: Eso que dices, a mí me recuerda todo el impulso, el entusiasmo que nos entró en el 15-M, y mira cómo estamos... era una cosa maravillosa... «lo llaman democracia y no lo es», «no nos representan», «democracia real»... Yo que estaba trabajando la participación política veía con ilusión esos partidos nuevos tan impregnados de participación, y fíjate cómo estamos... últimamente repito mucho la frase de Michelle Bachelet cuando dijo algo así como que «si una mujer entra en política, la política la cambia, pero si entran muchas, son ellas las que cambian la política». Pues no. Entran muchas mujeres, o muchas caras frescas con aires de reforma, y también la política las cambia a ellas. Eso se agrava si, con la pandemia, se nos aísla. Una de las cosas que más me preocupan últimamente, relacionada con las reformas impulsadas por la ley de libertad sexual, es la erosión de cualquier atisbo de solución comunitaria...

R.M.M.: De colectividad.

B.R.R.: Sí, sí, eso, por la puerta de atrás, van y te lo quitan. Apelando a otras cuestiones, otros valores, la moral –al pánico moral–, a la mojigatería... el resultado es una sociedad de personas cada vez más aisladas, más dependientes del poder público, con menos mecanismos de comunicación entre sí –ya en el contacto físico– es una cosa muy tremenda. No sé qué fuerza tiene todo el aparataje institucional para que, con tantas mujeres en política, con dos partidos que se suponían nuevos, cada uno con su perfil, pero que iban a impulsar una renovación... pues aquí sigamos.

R.M.M.: Yo veo la deriva individualista que dices, sí que la veo... mirando, por ejemplo, la ley de libertad sexual.

No sé si sabes que hace dos semanas un profesor de mi departamento mató a su novia.

B.R.R.: No lo sabía.

R.M.M.: Sí, estamos en estado de shock. Mira la cara que se te ha quedado. Pues así estuvimos toda la semana y más... Vas a clase y les dices a los alumnos que un compañero de tu departamento ha matado a su novia, ¿no? Un profesor. Brutal. Brutal, sí, pero todas las explicaciones y todos los comunicados, todo, se centró en lo individual. Pues si este caso no nos permite sacar lo estructural de la violencia, ¿qué caso nos lo va a permitir? Que si había drogas, que si debía dinero... es muy fuerte. Pero todos los comunicados de mi universidad hablaban de la víctima, destacando que había sido antigua alumna nuestra, pero nada acerca de él, también antiguo alumno nuestro.... ¿Cómo puede ser que no digáis nada de él y que no digáis nada de lo estructural? Otra vez a la explicación de «a este individuo le pasó algo», como si este caso fuera distinto del de los otros, porque claro, éste es uno de los nuestros y «se le ha ido la pinza»... Todavía me produce terror, pero haberlo enfocado así me parece que es un error grandísimo. Y veo eso cada vez más.

Con lo de la ley del «solo sí es sí» también, lo mismo, no vamos a ver cuáles son las condiciones para que las relaciones íntimas sean igualitarias, no vamos a dar educación, no vamos a permitir pornografía transfeminista... todo eso no. Solo es que tú tienes que saber exactamente lo que quieres en cada momento, lo que te apetece, lo que no... Esto es otro invento sueco. Suecia se ha inventado la «violación por negligencia», que me parece una burrada, me lo tienen que explicar.

B.R.R.: Violación por dolo eventual.

R.M.M.: Claro, como si ella no te lo acabó de decir clarito. Es que así ella también es responsable...

B.R.R.: A lo que me refería al hablar de lo individual en relación con la ley de libertad sexual es a la penalización de la tercería locativa en el marco del trabajo sexual... Hay un documental que os recomiendo, que se llama *Triana pura y pura*, sobre un concierto que dieron los antiguos gitanos de Triana en el Teatro Lope de Vega aquí en Sevilla. Todo esto trae causa de que los echaron de Triana. En los años 50, Franco los echó; eso me imagino que pasaría en más ciudades. Llevaban ahí cuatro siglos y aunque había habido pragmáticas que los habían perseguido, siempre habían vuelto a Triana. Pero van y los echan, y los meten en polígonos donde están ahora, que son polígonos de barrios marginales, cuando ellos estaban integrados, tenían trabajo...

R.M.M.: Vivían en el centro de la ciudad.

B.R.R.: Sí, vivían en el centro de la ciudad, sus hijos estaban escolarizados... y toda esa zona se revaloriza —estamos hablando de los años 50—, se les echa para vender las casas y se les da un piso —no se les deja en la calle, se les da un piso...—.

A mí, lo que se me quedó grabado del documental no es tanto que se les echara, sino que destruyeron un modo de vida. Vivían en corrales de vecinos...

R.M.M.: Ese es el caso de Yordanova y otros contra Bulgaria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que Sofía se quiere comer el barrio de la ciudad en el que viven todos los gitanos. Y el Tribunal le dice que si lo que le molesta al Ayuntamiento es que el barrio está sucio, que es insalubre, que le preocupa el turismo... lo que tiene que hacer es dar servicios al barrio, pero no expulsarlos. Y los trata como comunidad, como modo de vida. Dice «esto es un grupo». Es buenísima esa sentencia. Bueno, sabes que el Tribunal Europeo siempre te deja como con mal sabor, al final, pero tiene cosas buenas.

B.R.R.: La voy a buscar. Triana es un barrio central, un barrio turístico, eran casas buenas, casas antiguas que se renovaron y se vendieron... estamos hablando de los años 50, cuando se hicieron barbaridades urbanísticas aquí, porque había que reactivar la economía. Cuenta mucha gente en el documental cómo llegaban a casa y siempre había alguien que tenía comida hecha. Si tú ese día no había ganado nada, pues siempre había alguien que tenía comida hecha, y se reunían a cantar y bailar flamenco... Pero los echaron y los aislaron en pisos en barrios lejos del centro de la ciudad que son, de manera crónica, barrios marginales de Sevilla... algunos empezaron a trapichear con droga...

Os cuento esto porque no puedo remediar trazar la conexión con la penalización de la tercería locativa, que elimina la posibilidad de que las trabajadoras del sexo se apoyen viviendo juntas, agrupándose en cooperativas... Son acciones que pueden parecer desconectadas, pero que para mí responden a una misma lógica... Me leí hace poco el libro de Erik Olin Wright, *Cómo ser anticapitalista en el siglo XXI*, y es interesante, no estoy de acuerdo con todo, pero es interesante... Habla de la importancia de las dinámicas de resistencia al capitalismo, de resistencia y de minimización de daños, incluida la opción por modelos de vida colectivos... pues cuando algún colectivo las adopta, llega una norma –sea franquista en los años 50, o sea ahora, en aras de la probidad pública– y las elimina. Me apunto el caso, Ruth, lo leeré con más calma porque creo que esto se merece una reflexión más estructurada...

M.V.: Dado que ambas habéis tratado mucho los temas de las identidades, los derechos de los grupos, la opresión y la subdiscriminación, me gustaría preguntaros por algunas de las críticas que, desde posiciones de izquierdas –diría tradicionales–, se hacen a las reivindicaciones de lo que tal vez podamos llamar, para entendernos, «nuevas identidades». Por un lado, se avisa del riesgo de la fragmentación de las identidades; y por otro, al menos una parte de las mismas son descalificadas al ser presentadas como un nuevo éxito del neoliberalismo, relegándolas a la categoría de «deseos» pero no de derechos –negando con ello toda legitimidad a sus reivindicaciones–. Esto es particularmente evidente en el caso de los derechos de las personas trans. A mí me preocupa, en general, la negación de sus derechos, y en concreto, el que a menudo dicha oposición se manifiesta apelando a una determinada concepción binaria de la biología que nos acaba resituando en un plano esencialista...

B.R.R.: El reto de reivindicar lo común es que lo común no te coma. No se trata de zambullirnos en teorías comunitaristas en las que la identidad individual se diluye en la colectiva. Se trata de hacer valer la autonomía también a través de lo comunitario, de tener conciencia de que la autonomía relacional nos nutre, pero siempre con la autonomía en el centro. Por ir al núcleo del tema de lo que decías, María, a mí me parece que la izquierda, en este país, tiene muy clara la justicia redistributiva, pero no tiene nada clara la justicia de reconocimiento. Nada. Ahí se pierde y cree que la una va a venir a restarle a la otra, que va a ser una fuente de privilegios, también socioeconómicos. Tienen las categorías de clase muy bien arraigadas, pero no las categorías de reconocimiento –que necesariamente tienen un pellizco de colectivo, porque al ser categorías, sean mujeres, trans, o lo que sea– te identificas con algo más grande que tú, pero eso no tiene que venir a restar tu capacidad de autonormarte, pero me lo encuentro un montón de veces.

R.M.M.: Cómo me alegro de estar aislada... [risas].

B.R.R.: Creo que la justicia de reconocimiento, ni a nivel personal ni a nivel territorial tiene, en este país, un apoyo sólido de la izquierda.

R.M.M.: Sí, yo estoy de acuerdo. Y respecto de la participación, tampoco lo acaban de entender... Sobre lo del neoliberalismo y las identidades, fíjate que esa idea de que lo *trans* es también una moda más del neoliberalismo se parece mucho a lo que dicen cuando las trabajadoras del sexo reclaman derechos, que parece que es porque ellas también son neoliberales. Es decir, no es que estén todavía en el siglo pasado pidiendo derechos de ciudadanía, sino que ya nos han adelantado... Es surrealista como lectura. Pero creo que el problema es, también, que se confunden muchas cosas. Por un lado, parece que estamos hablando de identidades y esencias. Luego, desde determinados lugares se habla de grupos y de grupos vulnerables, de manera que las injusticias van o a lo individual –lo que os contaba de mi compañero que mata a su novia, se hace una lectura individual– o a los grupos vulnerables. Así, se dice que ahora todas las mujeres somos un poco vulnerables frente a las mujeres trans, que nos van a quitar todo lo bueno de las políticas públicas... Hablan de grupos vulnerables, de las gitanas, por ejemplo, mezclando ahí la identidad con el grupo, sin hacer referencia en ningún momento a qué nos hace vulnerables. En todas estas lecturas, nunca aparece el sistema de dominio que es responsable de que la gente esté en posiciones de desventaja, en una posición social de jerarquía donde ocupan el último escaloncito. Y creo que aquí tampoco se hace esa lectura, esa perspectiva sistémica, de sistema de dominio, cómo se cruzan esos sistemas de dominio, de cómo te van poniendo en el peor lugar social... Desde luego, desde la izquierda esa lectura no se hace, ¿no? Yo no veo que haya una unión clara, por ejemplo, en contra de la ley de extranjería y las consecuencias de la ley de extranjería en todos esos problemas que dicen que son identitarios. O de todas esas vindicaciones que serían una moda del liberalismo. Entonces, me parece que ese análisis de qué hace que determinadas personas sean vulnerables y cuál es la responsabilidad del Estado, o del sistema económico, en esa creación de la vulnerabilidad, se elimina. Al final, nos dicen que «esto es lo que hay» y sobre eso se pone un parche. No, perdona, el problema está en esas estructuras que mantienen estos sistemas de dominio, los recrean, los multiplican y permiten que sigan siendo operativos.

B.R.R.: Si, es lo que tú dices, se esencializa la vulnerabilidad, que no se entiende como fruto de una dinámica social... entonces, en esa lógica, puede tener sentido que se diga que esto es fruto del neoliberalismo, en la medida en que pasan por debajo del radar todas esas dinámicas.

R.M.M.: Claro, pero es fruto del neoliberalismo que no lo veamos... Que no veamos a quien quiere salir de la situación en la que está debido a un sistema...

Por eso es tan chulo el librito de Fraser, Bhattacharya y Arruzza, *Manifiesto de un feminismo para el 99%*, en el que dicen: Vale, el 1% estáis ahí –que, al final, son también las que en nuestro Estado han llegado al poder, ¿no? Y el feminismo «patanegra», que son las que nos dan el carnet de feminista–, tan preocupadas por el 1%, que es vuestro techo de cristal, las cuotas, el poder –no sé muy bien para qué–; y todas las demás, que estamos en otras dinámicas, con otros problemas, en otras lógicas, y preocupadas por esa deriva... Ya no solo por la deriva punitivista del feminismo, sino en general, por esta deriva distópica que decías tú, Blanca...

B.R.R.: Sí, yo no he oído al feminismo «patanegra» hacer ningún tipo de reflexión sobre... vamos a dejar el trabajo sexual de lado..., pero las *kellys*, las trabajadoras domésticas...

R.M.M.: Nada, nada, no les preocupa...

B.R.R.: O las mujeres gitanas mismo, no forman parte de su discurso, no les interesa. Estamos en la violencia de género, sobre todo en la medida en que acaba en asesinato, y la brecha salarial... es decir, la situación de las mujeres que ya estamos dentro. Que no digo que no haga falta...

R.M.M.: Por supuesto, es importante.

B.R.R.: Si sí que estamos en situación de subdiscriminación todavía, claro que sí, pero... a mí me gusta mucho una expresión que he oído utilizar a Marina Echeverría, Catedrática de Derecho Mercantil de Valladolid, que habla de ecosistemas: los derechos son ecosistemas. No nos damos cuenta desde el feminismo de cómo rescatar todos los márgenes solo puede servir para mejorar la situación de todo el mundo, de cómo la propia brecha salarial se alimenta de que sigamos excluyendo a esos colectivos invisibilizados. La idea del ecosistema me parece que es muy bonita y que es verdad, que es así.

R.M.M.: Claro, es que mientras haya un colectivo de mujeres, como las *kellys*, que el sistema dice que no nos importa lo que les pase, pues al final afecta a la posición de todas las demás.

B.R.R.: Sí, o a las trabajadoras de la fresa... Esto al final nos sitúa en una cuestión más general sobre la función del derecho en la actualidad, en particular en cuanto herramienta de protección de los derechos fundamentales. Yo creo que algo que el derecho democrático no ha hecho nunca es reflexionar sobre la relación que mantiene con el capitalismo y cómo quiere gestionarlo. No se ha preguntado cuál es el adjetivo y cuál es el sustantivo. En el libro que antes citamos, *Cómo ser anticapitalista en el siglo XXI*, se dan varias estrategias, pero se parte de la base de que algunas tienen

que venir del propio poder político, de que el poder tiene que ser consciente de que el capitalismo debe tener un montón de cortapisas y estar al servicio de la democracia. Y yo no creo que jamás hayamos hecho esa reflexión. ¿Hasta dónde podemos llegar cediendo terreno a un capitalismo cada vez más salvaje...?

R.M.M.: No, yo creo que el capitalismo se da por hecho y por eso la respuesta a la pandemia ha sido la que ha sido, es decir, se rescata el sistema, pero no nos replanteamos nada de la estructura básica, porque esto es lo que hay que mantener. Es como si de verdad se hubieran creído lo del fin de la historia, como si hubiéramos llegado hasta donde podíamos llegar, y a partir de aquí solo se pudieran poner parches y que los poderes económicos nos vayan dirigiendo... Ojalá el derecho se tomara, de verdad, en serio esa idea de ingeniería social. Tenemos la capacidad de crear sistemas y ecosistemas que sean válidos para la vida que queremos llevar...

B.R.R.: Claro, que la democracia no sea una especie de tapadera, de cobertura para un sistema de producción... que lo ha sido desde sus orígenes, pero ya hemos llegado al siglo XXI... Siempre me acuerdo de un libro que leí hace muchos años, cuando todavía estaba en Alemania, *El futuro radical del feminismo liberal*. Si somos coherentes con nuestros propios principios, por muy liberal que sea nuestro punto de partida, vamos a llegar por pura coherencia a conclusiones que son más radicales. Que llegados a este punto no seamos capaces de pararnos y darnos cuenta de que el capitalismo nos va a devorar, que está creando bolsas crónicas de exclusión, que la estrategia no puede ser «intenta salir como puedas de esa bolsa»... Es que esas bolsas no puede haberlas, no puede ser una cuestión de mérito individual o de fortuna, dando por sentado sin más que esas bolsas van a estar ahí...

R.M.M.: De «emprendeduría»...

B.R.R.: Habrá quien lo consiga y habrá quien no... no sé, se me hizo una lucecita de esperanza cuando estuve hace poco en un congreso sobre sobre homogenización de estándares europeos de derechos y nuestra colega Susana Sánchez Ferro habló de la protección de datos en Europa, y de cómo Europa, con el Reglamento nuevo, está creando una especie de islote frente a Estados Unidos, con estándares más altos. Al escucharla me hizo pensar que, a lo mejor, hay una mínima esperanza de que, al menos a nivel regional europeo, se reaccione frente a los peores efectos de todo este neoliberalismo mezclado con las nuevas tecnologías....

R.M.M.: ¿Y tú crees que algo de eso tiene sentido plantearlo en la reforma constitucional que en algún momento tendremos que hacer?

B.R.R.: Yo siempre digo la reforma constitucional tiene que empezar por algo facilito... [Risas] Algo como recoger en el art. 14 la orientación sexual. Ni siquiera la identidad...

R.M.M.: La discapacidad tampoco está, ¿no?

B.R.R.: Es que la propuesta fracasó... A lo que me refiero es a que, si empezamos por algo fácil, nos daremos cuenta de que no pasa nada por reformar la Constitución... porque la típica reforma de la que siempre hablamos, la reforma federal... eso es un «melonazo», sería un debate de una legislatura entera...

R.M.M.: Bueno, es que ahora parece que nada se puede debatir con cierta calma.

B.R.R.: Es que las dos reformas que se han hecho, que han sido muy importantes, no han respondido a un impulso interno, y sería importante que nos atrevamos a tomar la iniciativa. Recuperar un poco el espíritu del 15-M, de iniciativas colectivas, y que desde la sociedad civil se construyan estructuras de resistencia y de supervivencia basadas en el apoyo colectivo. Lo digo en sentido pragmático, no identitario... pienso en esas corralas de vecinos tradicionales de Sevilla, en las que había un corral común, las casas podían ser pequeñas por dentro, pero había mucha zona común. No sé...

R.M.M.: Pero al final estás diciendo que la esperanza vuelve a estar en la gente... y que no es el poder político quien va a reaccionar, porque está aliado con el capital.

B.R.R.: Desgraciadamente, lo que yo veo es que el optimismo que había en la afirmación de Michelle Bachelet no se cumple, el poder cambia a cualquiera, no solamente a las mujeres, sino también a los partidos que quieren cambiar el sistema... apenas se habla de la reforma de la ley electoral, por no hablar de la ley de partidos, cuando a Podemos y a Ciudadanos se les llenaba la boca con la reforma de la ley electoral.

R.M.M.: Es que todo eso ha quedado en segundo plano. Al final, con la excusa de la pandemia –que entiendo que ha sido un mazazo que nadie se esperaba– hay demasiadas cosas que se van aplazando. Y al final, ese aplazamiento lo que hace es enquistar los problemas todavía más y dificultar aún más las posibles soluciones. Porque estamos poniendo parches a algo que ya sabemos que no queremos, cuando ya había un debate sobre cambios que se necesitaban hacer...

B.R.R.: A mí la polarización me recuerda cada vez más al panorama americano de liberalismo por un lado y comunitarismo conservador por otro... pero estamos hablando de otra cosa, de apoyarnos recíprocamente como sociedad que somos, pero con respeto de la autonomía de cada cual. Y es verdad, esa *via di mezzo* no tiene apoyo, no se la ve...

R.M.M.: No tiene expresión...

B.R.R.: La respuesta, en algunas discusiones –yo me la encuentro en colegas de izquierdas– de «Ah, tú estás con los de..., tú eres de.... ¿no te estarás volviendo un poco liberal, de derechas?». No, tú escucha mi argumento, dime si tiene sentido, no me encasilles, porque eso hace que no escuches nada más de lo que digo, ya estoy clasificada... Estamos en esas.

R.M.M.: Ya están con los prejuicios. Yo creo que también tiene que ver con que aquí, cultura democrática, hay muy poca y no se ha consolidado. Tampoco se ha consolidado un estado del bienestar en el que ya no haya luchas por recursos. Entonces, claro, en una situación tan precaria nos hemos subido a un carro que no era del todo nuestro –el carro de Europa– y algunos hemos dado por hecho que ya éramos iguales... y, a la mínima de cambio, nos ha salido VOX marcando agenda, polarizando, etiquetando... y ya hay muchas cosas que, a lo mejor, ya ni siquiera con una guerra de guerrillas, de los distintos colectivos diciendo «yo, yo», somos

lo bastante fuertes como para hacer frente a esa dinámica, que se ha instalado más fácilmente que una dinámica deliberativa democrática real.

B.R.R.: Pero es que el poder lo tiene más fácil, las dinámicas de poder son más fáciles de implementar que las dinámicas democráticas profundas. Es que escuchar es complicado... Claro, el problema de la libertad de expresión es que tienes que convivir con personas con las que no estás de acuerdo, y que lo dicen. Vale, pero con respeto recíproco. Ahí es donde tenemos cero cultura...

M.V.: Ya que tocáis el tema, y dado que es característico de vuestro trabajo el incorporar la perspectiva de la subdiscriminación, me gustaría preguntaros por la cuestión de los discursos de odio. Mi impresión al estudiar el tema ha sido que gran parte de la doctrina constitucionalista es contraria a la existencia de esta categoría. Y no ya por el hecho de que se haya desvirtuado su esencia, como sucede cuando leemos en la Circular de la Fiscalía General de 2019 que una persona de ideología nazi puede ser víctima de estos delitos...

R.M.M.: Es lo que digo, tú eliminas el sistema de poder para entender las cosas y cualquiera es vulnerable...

M.V.: Sí, pero mi impresión es que gran parte de la doctrina no lo admitiría ni siquiera en una regulación más respetuosa con su origen como herramienta del derecho antidiscriminatorio, sino que está alineada con la concepción estadounidense, más limitada a la existencia del *clear and present danger*...

B.R.R.: Yo creo que la clave está en lo que ha dicho Ruth, en entender las dinámicas discriminatorias... ¿Cómo se puede aplicar un delito contra los sentimientos religiosos para proteger a la Iglesia católica en este país? Yo escribí hace años un capítulo en un libro colectivo sobre libertad religiosa en el que defendía que, si no entendemos que el apoyo del Estado a las confesiones del que habla el artículo 16.3 de la constitución pasa por el tamiz del art. 9.2. de la CE, para equiparar nuestras posiciones ciudadanas, nos va a salir mal. ¿Y cómo podemos tener tipificadas las injurias contra la Corona? La propia jurisprudencia constitucional traza su conexión con los delitos de odio. Todo se distorsiona. Si no fuera así, claro que los discursos de odio tienen su sitio, y los delitos de odio también. Los delitos un sitio más reducido, obviamente. Yo no te puedo dar una respuesta. Por lo que conozco de la jurisprudencia norteamericana me parece demasiado restrictiva, pero en esa línea yo sí que iría. Y lo primero que tenemos que hacer es entenderlo...

Lo que me lleva a algo que se me olvidó decir al inicio: creo que empleamos mucho tiempo, fuerzas y energías en producción legislativa, en producción normativa..., y luego no hacemos el esfuerzo en formación de los operadores jurídicos en género y derecho antidiscriminatorio. No se entiende cómo, después de quince años, podemos seguir teniendo una ley de violencia de género que creó juzgados de violencia de género sin exigir formación. Me dan igual los Pactos de Estados... quiero decir, me parece fantástico que los haya, pero sin formación en género al Poder Judicial, a la Fiscalía, a todos los operadores... no sirven para nada. Yo creo que lo que hace falta es formación para entender el poder y las dinámicas discriminatorias. ¿Qué

le ha pasado a nuestra disciplina? Desde que tenemos Constitución –hace 40 años, que parece que es mucho, pero no– se nos ha olvidado la teoría política. Nos hemos convertido en puros positivistas, nuestra disciplina es puro positivismo, nos dedicamos a analizar normas, a compararlas, analizar jurisprudencia y fin de la historia. No tenemos filosofía política, no metemos pellizcos de sociología, de antropología... tenemos un problema de cómo se forma a nuestros operadores jurídicos, sin tener ni idea de dinámicas discriminatorias. Yo tengo que empezar mis clases, no ya de grado, sino de Máster de género y de derecho constitucional explicando lo que es la discriminación, explicando que no es simplemente una ruptura del derecho a la igualdad, que va más allá...

R.M.M.: Yo, desde hace unos años, en filosofía del derecho en cuarto curso, les doy una sesión de Estado de derecho, porque tampoco saben lo que es. Recuerdan la división de poderes y poco más te saben decir, y eso que están a punto de acabar... Una sesión de estado de derecho y todo lo demás es derecho antidiscriminatorio, porque no han visto nada. En primero ven el artículo 14 de la Constitución como un tema, si tienen suerte de que les toque la profesora que da ese tema, y para de contar. Por supuesto ninguna lectura, ni se han planteado nada de sistemas... Así que les doy estado de derecho, Iris Young y, a partir de ahí, derecho discriminatorio, para que por lo menos entiendan un poco dónde están y dónde viven...

Sobre lo que decías de la libertad de expresión y de los límites... a mí también me parece que fue el siglo pasado cuando trabajé esa cuestión, relacionada con la pornografía. Creo que la clave también le has dado un poco tú, María. No es lo mismo que yo mantenga determinado discurso con mis amigas, que lo diga en clase o que alguien, desde un lugar público y ocupando un espacio de poder, pues exprese determinados discursos. No es lo mismo, y ese tendría que ser uno de los elementos. Más allá de esa dinámica de discriminación, que tiene que estar. Y más allá de que creo que, además de la limitación, hay que abrirse a facilitar que haya debate sobre muchas cosas; que se dieran realmente condiciones ideales de diálogo, y eso tampoco está... Por ejemplo, con la pornografía, no hay educación sexual, no hay fomento de pornografía que no sea *mainstream*, es solo recortar, recortar... para determinados colectivos. Pero ese recortar afecta tanto a quien dice barbaridades como a quien intenta sacar un discurso alternativo, y crear otra cultura del diálogo. Y ese es el error. Cuando hicimos las acciones en el marco de la iniciativa *universidades sin censura*, lo que nos decían era, directamente, «no se puede hablar, no de esto; no se puede hablar y no se puede hablar en una Universidad». Vamos a ver, no se podrá hablar de determinadas formas, pero debate se tiene que poder hacer con independencia de lo que una piense. Yo no le digo a una abolicionista que no puede decir las cosas que dice. Ni siquiera le digo a una *terf* que no puede decir las cosas que dice. Lo que le digo es que lo que dice se tiene que poder debatir, que no puede ser el único discurso en el espacio público, y a una *terf* no le puedo decir eso en la Academia pero a Carmen Calvo, Vicepresidenta del Gobierno, hasta la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa le ha dicho que las cosas que dice sobre las personas trans no las puede decir por la posición que ocupa. Creo que es una reflexión que es importante incorporar cuando hablamos de los límites de la libertad de expresión.

B.R.R.: Yo creo que todo eso tiene mucho que ver con la tendencia que tenemos a clasificar, porque nos simplifica la vida decir esto está bien o está mal. La solución en la realidad suele ser más gris. Eliminar los delitos de odio puede ser más fácil para la libertad de expresión, pero yo creo que tienen su sitio, un sitio restringido pero que lo tienen, porque realmente, en términos de reconocimiento, puede hacerle mucho daño a la posición ciudadana de personas pertenecientes a determinados colectivos. Y el discurso del odio yo creo que es un límite necesario a la libertad de expresión, pero hay que precisarlo, y para eso hace falta una reflexión con mucho contenido de ciencias sociales, y eso falta. Claro, es más fácil que te lo den hecho, en términos de sí o no, y ya...

Con relación a la iniciativa de universidad sin censura, recuerdo los carteles alternativos que salieron: «Ahora se va a discutir el trabajo infantil, o la esclavitud». Y yo pensaba: pues si fuera un problema social, la Universidad tendría la obligación de hacerlo.

R.M.M.: Efectivamente. Si no, es la estrategia del avestruz.

B.R.R.: El problema es que tienen el discurso muy bien montado, pero si se asoman a la realidad para debatirla se les estropea...

Diálogos jurídicos

MISCELÁNEA

Diálogos jurídicos

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIÓN DE LA OBRA «REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES TRANSFRONTERIZOS. UN ESTUDIO DEL REGLAMENTO (UE) N.º 2016/1103» DE LA PROF. PILAR JIMÉNEZ BLANCO, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER

Catedrática de Derecho internacional privado. UNED

1. Si por valiente cabría calificar esa actitud con la que los hechos extraordinarios se afrontan con la misma naturalidad que los hechos ordinarios, la monografía que se presenta es el resultado de un trabajo valiente. Tiene por objeto el Reglamento (UE) n.º 2016/1103 sobre competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento en materia de regímenes económicos matrimoniales. Comprende asimismo su imbricación en el ordenamiento español, y en este sentido por modestia de la autora el título es inexacto dado que el tema de los regímenes económicos matrimoniales en su dimensión internacional posee aristas múltiples y derivaciones en derecho civil, registral y procesal que son analizadas con rigor y exhaustividad.

2. Posee también el mérito de la oportunidad. Sin duda era necesario un estudio sistemático sobre el Reglamento 2016/1103 a partir de su publicación, dado que en general, el tema de los regímenes económicos matrimoniales ha estado bastante abandonado por la doctrina española desde los años ochenta⁽¹⁾.

3. El punto de partida es original: la caracterización del Reglamento 2016/1103 como un instrumento esencialmente *regulador* y por tanto no necesariamente

(1) Sin ánimo de exhaustividad, con excepción de los trabajos de los profesores ABARCA JUNCO, AMORES CONRADI y PÉREZ VERA, en cuanto a los problemas relativos a la determinación del derecho aplicable, coexistiendo con aportaciones sobre aspectos puntuales sobre las capitulaciones matrimoniales de la profesora DIAGO DIAGO o en cuanto al reconocimiento de sentencias del profesor CARRILLO POZO; hasta que empezaron a sucederse las publicaciones relativas a la primera propuesta de Reglamento, entre las que destaca la monografía de P. QUINZA (Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y materiales, Tirant lo Blanch, 2016) y al propio Reglamento 2016/1103 como el artículo de B. AÑOVEROS TERRADAS «El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», Anuario español de Derecho internacional privado, n.º 17, 2917, pp. 821-845, o las aportaciones en obras colectivas como «Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea», (dirs. M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRANZ BALLESTEROS), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018).

vinculado a la existencia de un litigio. Este enfoque está plenamente justificado habida cuenta que las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial se suscitan antes, constante el matrimonio y en el momento de la liquidación bien por ruptura del vínculo o bien por fallecimiento de uno de los cónyuges, lo cual coloca en un primer plano la intervención de los notarios y otros prácticos del derecho siendo la intervención judicial subsidiaria. Y es que, en efecto, el problema que plantean los regímenes económicos en las relaciones privadas internacionales –y en una época de enorme movilidad de las parejas– es, ante todo, una cuestión de previsibilidad para los cónyuges y para los terceros en el tráfico, dado que antes o desde el momento inicial del matrimonio conviene que conozcan cuál sería el régimen jurídico en todo momento y sobre todo en previsión de una crisis futura. Eso lo saben bien los notarios y es probable que la autora haya querido dar prioridad a esa perspectiva práctica. De modo que el enfoque escogido creo que condiciona la estructura de la obra y explica que en el desarrollo se anteponga el estudio de las cuestiones relativas a la dimensión de ley aplicable, así como el mayor peso o extensión que la autora dedica a esta cuestión (*Parte I*), frente a los litigios sobre el régimen económico matrimonial (*Parte II*).

4. En cuanto al *contenido* de la obra el enfoque escogido se apunta en el *Capítulo I* o introductorio en el que también se abordan las analogías y diferencias con el régimen de los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil, así como los principios rectores del Reglamento. El *Capítulo II* se dedica al concepto de régimen económico, compleja noción por más que calificada por el propio Reglamento y hace un desarrollo bastante exhaustivo sobre las cuestiones excluidas como la relativa a los derechos reales y a la inscripción registral. La ley rectora del régimen económico es objeto del *Capítulo III*. Como es sabido en dicho instrumento se presta una especial atención a la libertad de los cónyuges en la determinación del derecho aplicable; de ahí un análisis riguroso de las ventajas que ofrece y sobre todo del régimen jurídico de la elección –coordinado con la competencia judicial– junto al régimen jurídico aplicable en defecto de elección. La relevancia del principio de la autonomía de la voluntad es tal que sus distintas manifestaciones son examinadas en el *Capítulo IV*: capitulaciones matrimoniales y acuerdos en previsión de ruptura –destacando el examen de derecho comparado y las diferencias entre éstos y las capitulaciones–, distintos de las cláusulas de elección de ley –planteándose por ejemplo el problema de que las partes modifiquen la ley inicialmente designada susceptible de prevalecer sobre lo estipulado por capitulaciones–. Destacan el tratamiento de cuestiones tan nucleares como el estudio de todos los aspectos temporales, materiales y formales determinantes de la validez de las capitulaciones; o en relación con los pactos en previsión de ruptura, la precisión de su contenido para determinar qué aspectos podrían formar parte del régimen económico –p. ej. la liquidación o los acuerdos de indemnización en caso de ruptura y por tanto sujetos al Reglamento– frente a otras cuestiones –como p.ej. las relativas a alimentos o a la guarda y responsabilidad sobre los hijos– por razones obvias excluidas de su ámbito. El ámbito de la ley rectora se aborda en el *Capítulo V*. Las Reglas de publicidad y oponibilidad a terceros son objeto del *Capítulo VI*, diferenciando entre los aspectos probatorios y su régimen jurídico cuando el régimen

económico venga acreditado en documentos públicos extranjeros, y los aspectos registrales examinados desde la perspectiva estricta del ordenamiento español dada su natural exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento. El *Capítulo VII* trata de las excepciones a la aplicación normal de la ley rectora derivadas de la eventual incidencia de normas imperativas y de la acción del orden público destinada impedir la infracción de derechos fundamentales específicos en este sector de problemas como son la dignidad, la libertad personal y la igualdad entre los cónyuges, especialmente relevante en materia de regímenes económicos. Finalmente, esta *Parte I* se cierra con el muy meritorio examen de la incidencia del Reglamento 2016/1103 en los llamados conflictos internos, perspectiva muy relevante en nuestro país –dada la incidencia de legislaciones especiales coexistentes en territorio español– y la remisión a sistemas plurilegislativos. La autora se muestra crítica dado que el Reglamento al no obligar a ser aplicado en los llamados conflictos internos, permite la subsistencia de dos regímenes jurídicos diferenciados en la medida en que las soluciones de los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil difieren de las contenidas en el Reglamento.

5. La *Parte II* tiene por objeto la dimensión procesal de los eventuales litigios con elemento extranjero en materia de regímenes económicos que se abre con unas consideraciones generales útiles para la comprensión de un sistema de competencia judicial internacional sumamente complejo (*Capítulo I*). En su estructura opta por desarrollar en primer término los litigios que puedan suscitarse vigente el matrimonio, dominados por el principio de la autonomía de la voluntad (*Capítulo II*), distintos de aquellos que tienen lugar como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial (*Capítulo III*), sujetos éstos a complejas reglas que fuerzan la concentración del litigio con alcance exclusivo ante el juez que entienda de la causa de disolución, a saber, el juez competente para la disolución del vínculo matrimonial y/o el juez competente sobre la sucesión *mortis causa*. Se detiene también en el foro residual previsto para los supuestos en que el tribunal inicialmente competente no reconozca el matrimonio (*Capítulo IV*) y a las dos reglas residuales de atribución de la competencia judicial internacional (*Capítulo V*), además del estudio de las reglas sobre litispendencia y conexidad (*Capítulo VI*). Por último, la autora no escatima esfuerzo y cierra la dimensión procesal con un *Capítulo VII* relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, diferenciando entre efecto ejecutivo y efecto probatorio al estar sujetos a exigencias diversas.

6. La obra tiene un mérito extraordinario. No ya por la complejidad y extensión del Reglamento 2016/1103 sino porque no elude problemas complejos derivados de la imbricación del Reglamento con el ordenamiento español, en particular con el derecho material y registral. En este sentido se anticipa al planteamiento de problemas y resuelve dudas e incógnitas que provoca el anclaje del R 2016/1103 en nuestro sistema; por ejemplo, el análisis es exhaustivo en cuanto a la protección de los terceros y las presunciones. Tampoco huye de los problemas generales de Derecho internacional privado en este ámbito; por ejemplo, para decidir cuándo habrá infracción del orden público o en la identificación de normas imperativas. Finalmente, aborda la incidencia de otros Reglamentos europeos que puede revestir enorme trascendencia y complejidad en la práctica. Así, el recurso a otras normas

europas será útil o necesario en la determinación del ámbito material de aplicación del Reglamento 2016/1103; o en la decisión sobre las cuestiones sujetas al ámbito de la ley designada –p. ej. respecto al Reglamento 4/2009 sobre los relativos a alimentos–; como será insoslayable el recurso al Reglamento n.º 650/2012 en cuanto a la determinación del órgano judicial competente en una sucesión o al Reglamento n.º 2201/2003, modificado por el Reglamento 2019/1111 en cuanto a las reglas de competencia en materia matrimonial, para decidir cuál será el tribunal competente en una acción de liquidación del régimen económico vinculada a una sucesión o a un divorcio, al margen de que dicha concentración requiera el acuerdo de los cónyuges.

7. Todo el desarrollo denota una sólida formación en derecho material y en Derecho internacional privado –que no siempre confluyen– y una cierta coherencia con algunas de las líneas de investigación de esta catedrática de la Universidad de Oviedo. Motivos por los que cabe vaticinar que la obra que se presenta reúne todas las condiciones para consolidarse como la obra de referencia en la materia.

RECENSIÓN DE LA OBRA «FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO EN LA ERA COVID» DE LA PROF. PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021

JESÚS LAHERA FORTEZA

Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad Complutense

El principal mérito del libro *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, de la profesora Paz Menéndez Sebastián, es la impecable claridad conceptual de sus puntos de partida que permite, luego, en todo su desarrollo, un análisis técnico fino y riguroso, como es costumbre en la autora.

Como resulta bien conocido, en el ámbito jurídico-laboral, pero también mediático, dos son los pilares de la protección del empleo en la normativa laboral COVID-19, mantenidos, por el momento, hasta el 28 Febrero 2022 por el Decreto-Ley 18/2021. Por un lado, la denominada «*prohibición de despedir*» por causa COVID-19, fundada por el art. 2 Decreto-Ley 9/2020, hoy mantenido vigente, en su versión legal Ley 3/2021, por esta última norma. Por otro, la «*cláusula de mantenimiento de empleo*» de la DA 6.^a Decreto-Ley 8/2020, delimitada luego por el Decreto-Ley 18/2020, sucesivamente prorrogada en una redacción mantenida, hasta ahora, por el mencionado Decreto-Ley 18/2021. Como bien aclara Paz Menéndez, desde un inicio, los planos de ambas medidas son distintos, si bien pueden tener puntos de intersección en la práctica (pp. 81-85). La denominada «*prohibición de despedir*» se desenvuelve en el plano estrictamente laboral y trasciende la propia realidad de los ERTES COVID-19 que sustenta toda esta normativa de excepción. La «*cláusula de mantenimiento de empleo*», por el contrario, es una obligación estrictamente vinculada a las exoneraciones de cuotas sociales de estos ERTES COVID-19, en su doble modalidad de fuerza mayor y causa específica ETOP de los arts. 22 y 23 Decreto-Ley 8/2020 sucesivamente prorrogados. Esta distinción conceptual permite un marco claro de análisis de los rasgos de ambas instituciones jurídicas, sin caer en ningún tipo de confusión. Como bien afirma la autora, son dos mecanismos que comparten el mismo objetivo de «*dique de contención de la destrucción de empleo*», que pudiera derivarse de la crisis económica de la pandemia, y responden a la misma finalidad de «*la efectividad del armazón de los ERTES COVID-19*», pero con técnicas bien distintas, laborales y de seguridad social, con consecuencias diversas. Esta diferenciación no oculta que ambas medidas son restricciones a la libertad de

empresa del art.38 CE, derivada de una normativa de excepción, todavía vigente, que sitúa las facultades extintivas del ordenamiento laboral en «*una especie de letargo del que no se sabe cómo y cuándo podrán salir plenamente*».

Sobre esta dualidad conceptual, con intersecciones comunes, la profesora Paz Menéndez elabora la doctrina jurídica, hasta ahora, más rigurosa y acabada en torno ambas medidas de excepción, junto, quizás, con la aportación del blog laboral de Ignasi Beltrán. De un lado, analiza con detalle el alcance de la limitación extintiva, que no prohibición, desde el punto de vista causal y las consecuencias de su incumplimiento, dando fe de resoluciones judiciales contradictorias, entre la nulidad o la improcedencia o incluso la superación de indemnizaciones tasadas acudiendo al convenio 158 OIT (pp. 85-116). De otro, desarrolla con gran detalle técnico la delimitación de la cláusula de mantenimiento de empleo y las consecuencias de su penalización económica en forma de pago de cuotas exoneradas, sin todavía un criterio claro de su individualización por extinción de afectado en ERTE o de un alcance total (pp. 117-165).

Más allá de la solución de problemas prácticos en la aplicación de ambas medidas, que invitan a la lectura y consulta del libro, plantea Paz Menéndez serias dudas, antes ya del verano, de su utilidad en la fase de recuperación económica de la post-pandemia. Si bien ambas medidas han podido ser útiles como herramientas de contención del empleo, ahora pueden estar siendo obstáculos en la recuperación, sobre todo en empresas de sectores con ERTES por fuerza mayor COVID-19 todavía vigentes y sostenidos con exoneraciones de cuotas sociales (pp. 87 y 153-155). Las apreciaciones, desde esta perspectiva, del riesgo de concurso como supuesto que exime de la cláusula de empleo, resultan especialmente útiles, así como la constatación de encadenamientos de períodos de seis meses, en determinados supuestos, que implican elevar en exceso la penalización económica, abocando a empresas al concurso. Una vez finalizada la última prórroga el 28 febrero 2022 y evaluada la situación de los ERTES Covid-19 –en este momento, con todavía 200.000 afectados mientras crece el empleo– será necesario recuperar esta reflexión y tener en cuenta estas consecuencias económicas negativas. La posible «jaula de oro» de determinadas empresas, sostenidas con ayuda pública, debe ser replanteada, admitiendo ciertos ajustes de empleo y no penalizando con este tipo de cláusula, que, seguramente, tendrá que ser derogada con efectos retroactivos, una vez cumplida su funcionalidad en la pandemia.

La aportación del libro de Paz Menéndez no se detiene aquí porque también analiza las facultades extintivas del empresario, dentro del régimen jurídico general, en el contexto COVID-19, sin sobrepasar los márgenes que dejan estas limitaciones. Resulta muy útil la proyección del despido disciplinario ante conductas contrarias a la normativa sanitaria de los trabajadores (pp. 171-182), así como el análisis del bajo rendimiento o la ineptitud sobrevenida en un contexto todavía dominado por el trabajo a distancia (p. 183-193). La llamada de atención de posibles nuevas discriminaciones por cuestiones de enfermedad o no vacunación, en este contexto COVID-19, o ya de post-pandemia, es muy interesante, así como la apertura de ciertos márgenes del despido procedente por causa ETOP, individual o colectivo, pese a la previamente analizada limitación de despedir (pp. 193-2015).

En definitiva, el libro de Paz Menéndez es una excelente aportación doctrinal que ofrece soluciones técnicas en la problemática analizada, a la vez que apunta reflexiones de gran interés político en el devenir de toda esta normativa laboral de excepción, todavía en parte vigente. Normativa de excepción, que, no habría que olvidarlo, implica fuertes restricciones a la libertad de empresa, útiles en su momento, en plena crisis derivada de la pandemia, y seguramente, sin ya fundamento en un tiempo de recuperación económica post-pandemia.

**RECENSIÓN DE LA OBRA «LA RELACIÓN LABORAL
INTERNACIONAL» DEL PROF. ÁNGEL ESPINIELLA
MENÉNDEZ, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH,
VALENCIA, 2021**

NOELIA FERNÁNDEZ AVELLO

Becaria predoctoral en el Área de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo

En la Introducción de esta obra se establece su triple planteamiento: secuencial, subyacente y estructural. En primer lugar, el estudio de la relación laboral internacional se realiza de modo secuencial, es decir, siguiendo una lógica temporal, desde su inicio hasta su extinción. En segundo lugar, se realiza una aclaración conceptual con implicaciones sobre la delimitación del objeto de estudio, como planteamiento subyacente: se trata de un estudio de la «relación laboral» y no del «contrato de trabajo». Por último, como planteamiento estructural, se adelanta el carácter transversal de la obra, pues se trata de una obra de Derecho internacional privado (DIPr), pero completada e integrada con una perspectiva de Derecho público –Derecho de la Seguridad Social y Derecho de extranjería– y de Derecho del comercio internacional, y en la que también nos encontramos con una extensa fundamentación de Derecho laboral material. Cada una de las cuestiones se analiza desde esta perspectiva interdisciplinar, poniendo de relieve las interrelaciones existentes entre los diferentes sectores y la relevancia de factores ajenos al contrato, pero que inciden directamente en la relación laboral por cuenta ajena. Debe resaltarse, asimismo, la incorporación de «casos tipo» que permiten visualizar la correcta e incorrecta («patológica») aplicación de las normas. Con estas premisas ya se puede prever el valor de la obra: se trata de un estudio global y práctico de la relación laboral internacional sin precedentes, en el que se abordan aspectos que habitualmente permanecen ocultos, y la originalidad del esquema empleado se traduce en exhaustividad y profundidad en el tratamiento de cada una de las cuestiones.

El planteamiento secuencial define la estructura, pues cada capítulo se corresponde con un momento o fase de la relación laboral internacional. Así, el Capítulo I se dedica a la celebración del contrato, desde la búsqueda internacional de empleo, la selección internacional del trabajador y la negociación del contrato, analizando la capacidad contractual, la aplicación de las normas de extranjería, el contenido y la formación del contrato. En el Capítulo II se trata la configuración de la relación laboral desde tres perspectivas: por las condiciones temporales y espaciales, por la cualificación del trabajador y por la naturaleza del empleador. En el Capítulo III se

analiza la ejecución de la relación laboral, con especial consideración de eventuales accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y del posible desarrollo de la prestación de servicios en situación administrativa irregular. En el Capítulo IV se tratan las posibles alteraciones sobrevenidas de la relación laboral, que pueden deberse a circunstancias objetivas del contrato, a circunstancias subjetivas de las partes, a circunstancias espaciales o temporales. El Capítulo V se dedica a la extinción de la relación laboral, distinguiendo entre el régimen individual y el colectivo, y tratando sus efectos laborales, de Seguridad Social y de extranjería. Por último, el capítulo VI se dedica a la competencia judicial internacional, al desarrollo del proceso, y al reconocimiento y ejecución de resoluciones, en caso de que exista un eventual litigio. La obra concluye con unas conclusiones generales y un prontuario.

Con este planteamiento se supera el orden tradicional (o «enfoque judicialista», previo estudio de la competencia judicial internacional y posterior determinación de la ley aplicable) y se adopta uno más realista: la ley aplicable debe determinarse en un primer momento, desde la celebración del contrato, pues constituye el régimen regulador durante toda la duración de la relación laboral, y con independencia de que llegue a iniciarse un litigio. Se trata del enfoque más racional desde un punto de vista práctico, pues tanto empleador como trabajador transfronterizo deberían conocer el régimen jurídico aplicable a la relación laboral desde el momento en que se celebra el contrato. Incluso antes y durante la negociación, deben conocer las especialidades de la relación laboral internacional, en particular, y desde una perspectiva de Derecho contractual general, en cuanto a capacidad, forma y consentimiento.

El concepto de relación laboral internacional comprende tanto las prestaciones de servicios regulares como las irregulares –y, en particular, las de los trabajadores que carecen de autorización de residencia y/o de trabajo–, con independencia de su fraccionamiento en sucesivos contratos (siempre que en realidad se trate de una única relación laboral), y excluyendo las relaciones laborales colectivas. En las relaciones laborales transfronterizas en situación administrativa irregular resulta especialmente necesaria la integración de las perspectivas de DIPr, Seguridad Social y extranjería, pues la irregularidad en cada uno de estos ámbitos tiene efectos sobre los demás. Particularidades de esta situación, como la imposibilidad de readmisión tras el despido, el acceso limitado a las prestaciones de Seguridad Social, y la prestación de servicios en situación irregular como vía para el acceso a la regularidad administrativa, se sitúan en un escenario transfronterizo. La irregularidad se considera como una cuestión de eficacia del contrato en cada uno de los Estados en los que se ejecuta, en los que cada normativa de extranjería juega como ley de policía, y no afecta a la validez transnacional del contrato, por lo que deben aplicarse, al igual que en cualquier otra relación laboral internacional, los correspondientes instrumentos de DIPr para la determinación de la ley aplicable y la competencia.

El tratamiento de la dimensión colectiva de las relaciones laborales internacionales (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, expedientes de regulación de empleo, insolvencia del empleador o traslados colectivos) no se omite pese a tratarse de una materia ajena al ámbito de aplicación de las normas laborales

de los instrumentos de DIPr, restringidas al contrato individual de trabajo. De nuevo, se realiza un estudio integrado, en el que se incluyen también las posteriores consecuencias de estos procedimientos sobre el contrato y se analiza la compatibilidad de las normas que los regulan con las normas laborales de DIPr. En algunas de estas materias se acusa la inexistencia de una necesaria armonización de la regulación material europea o la insuficiencia de las normas de DIPr existentes.

En relación con el concepto de relación laboral, se sostiene una postura crítica respecto al concepto autónomo europeo de contrato de trabajo, utilizado para delimitar el ámbito de aplicación de las normas europeas de DIPr en materia laboral. Para aplicar los instrumentos de DIPr europeos el TJUE exige una interpretación uniforme del concepto de contrato de trabajo, que debe reunir las notas de ajenidad, remuneración y subordinación o dependencia. Para el autor, esta interpretación uniforme genera pronunciamientos próximos a prejuzgar el fondo y la prueba de la relación laboral en el momento de aplicar los instrumentos de DIPr, lo que puede conducir a que la cuestión de fondo y las cuestiones de DIPr reciban tratamientos distintos y, en definitiva, a que se produzcan conflictos de calificaciones. Por ello, se sostiene que cuando la existencia de una relación laboral se plantea a título principal, en lugar de aplicarse el concepto autónomo, deberían aplicarse directamente las normas de competencia laborales, e, igualmente, la ley aplicable debería ser la determinada por la norma de conflicto sobre el contrato de trabajo, como ley hipotética de la relación laboral. Por tanto, la calificación solo se haría conforme a la propia ley rectora de la relación laboral, que determinaría si nos encontramos o no ante un contrato de trabajo por cuenta ajena. Este ordenamiento será, normalmente, el del lugar de prestación habitual de los servicios, lo que no solo resultaría adecuado en términos económicos, políticos y sociales, sino que, además, permitiría que la ley que determina la existencia de la relación laboral coincida normalmente con la normativa de extranjería aplicable. En consecuencia, se aplicaría un único ordenamiento a la noción de trabajador desde la perspectiva de Derecho privado y desde la perspectiva de Derecho público. Cabe plantearse si estas ventajas justifican renunciar a la utilización de un concepto autónomo con el que se trata de garantizar la aplicación homogénea de las normas laborales de DIPr europeas por los tribunales de los distintos Estados miembros.

Como cuestiones transversales, cuya relevancia se evidencia en varios puntos a lo largo de la obra, pueden destacarse la conexión de los vínculos más estrechos, la existencia de múltiples empleadores, o la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. En cuanto a la primera cuestión, la conexión de los vínculos más estrechos del artículo 8.4 del Reglamento Roma I es objeto de las críticas consustanciales a su naturaleza: genera una gran inseguridad jurídica, pues la existencia de una mayor proximidad con otro ordenamiento se determina *a posteriori*, en el momento en el que sea planteado un litigio, impidiendo que las partes puedan conocer el régimen jurídico del contrato ya desde el momento de la negociación y la celebración. Además, al impedir la aplicación del ordenamiento del lugar de trabajo habitual, genera una ruptura de la deseable correlación con el sistema de Seguridad Social de afiliación,

que será el del lugar prestación habitual, y también con las leyes de policía del lugar de prestación y la normativa de extranjería aplicable. Para el autor, la búsqueda de la ley más vinculada debe hacerse exclusivamente en función de las circunstancias concretas de la relación laboral, pero se incide también en la necesidad de tener en cuenta las expectativas razonables de trabajador y empleador.

La conexión de los vínculos más estrechos se presenta también como especialmente problemática en relación con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Los instrumentos de DIPr europeos no establecen una calificación expresa de estos daños y, por tanto, no existe certeza absoluta sobre su consideración como contractuales o extracontractuales. Como señala el autor, puede intuirse su consideración extracontractual, pero sería preferible su consideración como contractual, pues en el ámbito contractual (Reglamento Roma I) se protege al trabajador como parte débil, mientras que en el ámbito extracontractual (Reglamento Roma II) se omite esta protección. Los problemas se acrecientan porque el artículo 4.3 del Reglamento Roma II también permite aplicar una ley que esté más estrechamente vinculada con el caso, y para determinar cuándo existe un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país señala expresamente que puede tratarse de una relación preexistente entre las partes, como un contrato. Por tanto, la contingencia profesional puede encajar en esta idea de un hecho dañoso vinculado a un contrato previo (el contrato de trabajo). En este contexto podría tener lugar lo que el autor denomina «paradoja de los dobles vínculos estrechos»: la ley de la responsabilidad extracontractual se somete a la ley rectora del contrato de trabajo por considerarse una ley más vinculada y, a su vez, la ley rectora del contrato de trabajo también pudo haberse determinado aplicando la conexión de los vínculos más estrechos. Ello conduce a que se incremente la inseguridad jurídica y a una complejidad excesiva de las soluciones.

Asimismo, la existencia de múltiples empleadores («*insiders* a la relación laboral») se plantea como una cuestión con incidencia en varios momentos. Como cuestión con incidencia sobre la configuración de la relación laboral, en el caso de la contratación por medio de empresas de trabajo temporal. En este ámbito, destacan las dificultades para aplicar la noción de Estado de origen o de prestación habitual de servicios en caso de que exista un desplazamiento temporal, sin obviarse las dificultades para la determinación de la ley aplicable en supuestos ajenos al desplazamiento. La irrupción de otro empleador puede suceder también de forma sobrevenida, produciéndose una alteración de la relación laboral en casos de subcontratas internacionales, sucesiones de empresas, cesiones internacionales de trabajadores (por medio de ETT u otras cedentes) o grupos multinacionales de sociedades. Pueden destacarse las dificultades para la determinación de la ley aplicable a las cesiones fraudulentas, y la clarificación de las responsabilidades en las que pueden incurrir las sociedades pertenecientes al grupo de empleadora, distinguiendo entre responsabilidad común (extracontractual), societaria (ley de la sociedad filial empleadora) o laboral (ley del contrato de trabajo).

En cuanto a la Directiva 2019/1152, su trascendencia desde un punto de vista de DIPr, hasta ahora inexplorada, se debe a su carácter de norma de policía europea, que adquiere relevancia, entre otros, en el momento de otorgar el consentimiento y

formalizar el contrato, por los derechos de información que establece, y durante el desarrollo de la relación laboral, por los requisitos mínimos sobre las condiciones de trabajo que contiene. Como señala el autor, la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva es deficiente, pues esta se refiere a derechos mínimos aplicables «a todos los trabajadores de la Unión» (art. 1.2). Esta dificultad se resuelve considerándola aplicable, como norma de policía, siempre que el trabajo se preste habitualmente en uno o varios Estados de la UE. Las disposiciones estatales que la transpongan serán leyes de policía de los Estados miembros de prestación habitual del trabajo, por tanto, se aplicarán, aunque la ley del contrato de trabajo no sea la de prestación habitual. Cuando se trate de una prestación de servicios transnacional, si existe un lugar regular de inicio de la prestación y este se encuentra en la UE, se aplicará la ley de ese Estado que transponga la ley de policía europea. Las dudas se plantean cuando el trabajo se ejecuta habitualmente en un tercer Estado. En estos casos, la Directiva no puede actuar como ley de policía, aunque la prestación de servicios se desarrolle dependiendo de un centro de trabajo en la UE, y tampoco si el trabajo se ejecuta en un tercer Estado, pero se elige la ley de un Estado miembro, porque no se cumpliría su ámbito de aplicación. No obstante, podrían aplicarse como parte del ordenamiento del Estado miembro elegido, si en el acto de transposición no se incluye un ámbito de aplicación concreto y específico para las disposiciones de la Directiva.

En la obra tienen cabida tanto cuestiones clásicas, como puede ser el artículo 1.4 ET, como otras que aún pueden considerarse controvertidas en la actualidad, como las dudas para la determinación de la competencia y la ley aplicable en el teletrabajo internacional. En cuanto al art. 1.4 ET, se trata a pesar de considerarse ya una cuestión más bien teórica y superada, para reafirmar la imposibilidad de su aplicación, que no cabría ni siquiera como ley de policía. Según el artículo 1.4 ET, la ley española se aplicaría a los contratos de trabajadores españoles contratados por empresas españolas en España para prestar servicios en el extranjero, lo que supondría vaciar de contenido la norma de conflicto del Reglamento Roma I y el efecto útil del Derecho de la UE. Además, su formulación en función de la nacionalidad española de las partes puede ser discriminatoria respecto a nacionales de otros Estados miembros e, incluso cuando se trate de nacionales de terceros Estados, carece de sentido que la nacionalidad de las partes desvirtúe a la ley del lugar donde se presta el servicio.

Respecto al teletrabajo internacional, no se considera especialmente problemático desde la perspectiva del DIPr laboral, aunque no se ignora que puede ser un medio de deslocalización de la actividad empresarial o de *dumping social*. En efecto, se parte de que existe un único lugar de prestación habitual del trabajo, el Estado en el que se teletrabaja, que determina tanto la ley aplicable al contrato como el sistema de Seguridad Social aplicable, y también actúa como foro competencia, y de que generalmente no existirán problemas de extranjería. Para el autor, tener en cuenta a la hora de identificar el lugar de trabajo habitual el hecho de que algunas obligaciones del empleador se ejecuten en el Estado del establecimiento contratante significaría forzar la interpretación del lugar de ejecución, y únicamente podría pensarse en la aplicación de una ley de policía del foro favorable para el teletrabajador si una eventual demanda se presenta en el Estado del establecimiento del empleador. No se

plantea una hipotética entrada en juego de la conexión de los vínculos más estrechos que pudiese conducir a la aplicación de la ley del Estado en el que se encuentra el establecimiento al que van dirigidos los servicios, en caso de considerarse esta ley más próxima a la relación laboral.

Con el novedoso planteamiento metodológico adoptado se logra un análisis completo y exhaustivo de la relación laboral internacional hasta ahora inédito, del que en esta recensión apenas se mencionan brevemente algunas cuestiones seleccionadas. Se agotan cada una de las variables que puedan suscitarse e influir sobre la relación laboral en cada una de sus fases, incorporando al estudio de la ley aplicable nuevas perspectivas y gran cantidad de elementos que habitualmente suelen desatenderse, y lo mismo sucede en el capítulo dedicado a la litigación. En este sentido, pueden destacarse la clarificación de los foros existentes en caso de múltiples empleadores, la profundización en las especialidades del proceso laboral (también en la notificación, la asistencia jurídica gratuita y la prueba), o la manifiesta necesidad de que la condición de parte contractual débil del trabajador sea tenida en cuenta también en momento de ejecutar y reconocer las resoluciones.

La transversalidad empleada es el único medio para lograr un análisis realista y práctico de la prestación de servicios transfronteriza, y con ella, además, se identifican y solucionan importantes lagunas de regulación y doctrinales. La obra del profesor Ángel Espiniella era muy necesaria y está llamada a convertirse en estudio de referencia, imprescindible tanto en el ámbito académico como para quienes actúan, de una u otra manera, en las relaciones laborales internacionales.

Diálogos jurídicos

RESEÑAS DE ACTIVIDAD ACADÉMICA

**RESEÑA AL SIMPOSIO INTERNACIONAL DE
INVESTIGADORES NOVELES DE DERECHO PRIVADO**

**«MODELOS Y PERSPECTIVAS EMERGENTES EN LA
CONTRATACIÓN PRIVADA»**

GIOVANNI BERTI DI MARINIS

Abogado. Profesor investigador de Derecho de la Economía dell'Università degli Studi di Perugia

BORJA DEL CAMPO ÁLVAREZ

Profesor Sustituto de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo

El Derecho contractual representa un ámbito de estudio siempre fascinante para los académicos del Derecho. El papel que juega el contrato dentro de la economía lo expone, de hecho, a constantes cambios debido a la necesidad de adecuarlo a los nuevos desafíos que impone la evolución de las relaciones económicas. Estos constantes cambios no solo son fruto de la emisión de nuevas disposiciones normativas –tanto nacionales como europeas–, sino también del constante trabajo de la doctrina y la jurisprudencia, fuertemente comprometidas en adecuar las reglas del contrato a las nuevas necesidades del mercado.

Estas breves premisas dejan patente la importancia de una reflexión multidisciplinar sobre el tema en cuestión y, sobre todo, contando con las aportaciones de académicos de diferentes países europeos. Es, precisamente en este contexto, en el que surge el Simposio Internacional de investigadores noveles de Derecho Privado, celebrado los días 11 y 12 de marzo de 2021 bajo la dirección del Prof. Borja del Campo Álvarez y con el título *Modelos y perspectivas emergentes en la contratación privada*. Fue un encuentro científico que contó con la participación de la Universidad de Oviedo, la Universidad de Navarra y el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE).

El congreso se desarrolló en tres bloques temáticos, organizados con un elevado nivel de detalle. En una sesión dedicada a las comunicaciones se brindó también la oportunidad de abrir un interesante debate sobre los temas abordados durante las jornadas del evento.

El primer bloque, de carácter más general, se centró en las principales novedades legislativas y jurisprudenciales que atañen al Derecho de los contratos, con especial atención a las innovaciones europeas. Se prestó especial atención a la regulación

europea sobre la venta de bienes de consumo, destacando sus peculiaridades con respecto a la venta tal y como siempre se ha concebido en el Derecho Común. También fueron objeto de discusión las novedades introducidas por las nuevas tecnologías que han afectado profundamente a las modalidades de manifestación del consentimiento, planteando importantes cuestiones. Otros cambios pueden surgir, nuevamente desde un punto de vista general, de la posibilidad de reconocer el carácter vinculante de las disposiciones regulatorias que, especialmente en los mercados bancario, financiero y de seguros, son emitidas por las autoridades de control y que, a pesar de la naturaleza de fuentes secundarias, afectan profundamente los métodos de celebración de contratos. Los aspectos referentes a las «patologías» de los contratos también estuvieron en el centro de un apasionante debate en el que se analizaban tanto a las soluciones aplicables en caso de retraso en el cumplimiento, como la posibilidad de que el juez limitara los efectos de una nulidad exclusivamente a cláusulas efectivamente afectadas por el vicio invalidante, evitando que la sanción se extienda a la totalidad del contrato.

El segundo bloque se dedicó, en cambio, a los contratos comerciales. Especialmente en el contexto de este tipo de contratos caracterizados por la ausencia de fronteras, las fuentes nacionales y supranacionales tienen un papel decisivo para crear reglas comunes que faciliten los intercambios comerciales tanto como sea posible. Por lo tanto, la atención se ha desplazado a cuestiones relacionadas con la negociación comercial, tales como las peculiaridades que surgen de los contratos de uso de buques para fines distintos al transporte, las dificultades interpretativas relacionadas con el contrato de compraventa de empresas o las novedades emergentes a nivel europeo en materia de sobreendeudamiento que, en definitiva, han contribuido a rediseñar la relación contractual entre el banco y el cliente. El excepcional impacto que han tenido las nuevas tecnologías dentro del sector mercantil ha llevado a profundizar tanto en los problemas relacionados con la digitalización dentro de los contratos de seguros, como las repercusiones derivadas del uso de la tecnología *blockchain* dentro de los contratos comerciales.

Finalmente, el tercer y último bloque temático se dedicó a los contratos celebrados por los consumidores y se abrió con reflexiones sobre la situación de especial vulnerabilidad durante la pandemia, derivadas de la aplicación de todas las normas de emergencia. También se desarrollaron temas clásicos, pero siempre actuales, del Derecho del consumidor, como los vinculados a la figura de la parte débil en el mercado bancario y financiero, entre otros. Las reflexiones sobre estos temas fueron acompañadas de estudios en profundidad vinculados con temas emergentes en el Derecho del consumo, como la difícil relación entre el consumo y las economías circulares, así como los relacionados con el impacto que el uso de *software* puede tener en términos de violación de derechos del consumidor.

Las conclusiones de las conferencias y ponencias pusieron de manifiesto el camino evolutivo que ha experimentado el Derecho contractual a lo largo del tiempo y, también gracias a las reflexiones surgidas en el seno del simposio, los desafíos que se avecinan.

RESEÑA DEL CONGRESO INTERNACIONAL «NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD», CELEBRADO EL 12 DE JULIO DE 2021

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

Desde que el 13 de diciembre de 2006 se aprobara en Nueva York la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificada por España el 23 de noviembre de 2007) comenzó a imponerse a nivel global un cambio de pensamiento acerca del papel que ha de jugar el Derecho privado en el ámbito de la discapacidad, propiciado sobre todo por lo dispuesto en su artículo 12, que prevé que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Aunque de la literalidad del precepto no parece desprenderse una incompatibilidad absoluta con el que era hasta hace muy poco nuestro sistema de protección de las personas con discapacidad (más allá de la necesidad de llevar a cabo algunos ajustes que permitieran adecuar la regulación del Código Civil al nuevo texto), lo cierto es que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad hizo una interpretación del artículo 12 de la Convención en la que, superando la letra de la ley, apostaba por la equiparación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y por la supresión de los regímenes de representación y sustitución en la toma de decisiones; lo que provocó que comenzaran a aparecer muchas voces partidarias de una reforma integral de nuestro sistema de protección de las personas con discapacidad.

Más allá de si la mencionada interpretación resulta o no vinculante para los Estados parte en la Convención (una cuestión que ha dado lugar a prolíficos debates en nuestra doctrina), lo cierto es que el legislador español parece haber optado por seguir fielmente los postulados defendidos por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo que se ha puesto de manifiesto con la reciente promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021. Y es que, la nueva ley ha supuesto un giro copernicano de la que había venido siendo la filosofía tradicional en materia de protección de las personas con discapacidad en nuestro país, al haber pasado de un modelo garantista, en el que el interés superior de

la persona con discapacidad se encontraba en el centro del sistema y había de servir de guía para cualquier decisión que se adoptara en la materia; a un modelo basado en el respeto casi absoluto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, y en el que su interés superior ha pasado a jugar un papel residual, al menos en la literalidad de la ley.

Este cambio radical en la regulación de la discapacidad supone un reto para el conjunto de la sociedad y, sobre todo, para los operadores jurídicos, que han de poner en marcha un sistema hasta ahora desconocido y que rompe totalmente con el modelo anterior. Por ello, creo que en estos momentos los esfuerzos han de centrarse en dar a conocer entre los profesionales del mundo del Derecho los entresijos del sistema recientemente instaurado y en favorecer la creación de sinergias entre ellos que les permitan intercambiar impresiones y construir de forma conjunta el nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad.

Por este motivo, me parece especialmente oportuna la iniciativa llevada a cabo por varios profesores de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, que, con la colaboración de otros profesores pertenecientes a diferentes Universidades de nuestro país, decidieron impulsar un Congreso Internacional en el que se trataron las novedades legislativas en materia de discapacidad. El evento se celebró el pasado 12 de julio de 2021, adelantándose por tanto a la entrada en vigor de la nueva ley, y lo hizo con un enorme éxito de participación. Buena muestra de ello es que, aun tratándose del periodo estival, en el que muchas personas tratan de desconectar de sus quehaceres profesionales, contó con más de 100 inscritos y con la presentación de dieciocho comunicaciones. Desde luego, la ocasión lo merecía, teniendo en cuenta la calidad de los ponentes, entre los que se encontraban algunas de las voces más autorizadas de nuestro país en materia de discapacidad, como la Profa. Dra. Cristina de Amunátegui Rodríguez (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid), el Prof. Dr. Julio Carbajo González (Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo), la Profa. Dra. María Dolores Palacios González (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo), el Prof. Dr. Andrés Domínguez Luelmo (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid) y la Profa. Dra. María de las Victorias Rodríguez Escudero (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo); así como de Italia, con el Prof. Dr. Vincenzo Barba (Professore Ordinario di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza») y de Portugal, con la Profa. Dra. Paula Távora Vítor (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

En sus ponencias trataron temas tan sugerentes como la panorámica de la reforma en materia sucesoria, la incidencia de la ley 8/2021 sobre la sustitución, la interrelación entre la guarda de hecho, curatela o defensor judicial, la publicidad registral de las medidas de apoyo a personas con discapacidad o la regulación de los poderes preventivos en la ley 8/2021; así como la relación existente entre la nueva regulación española y las existentes en los Estados de Italia y Portugal. Y no menos interesantes fueron los temas abordados en la sesión de comunicaciones, que una vez más mostraron el elevado nivel científico de las nuevas generaciones

de académicos en nuestro país. Entre las cuestiones tratadas por los comunicantes pueden destacarse algunas como la incidencia de la Ley 8/2021 en los internamientos involuntarios por razón de enfermedad mental, la adaptación de las sentencias sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad, la nueva configuración de la curatela y de la guarda de hecho, la autocuratela, el proceso para la designación del curador, el derecho de los progenitores a relacionarse con los hijos que padezcan una discapacidad, la protección de la privacidad de las personas con discapacidad, la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, la reforma del procedimiento para la rendición de cuentas, la incidencia de la Ley 8/2021 en la sociedad de gananciales, la supresión de la sustitución ejemplar, el ejercicio de las medidas de apoyo en el ámbito de internet, la incidencia de la reforma en la regulación del derecho de uso sobre la vivienda familiar o el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad.

Todo ello convirtió el Congreso en un enriquecedor foro de debate y creo que no me confundo si digo que todos los participantes pudimos ampliar notablemente nuestros conocimientos acerca del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad, por lo que no me queda más que felicitar a los organizadores y animarlos para que sigan trabajando en esta dirección y nos permitan seguir participando de sus iniciativas.

RESEÑA DEL I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS DE PREVENCIÓN Y RESPUESTA JURÍDICO- SOCIAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO, 4 Y 5 DE NOVIEMBRE DE 2021

JAVIER GARCÍA AMEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal

JAVIER G. FERNÁNDEZ TERUELO

Catedrático de Derecho Penal

MARÍA PAZ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ

Profesora Asociada de Derecho Eclesiástico y Derecho Matrimonial Canónico

La prevención y erradicación de la violencia de género constituye uno de los principales retos a los que se enfrenta la sociedad. Para afrontar esta tarea, es necesario que se lleve a cabo un análisis de la situación actual que permita ver los fallos y carencias de las distintas formas de abordar esta problemática, aportando propuestas y modelos que contribuyan a perfeccionar el modelo vigente. Para ello, se hacen necesarios eventos como el celebrado los pasados días 4 y 5 de noviembre de 2021 en el aula magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Al abrigo del proyecto de investigación MCIU-19-RTI2018-095835-B-I00, «Diagnóstico del sistema de protección y propuestas de intervención para la predicción y prevención de los feminicidios en contexto de pareja», cuyo investigador principal es el profesor Javier G. Fernández Teruelo, se celebró el I Congreso Internacional sobre formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la Violencia de Género, dirigido por el investigador principal del proyecto, la profesora M.^a Paz Fernández-Rivera González y el profesor Javier García Amez.

Con un notable éxito de afluencia, y cumpliéndose con las medidas sanitarias vigentes en el momento de su celebración, el congreso fue inaugurado por parte del Rector de la Universidad de Oviedo, la Directora de Igualdad y el Decano de la Facultad de Derecho e Investigador principal de Proyecto. Posteriormente, se dio paso a la ponencia inaugural, que corrió a cargo de la Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña, y a su vez una de las expertas encargadas de elaborar en proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de Libertad Sexual, que actualmente está en fase de tramitación parlamentaria. El objeto de su ponencia fue *La reforma de*

los delitos sexuales, despertando no sólo un gran interés en las personas asistentes, sino también en diferentes medios de comunicación. Acto seguido se celebraron cinco mesas de debate, cuyo centro de discusión giró en torno a cómo hacer una prevención eficaz y cuál debe ser la respuesta social frente a la violencia de género.

La primera de ellas, moderada por la periodista Chelo Tuya, tuvo como centro de debate las bases y fundamentos de la violencia de género y de los instrumentos de reacción. En ella, participaron Dña. María Isabel Núñez Paz (Universidad de Oviedo), con la ponencia «Aspectos jurídicos de la violación y el aborto en las raíces de la violencia patriarcal. Roma Antigua», Dña. María Paz Fernández-Rivera González (Universidad de Oviedo), con una ponencia titulada «Violencia de Género en la realidad trans», Dña. Cristina Zoco Zabala (Universidad Pública de Navarra), cuya disertación verso sobre «Violencia de género y futura Ley Orgánica de garantía integral de la Libertad Sexual: un análisis desde la creación y aplicación de la Ley», Dña. María Valvidares Suárez (Universidad de Oviedo), con una ponencia titulada «Reflexiones sobre la respuesta jurídica a la violencia de género desde la autonomía y dignidad humana», y Dña. Leonor Suárez Llanos (Universidad de Oviedo), que abordó «El concepto problemático de la violencia de género: sentido, sentimiento y consentimiento».

Acto seguido, se llevó a cabo la presentación pública del libro colectivo dirigido por el profesor Javier G. Fernández Teruelo y la profesora Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado, titulado «Violencia de Género: Retos pendientes y nuevos desafíos», que publicado por la editorial Thomson Reuters-Aranzadi, recoge los primeros resultados del proyecto de investigación anteriormente mencionado.

Durante la tarde del jueves, se llevó a cabo la primera sesión específica centrada en la prevención y reacción frente a la violencia de género, desde el análisis del Derecho, moderada por el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo D. Juan Jesús Morcillo Jiménez. En ella, participó la profesora Dña. Elena Marín de Espinosa Ceballos (Universidad de Granada), con una ponencia titulada «Menores y violencia de género», a la que siguió el profesor D. Javier García Amez (Universidad de Oviedo), analizando la «Violencia de género y control de la mujer en la red». Tras ello, Dña. Mariona Llobet Anglís (Universidad Pompeu Fabra), intervino con la ponencia «Consentimiento y punitivismo de género (con especial mención a los delitos sexuales)», a la que siguió D. José Manuel Paredes Castañón (Universidad de Oviedo) con una disertación sobre «El efecto preventivo de la ley penal sobre la violencia de género en la pareja y en la familia: reflexiones político-criminales». Finalmente, Dña. Marta González Tascón (Universidad de Oviedo), impartió una ponencia titulada «Observaciones al sistema de protección de los hijos de las mujeres víctimas de violencia ejercida por el hombre pareja o expareja por razón de género».

Para finalizar la primera jornada, conscientes de la importancia que tiene el estudio del derecho comparado, de manera virtual se celebró una mesa titulada «Prevención y reacción jurídica frente a la violencia de género: experiencias

internacionales», moderada por la profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Oviedo Dña. Beatriz Vázquez Rodríguez. En la mesa intervinieron en primer lugar Dña. Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado (Brasil), analizando el «El nuevo delito de violencia psicológica contra la mujer del artículo 147-B del Código Penal Brasileño». Acto seguido, Dña. Patricia Gallo (Argentina), impartió la ponencia titulada «La valoración del consentimiento en el delito de violación, por la justicia argentina», a la que siguió Dña. Karen Palma Carrascoza (México), con una disertación titulada «Justicia restaurativa como método de reinserción social de la víctima y del agresor en delitos de violencia de género en México». Posteriormente, Dña. Laura Mayer Lux (Chile), abordó la problemática de «El castigo de la violencia de género en la legislación penal chilena: reformas recientes, tareas pendientes», para cerrar la sesión Dña. Ana María Ontaneda (Ecuador) con su ponencia: «Contexto social de la violencia de género en Ecuador y su reacción jurídica».

El viernes 5 de noviembre, segundo y último día del evento, comenzó con una nueva mesa que, moderada por la profesora de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo, Dña. Cristina Isabel López López, retomó la problemática de la prevención y reacción jurídica frente a la violencia de género desde el análisis y aplicación del Derecho. La primera intervención corrió a cargo de D. Javier G. Fernández Teruelo (Universidad de Oviedo), con una ponencia titulada «Los efectos de la pandemia en la violencia de género», a la que siguió Dña. Inmaculada Sánchez Barrios (Universidad de Salamanca), con una intervención titulada «Violencia de género y proceso penal». Posteriormente, Dña. Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo), abordó la temática de «El acoso sexual y la violencia contra las mujeres en el ámbito laboral», para que, a continuación, D. Miguel Abel Souto (Universidad de Santiago de Compostela), impartiese su ponencia titulada «La suspensión de la ejecución de la pena en los casos de violencia sexista». Finalmente, Dña. Sonia Victoria Villa Siero (Universidad de Oviedo), cerró la mesa con su ponencia sobre «El papel del Pacto de Estado contra la Violencia de Género».

Tras estas intervenciones, tuvo lugar la última de las mesas del congreso. En este caso, moderada por la diputada de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo y responsable de su Comisión de Igualdad, Dña. María Martín González, se expuso la prevención y reacción jurídica frente a la violencia de género por parte del sistema de protección. La mesa comenzó con la intervención de D. Javier Domínguez Begega (Magistrado), titulada «Incidencia de la nueva regulación del art. 416 LECrim. y 23 de la L.O. 1/04 en el sistema de protección, así como del art. 89 C.P. en el caso de condenados extranjeros», a la que siguió D. David Mayor Fernández (Fiscal) quien expuso las «Dificultades para integrar (sin dislocar) la protección jurídica civil y penal y la protección operativa policial y judicial de las víctimas violencia de género». Dña. Manuela Andrea Rodríguez Morán (Abogada, Universidad de Oviedo), continuó con su ponencia «Violencia de género desde la perspectiva de la abogacía», cerrando Dña. Yolanda Martín Higarza (Unidad de Valoración Forense), a través de la ponencia titulada «Unidades de Valoración

Forense Integral: Produciendo nuevas respuestas con valor para las mujeres víctimas de violencia de género».

Cabe destacar, que durante todo el evento las ponencias dieron lugar a ricas e interesantes aportaciones, a las que siguió en todo momento una enriquecedora discusión entre las personas intervinientes en las mesas, y, a la vez, una gran participación de las personas asistentes al evento.

II CURSO INTERNACIONAL SOBRE EXPERIENCIAS DE INNOVACIÓN DOCENTE E INVESTIGACIÓN EN LA ERA DIGITAL, 22-24 DE SEPTIEMBRE DE 2021

BEATRIZ GARCÍA FUEYO

Universidad de Málaga

El curso, organizado por las profesoras de Derecho romano Carmen López-Rendo y M.^a José Azaustre, se celebró de forma semipresencial, con numerosas comunicaciones online de Europa e Iberoamérica. Fue inaugurado por el Decano de la Facultad de Derecho, Javier Fernández Teruelo, que resaltó el reto de adaptarse a las necesidades del nuevo perfil de alumno que accede a la enseñanza superior, manteniendo el nivel de exigencia en las distintas disciplinas jurídicas.

Los ponentes reconocieron las bondades de las herramientas informáticas. Julio Carbajo explicó su uso en el marco de los estudios de Doctorado en la Universidad de Oviedo; Julio García Camiñas, de la Universidad de La Coruña, se refirió a la «digitalización retrospectiva», ambicioso proyecto para recuperar grandes obras del Derecho Romano y comunicar el bagaje cultural de los textos jurisprudenciales clásicos, aprovechando nuevos soportes digitales. Para Antonio Villanueva, de la Universidad de Vigo, el estudio del Digesto y su aplicación a través de casos es exigencia natural para acceder al pensamiento jurídico romano.

Carmen López-Rendo explicó la estrategia seguida para estimular la lectura y comprensión de las fuentes jurídicas romanas con la herramienta *Socrative*, unas veces para resolver el caso y otras para asentar conocimientos, reproduciendo fragmentos jurídicos extraídos de las fuentes en el cuerpo de la pregunta. A la importancia de las fuentes propias de cada disciplina también se remitió Andrea Trisciuglio, de la Universidad de Turín, quien explicó su experiencia en Derecho administrativo comparado. Arta Jansone, investigadora de Letonia, advierte de los riesgos de descuidar el estudio del latín en las ciencias jurídicas y lamenta la falta de una traducción de la Compilación justiniana al letón. Francisco José Tejada, de la Universidad Pablo Olavide, insistió en la necesidad de contar con una formación sólida en lenguaje jurídico antes de afrontar búsquedas en bases de datos cada vez más complejas.

Juan Alfredo Obarrio y José Miguel Piquer, de la Universidad de Valencia, defienden el pensamiento crítico desde la lección magistral, pues de la duda nace la experiencia del saber, y es el profesor quien propone, dialoga y enseña. Adolfo Díaz Bautista, de la Universidad de Murcia, sugiere elaborar vídeos cortos de la materia,

como píldoras educativas, que no sustituyen a la clase magistral; reflexiones compartidas por Alfonso Ortega, de la Universidad Miguel Hernández de Elche, para quien la creación de vídeos es buen complemento a las lecciones. Mientras Hugo de Brito Segundo, de la Universidad Federal do Ceará (Brasil), aludió a la reticencia de algunos profesores a grabar las sesiones, Marilina Miceli, de la UIAB (Buenos Aires), pide una transformación tecnológica integral, con programas que aseguren mantener las estrategias didácticas implementadas.

En la Universidad de Murcia y con el objetivo de fomentar la asistencia, M.^a Asunción Cebrián utiliza la técnica del caso en Derecho Internacional Privado, resaltando rasgos llamativos de los sujetos que participan del conflicto para involucrar emocionalmente al alumno, mientras que Isabel Lorente se sirve de recursos cinematográficos para dar una visión global de la disciplina. Amparo Montañana, Carmen Lázaro, Ana Beltrán, Achim Puetz y M.^a del Carmen Colmenar, de la Universidad Jaume I, rescatan el programa de estudios utilizado por los romanos con un curso interdisciplinar, donde los alumnos reciben formación práctica en artes escénicas, dialéctica y práctica forense. Raquel Pérez habló del *storytelling* en la Universidad ovetense, donde el alumno compone una narración jurídica, al tiempo que Mirta B. Álvarez, Mariana V. Sconda y Gabriela V. Morell, de las Universidades de Flores y Buenos Aires, se refirieron a su labor en el Centro de investigaciones romanísticas *Iulius Paulus*, analizando instituciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina para comprender mejor la normativa actual.

Ramón Rodríguez Montero, de la Universidad de La Coruña, propone compaginar el desarrollo de temas de investigación, dotados de estructura y metodología y aplicarlos a la innovación. En otro caso, el alumno atenderá a lo llamativo del medio y no al contenido. Juan B. Cañizares, de la Universidad de Valencia, insta a no caer en el error de pensar que se está innovando por la simple utilización de herramientas digitales y Ana Martín Minguijón recuerda que la UNED es online respecto de los profesores de la sede central pero semipresencial gracias a los centros asociados y profesores-tutores.

Las universidades públicas argentinas comparten desafíos, por lo que Anabella Faciutto y Daniel Bonjour creen necesaria una reforma institucional que asegure la continuidad del vínculo pedagógico en los procesos formativos. Para Orlando Pardo, Jorge I. Torres y Esperanza Revelo, de la Universidad Industrial de Santander (Colombia) la innovación pedagógica requiere una estructura previa y varios niveles de implementación mediante las TIC. Olga Meza, de la Universidad Lasalle de México habló el modelo COIL (cursos de colaboración internacional) para fomentar las habilidades interculturales. Carmen Meza explicó los métodos de investigación en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) y Daniel Martín Arana destacó el cambio en la relación profesor-alumno en la pandemia, ayudando a los docentes en el manejo de las herramientas digitales. En este mismo sentido, Elvira Méndez Chang, de la Universidad Pontificia del Perú, recordó la sinergia creada entre los alumnos en posgrado.

Carlos Sánchez-Moreno Ellart expuso los retos que tuvo que afrontar para enseñar Derecho romano en inglés en los grupos de alto rendimiento académico (ARA), al confluir alumnos de países con distintos sistemas, el continental y el *Common Law*. Teresa Duplá, de la Universidad Ramón Llull, Paula Domínguez y Patricia Panero, de la Universidad de Barcelona y Belén Fernández, de la Universidad de Alicante, relataron una prueba piloto sobre aprendizaje en equipos, a través de enseñanza mixta en tres Universidades y con distintos perfiles de alumnos.

Para trabajar el fenómeno jurídico a través del cine, Esther Domínguez e Ignacio Taboada de la Universidad de Málaga propusieron el visionado y posterior debate conducido de «Espartaco». Francisco J. Casinos, de la Universidad de Valencia, se refirió al potencial educativo del cine, destacando, al margen de los clásicos, películas menos conocidas, como *Stico* (1985). Aurora López Güeto explicó cómo los alumnos de la Universidad Pablo Olavide, tras visionar «Gladiator» (2000) y «Ágora» (2009), organizaron tertulias y utilizaron herramientas digitales para evaluar a sus compañeros. En Derecho de Familia, Camino Sanciñena (Universidad de Oviedo), a través de fragmentos de películas, como «Matrimonio de conveniencia» (1990) o «Crueldad intolerable» (2003) promueve el análisis de consecuencias jurídicas.

José Luis Zamora, presentó el *escape room* «La pandemia de Galeno», donde el alumno de la Universidad de las Palmas recibe premios según completa misiones. M.^a de los Ángeles Catalina hace que sus alumnos de Organización Judicial y Proceso en la Universidad de Santiago resuelvan el conflicto creado tras el secuestro del Presidente del CGPJ y del TS. A su vez, Alejandro Zornoza utiliza el aprendizaje basado en juegos y el *Ameritrash* en sus clases de Derecho mercantil en la UCAM.

Beatriz García combina el método del caso con la redacción de un guión de teatro resuelto y puesto en escena por los alumnos de la Universidad de Málaga que, sirviéndose de las TIC, simulan cinco procesos civiles romanos completos, con el procedimiento del *agere per formulas*. M.^a José Azaustre se refirió a la simulación de juicios efectuada a través de la *cognitio extra ordinem*, en la que los alumnos, que efectuaron un loable esfuerzo por aproximarse a la época histórica, redactaban el *libellum conventionis* o *contradictionis*, desarrollándose después el juicio oral de manera virtual. La magistrada Emma Rodríguez explicó cómo los alumnos resuelven casos reales, lo que exige la redacción de los hechos y su fundamentación jurídica, anticipando las respuestas de la contraparte.

Olga Gil, de la Universidad de Burgos analizó el perfil del nativo digital: alumnos que acceden aleatoriamente a una información lineal, expertos en multitarea, que toman decisiones rápidas, pero poco meditadas. Bronislaw Sitek, Pawel Kowalski y Slawomir Kurska trataron de medir el potencial de la enseñanza en tiempos de pandemia, en la SWPS University of Social Sciences and Humanities. Rosa Luz Cassen, de la Universidad Nacional de Tucumán, advierte de los peligros del uso incorrecto de la tecnología, que nunca podrá sustituir al profesor; Luis Mariano Robles explicó las medidas adoptadas en la Universidad de Granada para combatir el plagio; Manuela Andreola, de la Universidad de Padova, expuso los conflictos derivados de la falta de cuidado por el sujeto responsable cuando un menor accede a plataformas digitales

y Chiara Buzzacchi, de la Università degli Studi di Milano-Bicocca, explicó cómo la enseñanza virtual modifica el uso de la argumentación jurídica.

M.^a del Mar Canato agradeció la labor de la unidad de accesibilidad digital de la Universidad de Alicante con las personas con necesidades especiales. Asimismo, Gema Vallejo, de la Universidad de León, facilitó diversos medios técnicos para asistir a alumnos con distintas capacidades auditivas o visuales. Laura Álvarez, de la Universidad de Oviedo, considera imperativo en este ámbito elaborar materiales didácticos en el marco de un diseño universal.

Para identificar la herramienta más adecuada en la adquisición de una determinada competencia, Grecia Sofía Munive, de la UNAM, expuso la metodología de la *Padagogy Wheel*. Varios ponentes disertaron sobre las herramientas que utilizan: M.^a Etelvina de las Casas, de la Universidad de La Laguna, se sirve de *Genially*, *Socrative*, *Westlaw* y la evaluación oral; Raquel Diez, de la Universidad de La Laguna, emplea *Google meet*, el aula virtual y *Socrative*, pudiendo sus alumnos ver a la vez las soluciones de distintos sistemas jurídicos; Raquel Cavallanti, de la Universidade Federal do Ceará, utiliza recursos visuales y redes sociales; en la Universidad de Oviedo, Ignacio Fernández Chacón y Clara Gago proponen difundir conocimientos con *blogs* de tipo docente o académico-investigador, creando su espacio online en Twitter y *Blogger* y Jaime García, la grabación de micro vídeos educativos con *screencast-o-matic*. Miriam Judith Gómez, de la UCAM, defiende la *flipped classroom*, que favorece el desarrollo de las *soft skills*, y Lucía Payero, de la Universidad de Oviedo, propone utilizarla en Filosofía del Derecho con una adaptación del dialogo socrático.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE LA FACULTAD 2021⁽¹⁾

SUMARIO

- I. ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR EL DECANATO DE LA FACULTAD.
- II. ACTIVIDADES DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD.
- III. ACTIVIDADES DE LA CLÍNICA JURÍDICA DEL MÁSTER EN PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS Y LOS GRUPOS VULNERABLES.
- IV. ACTIVIDADES DEL PDI DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS.
- V. ACTIVIDADES DEL PDI DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA.
- VI. ACTIVIDADES DEL PDI DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO.
- VII. ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR ASOCIACIONES DE ESTUDIANTADO.
- VIII. ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR OTRAS ENTIDADES.
- IX. TESIS DOCTORALES.

I. ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR EL DECANATO DE LA FACULTAD

I sesión del Mes de la Orientación Profesional de la Facultad, dedicada al ejercicio de la abogacía, 19 de marzo de 2021

Organizada por el Decanato de la Facultad, el día 19 de marzo de 2021 tuvo lugar, a través de la plataforma TEAMS, la primera de las cuatro sesiones con el objetivo de asesorar profesionalmente a los/as estudiantes de nuestro centro.

La sesión, inaugurada y moderada por el Sr. Decano de la Facultad Javier Fernández Teruelo, contó con la participación de D. Gonzalo Rubio Hernández-Sampelayo, abogado especializado en Derecho Administrativo y Energía en MVA Asociados que relató a nuestros/as estudiantes sus inicios como abogado y su experiencia en un despacho formado por un amplio equipo de expertos, realizando funciones propias de la práctica en Derecho administrativo y de asesoría de empresas. También participó,

(1) Documento elaborado por Miguel Iribaren Blanco, Vicedecano de Calidad, con base en las noticias recogidas en el Boletín informativo de la Facultad a lo largo de 2021.

Dña. Manuela Rodríguez Morán, abogada especializada en Derecho Privado en «Manuela Rodríguez Morán Abogados» y compañera nuestra, quien comentó su experiencia y recorrido como fundadora de su despacho en Oviedo. Por su parte, D. Manuel Morales Zapata, director de Servicios Jurídicos y Auditoría Interna en CAPSA, puso de relieve otra dimensión del ejercicio de la abogacía vinculado al ámbito de la empresa privada. Finalmente, D. Luis Roca de Agapito, coordinador del Máster en Abogacía de la Universidad de Oviedo y compañero adscrito al área de derecho penal de nuestra facultad, explicó a los/as alumnos las dinámicas y demás requisitos necesarios para cursar el Máster que coordina y obtener así, las competencias necesarias para ejercer la profesión de abogado/a. La sesión finalizó tras un coloquio con estudiantes del grado en derecho y de la PCEO ADE/Derecho, quienes plantearon sus dudas a los/as participantes de la mesa.

II sesión del Mes de la Orientación Profesional de la Facultad, dedicada al acceso a la función pública, 26 de marzo

Organizada por el decanato de la Facultad, el día 26 de marzo tuvo lugar, a través de la plataforma MS Teams, la segunda de las cuatro sesiones con el objetivo de asesorar profesionalmente a los/as estudiantes de nuestro centro.

La sesión, inaugurada por el Sr. Decano de la Facultad Javier Fernández Teruelo, contó con la participación de Dña. M.^a Eugenia Prendes Menéndez, Fiscal delegada de Violencia de Género del Principado de Asturias que relató a nuestros/as estudiantes su experiencia como opositora y sus inicios en el desempeño de su profesión. En segundo lugar, intervino D. Joaquín Viaño Díez, Abogado del Estado que también explicó al estudiantado su experiencia personal como opositor y las funciones principales en el ejercicio de su profesión. En tercer lugar, participó Dña. Kai Solagaistua Barrenechea, Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, que relató el contenido específico de las oposiciones a la inspección de trabajo y sus responsabilidades como jefa de la Unidad Especializada de Seguridad y Salud Laboral. Finalmente, D. José Ramón Chaves, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA y funcionario en excedencia del Cuerpo Técnico de Administración Local y de la Escala Técnica de Administración Universitaria, explicó a los/as alumnos su heterogénea experiencia en su recorrido profesional. Durante toda la sesión, los/as estudiantes del grado en derecho y de la PCEO ADE/Derecho, plantearon diversas cuestiones a los/as participantes de la mesa.

III sesión del Mes de la Orientación Profesional de la Facultad, dedicada a la formación en posgrado y a las oportunidades internacionales, 9 de abril de 2021

Organizada por el Decanato de la Facultad, el día 9 de abril de 2021 tuvo lugar, a través de la plataforma MS Teams, la tercera de las cuatro sesiones con el objetivo de asesorar profesionalmente a los/as estudiantes de nuestro centro.

La primera sesión relativa a la formación de posgrado fue inaugurada por el Sr. Decano de la Facultad Javier Fernández Teruelo y contó con la participación de D. Julio Carbajo González, Coordinador del Programa de Doctorado en Derecho, que comentó los requisitos necesarios para la formación y especialización de futuros investigadores en nuestro centro. En segundo lugar, participaron Dña. Leonor Suárez

Llanos y Dña. María Valvidares Suárez, Coordinadoras del Máster en Protección Jurídica de Personas y los Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo, que informaron al estudiantado de los requisitos y contenidos del citado Máster. Finalmente, intervino Dña. Patricia García Majado, que relató su experiencia como antigua alumna del Máster y del programa de doctorado en Derecho.

La segunda parte de la sesión relativa a las oportunidades internacionales también fue presentada por el Decano de la Facultad y en esta ocasión, contó con la participación de D. Carlos López García-Benito, becario del programa de internacionalización del IDEPA en Dubái y profesional de comercio exterior, que informó sobre las becas del ICEX y de su experiencia como becario. En segundo lugar, participó D. Jaime Rodríguez Medal, director de CONFEBUS, que nos relató su experiencia de prácticas en instituciones europeas, en concreto en la Comisión Europea y de cómo presentar una candidatura a las mismas. En tercer lugar, intervino Dña. Beatriz Barbero Martínez, coordinadora de proyectos de la Asociación Brújula Intercultural que nos contó su vivencia como voluntaria en el Servicio de Voluntariado Europeo. En último lugar, D. Carlos del Valle Fernández, miembro del área de desarrollo de negocio en ONTIER Media & Music Advisory en España y República Dominicana, puso de relieve la importancia de la motivación, la formación continuada y sólida para ser competitivo en el mercado laboral actual.

IV sesión del Mes de la Orientación Profesional de la Facultad, 16 de abril de 2021

Organizada por el Decanato de la Facultad, el día 16 de abril tuvo lugar, a través de la plataforma MS Teams, la última de las cuatro sesiones con el objetivo de asesorar profesionalmente a los/as estudiantes de nuestro centro.

Esta última jornada titulada: «Cómo prepararme para el mercado laboral» fue inaugurada y moderada por el Sr. Decano de la Facultad Javier Fernández Teruelo. La primera intervención, corrió a cargo de D. Jorge Espina Díaz, jefe del Departamento de Orientación Académica, Profesional y Laboral del CIFP Hostelería y Turismo, que nos habló de «Nuestra carrera profesional; las diez preguntas para el desorientado». En segundo lugar, participó Dña. Carolina Serrano Gómez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Oviedo, que se ocupó de asesorar al estudiantado en «Cómo preparar una oposición». Finalmente, D. Tito Rodríguez Calvo, director creativo ejecutivo de Neozink nos habló de la importancia de la marca personal, a través de una ponencia titulada: «Personal Branding. La gestión de tu marca personal».

Esta última sesión también ha sido grabada y, junto con las anteriores, se han puesto a disposición de los/las estudiantes en el espacio «Mediateca de Orientación Laboral», en la página web de la facultad.

Jornada virtual de orientación profesional: «La mujer en la carrera diplomática: #túpuedesserdiplomática», 4 de mayo de 2021

La sesión, organizada por el Decanato de la Facultad y la Asociación de Mujeres Diplomáticas Españolas, tuvo lugar el martes 4 de mayo a través de la plataforma Ms Teams.

En la sesión, presentada y moderada por Beatriz Vázquez Rodríguez, Vicedecana de Estudiantes y Orientación Profesional, intervino Dña. María Eugenia Menéndez Reyes, diplomática de carrera, que ha estado destinada en Montevideo, Santiago de Chile y Argel. En Madrid, ha ocupado puestos en la Dirección General del Servicio Exterior y por la Subdirección General de Diplomacia Pública y ha formado parte del Gabinete de los ministros D. Alfonso Dastis y D. Josep Borrell. Actualmente es consejera de la Embajada en Argel. También participó Dña. María Dolores Casariego Artola, graduada en derecho por nuestra facultad y actualmente, jefa del servicio en la Subdirección General de Comunicación Estratégica, Diplomacia Pública y Redes del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

En la sesión ambas ponentes comentaron al estudiantado de nuestro centro las razones para elegir la carrera diplomática y los requisitos para entrar en la misma. La sesión finalizó después de un debate, donde varios/as estudiantes plantearon sus dudas e interés sobre las oposiciones a la carrera diplomática.

Jornada online en coordinación con la Facultad para informar del plan de captación de talento de la Administración General del Estado, 28 de abril de 2021

El miércoles 28 de abril tuvo lugar una jornada online para informar del plan de captación de talento de la Administración General del Estado. Se trata de una jornada de interés para todo el estudiantado. En esta jornada se informó de la oferta de empleo público; las formas de acceso al empleo público y las características del empleo público.

Jornada de Orientación Universitaria, 18 de mayo de 2021

El martes 18 de mayo de 2021 tuvo lugar –a través de la plataforma Ms Teams– la sesión de Orientación de la Facultad de Derecho. La actividad de nuestro centro fue organizada por el decanato en coordinación con el Vicerrectorado de Estudiantes.

En la sesión, Beatriz Vázquez Rodríguez, Vicedecana de Estudiantes y Orientación Profesional de la Facultad de Derecho, ofreció a los/as participantes información relevante sobre cuestiones de interés como el plan de estudio del Grado en Derecho y de la PCEO en ADE/Derecho; convocatorias de exámenes, guías docentes, cauces institucionales de participación o normativa de interés. A continuación, Estefanía Álvarez Menéndez, coordinadora del Plan de Acción Tutorial de la Facultad, comentó a los/as estudiantes de secundaria la descripción general y las tres etapas fundamentales para el desarrollo del mismo: Ingreso y acogida de nuevos/as estudiantes a través de la celebración de las Jornada de puertas abiertas; el asesoramiento permanente; y la orientación profesional con el fin de informar a los/as estudiantes sobre posibles salidas profesionales. Finalmente, Alejandra Díaz Rocha y Borja Ruizsanchez Mier, compartieron sus experiencias como estudiantes del grado en Derecho y como representantes de estudiantes de nuestro centro.

Presentación del libro colectivo de la Facultad Derecho y nuevas tecnologías

El acto se celebró el pasado día 16 de junio en el Aula Magna de la Facultad de Derecho. Intervinieron en la inauguración del acto el Decano de la Facultad de Derecho, Javier Fernández Teruelo, y el Rector de la Universidad de Oviedo, Ignacio

Villaverde. A continuación, la presentación del libro Derecho y nuevas tecnologías se realizó en forma de seminario, con una panorámica general de la obra a cargo de su coordinador, el Profesor Luis Antonio Fernández Villazón, seguida de dos paneles con intervención de varios de los coautores.

En el primero de estos paneles, se ofrecieron las siguientes ponencias: «Humaquismo: Una panorámica sobre el ser humano, la robótica y la inteligencia artificial», Roger Campione, Prof. Titular de Filosofía del Derecho; «El Derecho Internacional frente al reto científico y tecnológico», Javier A. González Vega, Catedrático de Derecho Internacional Público, y «Sobre la posible introducción del voto electrónico en la legislación electoral española», Miguel A. Presno Linera, Catedrático de Derecho Constitucional.

El segundo de los paneles contó con las siguientes intervenciones: «Redes sociales y relación laboral», Diego Álvarez Alonso, Prof. Titular de Derecho del Trabajo; «Nuevos empleadores y empleados: ¿Hacia un nuevo concepto de relación de trabajo?», Carolina Martínez Moreno, Catedrática de Derecho del Trabajo, y «Eficacia probatoria del Whatsapp», Laura Álvarez Suárez, Doctora en Derecho.

Celebración de San Raimundo de Peñafort 2021, 6 de julio de 2021

Con la presencia de más de 300 personas y después de más de un año de espera debido a la pandemia, el viernes 6 de julio de 2021 tuvo lugar el acto de celebración de nuestra festividad, que contó con la presencia del presidente del Principado de Asturias, exalumno de la Facultad y del Rector de la Universidad de Oviedo. En el transcurso del mismo, intervino el Decano de la Facultad, que hizo balance de este difícil periodo y agradeció todos los esfuerzos realizados a profesorado, estudiantado y PAS. Igualmente se entregaron los diplomas a los/las egresados/as y el catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid, y antiguo profesor de esta Facultad Joaquín García Murcia, disertó sobre «El Derecho y los estudios de Derecho a la altura del S. XXI».

Acto de Graduación de la Promoción 2016-2021 ADE-Derecho, 3 de septiembre de 2021

Con la presencia del Rector de la Universidad de Oviedo, del Decano de la Facultad de Derecho y de la Decana de la Facultad de Economía y Empresa, el viernes 3 de septiembre de 2021, se celebró en el Castillo de la Zoreda el acto de Graduación de la cuarta promoción de alumnos/as de la PCEO ADE-Derecho.

Jornadas de Acogida e Integración, curso 2021/22, 9 de septiembre de 2021

El día 9 de septiembre de 2021 se celebraron en el Aula Magna de la Facultad las Jornadas de Acogida e Integración dirigidas a los/as estudiantes de nuevo ingreso tanto de Grado en Derecho como de PCEO ADE-Derecho, ambas con el aforo completo y el máximo respeto a las medidas de prevención sanitaria.

En horario de mañana, la jornada tuvo como destinatarios a los/as estudiantes del Grado en Derecho y se inauguró con un acto de bienvenida presidido por el Decano de nuestra Facultad. También participaron la Vicedecana de Estudiantes y Orientación

Profesional de la Facultad de Derecho, la Coordinadora del Plan de Acción Tutorial, el Subdirector de la Clínica Jurídica de nuestra Facultad y varios/as representantes de estudiantes de nuestro Centro que desarrollaron diferentes sesiones informativas.

La sesión de tarde, destinada a los/as estudiantes de la PCEO, fue inaugurada por el Decano de la Facultad de Derecho y la Decana de la Facultad de Economía de Empresa; también participaron las Vicedecanas de Estudiantes de ambos centros, la Coordinadora del Plan de Acción Tutorial, la directora de la Clínica Jurídica de nuestra Facultad y algunos/as representantes de estudiantes.

Todo ello se materializó en un curso para las Jornadas de Acogida en el Campus Virtual, en el que se han incluido a todos/as los/as estudiantes de nuevo ingreso. Allí estará publicada toda la información necesaria a disposición de los/as estudiantes durante todo el curso. Esta información –que incorpora diferentes documentos de interés con datos relativos al inicio del curso, la guía básica de orientación para estudiantes, el manual del uso del campus virtual, el plan de acción tutorial, información relativa a la Clínica Jurídica y a la biblioteca de Ciencias Jurídico-Sociales– se mantendrá actualizada durante todo el curso académico.

Precisamente, en ese curso del campus virtual, se ha abierto la inscripción para participar en la actividad «Introducción a la biblioteca» con el objetivo de que el estudiantado de nuevo ingreso pueda familiarizarse con este espacio.

II. ACTIVIDADES DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD

Charlas de orientación académica para los/as alumnos/as de Bachiller del IES n.º 5 de Avilés (Actividad de la Clínica Jurídica de la Facultad), 14 de enero de 2021

Las sesiones fueron impartidas a través del MS TEAMS por Sara Rayón González, Candela Álvarez Díaz, Alejandra Díaz Rocha y Vanessa Álvarez Cano, estudiantes de la Facultad, del Grado en Derecho y de la PCEO y de los Másteres de la Abogacía y de Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo. Las estudiantes proporcionaron a los/as alumnos/as del IES Número 5 de Avilés información sobre los estudios ofertados y sobre el funcionamiento, organización y actividad de nuestra Facultad, además de transmitirles sus experiencias personales como representantes de estudiantes o como estudiantes de movilidad internacional. Las sesiones se desarrollaron en el marco de las actividades de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho.

Encuentro virtual con D. Fernando Fernández-Arias Minuesa, Director General de Naciones Unidas, Organismos Internacionales y Derechos Humanos, 24 de febrero de 2021

La actividad se desarrolló en el marco del proyecto de la Clínica jurídica de la Facultad sobre «Sanciones de la UE por violaciones de Derechos Humanos», dirigido por el Profesor Javier Ballina Díaz. En el encuentro, el Embajador puso de relieve la importancia de los mecanismos de protección internacional de Derechos Humanos y

posteriormente se celebró un coloquio donde los/as estudiantes tuvieron la oportunidad de plantear diferentes cuestiones. En la sesión, han participado varios/as alumnos/as de 2.º de PCEO ADE-Derecho que integran este proyecto: Carmen Cuevas Sánchez, Laura Díaz González, Jimena Fernández Villanueva, Nicolás Marcos Ancares, Marina Martínez Sánchez, Mario Melón Rodríguez y Jorge Novo Díaz. En el acto también participaron la Dra. Beatriz Vázquez, Vicedecana de Estudiantes y Orientación Profesional de la Facultad, y Eugenio Caravia, Profesor del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo.

Encuentro virtual con D. Juan Antonio Yáñez-Barnuevo García, ex Secretario de Estado de Asuntos Exteriores e Iberoamericanos de España, 16 de marzo de 2021

El día 16 de marzo de 2021, los/as alumnos/as del proyecto de la Clínica Jurídica que analiza el nuevo régimen europeo de sanciones y que dirige el profesor Javier Ballina participaron en un encuentro con D. Juan Antonio Yáñez-Barnuevo.

En la sesión se debatió sobre el nuevo régimen europeo de sanciones y las singularidades del régimen de medidas restrictivas en la Unión Europea. El antiguo Embajador de España ante las Naciones Unidas y ex Secretario de Estado de Asuntos Exteriores e Iberoamericanos de España puso de relieve las singularidades del régimen de medidas restrictivas en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea. En el acto intervino también Lucía Madroño, profesora del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo.

Taller en el marco del proyecto de la Clínica Jurídica con la Fundación Secretariado Gitano, 4 de junio de 2021

El viernes 4 de junio de 2021, en el marco del proyecto que se desarrolla con la Fundación Secretariado Gitano, y bajo la supervisión de la profesora Lucía Modroño Pérez, así como Lorena Villa Varela y Carmen Félix Yao, de la Fundación Secretariado Gitano, se impartió un Taller a miembros de la comunidad gitana sobre el acceso a los estudios universitarios, en las distintas modalidades existentes, al igual que las posibles becas o ayudas que se pueden obtener para ello.

Intervinieron en el mencionado Taller aportando no sólo los conocimientos teóricos, sino su propia experiencia: Sara Álvarez Fernández que habló de las posibles becas de estudio y de sus requisitos, Alejandra Díaz Rocha, que expuso las formas de acceso a los grados o estudios universitarios, Carlos Aybar, que habló de los accesos para mayores de 25, 45 y de las universidades a distancia, Ainhoa Suárez Martínez, que expuso las diversas formas de acceso a estudios superiores (FP de grado medio y superior) y, tras su finalización, el acceso desde ellos a las enseñanzas universitarias.

El Taller tuvo una duración de dos horas, con más de una hora de turno de preguntas y coloquio con los asistentes. Además, también por parte de la propia Fundación Secretariado Gitano, una voluntaria de la misma relató su experiencia al respecto, lo que sin lugar a dudas enriqueció el taller, destacando además la importancia de acciones formativas como esta.

Clínica Jurídica: Taller sobre derechos del paciente en la sede de Oviedo de la Asociación Española contra el Cáncer, 27 de octubre de 2021

El miércoles 27 de octubre de 2021, a las 17:30 horas, en la sede de Oviedo de la Asociación Española Contra el Cáncer (AECC), y con una amplia asistencia, tres estudiantes de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho (Fernando Alonso Muela, María Lourdes González Fernández y Shakira Tur Vizcaino), impartieron un taller sobre derechos del paciente. En el mismo, se abordaron varios aspectos relacionados con la autonomía del paciente, tales como el derecho a la segunda opinión, a la libre elección sanitaria o acceso a la historia clínica, o la indemnización en los casos en los que se ocasiona algún daño.

Este taller fue el resultado del proyecto iniciado durante el curso 2020-21, en el que participaron un total de 12 estudiantes, y en el que la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho contó con la colaboración de la AECC, a través de su presidenta (y antigua profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho), Margarita Fuente Noriega, y profesionales de esta organización (Desirée García Trancón y Marta García García). Por parte de la Clínica Jurídica, actuaron como tutores las profesoras Manuela Andrea Rodríguez Morán, M.^a Paz Fernández-Rivera González y el profesor Javier García Amez.

El proyecto permitió a los estudiantes acercarse a la realidad del cáncer y conocer cómo afecta a las personas que lo padecen, a través de sus propios testimonios. También tuvieron la oportunidad de profundizar en el estudio y análisis de los distintos derechos que asisten a estas personas en el ámbito sanitario.

III. ACTIVIDADES DE LA CLÍNICA JURÍDICA DEL MÁSTER EN PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS Y LOS GRUPOS VULNERABLES

Mesa de empleabilidad organizada por el Máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables, 28 de junio de 2021

En la sesión intervinieron D. Ángel Rey, director Asociación Centro TRAMA-Asturias; Dña. Lorena Iglesias, adjunta responsable Territorial Accem Asturias; Dña. María José Fernández, abogada del Centro Asesor de la Mujer de Cangas del Narcea Suoccidente; Dña. Fedra Salvador, trabajadora social y mediadora familiar, directora en Mediados Asturias; Dña. Cristina López Alonso, egresada del Máster, técnica de intervención Socio-laboral, Fundación Secretariado Gitano; Dña. Alma Luna Ubero, egresada del Máster y estudiante de doctorado y Cecilia Bethencourt, directora de la Fundación Universidad de Oviedo (FUO).

Acto conmemorativo del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer sobre la situación de las Jornaleras en los campos de fresa de Huelva, 1 de diciembre de 2021

El miércoles 1 de diciembre de 2021 tuvo lugar, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, un acto conmemorativo del 25 de noviembre, Día Internacional por la eliminación de la violencia contra las mujeres. El acto estaba organizado por el Máster en protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables, con la colaboración de la Facultad de Derecho. El acto fue presentado por el Decano de la Facultad de Derecho, y moderado por María Valvidares y Leonor Suárez Llanos, coordinadoras del Máster.

En el acto intervinieron Begoña Lalana Alonso, abogada, y Carolina Martínez Moreno, profesora de Derecho del Trabajo y de la seguridad social de la Universidad de Oviedo. Ambas habían sido integrantes de la «Brigada de observación feminista» impulsada por el Museo Reina Sofía y la cooperativa La Laboratoria, que en mayo de 2021 acudió a los campos de Huelva para conocer las condiciones laborales y de vida de las trabajadoras de la fresa. En el encuentro se presentó un Informe Jurídico elaborado por varias de las integrantes de la Brigada, y que se encuentra disponible en la web de La Laboratoria <http://laboratoria.red/publicacion/1287/>.

La profesora Carolina Martínez Moreno desgranó las numerosas vulneraciones de los derechos laborales que persisten en la situación de las jornaleras de los campos de Huelva. Destacó el perfil de trabajadora, mujer y mayoritariamente extranjera, principalmente de Marruecos, casada o viuda y principalmente con hijos, circunstancias todas ellas seleccionadas para asegurar que mayoritariamente retornarán a su lugar de origen una vez terminada la campaña, así como una situación de mayor dependencia y necesidad que las sitúa en posición de mayor vulnerabilidad ante los abusos laborales en cuestión de, por ejemplo, jornadas, retribuciones, protección de riesgos laborales o la falta de atención sanitaria y, en general, ante la falta de accesibilidad a la información sobre su contrato y sus derechos por recibirla solo en castellano.

Por su parte, la abogada Begoña Lalana señaló que durante su observación, así como de la documentación recabada, se constataba la comisión de numerosos hechos constitutivos de delito, entre ellos de manera relativamente habitual delitos contra la libertad sexual de las jornalera: agresiones sexuales –a menudo motivadas por la distancia entre los asentamientos de las jornaleras y los campos de trabajo, sin que se les facilite ningún medio para los desplazamientos–, chantajes sexuales a cambio de facilitar el empadronamiento de la mujer; y también delitos de omisión del deber de socorro al no facilitar la asistencia médica debida en casos de enfermedad. A su juicio, dada las circunstancias de explotación laboral sistemática y el engaño en las condiciones de trabajo, podríamos incluso estar en presencia de un delito de trata de personas con fines de explotación laboral.

Posteriormente, se produjo un interesante coloquio con el público asistente, en el que se plantearon las responsabilidades de las diversas administraciones implicadas, el papel de agentes sociales sindicales y el posible impacto del Informe.

IV. ACTIVIDADES DEL PDI DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

Aula de Extensión Universitaria «Derecho Humanos y Cine», 18-29 de enero de 2021

Dirigida por los Profesores Benjamín Rivaya y Marta González Tascón, en el Aula se analizaron las relaciones entre los Derechos Humanos y el Cine. En particular, las actividades se centraron en el estudio de la «imagen fílmica» de los derechos humanos, es decir, la forma en que éstos se plasmaron en la gran pantalla, obteniendo gran éxito en muchas ocasiones y propiciando incluso la aparición de géneros cinematográficos, porque la conculcación de los derechos humanos, que es de lo que suelen tratar las películas, resulta un argumento a todas luces dramático y, por tanto, cinematográfico.

Aula de Extensión «Igualdad, Diversidad y Género», 3 de marzo-21 de abril de 2021

Durante el periodo comprendido entre los días 3 de marzo y 21 de abril de 2021 tuvo lugar la impartición del aula de extensión universitaria «Igualdad, diversidad y género». Esta actividad, dirigida por la profesora María Isabel Núñez Paz y codirigida por el profesor Javier García Amez, tiene ya una amplia trayectoria, que ha podido desarrollarse gracias a los esfuerzos de un grupo de profesores de diferentes disciplinas. A este grupo, que cuenta con varias publicaciones y con la organización de diferentes Jornadas y eventos científicos en la Facultad de Derecho, se unieron diferentes expertos en el ámbito de las materias objeto del Aula.

En esta edición, se abordaron temas tan interesantes y de actualidad como la violencia de género, el tratamiento de las personas mayores durante la pandemia, la violencia en el ámbito de la obstetricia, el derecho a la educación, y el análisis histórico de la desigualdad y el binarismo.

Primera actividad del Seminario permanente de Ciencias Jurídicas Básicas, 12 de marzo de 2021

Tuvo lugar el viernes día 12 de marzo de 2021 a las 16.00 horas, con una sesión en la que intervinieron José Manuel Paredes Castañón, Catedrático de Derecho Penal, y Xacobe Bastida Freijedo, Profesor Titular de Filosofía del Derecho, con ponencias sobre el carácter populista del Derecho Penal y el Derecho a decidir y las trampas reformistas, respectivamente.

En la misma el catedrático de Derecho penal reflexionó sobre la incidencia real del llamado populismo punitivo en la configuración de la normativa penal. Por su parte el profesor Xacobe Bastida se mostró crítico con la estrategia de tratar de diluir el reclamo del derecho a decidir de una comunidad en la posibilidad existente de reformar la Constitución.

La primera intervención de este primer seminario, titulada «¿Es populista nuestro Derecho penal?», corrió a cargo del Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo y en la misma, tras analizar los distintos conceptos de populismo, puso

de manifiesto sus dudas frente a la creencia generalizada de que dicho populismo es un factor que determina sistemáticamente las reformas, generalmente expansivas, de carácter penal. Expuso en dicho contexto, cómo muchas de las recientes reformas han venido determinadas, no tanto por un sentir popular, como por la actuación de determinados grupos de presión, como ha podido ocurrir –por ejemplo– con la próxima reforma de los delitos sexuales, auspiciada desde determinado sector predominante del feminismo.

La segunda intervención corrió a cargo del profesor de Filosofía del Derecho, Xacobe Bastida quien, bajo el título de «El derecho a decidir y las trampas reformistas», ofreció una ponencia con la que defendió que, al margen de la ideología de cada uno en relación con la autodeterminación nacionalista, resulta «tramposo» tratar de diluir el reclamo del derecho a decidir de una comunidad en la posibilidad existente de reformar la Constitución. Materialmente esto no es posible en relación con la unidad territorial, por lo que tratar de solventar el reclamo con tal reforma sería poco menos que no tomarse en serio los derechos, y en este punto apelaba a los recursos procedimentales de justificación de las decisiones del mismo liberalismo político, encarnados, p.ej., en Rawls. La propuesta de Xacobe se centraba, precisamente, en buscar el acuerdo sobre esta premisa primera, la de que apelar a la reforma constitucional es una trampa para, una vez aceptado esto, abrir otras posibilidades de diálogo y de encuentro que no se encuentren clausuradas de principio. Tras esta intervención se sostuvo un interesante diálogo conceptual y de alcance práctico desde las distintas disciplinas.

Segunda actividad del Seminario permanente de Ciencias Jurídicas Básicas, 29 de abril de 2021

El día 29 de abril de 2021 se celebró, en formato on-line, a través de Teams, el Segundo Seminario Permanente del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, organizado por su Directora, la profesora Leonor Suárez Llanos. En esta ocasión, el tema a tratar fue: Libertad de expresión y sensibilidad religiosa.

Los profesores encargados de disertar fueron Juan Ferreiro Galguera, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, con una ponencia titulada Libertad de expresión y sensibilidad religiosa, y, en calidad de experto invitado, Miguel Presno Linera, Catedrático de Derecho Constitucional, que desarrolló la pregunta ¿Derecho a blasfemar? Moderó el debate Marta Frieria Álvarez, Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones.

En la sesión se reflexionó desde una perspectiva interdisciplinar y se manifestaron distintas posturas jurídicas sobre la libertad de expresión, la libertad religiosa, las injurias, las ofensas y sensibilidades, la configuración jurídica del discurso del odio, los conflictos interpretativos respecto de estos asuntos y, en fin, la protección de las personas y sus derechos.

Ferreiro y Presno son reconocidos especialistas en el tema de referencia, del que se han ocupado en diversas ocasiones, y cuentan con varias publicaciones. Destacan las de Juan Ferreiro sobre los límites a la libertad de expresión y su relación con la sensibilidad religiosa: Los límites de la libertad de expresión: la cuestión de los

sentimientos religiosos (Universidad Complutense de Madrid, 1996); «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial» (Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico de Estado, 35, 2014); «Los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: a propósito de las caricaturas sobre Mahoma» (Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España, 2008); «Los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (Revista electrónica de estudios internacionales 12, 2006); y «Supuestos de colisión entre las libertades y expresión e información y otros derechos fundamentales: la creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos» (Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, 3, 1999). Por su parte, Miguel Presno se ha ocupado sobre dicho derecho de libertad de expresión, en distintos espacios y en internet y redes sociales, y a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La libertad de expresión en América y Europa (con Germán M. Teruel Lozano, 2017); «La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (Revista de la Facultad de Derecho de México, 70, 2020); «La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial» (Revista Catalana de Dret Public, 61, 2020); y «Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capeller c. España sobre la quema de fotos del Rey» (Teoría y realidad Constitucional, 2018).

III Seminario hispano-italiano «Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales», 10 de junio de 2021

En lo que constituía la primera actividad presencial en mucho tiempo, el Aula Magna de la Facultad acogió durante los días 10 y 11 de junio de 2021 a profesores italianos y españoles debatiendo sobre la guerra y sus relaciones con el Derecho.

El concepto de enemigo, la radicalización de la violencia y el uso del derecho como arma de guerra fueron los temas tratados en el primer panel de este Seminario Internacional organizado por el profesor Roger Campione, que inauguró el Decano de la Facultad, Javier Fernández Teruelo, haciendo hincapié, como el resto de los participantes, en la importancia de volver físicamente a los espacios de la Universidad, combinando si se quiere, como se hace en este caso, la modalidad presencial con la posibilidad de conectarse online a las diferentes sesiones. El seminario contó con la participación presencial de profesores/as de distintas universidades españolas e italianas (Salerno, Florencia y Milán).

V. ACTIVIDADES DEL PDI DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA

Seminario «Desafíos regulatorios de los contratos de suministro de contenidos y de servicios digitales» de la Cátedra Fundación Ramón Areces de Distribución Comercial y Uría y Menéndez, 28 de mayo de 2021

El seminario fue organizado por el profesor del Área de Derecho Civil Ignacio Fernández Chacón y el catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu

Fabra, Fernando Gómez Pomar, en colaboración con la Cátedra Fundación Ramón Areces de Distribución Comercial y el despacho Uría y Menéndez.

Seminario Internacional «La representación del personal ante las nuevas realidades empresariales», 11 y 12 de noviembre de 2021

El Seminario Internacional del Proyecto AUNAS se desarrolló con gran éxito los días 11 y 12 de noviembre de 2021 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Además de profesores y estudiantes de las Facultades de Derecho y Economía y Empresa de la Universidad de Oviedo, asistieron miembros de las asociaciones sindicales y empresariales más representativas, así como diversos profesionales de las relaciones laborales. Cabe destacar muy principalmente la participación de Javier Fernández Lanero y José Manuel Zapico, Secretarios Generales de UGT y CC.OO. de Asturias, respectivamente, acompañados por destacados miembros de sus ejecutivas. También estuvieron presentes representantes del Colegio de Graduados Sociales de Asturias.

Siguieron en streaming el seminario personal docente e investigador de diferentes universidades españolas, miembros de la abogacía y otras profesiones relacionados con el Derecho del Trabajo.

La inauguración corrió a cargo de Diego Álvarez Alonso, Vicedecano de Ordenación Académica de la Facultad de Derecho, María José García Salgado, Secretaria Académica de la Facultad de Economía y Empresa y el IP1 del proyecto, Luis Antonio Fernández Villazón.

En la primera mesa redonda, titulada «Rol e imagen de la representación del personal en el nuevo contexto sociolaboral», intervinieron los miembros del equipo de investigación que le confieren su dimensión interdisciplinar. Sergio González Begega, Profesor T.U. de Sociología, reflexionó sobre las posibles causas de la reactivación de la concertación social en España tras la pandemia y las transformaciones que el fenómeno podría estar anunciando. Por su parte, Vanesa Rodríguez, Contratada Doctora de Sociología, aportó datos muy interesantes sobre la valoración social de sindicatos y asociaciones empresariales y su evolución en España. Su investigación muestra un cuadro preocupante de pérdida de confianza de la ciudadanía en relación con estas organizaciones. Finalmente, Leonor Suárez Llanos, Profesora T. U. de Filosofía del Derecho, reflexionó sobre el significado de conceptos que a veces damos por sobreentendidos, como el de «trabajo decente», «colectividad» y «representación».

La segunda ponencia de la mañana fue defendida por la IP2 del proyecto, Ana Rosa Argüelles Blanco, Catedrática de Derecho del Trabajo. Bajo el título «El estatuto del representante y las nuevas realidades empresariales» analizó el conjunto normativo que regula las atribuciones, prerrogativas y garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa. Una regulación que apenas ha experimentado cambios desde la promulgación del primer texto del ET en 1980, pero con la que la representación del personal debe afrontar los desafíos que plantean las nuevas realidades empresariales.

Terminó la mañana del día 11 con la ponencia «Retos para la representación sindical en la empresa» de nuestro IP1, Luis Antonio Fernández Villazón, Profesor T.U. de Derecho del Trabajo. En ella expuso, por un lado, las ventajas que la representación sindical ofrece frente a la unitaria a la hora de afrontar esas nuevas realidades empresariales; por otro, mostró las rigideces que provoca la estrecha vinculación existente entre ambas.

La sesión de la tarde, titulada «Experiencias comparadas sobre el modelo de representación de personal y su evolución» se destinó al análisis del Derecho comparado con las ponencias de José João Abrantes, Magistrado del Tribunal Constitucional de Portugal y Catedrático de la Universidade Nova de Lisboa, y Vasco Kelvin Torres de León, Catedrático de la Universidad de Panamá. Ambos desgranaron la forma en la que la representación del personal se articula en sus respectivos países, así como las medidas con las que se afrontan en ambos ordenamientos los nuevos retos que se presentan, desde las nuevas fórmulas de organización empresarial hasta la crisis derivada de la COVID-19.

El viernes 12 de noviembre fue el turno de nuestra compañera Carolina Martínez Moreno, Catedrática de Derecho del Trabajo, que ha asumido dos ponencias de contenido y objetivos distintos. La primera, más académica, fue la conferencia sobre «La reforma del Título II ET» en la que señaló las debilidades y rigideces de un sistema que no ha sido modificado desde su instauración y que cada vez encuentra más dificultades para adaptarse a las nuevas realidades sociales y empresariales. También planteó algunas posibles soluciones. La segunda fue una charla sobre la situación laboral y las herramientas utilizadas para reivindicar sus derechos de un colectivo extremadamente vulnerable: las trabajadoras migrantes del sector de recogida de frutos rojos en la provincia de Huelva. En ella expuso su experiencia en una iniciativa promovida por diversas ONGs para poner de relieve la lamentable situación laboral y humana de estas trabajadoras, así como las diferentes alternativas que están explorando para mejorarla. Un testimonio tan desgarrador como necesario.

A las 12:00 del mediodía fue el momento para la mesa redonda en la que se expusieron las experiencias de otros grupos de investigación. Participaron en ella Juan José Fernández Domínguez, Catedrático de Derecho del Trabajo y Roberto Fernández Fernández, Profesor T.U., ambos de la Universidad de León. Presentaron su proyecto «Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar» (Ref.: DER2017-821792-C3-1-R). También formó parte de la mesa (*on line*) Francisco Andrés del Valle Muñoz, Profesor T.U. de la Universidad Pompeu Fabra, en representación del Proyecto «Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar» (Ref.: RTI2018-097947-B-I00), liderado por los profesores Ana Romero Burillo y Josep Moreno Gené desde la Universidad de Lleida. La mesa resultó un instrumento excelente para conocer de primera mano los resultados y conclusiones que están alcanzando ambos equipos de investigación, así como para el establecimiento de posibles redes de colaboración futura.

Ese mismo objetivo de establecimiento de redes de colaboración e intercambio de preocupaciones y opiniones persiguió la última mesa del seminario, titulada «Cuestiones prácticas sobre la representación de personal». La participación correspondía

aquí a los profesionales de las relaciones laborales y, en concreto, a los especialistas en Derecho de sindicatos y asociaciones empresariales. Intervinieron Nuria Fernández Martínez, Letrada de los servicios jurídicos de CC. OO. Asturias, David Diego Ruiz, Letrado de los servicios jurídicos de UGT Asturias e Ignacio García López, Director del Área de Apoyo Corporativo de la Federación Asturiana de Empresarios. Se planteó entre ellos un debate muy vivo, animado y enriquecedor sobre la problemática que afrontan diariamente los representantes de personal y de empresas. En él hubo grandes discrepancias pero, también, interesantes puntos de acuerdo.

VI. ACTIVIDADES DEL PDI DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

XVIII congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre educación y libertades educativas en la democracia constitucional, 11 y 12 de marzo

Coorganizado por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo y la UNED, los días 11 y 12 de marzo tuvo lugar, en formato online, el XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, sobre educación y libertades educativas en la democracia constitucional.

En la sesión del 11 de marzo, por la mañana, se celebró el encuentro del Grupo de Innovación Docente, con la presentación de tres ponencias y diversas comunicaciones. Por la tarde, tras la inauguración oficial del congreso, se desarrollaron las ponencias generales sobre «Educación en/para la libertad y la igualdad: un diálogo necesario», a cargo de Amaya Úbeda Torres (Consejo de Europa), Alfonso Fernández-Miranda Campoamor (UCM) y Benito Aláez Corral (UO). En la sesión del viernes, tuvieron lugar diversas mesas de debate paralelas: la mesa 1 versó sobre «Fines de la educación y democracia constitucional», coordinada por Antonio López Castillo (UAM) cuyo ponente fue Fernando Rey Martínez (UVA) y la *discussant* María Isabel Álvarez-Vélez (ICADE); la mesa 2, «Educación y libertades educativas», fue coordinada por Cristina Rodríguez Coarasa (URJC), siendo el ponente Pablo Nuevo López (UAB) y la *discussant* Ana Valero Heredia (UCLM); la mesa 3 sobre «educación e igualdad», coordinada por Octavio Salazar (UC), tuvo como ponente a María del Mar Navas Sánchez (UMA) y *discussant* a Carlos Vidal Prado (UNED), presentándose asimismo en cada una de ellas diversas comunicaciones. Por último, se celebró una sesión de conclusiones, la Asamblea General de la Asociación de constitucionalistas de España y, finalmente, el acto de clausura.

Sesión informativa sobre las salidas profesionales relacionadas con la materia tributaria, 13 de abril de 2021

En la sesión informativa, organizada por el Área de Derecho Financiero y Tributario, con apoyo de la Facultad de Derecho, intervinieron el delegado Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el delegado Territorial de la Asociación Española de Asesores Fiscales. La sesión comenzó con la presentación del Decano de la Facultad de Derecho, Javier Fernández Teruelo. A continuación, el delegado de la Agencia se centró en la descripción del trabajo realizado por este

ente y los distintos cuerpos que trabajan en él y sus funciones, para, a continuación, explicar la forma de acceso a los mismos a través de la oposición. Por su parte, el delegado de la AEDAF se refirió a esta forma singular de ejercicio de la abogacía en materia tributaria y también explicó la importante labor que lleva a cabo la Asociación. En el marco del convenio que tiene con la Universidad de Oviedo. Se estudiará la posibilidad de que los estudiantes puedan acceder al interesante contenido de su web. Participaron también las profesoras Isabel García-Ovies y Eva María Cordero.

Seminario del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo» de la Universidad de Oviedo sobre la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, 21 de abril de 2021

El grupo de investigación «Derecho Administrativo» de la Universidad de Oviedo, en el marco de uno de sus temas clásicos de estudio (la contratación pública), organizó un seminario sobre la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo que anuló varios preceptos de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, a raíz de un recurso presentado por el Gobierno de Aragón.

La ponencia corrió a cargo de José Manuel Pérez Fernández, profesor titular de esta Facultad, y voz especialmente autorizada en el presente asunto, ya que en su condición de Letrado del Tribunal Constitucional elaboró el borrador de la Sentencia.

El profesor Alejandro Huergo Lora actuó como moderador de un debate que sin duda enriqueció aún más el seminario, no solo por las aportaciones del propio Huergo Lora, sino también por la intervención de la Letrada que firmó el recurso del Gobierno de Aragón, que aprovechó para exponer alguna de sus objeciones a la sentencia.

Como señaló el profesor José Manuel Pérez, la importancia de la STC 68/2021 no radica tanto en los preceptos anulados (tres y de escasa trascendencia) sino más bien en el esfuerzo que hace el Tribunal Constitucional por trazar los límites de la competencia estatal básica en materia de contratación pública (artículo 149.1.18.º CE). Entiende el Tribunal Constitucional que revisten de carácter básico todas aquellas cuestiones que estén estrechamente vinculadas con principios esenciales de la contratación pública, tales como la transparencia, la libre concurrencia, la seguridad jurídica, y los principios de eficiencia y estabilidad en el gasto público. Por ello, sería competencia estatal, entre otras cosas, la regulación de los elementos subjetivos (quién contrata) y objetivos del contrato (qué se contrata), el régimen de garantías o las prohibiciones de contratar. Por el contrario, no tendrían carácter básico aquellas disposiciones que no guarden estrecha relación con estos principios y que incidan en la potestad de autoorganización de las administraciones autonómicas, como las relativas a los plazos de determinados trámites.

En definitiva, la STC 68/2021 pone de manifiesto la complejidad de la legislación de contratos públicos española. No solo en su aspecto sustantivo, de lo que cualquier practicante del Derecho Administrativo podría dar fe, sino también en su aspecto competencial. Ha querido el grupo de investigación Derecho Administrativo colaborar en la aclaración de estas cuestiones mediante el presente seminario, que tan buena acogida ha tenido.

Primer webinario de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, 27 de septiembre de 2021

El lunes 27 de septiembre tuvo lugar el primero de los Webinarios de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, coordinado por los Profesores Benito Aláez Corral y Gustavo Ferreyra.

Este primer webinario, relativo a la teoría de la Constitución, versó concretamente sobre la Jurisdicción y la supremacía constitucional, y fue impartido por los Profesores Leonardo Álvarez (UO) y Gustavo Ferreyra (UBA). Los ponentes trataron de explicar la función que la jurisdicción ostenta en la protección de la Norma Suprema, destacando el papel fundamental que a este respecto desempeñan los jueces ordinarios. En este sentido, se expusieron los dos modelos de justicia constitucional existentes a ambos lados del océano (España y Argentina) que son, a su vez, representativos de los dos grandes modelos clásicos en la materia (el norteamericano y el europeo). Ambos ponentes analizaron las particularidades de cada uno de ellos, poniendo de manifiesto sus divergencias y también, en ocasiones, su tendencia a incorporar elementos o singularidades del otro, convirtiéndose así, en cierto modo, en modelos híbridos.

Debates Urban Red. Las ciudades: ¿actores o receptores de la acción climática de la UE?, 5 de octubre de 2021

El 5 de octubre de 2021 se celebró el Seminario web organizado por Urban Red, Red temática de investigación.

Conferencia sobre «El cambio climático: reto para la Asturias del siglo XXI», 29 de octubre de 2021

La conferencia fue impartida por el secretario de Estado de Medio Ambiente, Hugo Morán y organizada por el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

Tras una introducción centrada en los riesgos asociados a esta amenaza, el ponente insistió en la perentoria necesidad de adoptar medidas decididas para mitigar sus devastadores efectos, tarea en la que resultarán imprescindibles mecanismos de cooperación internacional como la Cumbre del Clima, que se viene desarrollando en la ciudad escocesa de Glasgow desde el pasado 31 de octubre.

El acto, presidido por el Decano de la Facultad, Javier Fernández Teruelo, contó con las intervenciones de los profesores Javier González Vega y Javier Ballina, así como de numerosos miembros de la comunidad universitaria, que tuvieron la oportunidad de participar en un animado coloquio.

II Webinario de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, 8 de noviembre de 2021

El lunes 8 de noviembre de 2021 tuvo lugar el segundo de los Webinarios de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, coordinados por los Profesores Benito Aláez Corral y Gustavo Ferreyra. Este segundo webinario, impartido por el Profesor Diego Dolabjian (UBA) y la Profesora Paloma Requejo Rodríguez (UO), dedicado

a las fuentes del Derecho y la Constitución, versó sobre los Tratados Internacionales en las Constituciones Española y Argentina. Ambos ponentes abordaron la integración en los ordenamientos jurídicos internos de los Tratados internacionales. Así, se analizaron fundamentalmente los Tratados como fuente de Derecho, las condiciones para la válida celebración de los mismos y su inserción en los ordenamientos nacionales, la posición jurídica de éstos y su posible declaración de inconstitucionalidad por parte de la jurisdicción constitucional, poniendo de esta manera de manifiesto las similitudes y divergencias entre ambos sistemas jurídicos.

Tercer Webinar de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, 17 de noviembre de 2021

El 17 de noviembre de 2021 tuvo lugar el tercero de los webinarios de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, organizados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y de la Universidad de Buenos Aires, y dirigidos por los Profesores Benito Aláez Corral y Raúl Gustavo Ferreyra respectivamente. Este tercer webinar, impartido por el Profesor Luis Alen (UBA) y el Profesor Abel Arias Castaño (UO), dedicado a los derechos fundamentales, versó sobre el discurso del odio a través de internet y libertad de expresión. Ambos ponentes abordaron algunos de los retos que plantea la difusión de mensajes de odio en el contexto de internet. Los esfuerzos se centraron fundamentalmente en analizar la categoría de «discurso del odio» a través de la normativa y la jurisprudencia en la materia a ambos lados del Atlántico, destacando con ello sus similitudes y divergencias. Así, se pusieron de relieve los distintos criterios jurídicos utilizados para catalogar como tal diversas expresiones y las dificultades jurídicas que entraña la delimitación de dicho concepto.

Seminario sobre «El ejercicio del derecho de sufragio desde el exterior mediante el sistema CERA», 18 de noviembre de 2021

El 18 de noviembre de 2021, organizado por el Área de Derecho constitucional, se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho un seminario con el objeto de debatir el contenido del documento «El ejercicio del derecho de sufragio desde el exterior mediante el sistema CERA», un texto de consenso de un grupo de trabajo formado por profesorado de Derecho constitucional de diferentes universidades españolas, coordinado por los profesores Ricardo Chueca y Luis Gálvez, y del que formaron parte los profesores de nuestra Universidad Benito Aláez y Miguel Presno. En el seminario participaron el propio Ricardo Chueca, catedrático emérito de la Universidad de La Rioja; Francisco Caamaño, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de A Coruña y Francisco Bastida y Paloma Requejo, del Área de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo.

En el seminario se debatieron las propuestas del documento relativas a las eventuales reformas a introducir en nuestra legislación electoral para hacer viable el derecho de voto de los españoles residentes en el extranjero pero sin olvidar una reflexión sobre si el voto, en España o desde el extranjero, debe ser una cuestión de afectación o una de identidad y, en relación con ello, si es momento de dissociar los conceptos de ciudadanía y nacionalidad, de manera que tener la nacionalidad española no sea,

en todo caso, sinónimo de ejercicio del sufragio en elecciones españolas ni carecer de dicha nacionalidad sea un obstáculo insalvable para la participación política en elecciones parlamentarias de las personas extranjeras que residen en España.

Seminario de Derecho Administrativo, «Ciencias conductuales y buena administración», 29 de noviembre de 2021

El lunes 29 de noviembre de 2021 se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho el Seminario «Ciencias conductuales y buena administración», organizado por el grupo SPAG (Servicios públicos, Administraciones y Garantías), en el que el Prof. Juli Ponce Solé (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona) y especialista en la materia impartió una conferencia, bajo el título de Aportaciones de las ciencias conductuales (*nudging*) y buena administración. El ponente ilustró a los asistentes sobre la posibilidad de utilizar las ciencias conductuales y, en particular, el *nudge*, en la mejora de la Administración, abriendo de este modo un interesante debate en el que participaron los asistentes, profesores, alumnos y el Director General de Gobernanza Pública, Transparencia, Participación Ciudadana y Agenda 2030 del Gobierno de Asturias.

Cuarto Webinar de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, 30 de noviembre de 2021

El martes 30 de noviembre de 2021 tuvo lugar el cuarto de estos webinarios de Derecho Constitucional del curso 2021/2022, organizados por las Facultades de Derecho de la Universidad de Oviedo y la Universidad de Buenos Aires y coordinados, respectivamente, por los Profs. Benito Aláez Corral y Gustavo Ferreyra. Este webinar versó sobre democracia y reformas electorales, y fue impartido por los Profs. Miguel Presno y Mario Cámpora. Aunque se discutió acerca de muy diversas cuestiones relacionadas con dicha materia, buena parte del debate giró en torno a la configuración jurídica del derecho de participación, fundamentalmente en lo que a su titularidad se refiere (menores, extranjeros, reclusos, personas con discapacidad...) y a su ejercicio (voto presencial, electrónico, etc...), así como los aspectos más relevantes de los sistemas electorales.

Presentación de la obra «El Sáhara español: un conflicto aún por resolver», 3 de diciembre de 2021

El acto, celebrado el día 3 de diciembre de 2021 y organizado por el área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, contó con la presencia de su autor, el embajador José Antonio de Yturriaga Barberán.

Tras una detallada introducción, el embajador desplegó alternativas para la superación de este enconado conflicto, que, en cualquier paso, exigirá del ejercicio del derecho de autodeterminación del pueblo saharauí, tal y como reiteradamente han venido demandando las instancias internacionales.

El acto, presidido por el Decano de la Facultad, Javier Fernández Teruelo, contó con las intervenciones de los profesores Javier González Vega y Javier Ballina, así como de numerosos miembros de la comunidad universitaria y de la sociedad asturiana, que tuvieron la oportunidad de participar en un animado coloquio.

VII. ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR ASOCIACIONES DE ESTUDIANTADO

II Jornada sobre el Sáhara Occidental: «45 años de «independencia» de la última colonia de África», 26 de febrero de 2021

La jornada tuvo lugar el 26 de febrero y fue organizada por la Asamblea Abierta de Estudiantes de la Facultad de Derecho para conmemorar los 45 años pasados desde la salida de España del territorio y la proclamación de independencia del pueblo saharauí.

La Jornada, inaugurada por el Decano, contó con la participación del Profesor de nuestra Facultad Javier Andrés González Vega y el Profesor de la Universidad del País Vasco Juan Soroeta, que hablaron sobre los temas más cercanos al derecho internacional público, el reconocimiento estadounidense de la soberanía marroquí sobre el territorio y el Sáhara Occidental en las relaciones entre la Unión Europea y Marruecos, especialmente las comerciales.

También intervino, disertando sobre derechos humanos, el presidente de la Asociación de Víctimas de Graves Violaciones de Derechos Humanos cometidas por el Estado marroquí, Brahim Dahane, que en el año 2009 recibió el premio Per Anger por su lucha por los derechos humanos, así como Anselmo Fariña, que es miembro de la Asociación Canaria de Amistad con el Pueblo Saharauí, que hizo una exposición sobre la explotación de los recursos del Sáhara y la implicación de algunas empresas y administraciones españolas.

Jornada sobre la Ciudad de Vacaciones de Perlorá, 7 de abril de 2021

Organizada por la Asamblea de Estudiantes de Derecho, en ella se analizaron aspectos geográficos, jurídicos, históricos y arquitectónicos del complejo.

La actividad fue presentada por Javier Fernández Teruelo, Decano de la Facultad de Derecho y Alex Minculeasa, representante estudiantil de la Asamblea de Derecho.

La primera ponencia, titulada «Perlorá: evolución y contexto territorial», estuvo a cargo de Manuel Maurín, profesor titular de Análisis Geográfico Regional de la Universidad de Oviedo. El profesor Maurín habló de las «otras Perloras» y su comparación con la nuestra, la importancia de la localización de Perlorá en el contexto de la revolución industrial y las distintas fases por las que pasó la Ciudad Residencial. Además, mencionó también algunas de las distintas propuestas que existen actualmente para el futuro del complejo.

A continuación, Alejandra Boto, profesora titular de Derecho Administrativo, en su ponencia «Perlorá: buena regulación y buena administración», realizó un análisis, por un lado, del Plan General de Ordenación Urbana en la parroquia de Perlorá y, por otro, de la ciudad de vacaciones en sí como patrimonio autonómico. Para ello,

expuso toda la cronología del PGOU, así como las diversas sentencias que respecto al mismo se dictaron.

La jornada se cerró con la ponencia de Paula [Leu] Fernández Álvarez, titulada «Atópica Perlorá. Cuerpos, espacios y arquitecturas después de la utopía». La intervención de la historiadora del arte de la Universidad Complutense de Madrid estuvo estructurada en dos partes: el estudio de la(s) arquitectura(s) de Perlorá, tanto pasadas como presentes, y la evolución de las relaciones de la ciudadanía con ese espacio. También justificó su elección de la palabra «atópica» para referirse al complejo de Perlorá.

Jornada sobre Cooperativas, 21 de octubre de 2021

El 21 de octubre de 2021 se celebró en el Salón de Grados la Jornada sobre Cooperativas organizada por la Asamblea Abierta de Estudiantes de Derecho.

En la Jornada, inaugurada por el Decano y Borja Ruisánchez, intervinieron la profesora del Departamento de Sociología, Vanesa Rodríguez, y los profesores del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa, Ignacio González del Rey y Luis Manuel Piloñeta.

En la mesa redonda, moderada por la alumna de la Facultad, Alejandra Díaz Rocha, participaron Consuelo del Valle, Directora de Servicio Jurídico de Caja Rural de Asturias; Julia García, Directora del Servicio Jurídico y de Administración de Central Lechera Asturiana; Miguel Lastra, Gerente de ASATA; y Jesús Manuel Felgueroso, Presidente de Alcotán.

Jornada sobre Titulización Hipotecaria, 11 de noviembre de 2021

El jueves 11 de noviembre de 2021 se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho la Jornada sobre Titulización Hipotecaria, organizada por la Asamblea Abierta de Estudiantes de la Facultad de Derecho en colaboración con la Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Oviedo. En ella participaron los profesores del Área de Derecho Mercantil, Isabel Álvarez Vega, y Nicolás Bárcena, además del economista y abogado de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Óscar Luis Viera.

Sesión informativa sobre convocatorias de movilidad Internacional de estudiantes y pruebas de idioma asociadas, 22 de noviembre de 2021

El lunes 22 de noviembre de 2021, en el Aula Magna de la Facultad, se celebró una sesión informativa, abierta a todos los alumnos interesados y organizada por la Asamblea Abierta de Derecho, sobre las próximas convocatorias de movilidad internacional (ERASMUS+ KA131 y de Convenio). En el acto participaron la Vice-decana de Estudiantes, la profesora Beatriz Vázquez, el Coordinador Internacional de la Facultad, el profesor Miguel Iribarren, así como la responsable de la Oficina de Movilidad, Doña Susana Pérez. También intervinieron varios estudiantes: Borja Ruisánchez Mier, Mónica Cociuban y Pablo López Verdes.

VIII. ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR OTRAS ENTIDADES

«Jóvenes para Jóvenes», para voluntariado en Derechos Humanos y Objetivo de Desarrollo Sostenible (Actividad de la Clínica Jurídica), 22-26 de marzo de 2021

La semana del 22 de marzo de 2021 se celebró en formato on line la actividad organizada por Helsinki España, para capacitar al estudiantado universitario para realizar voluntariado en materia de Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo Sostenible. Este voluntariado consistió en impartir talleres a estudiantes de educación secundaria del Principado de Asturias.

En la actividad participaron estudiantes tanto del Grado en Derecho como del PCEO, que posteriormente desarrollaron el voluntariado en los centros educativos. Por parte del profesorado de la Clínica, intervinieron las profesoras Beatriz Vázquez Rodríguez, impartiendo la ponencia «Marco conceptual de los Derechos Humanos. Mecanismos para su defensa y protección» y Leonor Suárez Llanos, con la ponencia «Personas en riesgo de vulnerabilidad: concepto y garantías jurídicas», así como el profesor Javier García Amez, a través de la ponencia «Objetivos de Desarrollo Sostenible y Agenda 2030».

Acto homenaje a las víctimas de violencia de género, 25 de noviembre de 2021

La actividad, celebrada el día 25 de noviembre de 2021, se llevó a cabo a través del cementerio efímero ideado por Amnistía Internacional y con la celebración de la mesa redonda «Enfoques para abordar la violencia contra las mujeres».

El acto fue organizado por la Biblioteca de Ciencias Jurídico-Sociales de la Universidad de Oviedo y contó con la participación de Javier Fernández Teruelo, Decano de la Facultad de Derecho, Leonor Suárez Llanos, profesora de Universidad e investigadora en Teoría de Género y Protección de las personas y grupos vulnerables; María Cristina Sánchez, policía de la Unidad de Violencia de Género de la Policía Local de Oviedo; Micaela Domínguez, representante de Amnistía Internacional, Alejandra D. Rocha, estudiante de Master y Paz Menéndez Sebastián, responsable de la Unidad de Igualdad de la Universidad de Oviedo. Cada uno de los ponentes ofreció distintas perspectivas sobre las causas, efectos de la violencia de género y mecanismos para prevenirla.

Jornada «El día después: valor de referencia y plusvalía municipal», 14 de diciembre de 2021

El día 14 de diciembre de 2021, en el Aula Rector Alas del Edificio Histórico, profesoras del Área de Derecho Financiero y Tributario Isabel García-Ovies y Estefanía Álvarez impartieron las ponencias de esta jornada, organizada por la Asociación Española de Asesores Fiscales.

IX. TESIS DOCTORALES

Lectura de la Tesis Doctoral de Borja del Campo Álvarez

El viernes 26 de marzo de 2021 tuvo lugar el acto de defensa de la tesis doctoral de Borja del Campo Álvarez, investigador predoctoral FPU adscrito al Área de

Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, que lleva por título «Nullità parziale nei contratti». La investigación estuvo dirigida, en régimen de cotutela internacional, por el Prof. Dr. Ramón Durán Rivacoba, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, y el Prof. Dr. Enrico Al Mureden, Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università di Bologna. El tribunal otorgó la calificación de sobresaliente cum laude, con propuesta de premio extraordinario, permitiendo al doctorando, tras su paso por el Real Colegio de España en Bolonia, la obtención del Dottorato europeo di ricerca.

Lectura de la Tesis Doctoral de Diana Paola González Mendoza, becaria predoctoral «Severo Ochoa» y adscrita al Área del Derecho Administrativo, 14 de mayo de 2021

El viernes 14 de mayo de 2021 se realizó el acto de defensa de tesis doctoral de Diana Paola González Mendoza, becaria predoctoral «Severo Ochoa» y adscrita al Área del Derecho Administrativo.

La tesis, titulada «Los datos personales en la web: intervención de los poderes públicos», fue codirigida por D. Leopoldo Tolivar Alas y Dña. Miriam Cueto Pérez y realizada en el marco del programa de doctorado en Derecho.

Lectura de la Tesis Doctoral de María Paz Fernández-Rivera, profesora asociada en el Área de Derecho Eclesiástico, 29 de octubre de 2021

El viernes 29 de octubre de 2021 se desarrolló la defensa de la tesis doctoral de María Paz Fernández-Rivera, profesora asociada del Área de Derecho Eclesiástico. La tesis, titulada «Género, disforia y alteridad. Espacios de inclusión y exclusión del derecho romano al derecho vigente», fue dirigida por la Prof.^a María Isabel Núñez Paz, Catedrática de Derecho Romano.

Lectura de la Tesis Doctoral de Paula Vega García, investigadora del Programa Ayudas Predoctorales «Severo Ochoa» en el Área de Derecho Civil, 3 de diciembre de 2021

El viernes 3 de diciembre de 2021 se desarrolló la defensa de la tesis doctoral de Paula Vega García, investigadora predoctoral del Programa «Severo Ochoa» en el Área de Derecho Civil. La tesis lleva por título «La Protección de los Derechos Morales de Autor en Internet» y dirigida por los Profs. de Derecho Civil Ramón Durán Rivacoba y Antonio Legerén Molina.

Lectura de Tesis Doctoral de Florín David Tugui, investigador del Programa Ayudas Predoctorales «Severo Ochoa» en el Área de Derecho Penal, 22 de diciembre de 2021

El 22 de diciembre de 2021 se desarrolló la defensa de la tesis doctoral de Florín David Tugui, investigador del Programa Ayudas Predoctorales «Severo Ochoa» en el Área de Derecho Penal. La tesis, titulada «Las penas de las personas jurídicas y su integración en el sistema penal», fue dirigida por la Prof. Javier Gustavo Fernández Teruelo, Catedrático de Derecho Penal.

Diálogos jurídicos

NOTICIAS

JUBILACIÓN Y NOMBRAMIENTO COMO PROFESOR EMÉRITO DE FRANCISCO BASTIDA FREIJEDO

Texto de la *Presentación* de libro homenaje coordinado por: B. Aláez Corral, A. Arias Castaño, M. A. Presno Linera, P. Requejo Rodríguez, I. Villaverde Menéndez, *Escritos en Homenaje a Francisco J. Bastida Freijedo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2021. Agradecemos a los autores del texto y al Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo que hayan autorizado su reproducción.

Las circunstancias sanitarias no nos han permitido disfrutar de Paco Bastida durante su último curso en la Universidad de Oviedo antes de su jubilación con la cercanía de siempre. Le hemos echado en falta. Ni Teams ni Whatsapp son comparables, especialmente para los que ya tenemos una edad, con las charlas en su despacho o en los pasillos sobre cualquier tema vinculado al Derecho Constitucional o con la marcha de la docencia universitaria. Aunque somos de los afortunados que incluso este año hemos tenido mucho que celebrar, no hemos podido hacerlo, ni tampoco ahora se dan las condiciones para homenajear a Paco como se merece y hubiéramos querido; juntos.

Así todo, sin perder la esperanza en que esto pronto pueda suceder, no hemos renunciado a intentarlo en la medida de lo posible. En un acto inevitablemente virtual, contando con la complicidad de sus colegas los profesores Ricardo Chueca, Marc Carrillo y Francisco Caamaño, cuya implicación desde el primer momento agradecemos vivamente, se ha puesto en valor su aportación al Derecho Constitucional español. Los más cercanos, sus compañeros del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, pretendemos con esta obra dejar constancia de su magisterio, de su presencia e influencia de un modo u otro en nosotros y en nuestro trabajo. Con este propósito ofrecemos una selección de textos ya publicados que por distintos motivos guardan alguna relación con él, como cada uno explicamos en las páginas que los preceden.

Por utilizar una expresión tan próxima a Paco y a su obra, borrosa, en lo que tiene de incierta, es desgraciadamente la época en la que ha coincidido su «despedida», que estamos seguros no lo será del todo, pero lo que nunca será borrosa es la huella que deja su paso por la Universidad y por nuestra vida académica.

JOSÉ MANUEL MARTINO, IN MEMORIAM

Texto elaborado por Javier G. Fernández Teruelo, Decano de la Facultad y Catedrático del Área de Derecho Penal. Publicado en la web de la Facultad el 15 de octubre de 2021.

Recuerdo, como si fuera hoy, mi primer encuentro con José Manuel (Martino para casi todos). Era mi primer día, como becario, en el Área de Derecho penal. Aquella era otra Universidad, en la que las distancias personales, académicas y el peso de las jerarquías eran muy superiores a las de hoy. Y suerte la mía, que nada más llegar, ahí estaba él, precisamente él, mirándome con su ojos pequeños e inquietos, llenos de vivacidad. Mientras yo sudaba la gota gorda por los nervios del primer día, él me dijo: «hola, Javi, bienvenido», a la vez que me ponía una mano en el hombro. Ese día me ganó para siempre. Desde el primer momento se ofreció a ayudarme, a acompañarme, a animarme cuando no todo iba bien, y lo que hizo conmigo lo hizo con muchos más, desde el primer minuto hasta el último, de forma completamente desinteresada. Así era José Manuel, cariño, afecto, bondad, simpatía por los cuatro costados.

Quizá no era el que más sabía, pero sin duda era el que más quería y cómo quería tanto y de un modo tan sincero, de inmediato se hacía querer. Destilaba empatía y simpatía, lo que, mezclado con su gran capacidad expositiva, le llevó a ser a principios de los años 90 el profesor con mayor puntuación de toda la Universidad en la evaluación que hacían los alumnos, recibiendo por ello la felicitación escrita de la entonces vicerrectora Marita Aragón, papel que con tanta ilusión me enseñaba.

Pero como a veces les ocurre a los buenos, llegaron los golpes, golpes que en su caso fueron demasiados, uno tras otro, un permanente cúmulo de intensas desdichas se cebaron con él. Y él, que había sido y era tan bueno con todos los demás, cuando se vio anímicamente desbordado, dejó de ser bueno con él mismo.

Curiosamente los últimos años, jubilado por enfermedad, con un importante castigo físico y mil heridas en el alma y otras tantas en el cuerpo, fue cuando recuperó la paz. Se dedicaba a la lectura, a su oviedín del alma, a la reflexión con pausa, en definitiva, a lo que nunca antes había podido hacer, ordenando y asimilando y dejando en su justo sitio lo bueno y lo mucho malo que tuvo que vivir, y así hasta el golpe final, que ahora se lo ha llevado.

Vivimos en un mundo en el que prima lo material, la búsqueda del éxito a cualquier precio, la imagen y la ambición, y ese no era el mundo de Martino, ahí nunca se supo mover bien, en realidad, ni siquiera lo intentó. Si en el ranking de valores de la sociedad actual primase la bondad, el cariño, la amistad y el afecto, tan bien reflejados en esa mirada que tanto recuerdo de aquel primer día, José Manuel estaría en el selecto club, sin duda con los mejores. Hasta siempre amigo.

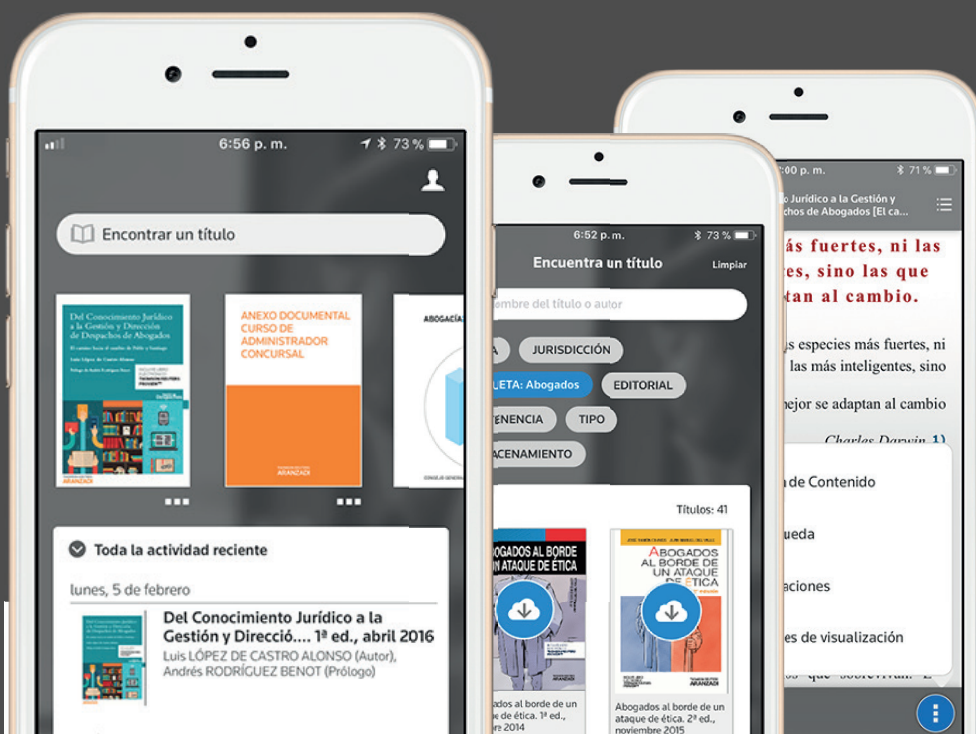
Thomson Reuters Preview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

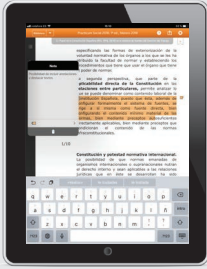


ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET



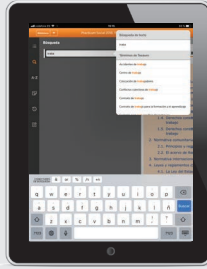
THOMSON REUTERS®

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



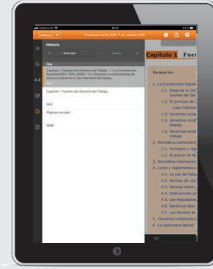
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Haces anotaciones y escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.



USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR

Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



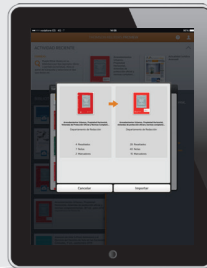
MARCADORES DE PÁGINA

Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



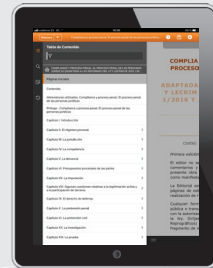
BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido.

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

THOMSON REUTERS
OnePass

DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO

N.I.F.:

País: España

Ya he leído y acepto la política de privacidad de datos

Enviar Borrar

Todos los campos son obligatorios
Es importante que compruebes que la dirección de correo electrónico está bien escrita ya que requiere de su confirmación.

Ahora todos los eBooks de Thomson Reuters España se publican en formato DOC.
Una combinación perfecta entre las ventajas que ofrece el papel de lectura y el formato electrónico a través de la aplicación Thomson Reuters Proview.

- Aranzadi
- Civitas
- Los Ríos

Grandes marcas grandes ventajas.

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 647 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

THOMSON REUTERS
OnePass

CORRECTO

Estimado cliente, el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito.

Ya tiene su(s) eBook(s) disponible(s) en su biblioteca digital Thomson Reuters ProView, a la cual podrá acceder desde su navegador (para conocer [thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)) aplicación para Tableta (iPad y Android) y aplicación de escritorio.

Si tiene dudas de cómo acceder a su(s) eBook(s), por favor, consulte la página <http://www.servicio.aranzadi.es/comunicar/> o llame a los teléfonos de Atención al Cliente (902 40 40 47, 947 24 50 70). Agradecemos la confianza depositada en nuestros servicios.

Volver a página de inicio

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 647 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección www.thomsonreuters.es y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso a Soporte para no Suscriptores** (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

