

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

Número 6, Época I, Enero 2015 - Junio 2015

ISSN: 2340-4647



IURE LICET
ABOGADOS

Dykinson, S.L.

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

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

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

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

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

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

© Copyright by

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

ISSN: 2340-4647

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

*Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Deusto*

OSCAR MONJE BALMASEDA

*Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto*

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

*Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN

JAVIER LARENA BELDARRAIN

*Profesor Encargado de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto*

SECRETARÍA TÉCNICA

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico.

COORDINADORA DE LOS CONSEJOS DE EDITORIAL, REDACCIÓN Y CIENTÍFICO

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

*Profesora Encargada de Derecho Civil.
Universidad de Deusto*

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA
Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN
Profesor Encargado de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO
**Abogado especialista
en Derecho Penal Económico**

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ
Profesora Encargada de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Granada

MARÍA PILAR FERRER VANRELL
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA
Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad de Deusto

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ
Notario y Registrador.

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA
**Catedrático de
Derecho Internacional Privado.**
Universidad de las Islas Baleares

ÁNGEL REBOLLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Santiago de Compostela

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

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA
**Abogado y Expresidente
de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia.**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao.

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ
**Magistrado. Expresidente del Tribunal Superior de
Justicia del País Vasco.**

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal.
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ CORTÁZAR
Catedrático Derecho Penal.
Universidad de Jaén

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

ENRIQUE GADEA SOLER
Profesor titular de Derecho Mercantil.
Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

PRESIDENTE

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

VASCO PEREIRA DA SILVA
Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de
la Facultad de Derecho de la Universidad Católica
Portuguesa . Doctor Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho Constitucional).
Universidad de Lisboa

VOCALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LORENZO MEZZASOMA
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia.
Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades
de investigación de derecho civil
de la Universidad de Perugia.
Universidad de Perugia

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

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

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

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

NICOLÁS REDONDO TERREROS
Abogado y Analista político.

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

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

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Consejero del Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PÉREZ
Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores
de la propiedad de España.

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

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

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

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

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad ICADE Madrid

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

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

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
Catedrática de Derecho Internacional Privado.
Universidad Católica del Uruguay

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

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

GUILLERMO ALCOVER GARAU
Catedrático Derecho Mercantil.
Universidad de las Islas Baleares

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

MARTA HANNA DE ROSA
Licenciada en Derecho Canónico por la Facultad
homónima de la Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

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

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao.

RAMÓN MÚGICA ALCORTA
Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO
Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT
Catedrático Derecho de Civil.
Universidad de las Islas Baleares

RAFAEL LINARES NOCI
Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Bizkaia.

CONCEPCIÓN NIETO MORALES
Doctora en Sociología. Trabajadora Social en Fiscalía
en el Servicio de Apoyo a la Administración de Justicia
Junta de Andalucía.
Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid

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

MARIA JESUS CAVA MESA
Vicepresidenta de la CEHRI.
Miembro numerario de la RSBAP
Catedrática de Historia Contemporánea.
Universidad de Deusto

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

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

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

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

- 5. LOS EFECTOS DEL TRABAJO CON PERSONAS MAYORES
DEPENDIENTES INSTITUCIONALIZADASpágs. 239-240**
ISABEL CABRERA CEPEDA
Servicio Andaluz de Salud
Trabajadora Social
- 6. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015 CONFORME A LAS
LEYES ORGÁNICAS 1 Y 2/2015, DE 30 DE MARZOpágs. 241-242**
BORJA SIMÓN DE LAS HERAS
Graduado en Derecho Económico
Prácticas en IURE LICET

IV. LETRAS CLÁSICAS

- 1. CERVANTES Y EL IDEALISMO.....pág. 243**
DIEGO DE LA CRUZ DE LUCAS
Licenciado en Filología Hispánica
- 2. LOPE DE VEGA: RELIGIOSO Y LÍRICOpág. 244**
DIEGO DE LA CRUZ DE LUCAS
Licenciado en Filología Hispánica

LA SEGUNDA OPORTUNIDAD O FRESH START: DEUDOR PERSONA FÍSICA Y SOBREENDEUDAMIENTO ¿CONDONACIÓN DEFINITIVA?

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

De todos es conocido, que recientemente (26 de junio de 2015), se ha remitido por el Congreso de Diputados al Senado, el texto del Proyecto de Ley de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social procedente del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero. En este Real Decreto se regulaba diversos mecanismos de mejora del acuerdo extrajudicial de pagos introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre. Para ello, el Real Decreto Ley disponía, por un lado, diversos mecanismos de mejora del acuerdo extrajudicial de pago introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores su internacionalización, y por otro, se introducía un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil y que permitiría que aquellos empresarios personas físicas que hayan perdido sus bienes por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, puedan verse liberados de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación, -aunque posteriormente obtengan ingresos- y puedan así iniciar una nueva singladura empresarial con esta segunda oportunidad...

Así las cosas, en relación con las modificaciones referidas al régimen de los acuerdos extrajudiciales de pago se posibilita a las personas físicas y empresarios un procedimiento coordinado, transparente y reglado que les permite reestructurar su deuda con los acreedores a través de quitas y esperas, siempre bajo la tutela del juez y con la intervención de un mediador concursal. En el Real Decreto, como novedad, se permitía también a los notarios ser mediador para el caso de las personas físicas. El procedimiento está especialmente simplificado para los particulares en lo que se refiere a los plazos de designación y en la convocatoria de acreedores, así como la reducción de los aranceles notariales y registrales. Además se le da confianza y seguridad a la persona física por cuanto se van a suspender las ejecuciones de bienes necesario para la actividad incluida la vivienda habitual (*NAVAZO CAMPOS A. Fresh start ¿una segunda oportunidad?. <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/fresh-start-una-segunda-oportunidad>*).

Retomando el tema central que nos ocupa, el legislador, en línea con lo que dispuso en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, que a su vez también modificó la ley concursal (art. 178.2 y 242.5) ya nos hablaba del *Fresh start* y de sus problemas interpretativos en su contenido explicativo.

Ahora, la Ley 1/2015 reafirma el llamado *fresh start* un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco de un procedimiento concursal, para cuando la reestructuración de su sobreendeudamiento no sea posible. El sistema de exoneración se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: que el deudor sea de buena fe, y que se liquide previamente su patrimonio o concurra insuficiencia de masa activa.

Los destinatarios de la reforma son las personas físicas y no solo los empresarios. Este cambio merece una valoración positiva. El régimen de segunda oportunidad se aplica tanto al deudor insolvente tras la liquidación de su patrimonio embargable como en caso de insu-

ficiencia de masa activa. Este cambio es razonable y merece valoración positiva (CUENA M. *op. cit.* ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>).

En Derecho comparado, se ha regulado en las últimas décadas el problema del sobreendeudamiento de las personas físicas. Ahora bien, ¿en qué consiste el *Fresh start* o segunda oportunidad? Significa la liberación o condonación definitiva de las deudas o pasivo no satisfecho por el deudor tras un procedimiento de reestructuración o reorganización de las deudas o bien tras un procedimiento de liquidación, ya sea en el seno de un proceso concursal, o fuera del mismo (MALLANDRICH MIRET, N. (2014). *La regulación del sobreendeudamiento en el derecho comparado. La experiencia francesa y alemana. En: I. Sánchez Ruiz de Valdivia y M. Olmedo Navarrete, M. (Dir.) Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 319 y ss*).

Es patente la existencia de dos modelos: uno de corte anglosajón, presente en las legislaciones de Irlanda, Gran Bretaña e incluso Estados Unidos y otro continental, que atañe a normativas como las de Alemania, Francia, Italia o Bélgica. El modelo anglosajón de segunda oportunidad o *fresh start* se fundamenta en el principio de no estigmatizar al deudor y, con base a ello, sus fundamentos son la responsabilidad limitada del deudor, dividir el riesgo de los acreedores y apuntalar una recuperación para el deudor que permita que éste participe en plenitud de la vida económica y del consumo tras el fracaso inicial. El otro proceso, modelo de “rehabilitación”, se construye a partir de la premisa de la existencia de una falta o negligencia cometida por el deudor, lo que no impone que deba ser ayudado para superar esta contingencia que afecta a su vida tanto en el ámbito económico, como en el personal.

Así, se nos dice que se lleva a cabo un inventario de bienes y derechos del deudor y de las cargas que el mismo ha de soportar, para concluir en la existencia de sobreendeudamiento en la medida en que el global de deudas del consumidor excedan de su patrimonio y su capacidad de generar recursos.

Es un supuesto el de la “rehabilitación” para casos de sobreendeudamiento activo obteniendo la *discharge*, tras un periodo de prueba, con el cumplimiento de un plan de pagos parcial, exigiéndose un buen comportamiento para permitir la condonación del resto del pasivo (SOTILLO MARTI, A. (2013). *Segunda oportunidad y Derecho concursal. Seminario interdisciplinar Facultad de Derecho de Valencia. 30 octubre 2013*).

El análisis del derecho comparado nos llevará a ver como existen determinados elementos comunes a las legislaciones de todos estos Estados, aunque pueden tener diferentes variantes en su desarrollo. Los pilares en los que se asientan estas normativas son (SOTILLO MARTI, A. *op. cit.*, (Pág. 4):

- a) *La existencia de diferentes sistemas o procedimientos de tratamiento del sobreendeudamiento. En general, se suele encontrar un procedimiento dirigido a adoptar un plan de saneamiento o de reorganización del pago de la deuda y, un procedimiento de naturaleza liquidatorio de los bienes.*
- b) *Se contempla la cancelación de la deuda pendiente de pago a la finalización del procedimiento.*

Los modelos conocidos en el Derecho comparado de gestión del sobreendeudamiento de los particulares conciernen a dos aspectos: por un lado, los mecanismos (judiciales o extrajudiciales) de reorganización o reestructuración de la deuda para facilitar su pago; y, por otro, los mecanismos enderezados a procurar la extinción o liberación de las deudas pendientes después de la liquidación. A este respecto, es bien conocido que los sistemas europeos difieren esencialmente del sistema norteamericano conocido como *fresh start* o “volver a empezar” (o

de “borrón y cuenta nueva”), que pone el énfasis en proporcionar una segunda oportunidad al consumidor endeudado con el fin de recuperarlo lo antes posible para la actividad económica y el consumo (*open credit economy*) y no estigmatizarlo. Este sistema se basa en principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor, la condonación directa (*discharge*) de las deudas no pagadas (a excepción de las que sean jurídicamente no condonables) y la adhesión voluntaria al sistema (ANDRES SANTOS, F. (2014) *Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares*. En: J. Escartín/M.A. Martos (coords.) y A. Nuñez (dir.). *El derecho europeo en la protección del deudor hipotecario*. Granada: Ed. Comares. Pág. 123.)

El sistema norteamericano, a juicio de la doctrina especializada, ve el sobreendeudamiento de los consumidores (de las personas físicas, en general, puesto que la legislación norteamericana piensa tanto en el pequeño emprendedor como en los consumidores), con anteojos económicos, como un simple “fallo del mercado” que el ordenamiento jurídico debe solventar ágil y fácilmente para permitir una rápida recuperación de la disciplina económica. En cambio, los sistemas europeos, en general (veremos luego las excepciones), perciben el fenómeno con un prisma sociológico, como un problema social, como una patología que afecta a los individuos y a la sociedad en su conjunto, de modo que esta debe asumir una responsabilidad para la reeducación del ciudadano o pequeño empresario a fin de lograr de él un comportamiento económico responsable (ANDRES SANTOS, F. *op. cit.* (*Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares*). Pág. 125. Igualmente SENENT MARTINEZ, S. (2012) *Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil Universidad Complutense de Madrid. Doc. 2012/47 marzo 2012).

Los diversos sistemas europeos se reducen, por tanto, en la doctrina a dos sistemas: el germánico y el modelo franco. Si bien, en el Reino Unido, se acerca más al modelo norteamericano del fresh start. Las medidas en el sistema inglés van desde la remisión de la deuda automática, reorganización de deudas durante la cual se facilita al deudor un plan de refinanciación. También es interesante el acuerdo individual voluntario (individual voluntary arrangements que equivale a un proceso de suspensión de pagos).

¿Cuáles serían las Ventajas e inconvenientes de la segunda oportunidad?

En acertadas palabras de SOTILLO MARTI, A. (*op. cit.* (*Segunda oportunidad y Derecho concursal*). Pág. 5 y 6.) destacaríamos las siguientes:

- a) *Incentivo para la solicitud temprana y oportuna de procedimientos concursales. Países como España con escasa protección a los deudores y con sanciones por no instar el concurso a tiempo tienen, sin embargo, más concursos terminados en liquidación y cierre de la actividad empresarial.*
- b) *Incentivo para una política responsable de concesión de créditos.*
- c) *No se configura legalmente como un derecho del deudor, sino más bien como un beneficio, por lo que su concesión debe supeditarse al cumplimiento de determinados requisitos y comportamientos por parte del deudor.*
- d) *Evitar la exclusión social del que fracasa, concediéndole una segunda oportunidad.*
- e) *Aumento de la economía sumergida, si no existe esta posibilidad de la segunda oportunidad.*
- f) *Las estadísticas, sobre todo en USA, demuestran que no hay más impagos de los deudores por la existencia del discharge. No hay “moral hazard” o riesgos de comportamientos oportunistas de los deudores.*

Sin embargo, también se subraya el autor a quien citamos, ciertos inconvenientes:

- a) *El perjuicio o aumento del riesgo para los acreedores financieros o prestamistas, que les obliga a aumentar sus tipos de interés remuneratorios.*
- b) *Se trata de un incentivo, que, digan lo que digan las estadísticas, acentúa el riesgo moral en la conducta financiera sobre todo de los consumidores.*

En otro orden de consideraciones, y a pesar de la ausencia del derecho comunitario, o precisamente por ello, muchos Estados cuentan con normas para hacer frente a estas situaciones, países como Alemania, Francia, Bélgica, Portugal o Reino Unido han abordado esta cuestión (RIBON SEISDEDOS, E. (2011) *Sobreendeudamiento del consumidor, sin segunda oportunidad*. CEACCU).

En el ámbito de las instituciones comunitarias, es el Consejo, a través de su célebre Resolución de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores, el primero en plantear la trascendencia de la excesiva asunción de deuda del consumidor europeo, invitando a la Comisión a que examine «la cuestión del sobreendeudamiento de los consumidores». Ese mismo año, el Comité Económico y Social denuncia en su dictamen de 26 de noviembre de 1992, “El consumidor y el mercado interior”, que «las cuestiones vinculadas al sobreendeudamiento del consumidor, aunque han sido identificadas y abordadas por algunas legislaciones nacionales, no han dado lugar aún a iniciativas legislativas comunitarias, si bien existe una dimensión comunitaria de la problemática». Pasados ya tres años desde la advertencia del CES, en el *Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE*, relativo a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, desarrollado conforme al mandato impuesto por el artículo 17 de la citada Directiva, se aborda nuevamente, aunque sin excesivo detalle la cuestión del sobreendeudamiento. Finalmente existen otras tres tímidas referencias al sobreendeudamiento, medianamente destacables, carentes de traslación concreta en derecho positivo, la *Comunicación de la Comisión Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001*, sobre un informe del Comité Económico y Social Europeo titulado *Informe sobre el sobreendeudamiento de los hogares y la Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001*, relativa al crédito y al sobreendeudamiento de los consumidores, en la que nuevamente invita a la Comisión y a los Estados miembros a actuar sobre el problema del sobreendeudamiento (RIBON SEISDEDOS, E. *op. cit.* (Sobreendeudamiento del consumidor, sin segunda oportunidad). Pág. 14 y 15. También DOCE, n° 186, de 23 de julio de 1992; DOCE n° 19 de 25 de enero de 1993).

Para concluir, como explica el Preámbulo del Proyecto de Ley (no se entiende muy bien, porque no se emplea el recurso lógico de una exposición de motivos, y no un Preámbulo motivado...)

La segunda oportunidad Siempre debe constituir un motivo de confianza en las normas legales el que sus principios inspiradores no obedezcan a una improvisación, sino antes bien al resultado de muchos años o incluso siglos de reflexión sobre la materia. Es preciso que el legislador huya siempre de toda tentación demagógica que a la larga pueda volverse en contra de aquellos a quienes pretende beneficiar. Para que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores; pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría precisamente el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento.

Por ello, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por esta Ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la tota-

lidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa.

Y para concluir estas notas (complementadas con excelentes aportaciones en este mismo número de la Revista, por un lado la de NAVAZO CAMPOS, y por otra la de la competente y cualificada experta MATILDE CUENA) participamos de la opinión de TRUJILLO DIEZ (*“El sobreendeudamiento de los consumidores” Universidad de Castilla La Mancha, 2003*) cuando explica que el incremento del nivel de endeudamiento de las familias en los últimos años, aconseja desarrollar una política de prevención y curación del sobreendeudamiento de los consumidores, cuando menos para aquellos casos en los que la crisis financiera de la economía familiar trae origen en contingencias referidas a riesgos de la vida (fallecimiento, enfermedad, desempleo, invalidez, etc.) que colocan al consumidor ante la imposibilidad de hacer frente al conjunto de sus obligaciones de pago (sobreendeudamiento pasivo). Una política contra el sobreendeudamiento de los consumidores, lo primero que tiene que plantearse es cuál es el sujeto protegido. Pues bien, a estos efectos deberá adoptarse un criterio amplio de consumidor y además variable, en función del concreto sector de intervención.

EL NUEVO RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LA PERSONA FÍSICA INSOLVENTE*

MATILDE CUENA CASAS

Profesora Titular (acreditada como Catedrática) de Derecho Civil

Universidad Complutense

Editora del blog ¿Hay Derecho?

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2015

Fecha de aceptación: 8 de junio de 2015

RESUMEN: *La insolvencia de la persona física exigía una respuesta legal en el Derecho español que evitara la condena a la exclusión social del deudor tras la liquidación de su patrimonio. El impacto económico de la medida es extraordinario y se analiza en el presente trabajo el restrictivo nuevo régimen de segunda oportunidad instaurado en la Ley 25/2015 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.*

ABSTRACT: *Spain needed an adequate legal response for natural person insolvency which avoids social exclusion of the debtor. The economic impact of this measure is extraordinary and this article analyzes the innovations introduced recently by July 28th 2015 act (Second chance for insolvent natural person, reduced financial burden and other measures of social order).*

PALABRAS CLAVE: *Insolvencia persona física, segunda oportunidad, exoneración del pasivo pendiente, concurso de acreedores.*

KEYWORDS: *Insolvency, fresh start, discharge, consumers, natural person, second chance.*

SUMARIO: *1. La necesidad de un régimen de segunda oportunidad eficaz.- 2. Líneas generales de la reforma introducida por la Ley 25/2015 de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de Carga Financiera y otras medidas de orden social de 28 de julio (procedente del RDL 1/2015 de 27 de febrero).- 3. Beneficiario del Régimen de Segunda Oportunidad: El deudor de buena fe: 3.1. La buena fe exigible al deudor que satisface un umbral de pasivo mínimo sin acogerse a un plan de pagos. 3.2. La buena fe exigible al deudor que se acoge a un plan de pagos. Deudas exonerables.- 4. La exoneración provisional del pasivo pendiente: 4.1. La posición de los codeudores solidarios y fiadores y avalistas. 4.2. Concursado casado en régimen de gananciales u otro de comunidad.- 5. La propuesta de plan de pagos.- 6. La revocación de la exoneración provisional.- 7. La exoneración definitiva del pasivo pendiente.- 8. Consideraciones finales.*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación I+D: “Préstamo responsable y ficheros de solvencia” (DER 2013-46315) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que soy investigadora principal.

1. LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD EFICAZ

Si algo ha puesto de manifiesto la severa crisis económica que hemos padecido es precisamente la insuficiencia de nuestra Ley Concursal. Pocas áreas del ordenamiento jurídico tienen tanto impacto económico como el Derecho Concursal¹, algo de lo que el legislador español parece haberse percatado con cierto retraso. De hecho, el pésimo tratamiento que se ha dado a la insolvencia de las personas naturales ha tenido también un impacto político evidente, pues este tema se ha erigido en estandarte de nuevos partidos políticos que pretenden terminar con el bipartidismo hasta ahora reinante en el panorama político español.

La condena a la exclusión social del deudor insolvente fruto de la actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el art. 1911 CC ha sido un obstáculo para lograr una recuperación económica *sólida*. Por virtud de tal principio, en caso de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor queda responsable de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares. Esta era la regla contenida en el art. 178 LC y que provocaba que la situación del deudor concursado concluido el concurso fuera la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo pendiente, sin posibilidad alguna de recuperación, seguía cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones². De ahí la escasez de concursos de persona física en España en plena crisis económica³.

El impacto económico de este planteamiento legal era extraordinariamente relevante, sobre todo si se tiene en cuenta que el problema de España es un problema de *deuda privada*⁴. Y es que merece la pena resaltar que el incremento del déficit público que ahora se considera un problema de primera magnitud, tiene por base, entre otros factores, un

¹ Este aspecto ha sido poco tratado en España, a diferencia de otros países, como USA. Cfr. L.H. WHITE, *Bankruptcy as an economic intervention*, https://mises.org/journals/jls/1_4/1_4_2.pdf HAGAN, S, *Insolvency reform and economic policy*, 17 Conn. J. Int'l L. 63 (2001-2002).

² No obstante, tal plazo será reducido en breve. En la disposición final primera del Proyecto de Ley de reforma de la LEC actualmente en tramitación, se modifica el art. 1964 CC en relación al plazo de prescripción de las acciones personales, que pasa de 15 a 5 años. Así mismo, se modifica también el régimen de la interrupción extrajudicial contemplada en el art. 1973 CC. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427341071?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_REFORMA_DE_LEC_WEB.PDF.PDF

³ Buena prueba de ello es la escasez del número de concursos de persona física, a diferencia de lo que ha sucedido en otros ordenamientos de nuestro entorno. Los datos de un año duro, como fue el 2013 son muy reveladores:

En España de un total de 9750 concursos, solo 999 lo fueron de persona física (231 con actividad empresarial y 768 sin actividad empresarial). Un 10%.

El contraste con otros ordenamientos es llamativo: En USA en el año 2013 de 1.107,99 insolvencias, 1.072.807 lo fueron de persona física (91%). <http://news.uscourts.gov/bankruptcy-filings-drop-12-percent-fiscal-year-2013>

En Alemania: de 151.200, 115.337 lo fueron de persona natural (76%); Francia: 223.012. <https://www.destatis.de/EN/FactsFigures/NationalEconomyEnvironment/EnterprisesCrafts/Insolvencies/Insolvencies.html>

En 2014, de 7.038 concursos, solo 849 lo fueron de persona física. <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t30/p219&file=inebase>

⁴ Cuando emerge la crisis, la deuda pública en España representaba el 35% del PIB. Casi la mitad que en Alemania que era del 50%. Lo que en 2007 presentaba cifras alarmantes era el nivel de deuda privada: del total de deuda externa, el 72% era deuda privada, y de ésta, por cierto, el 77% era deuda hipotecaria. <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

desmesurado sobreendeudamiento privado⁵ que no ha recibido una solución adecuada desde nuestra legislación concursal y buena prueba de ello han sido las numerosas reformas que la misma ha sufrido desde que se ha producido la crisis. Los altos niveles de deuda privada se han trasladado al sector público⁶ y de ahí que en la actualidad se haya disparado la deuda pública rozando 100% PIB⁷. La condena a la exclusión social del deudor persona física, le convierte en acreedor de recursos sociales, agravando el déficit público, además del negativo impacto se trata de la insolvencia de un empresario persona natural, la cual provoca a su vez pérdida de puestos de trabajo⁸.

El texto de la Ley Concursal (en adelante, LC) aprobado en 2003, se construyó con un enfoque claramente *pro creditoris*, donde la recuperación del deudor estaba en un segundo plano⁹. Así se explicitaba en la Exposición de Motivos de la LC recalcando la satisfacción de los intereses de los acreedores como finalidad esencial del concurso. Si bien a este objetivo debe seguir orientada la LC, es deseable reforzar la recuperación del deudor, dados los efectos positivos que puede tener para la economía general¹⁰. Un sistema concursal que no

⁵ JORDÀ, SCHULARICK y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1_-2.pdf: "La deuda pública es un epifenómeno que distrae del verdadero origen del problema que se encuentra en la deuda privada". p. 3.

⁶ En 2007, España tenía un superávit presupuestario de alrededor del 2% del PIB y la deuda pública se situó en el 40% del PIB. El nivel de deuda pública en España estaba muy por debajo de Alemania, Francia y los Estados Unidos. Pero en el último trimestre de 2013, la deuda pública de España había más que duplicado, alcanzando casi el 93,9% del PIB, ya que el sector público asume grandes pérdidas del sector bancario y los ingresos fiscales se han derrumbado (<http://www.datosmacro.com/deuda/espana>).

Las pérdidas del sector financiero fruto de un generoso e irresponsable mercado crediticio han sido absorbidas por el Estado que además ha tenido que gastar más en atender situaciones de exclusión social a la que se han visto abocados los deudores incapaces de pagar sus deudas. Las cifras evidencian esta idea. Por otro lado, el alto endeudamiento público financiado por la banca, deja estrecho margen para el acceso al crédito a iniciativas empresariales (*crowding-out*) que paliarían el nivel de desempleo, sumiendo al sistema en un peligroso bucle que justifica la debilidad de la recuperación (BRONER, F, ERCE, A, MARTIN, A, VENTURA, J, *Sovereign debt markets in turbulent times: creditor discrimination and crowding-out effects*. Documentos de trabajo nº 1.402. Banco de España. 2014)

⁷ <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

⁸ GÓMEZ-OLIVÉ I CASAS, "¿Quién controla el agujero de la deuda privada española?", *Revista de Economía Crítica*, nº 13, 2012, pp. 97 y ss: "El déficit y la deuda pública españolas son consecuencia y no causa de la crisis".

⁹ En este sentido, M. OLIVENCIA, "La satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso", en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, 2010, pp 31-47. "El modelo "satisfactorio" de los acreedores adoptado por nuestra LC no excluye, sino que ordena jerárquicamente, otras finalidades, instrumentales o secundarias, en el concurso. La satisfacción de los acreedores se persigue a través de una doble vía de soluciones: el convenio o la liquidación. La LC prioriza la primera; como prima la finalidad conservatoria sobre la liquidatoria en la política jurídica. Pero la conservación no es fin esencial ni absoluto sino sometido al de satisfacción de los acreedores".

"La satisfacción de los acreedores alcanza en el sistema concursal español un valor de interpretación teleológica como pauta del art. 3.1 C.c.: "Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". La finalidad de satisfacción de los acreedores es, pues, guía hermenéutica de todo el sistema concursal y de las normas que lo integran, cuyo sentido ha de orientarse en función de esa finalidad esencial. En ese plano interpretativo, ha de descifrarse también, a mi juicio, el concepto jurídico indeterminado del "interés del concurso", vinculado necesariamente a su finalidad esencial, la máxima satisfacción de los acreedores, por encima de otros intereses involucrados en el procedimiento. Es, en definitiva, un criterio ordenador de jerarquía de intereses. La finalidad conservativa pudiera, en casos concretos, ser de interés para los trabajadores, para proveedores y clientela, para la economía en general, pero perjudicial para los acreedores, y, en ese concreto conflicto, el interés del concurso ha de decidirse a favor de éstos".

¹⁰ En el documento "Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo,

favorece la salida convencional de la crisis ni ofrece adecuados mecanismos concursales no estimula adecuadamente la declaración de concurso a tiempo y, mediatamente, aboca al deudor a la liquidación.

De hecho, las últimas reformas concursales han intentado mejorar este aspecto y favorecer la salida convencional de la crisis. Esta es la orientación de las novedades en materia de convenio concursal y acuerdos de refinanciación¹¹. La liquidación de empresas tiene efectos letales en las cifras del paro, por lo que un tratamiento adecuado de la insolvencia empresarial es esencial. A ello han ido dirigidos los esfuerzos del legislador que se ha concentrado en las últimas y numerosas reformas concursales en tratar de mejorar la regulación de la insolvencia de grandes empresas.

Pero si se me permite la expresión, la auténtica “patata caliente”¹² era el tratamiento de la insolvencia de la persona natural, preterida, maltratada por la LC en su redacción inicial¹³. Por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), el deudor respondía con todos sus bienes presentes y futuros, de manera que liquidado su patrimonio en el proceso concursal, éste no le aportaba ninguna solución porque el deudor seguía debiendo el pasivo pendiente y los acreedores podían iniciar ejecuciones singulares para cobrar sus créditos en el caso de que el deudor consiguiera remontar. Ello a diferencia de lo que acontecía en los ordenamientos que regulaban un régimen de segunda oportunidad (*fresh start* o también denominado *discharge*) en los que tal pasivo quedaría condonado y el deudor podría “volver a empezar” una nueva actividad, generando puestos de trabajo y dejando de consumir recursos sociales. Esto no lo necesita una persona jurídica, que tras la liquidación concursal o la constatación de la insuficiencia de bienes para satisfacer las deudas se extingue y desaparece como sujeto de derecho, y por lo tanto, restando insatisfecho el pasivo que quedara pendiente. Ello es así salvo que tras la declaración judicial de extinción y la cancelación registral de la persona jurídica, aparezcan bienes o derechos de la citada persona jurídica cancelada, en cuyo caso se producirá la reapertura del concurso, con el fin de liquidar los bienes y derechos sobrevenidos y seguir pagando las deudas que quedaron insatisfechas en el concurso previamente.

Estrasburgo, 12.12.2012. COM(2012) 742 final, se pone de relieve la importancia de la regulación en materia de insolvencia para la generación de crecimiento económico: “una de las acciones fundamentales para mejorar el funcionamiento del mercado interior es la modernización de la normativa de la Unión en materia de insolvencia a fin de facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los emprendedores” (...) “Conceder a los emprendedores una segunda oportunidad para que vuelvan a poner en marcha negocios viables y salvaguardar el empleo son elementos clave del nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Este enfoque aspira a dar un impulso sólido a las empresas europeas en el mercado interior”. Existe plena consciencia a nivel europeo de la relevancia de la normativa concursal para la recuperación económica, sugiriéndose un impulso a la unificación legislativa europea en este terreno.

¹¹ Ley 17/2014, de 30 de septiembre por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial cuya finalidad ha sido la flexibilización de los acuerdos concursales con el objetivo de evitar la liquidación y cierre empresarial. Por su parte, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal también favorece la continuidad empresarial favoreciendo la salida convencional de la crisis con cambios en materia de convenio concursal. Las dos reformas tienden a recuperar al deudor evitando el cierre empresarial y el aumento del desempleo, nada deseable máxime en el contexto político actual con varias consultas electorales.

¹² Término que emplean BLOCK-LIEB, S y HALLIDAY T., “The Microeconomics and Macropolitics of Systemic Financial Crisis: Bankruptcy as a Point of Reference” (2014). Forthcoming in SOVEREIGN INSOLVENCY: POSSIBLE LEGAL SOLUTIONS (Jasna Garasic and Nadia Bodiroga-Vukobrat, eds SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2538584>

¹³ Cfr. M. CUENA CASAS, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n° 7, 2009, pp. 91-112, donde expongo la discriminación negativa que padece la persona física en la LC en relación con el deudor persona jurídica.

Y es, como he dicho, que una de las causas de esta crisis financiera ha sido precisamente el alto endeudamiento de particulares. Como ha señalado el Banco Mundial en un extraordinario informe¹⁴ “la crisis financiera mundial de 2008 ha mostrado, por primera vez las conexiones entre el endeudamiento personal y una crisis sistémica: el origen de la crisis financiera en las prácticas de préstamos de alto riesgo en el mercado de EE.UU demostraron una clara vinculación entre la expansión del crédito ilimitado a empresas y particulares y la estabilidad financiera macroeconómica. La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en la conclusión de que el endeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él pueden tener graves repercusiones sociales y económicas”. Como se señala en dicho informe, es necesario modernizar las leyes e instituciones nacionales para que puedan hacer frente con eficacia y eficiencia a los riesgos de endeudamiento de los particulares.

España presentaba un retraso normativo intolerable y desde instancias internacionales¹⁵ se le reclamaba una modificación legal que instaurara el régimen de segunda oportunidad, de forma que el deudor de buena fe pudiera ver condonado el pasivo pendiente para evitar su exclusión social.

Y es que, efectivamente, no tener un régimen de segunda oportunidad estaba teniendo en España un impacto económico brutal.

En primer lugar, el sistema vigente en España supone un *estímulo negativo a la iniciativa empresarial*. La persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa¹⁶. El 51’82% de los empresarios son persona física. El fracaso empresarial en España está penalizado porque al margen de la causa que ha provocado el mismo, el deudor es condenado a la exclusión social porque el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), le impide reiniciar con eficacia una nueva actividad empresarial pues arrastra todo el pasivo pendiente.

Por lo demás, este efecto negativo no tiene lugar solo para la persona física como empresaria individual, ya que incluso aunque el sujeto actúe a través de una sociedad, se produce lo que se ha denominado “*responsabilidad limitada imperfecta*”: en esas empresas la separación de los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta¹⁷. Efectivamente, detrás de una PYME hay un patrimonio personal que se está arriesgando para el futuro, pues pocas entidades financieras conceden crédito sin un aval prestado por persona física. El resultado es que el nivel de iniciativa empresarial en España es bajo

¹⁴ Banco Mundial, “Informe sobre insolvencia de la persona natural” http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf “Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo nº 31, enero-abril 2014, pp. 197 y ss.

¹⁵ Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80463 Informe del FMI de 20 de julio de 2014 (pág. 42) alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores (nota 10) <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014 se postula el régimen de segunda oportunidad para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores (apartado 5.1) <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf> UNCITRAL, “Legislative guide on Insolvency law”, 2005 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf

¹⁶ http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2013.pdf

¹⁷ F. GOMEZ POMAR y M. CELENTANI, “Tarea urgente: el concurso personal”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº2 2012, p. 4 <http://www.indret.com/es/?ed=52> (consultado el 21 de octubre de 2013).

si se compara con los países de nuestro entorno¹⁸ y, tal y como se evidencia en el último Eurobarómetro de la Comisión Europea¹⁹. Según este documento, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles son sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 50%, el riesgo de insolvencia. Esta *ratio* es la más alta de los países encuestados, lo que pone de relieve que en España tiene mucho peso en contra de la decisión de emprender la ausencia de una segunda oportunidad para el deudor insolvente y la falta de mecanismos de protección de la vivienda habitual.

Cuando no existe un régimen de segunda oportunidad, los acreedores no tienen ningún estímulo a negociar pues queda aparentemente abierta la puerta a la agresión de los bienes futuros. Con un régimen de segunda oportunidad, se estimula el acuerdo incluso fuera del proceso concursal *porque el acreedor tiene “algo que perder”* si se procede a la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal. En España el 97% de los concursos concluyen en liquidación. Dado que el concurso no brinda ninguna posibilidad de recuperación del deudor, la declaración es tardía²⁰ y la posibilidad de convenio se reduce.

De ahí la conveniencia del establecimiento de un régimen de liberación de deudas debe ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial por el “efecto llamada” que una medida de esta naturaleza generaría. Por ello el RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social correctamente a mi juicio, no se limita a la introducción del régimen de segunda oportunidad, sino también modifica el régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos.

Un sistema que no pone límites a la ejecución favorece la economía sumergida: el deudor que tiene la “espada de Damocles” de una ejecución singular tras el concurso por razón de responder de sus obligaciones con sus bienes “futuros”, reiniciará actividad económica a través de testaferros, tendrá poco incentivo para encontrar empleo y todo ello tiene un impacto negativo obvio en los ingresos del Estado. Hasta la fecha, el sistema estimulaba la rehabilitación del deudor “al margen de la ley”, lo cual suponía indirectamente un *incentivo a la economía sumergida*.

Este problema es particularmente grave en España. El nivel de la economía sumergida en España sistemáticamente se viene situando muy por encima de los de Francia, Reino Unido, Austria o Alemania y que solamente Italia, entre los países grandes europeos, tiene un nivel superior y se sitúa en torno al 20 % del PIB²¹. Por lo tanto, abordar eficazmente la insolvencia personal tiene impacto en la reducción del déficit público impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE.

¹⁸ En España los datos sobre el TEA (*Total Entrepreneurial Activity*), que es el porcentaje de personas de la población de 18 a 64 años de un país que se encuentra bien montando una empresa o dirigiendo una que no lleve más de 42 meses de actividad, son reveladores y han experimentado una disminución del 2% en los dos últimos años. Cfr. *Global Entrepreneurship Monitor (GEM2012)* para una comparativa con el resto de países de nuestro entorno. <http://www.gemconsortium.org/> (Consultado el 21 de octubre de 2013)

¹⁹ Flash Eurobarometer nº 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*, Agosto 2012, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_en.pdf (consultado el 21 de octubre de 2013)

²⁰ Este aspecto ha sido resaltado por el FMI en su informe sobre España en julio de 2014 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>

²¹ Cfr. A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ y R. MARTÍNEZ PARDO, “La economía sumergida en España”, *Fundación de Estudios Financieros*, 2013. http://www.febf.org/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_4_2as.pdf

Otro efecto colateral sumamente relevante de la regulación adecuada de la insolvencia de la persona física es que *estimula la concesión responsable de crédito*, cuya ausencia es precisamente la causa de esta crisis financiera. La instauración de la exoneración del pasivo pendiente tiene pues un efecto colateral en la prevención del sobreendeudamiento privado. Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe citado, al señalar que “los acreedores que saben que sus deudores tiene acceso a una “salida de emergencia” tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito²².”

La excesiva tutela del acreedor que caracterizaba la legislación concursal española le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas porque no tiene límites en la ejecución. Este error de base es el que nos ha conducido a la crisis actual.

En suma, *condenar al deudor a la exclusión social tras la liquidación de su patrimonio cuando se declara insolvente desincentiva la toma de riesgos, el consumo y la inversión*. Ello tiene además un impacto negativo en el desempleo que alcanza en España tasas inasumibles y que ralentizan el crecimiento económico.

Como se puede apreciar, el impacto económico del régimen de segunda oportunidad es tremendo, de ahí que desde 1898 en USA²³ forme parte de la esencia del concurso personal la figura del *fresh start* o *discharge*²⁴ por virtud del cual y siempre que se reúnan determinados requisitos, particularmente la buena fe del deudor (honesto pero desafortunado), liquidado su patrimonio, quede exonerado de las deudas pendientes pudiendo “volver a empezar” y reintegrarse en la sociedad. El sistema es fruto de la denominada “democratización del crédito” estimulado como motor del crecimiento económico. El fomento del consumo conlleva como consecuencia inevitable el sobreendeudamiento²⁵, el cual requiere de un mecanismo paliativo en caso de insolvencia del particular. Lo que no es coherente es compartir el estímulo al crédito propio USA y GB y no tomar de los mismos los instrumentos paliativos. Eso es lo que ha sucedido en España: copiamos la causa del problema y no el remedio. Aunque la cobertura que brinda el Estado social en nuestro país es más amplia, no es solución. La subvención del ciudadano es antieconómica debiendo existir un estímulo a la productividad. La exclusión social no se evita con la cobertura que pueda proporcionar el Estado en determinadas áreas (por ejemplo, la sanitaria), que siempre es transitoria, amén de favorecer el incremento del gasto público.

En España esta medida se ha ralentizado por el temor al impacto que pudiera tener en las cuentas de resultados de las entidades financieras, a que se alterara la cultura de pago y a que se produjera un colapso judicial.

No hay riesgo de *moral hazard*, ni se altera la cultura de pago, siempre que se regule correctamente. No todo deudor que se declare en concurso por ser insolvente se puede acoger a esta medida. El beneficiario es el *deudor de buena fe*, aquél que, previo examen de

²² Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, ADCo n° 31, p. 240.

²³ Cfr. M. CUENA CASAS, “Fresh start y mercado crediticio”, *InDret* 2011, http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

²⁴ Este es el fundamento del régimen de segunda oportunidad para el deudor persona física en USA: Que el deudor honesto y desafortunado tenga estímulos a nuevos esfuerzos que no se vean obstaculizados por la presión de la deuda preexistente *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934).

²⁵ I. RAMSAY, “Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU”, *Consumer Bankruptcy in Europe. Different Paths for debtors and creditors*, Robert Anderson, Hans Dubois, Anne Koark, Götz Lechner, Iain Ramsay, Thomas Roethe and Hans-W. Micklitz (Ed.) 2011, p. 5 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18255/2011_09.pdf?sequence=1

sus circunstancias, tiene una *incapacidad de pago no culpable* siendo necesarios adecuados *mecanismos de control y límites a la condonación de deudas*, que ya existen en los países de nuestro entorno. El temor al colapso judicial se atempera con una regulación adecuada de un procedimiento extrajudicial eficaz.

Respecto a su impacto en las cuentas de resultados de las entidades financieras, como ha señalado el Banco Mundial, con este temor puede ignorarse una realidad difícil de asumir: que no es justo la exoneración lo que destruye el valor, sino que es el hecho de la insolvencia material de los deudores de los préstamos lo que ya ha destruido su valor. Sostener artificialmente a un sector financiero, favoreciendo una opacidad contable, puede simplemente retrasar lo inevitable. Esto es lo que ha sucedido en España: hemos sostenido artificialmente a un sistema financiero que ha sido rescatado y el precio lo han pagado las personas físicas insolventes, lo que ha provocado a su vez un radicalismo político y social que puede poner en riesgo todo el sistema.

Y precisamente este radicalismo es el que ha empujado al legislador a afrontar por fin el tratamiento jurídico del régimen de segunda oportunidad. El “intento” consumado en la introducción de la figura por la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 27 de septiembre de 2013²⁶, fue un auténtico “brindis al sol”: eran tan exigentes los requisitos para obtener la exoneración de deudas que pocos deudores se han beneficiado de ella.

Por ello las expectativas puestas en esta reforma concursal eran extraordinarias y su impacto económico y político también. El resultado, como explicaré a continuación, es desalentador. Sin duda se ha avanzado porque era difícil no hacerlo puesto que la situación de partida era lamentable. Pero la regulación es deficiente desde el punto de vista técnico y muy restrictiva lo que evidencia el extraordinario poder que tiene el lobby bancario en este país. Y ello a pesar de que el Gobierno ha tenido a la vista dos propuestas llevadas a cabo por expertos. Ha ignorado mejoras razonables y deja voluntariamente en la oscuridad aspectos clave. Parece que se “legisla mal a propósito”²⁷. Esta reforma “se vendió” como un avance en el debate sobre el Estado de la Nación con una clara finalidad electoral. El Gobierno debe rescatar al ciudadano y si no lo hace todo el sistema está en riesgo. El RDL 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad reforma la LC introduciendo dicho régimen en el nuevo art. 178 bis. Dicho texto se ha tramitado como proyecto de ley por lo que el régimen vigente se contiene en la Ley 25/2015 de 28 de julio (en adelante LSOp).

2. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR PROYECTO DE LEY DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL (PROCEDENTE DEL RDL 1/2015 DE 27 DE FEBRERO).

Merece un juicio sin duda positivo el que el nuevo art. 178 bis LC que regula la exoneración del pasivo pendiente sea aplicable a toda persona natural sin que se distinga entre empresario y consumidor cuando se llega al momento procesal en el que se aplica el régimen de segunda oportunidad (en adelante SOP). Si bien inicialmente la intención del Gobierno era re-

²⁶ Cfr M. CUENA CASAS, “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*”, *ADCo* n° 31, 2014, pp. 123 y ss

²⁷ A. DELGADO TRUYOLS y F. GOMÁ LANZÓN, “¿Se legisla mal a propósito?” <http://hayderecho.com/wp-admin/post.php?post=12403&action=edit>

gular la situación de los autónomos²⁸, finalmente todo deudor persona natural, sea empresario o consumidor, se puede beneficiar del régimen. La severidad del principio de responsabilidad patrimonial universal se produce solo respecto de las personas físicas²⁹ y es preciso recuperar al sujeto como consumidor potencial evitando su exclusión social, lo cual tiene impacto en el gasto público y mediatamente en la insolvencia empresarial que requiere de consumo activo. De hecho, la caída del consumo privado es una de las causas del cierre empresarial. A mi juicio, *no se puede afrontar de manera efectiva la insolvencia empresarial sin tratar en paralelo la insolvencia del consumidor*³⁰. Exonerar sólo al empresario trae como dificultad añadida la disociación dentro del pasivo del deudor de las deudas que proceden de su actividad empresarial y si todas le pueden ser condonadas, entonces la discriminación negativa al consumidor sí es, a mi juicio, insostenible³¹. Como ha señalado el Banco Mundial, “a menudo es muy difícil trazar una distinción significativa entre los deudores que son “consumidores puros” y los deudores que son empresarios o “no empresarios”. La transformación del mercado laboral durante las últimas décadas ha convertido a muchos proveedores de servicios de baja calificación, que eran trabajadores, en proveedores de servicios autónomos”³².

Se introducen cambios en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss) siendo destacable el que ahora se permita el acceso al mismo a los consumidores, dado que antes de la reforma sólo podían acudir a él los empresarios. Como he dicho, todo régimen de segunda oportunidad debe ir acompañado de un eficaz mecanismo extrajudicial de salida de la crisis de manera que la SOP estimule el acuerdo y evite el temido colapso judicial. El enfoque es adecuado, y a salvo de lo que posteriormente señalaré, en principio, para obtener la exoneración de deudas es necesario que el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial (art. 178 bis.3.3º LC).

En el trámite para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, AEP), se diseñan especialidades de régimen para el caso de deudor no empresario de forma que los notarios puedan conducir las negociaciones quienes pueden, designar, si lo estima conveniente y lo solicita el deudor, un mediador concursal (art. 242 bis LC). La LSOP ha modificado este precepto permitiendo que el deudor le solicite al notario el nombramiento de mediador concursal.

Iniciado el expediente para lograr un AEP se produce una suspensión de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual por plazo máximo de tres meses (art. 235.2.a LC) si el deudor es empresario y por dos meses si el deudor es consumidor (art. 242.1.8º LC). Si no se logra el acuerdo, el notario instará el concurso del deudor que se abrirá directamente en fase de liquidación (art. 242.1.10º LC). Si el deudor es empresario, lo hará el mediador concursal y será posible presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 242.2.1º LC).

²⁸ M. CUENA CASAS, “Una segunda oportunidad ¿sólo para empresarios?” <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresarios/>

²⁹ Para J.M. DE LA CUESTA RUTE, “Persona física y consumidor”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por M. CUENA CASAS y J.L. COLINO MEDIAYVILLA, Cizur Menor, 2009, p. 115,

³⁰ Me refiero a la noción de consumidor como persona física que actúa en el ámbito ajeno de su actividad empresarial o profesional. No parto del concepto acogido en el art. 3 TRLCU de 2007 (reformado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo) que considera también consumidor a la persona jurídica y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

³¹ Trato de esta cuestión y su incidencia en el Derecho Italiano, en mi trabajo “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 2012, pp. 97 y ss

³² Banco Mundial en su “Informe sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, ADCo nº 31, p. 223,

La exoneración de deudas debe solicitarla el deudor tras la conclusión del concurso por liquidación del activo o por insuficiencia de masa (art. 178 bis.1 LC) y siempre que lo solicite el deudor dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el art. 152.3 LC relativo al plazo de rendición de cuentas (art. 178 bis.2 LC). Cuando el concurso concluye por insuficiencia de masa activa, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en el plazo de audiencia concedido a las partes tras la conclusión (art. 176 bis.3 LC).

Obsérvese, pues, que no se puede producir la exoneración de deudas sin la previa liquidación del patrimonio, la cual debe producirse también en los casos de insuficiencia de masa activa tras la nueva redacción que ha recibido el art. 176 bis LC. Ello afecta también a las ejecuciones hipotecarias, dado que el acreedor pierde su derecho de ejecución separada una vez abierta la fase de liquidación (art. 57.3 LC). Por lo tanto, no se puede plantear el hecho de que se pueda exonerar la deuda con garantía real, sencillamente porque ésta se tiene que haber ejecutado. Cosa distinta es el remanente de deuda que eventualmente pueda quedar pendiente tras la ejecución, la cual podrá ser exonerada, tal y como trataré posteriormente (art. 178 bis.5.2º LC).

Sin embargo, este extremo no parece estar claro. En el auto del Juzgado mercantil nº 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 se concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RDL 1/2015) sin haberse ejecutado la hipoteca, lo cual se publicó en los medios como una buena noticia³³. Pues bien, entiendo que esto no se puede hacer con arreglo a la ley vigente (ni tampoco según el texto anterior a la reforma) pues la exoneración de deudas exige la liquidación del patrimonio. Aunque la falta de ejecución de la hipoteca pueda parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo es y se trata de una estrategia de las entidades financieras para escapar³⁴ del régimen de SOP.

Efectivamente, en caso de ejecución, el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas. Si no se ejecuta la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y el deudor seguir debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC, que es menos beneficiosa para el deudor. Por lo tanto, no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores no sólo es ilegal, sino que además perjudica al deudor. Si la entidad quiere llegar a un acuerdo con el deudor, puede hacerlo en la fase del AEP, y si tal acuerdo se logra, se evitará el concurso consecutivo y ningún acreedor podrá verse afectado por la exoneración de deudas. Hacer lo contrario, logrando un acuerdo en fase de liquidación supone una discriminación injustificada de los acreedores que carece de amparo legal, pues unos se verán afectados por la exoneración y otros no.

Hay que destacar que el régimen adoptado es un tanto particular y se aleja de los modelos adoptados en los modernos sistemas de insolvencia. La exoneración del pasivo pendiente es siempre provisional y sólo tras el transcurso de 5 años puede devenir definitiva siempre que se logre abonar un umbral de pasivo mínimo. Hasta la reforma operada por el RDL 1/2015, tal pasivo mínimo debía ser satisfecho por el deudor en el momento de la conclusión del concurso. Ese sistema se mantiene, como veremos, si bien se añade la posibilidad de que el deudor satisfaga las deudas no exonerables en un plazo de 5 años tras el cumplimiento

³³ <http://www.lavanguardia.com/economia/20150511/54431160334/jueces-facilitaran-hipotecados-piso.html#VVCVo2PY0qg.twitter>

³⁴ M. CUENA CASAS, "La banca ya sabe cómo escapar del régimen de segunda oportunidad" <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/>

de un plan de pagos. Se obvia la recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 que sugiere que la exoneración definitiva se logre en un plazo no superior a tres años.

Obsérvese que, como se ha señalado, previamente se ha liquidado el patrimonio del deudor, por lo que malamente puede comprometerse al cumplimiento de un plan de pagos. El planteamiento es absurdo y pretende parecerse al *modelo de responsabilidad o también denominado de rehabilitación* presente en Alemania, Austria, Portugal. En estos sistemas, se trata de lograr la exoneración tras el cumplimiento de un periodo de buena conducta, tras infructuosos intentos de acuerdo. Se concede provisionalmente el beneficio de la exoneración y tras el periodo de buena conducta se logra la exoneración definitiva del pasivo que no haya podido abonar el deudor tras la entrega a un fiduciario sus ingresos embargables estableciéndose un umbral de inembargabilidad específico. Pero obsérvese que no se establece un umbral de pasivo mínimo, sino que durante un periodo de tiempo (3 o 5 años) el deudor debe intentar pagar sus deudas y las que no logre satisfacer quedan exoneradas, con la excepción de algunas que en ningún caso se exoneran y respecto de las cuales los acreedores pueden iniciar ejecuciones singulares transcurrido el periodo legal. Sólo en Austria se exige pagar un mínimo (gastos del procedimiento y el 10% de los créditos) y de ahí que se haya dicho que este sistema deja fuera a los denominados NINA (*no income no assets*) que no pueden hacer frente al plan de pagos. Se ha demostrado que el 80% de los deudores sujetos al plan de pagos no pueden hacer frente más que al 10% de los créditos, razón por la que se arguye que este sistema es poco eficiente³⁵. El legislador español no ha tenido a la vista la experiencia internacional y ha adoptado un sistema más exigente, restrictivo e ineficiente, salvo como señalaré a continuación, generosa interpretación judicial, dada la redacción del art. 178 bis. 8 LC. En la mayoría de los países se concede la exoneración de los créditos exonerables y se mantienen vivas las acciones de los acreedores para reclamar los créditos no exonerables. En España no: para obtener la exoneración hay que conseguir pagar el pasivo no exonerable. Esto priva de eficacia al sistema.

Durante los cinco años, el beneficio de la exoneración de deudas puede ser revocado a instancias cualquier acreedor si se dan alguna de las circunstancias previstas en art. 178 bis.7 LC, a las que posteriormente me referiré.

3. BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN: EL DEUDOR DE BUENA FE.

Dada la excepción a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal que la exoneración de deudas supone, es imprescindible ser exigente con la conducta del deudor merecedor de tal medida. En este punto, el legislador español falla estrepitosamente porque permite la entrada de deudores oportunistas. Y además no mantiene un concepto unívoco de buena fe, dado que los requisitos de conducta varían en función de que el deudor se acoja o no a un plan de pagos, es decir, en función de su liquidez, lo cual es ridículo y carece a mi juicio de justificación. La exigencia de una conducta impecable en el deudor debe ser la misma tanto para el deudor que se acoge a un plan de pagos como el que no lo hace.

En otros ordenamientos se trata de proteger al deudor que deviene insolvente por circunstancias que no puede controlar (sobreendeudamiento pasivo) y por ello se ha considerado oportuno, para facilitar la complicada tarea de apreciación de la conducta honesta o des-

³⁵ JAN-OCKO HEUER, “Social inclusión and exclusión in European Consumer Bankruptcy Systems”, *cit.*, p.14.

honesto del deudor (con los costes aparejados) elaborar listados de conductas reprochables del deudor (esto es, en qué casos no merece la calificación de deudor de buena fe)³⁶ más que atender a las razones de la propia insolvencia que serán típicamente causas imprevisibles o previsibles pero inevitables, tales como la enfermedad, la incapacidad, las crisis matrimoniales o el desempleo³⁷.

Un ejemplo de este planteamiento es lo que acontece en la regulación sobre insolvencia de consumidores aprobada en Italia³⁸ que regula la exoneración de deudas (*esdebitazione*) la cual resulta excluida, entre otros supuestos “cuando el sobreendeudamiento del deudor es imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial”, circunstancia que será valorada por el juez. Esta discrecionalidad judicial está presente en el Derecho francés que exige expresamente la buena fe del deudor, la cual no es definida en el Código de Consumo al regular el procedimiento para atender el sobreendeudamiento de los particulares (L-333-1), si bien la jurisprudencia ha acotado su concepto sobre la base de la distinción entre buena fe contractual y buena fe procesal. Buena fe contractual se aprecia con relación al comportamiento del deudor con sus acreedores, si se trató de respetar cada compromiso contractual que dio lugar a una situación de sobreendeudamiento³⁹ La buena fe procesal se evalúa en relación con la conducta del deudor en el inicio y durante el proceso concursal⁴⁰. Para valorar la buena fe, se tienen en cuenta las circunstancias que motivaron el nacimiento de la deuda: si tenía conocimiento de que la deuda era excesiva, si no tenía capacidad ni voluntad de hacer frente a ella⁴¹ el carácter suntuario o necesario de la deuda⁴², el nivel social-profesional del deudor y las circunstancias personales que le llevaron al sobreendeudamiento⁴³. El simple sobreendeudamiento masivo no es suficiente para calificar la mala fe.

Este sistema es más justo pero probablemente generaría más trabajo a los jueces. De nuevo, la comodidad sacrifica la justicia y se reconduce la valoración de la conducta del deudor a los parámetros del concurso culpable sin que pueda el juez valorar conductas que sin ser resultado del dolo o culpa grave, justificarían la denegación de la exoneración.

Nada de esto sucede en el Derecho español que mantiene un concepto normativo de la buena fe sin dejar margen de maniobra al juez para valorar la conducta del deudor fuera de los estrechos márgenes del concurso culpable. Se denomina “buena fe” a lo que son requisitos de acceso a la exoneración, sin que la conducta del deudor pueda valorarse. Y por supuesto, en este ámbito la buena fe no se presume.

Hay unos requisitos comunes que debe cumplir *todo deudor* y que se contemplan en el art. 178 bis.3, 1º, 2º y 3º LC exigiéndose que el concurso no haya sido declarado culpable ni

³⁶ En USA, por ejemplo, cumple esta función la enumeración de un elenco de deudas no exonerables, como por ejemplo, obligaciones de indemnización por lesionar intencionadamente a otra persona, daños causados por conducción de vehículos de motor siempre que se demuestre que los causó por estar bajo sustancias tóxicas (§ 523 (A) USCode)

³⁷ J.R. GARCÍA VICENTE, “¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes”, *ADco*, núm. 20, 2010, p. 24.

³⁸ Art. 14-terdecies Ley de 27 de enero de 2012 n.3 modificada Decreto legislativo de 18 de octubre de 2012 n. 179, convertido en Ley de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce un procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*.

³⁹ Cass. segunda civ., 22 de marzo de 2007.

⁴⁰ Cass segunda civ., 7 de junio de 2007

⁴¹ Cass. 2e civ., 7 juin 2006; Cass. 2e civ., 22 mars 2007; Cass. 2e civ., 20 janv. 2011; Cass. 2e civ., 17 févr. 2011.

⁴² *CA Paris, 29 nov. 1990; CA Nancy, 23 févr. 1998; CA Angers, 5 févr. 2008*

⁴³ *CA Paris, 13 janv. 2009*

el deudor haya sido condenado en sentencia firme por los delitos contra el patrimonio, orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores dentro de los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

Se ha introducido una novedad que merece una valoración positiva y es que si al concluir el concurso existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme (art. 178 bis.3.3º LC) y ello porque el juez penal no se ve vinculado por la calificación del concurso (art. 163.2 LC). Se evita así que pueda decretarse la exoneración cuando todavía no hay condena penal, interpretación que había sido mantenida por jueces mercantiles⁴⁴.

Se insiste en un planteamiento, a mi juicio, erróneo y es considerar de buena fe a quien no es un delincuente. Si el concurso es fortuito y no se han cometido ilícitos penales, ello significa que el deudor no debe ser “sancionado” con las consecuencias que se derivan del concurso culpable o de las sanciones penales. Pero cuando se habla de segunda oportunidad, la perspectiva debe ser otra: qué deudor “merece” que le perdonen las deudas y esa es la perspectiva adoptada en otros ordenamientos que olvidan la clasificación que el crédito tenía en el concurso. El medidor de la conducta del deudor debe ser otro y más exigente. Así en otros ordenamientos, que siguen el “sistema de merecimiento”, se concede cierto margen al Juez quien evalúa la conducta del deudor con base en determinados criterios objetivos, como por ejemplo, la información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial; el carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los 8 años anteriores a la declaración de concurso; el nivel social-profesional del deudor; las circunstancias personales del sobreendeudamiento o si la situación de insolvencia se ha producido por circunstancias previsibles y evitables.

Hay que ser riguroso con la conducta del deudor para que se le puedan perdonar las deudas tal y como sucede en ordenamientos avanzados en los que se exige que el endeudamiento no sea irresponsable o no provenga de causas previsibles y evitables. Este sistema es más justo pero probablemente generaría más trabajo a los jueces. De nuevo, la comodidad sacrifica la justicia.

La LSOp ha sido todavía más generosa en este punto pues no se considera de mala fe y puede, no obstante, recibir la exoneración del pasivo pendiente, el deudor cuyo concurso se ha declarado culpable por haber incumplido el deber de solicitarlo. Se añade un inciso al art. 178 bis.3.1º: “no obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1.1º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave en el deudor”. La nueva redacción es fruto de una enmienda (nº 45)⁴⁵ presentada por el Grupo Parlamentario catalán (CIU). Parece que se considera que el retraso en la declaración de concurso es un fallo “leve”. Muy al contrario, considero que la regulación del régimen de SOp tiene que ser un estímulo al buen compor-

⁴⁴ Así se hizo constar en las Conclusiones de la reunión de los magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sobre cuestiones concursales <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf> ¿Qué ocurrirá si al momento de decidir sobre la exoneración del pasivo, se está instruyendo o juzgado al deudor concursado por uno de esos delitos? La mayoría de los firmantes señaló que “se trata de una norma impeditiva de la obtención de un beneficio, por lo que su interpretación debe ser restrictiva, y dado que el art. 178.2 LC exige la condena, dicha situación no puede ser impedimento para la concesión de la exoneración”. Con el texto vigente esta interpretación ya no se puede mantener.

⁴⁵ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-137-2.PDF#page=1 También esta modificación fue propuesta por Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural (enmienda nº 37).

tamiento del deudor. Declararse tarde en concurso puede hacer inviable el AEP y que el concurso se vea abocado a la liquidación y al perjuicio de los intereses de los acreedores. La enmienda me parece poco afortunada e injustificada y redundante en un fallo grave de la ley: es muy generosa con la conducta del deudor merecedor de la exoneración.

El tercer requisito común es que el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el cual hay que entenderlo referido al deudor que *pueda* hacerlo por reunir los requisitos del art. 231 LC, de forma que si, por ejemplo, el deudor tiene un pasivo superior a 5 millones de euros, no tendrá que intentar el acuerdo, pero podrá llegar a la exoneración del pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio sin necesidad de que concurra tal requisito. Con todo, la técnica es lamentable porque se establece este requisito general para inmediatamente excepcionarlo en el art. 178 bis.3. 4º LC. Cualquier deudor puede no intentar un acuerdo extrajudicial y beneficiarse del régimen dispuesto en el inciso 1º del art. 178 bis.3.4º siempre que logre abonar las deudas no exonerables que serán los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

Me parece razonable exigir este requisito. Un régimen de SOP (bien diseñado) estimula la salida convencional de la crisis y de ahí que deba venir acompañado de un proceso extrajudicial que evite el colapso judicial. Lo que no parece lógico y constituye un defecto de técnica legislativa es que el intento de acuerdo extrajudicial se diseñe como requisito general (art. 178 bis.3.3º LC) y se excepcione en el apartado 4º, estableciéndose un umbral de pasivo mínimo distinto en función de que se haya intentado o no un acuerdo extrajudicial. No hay fundamento para este trato diferenciado.

¿Qué significa intentar un acuerdo extrajudicial? El deudor debe cumplir todos los trámites para lograrlo, quedando fuera los supuestos en los que no subsana defectos de la solicitud o desiste de la mediación, por ejemplo. Abarcaría los casos de fracaso del acuerdo e impugnación del mismo. En caso de deudor empresario (art. 242 LC) y entiendo también en caso del consumidor (art. 252 bis.1 LC) cabría desembocar en una exoneración del pasivo pendiente cuando ha resultado imposible alcanzar un acuerdo o éste ha sido anulado o ha sido incumplido, sin que se distinga si el incumplimiento es imputable o no. No obstante, entiendo que debería tal supuesto reconducirse al concurso culpable por la vía del art. 164.1 LC, aunque no se contemple esta hipótesis en el art. 164.1.3º que sólo va referido al incumplimiento imputable del convenio.

3.1 La buena fe exigible al deudor satisface un umbral de pasivo mínimo sin acogerse a un plan de pagos

Se considera que tiene buena fe el deudor que consigue satisfacer un umbral de pasivo mínimo que varía en función de que haya decidido o no acogerse a un plan de pagos. Se excepciona el requisito general antes mencionado y recogido en el art. 178 bis. 3.3º LC. En ese caso, si abona los créditos contra la masa, los privilegiados y 25% del pasivo ordinario, obtendrá la exoneración provisional (art. 178bis. 4. LC). En el supuesto de que el deudor haya intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, entonces basta que abone los créditos contra la masa y el pasivo privilegiado. No se excepciona en este caso ni los créditos por alimentos ni el crédito público ordinario y subordinado. Por lo tanto, las pensiones por alimentos debidas y no pagadas (que antes de la reforma tenían la consideración de crédito subordinado y que ahora son créditos ordinarios por la reforma operada en el art. 92.5º LC), son exonerables, algo que no sucede en ningún país civilizado.

Se insiste en *determinar las deudas no exonerables, en función de su clasificación en el concurso*, algo que no sucede tampoco en otros ordenamientos. No se trata de determinar qué acreedor debe cobrar antes que otro, sino qué deudas no merecen ser exoneradas por su carácter asistencial, como sucede con los alimentos, o porque denotan un comportamiento reprochable del deudor. Así es común que se excluyan las acciones indemnizatorias y las sanciones. En España una indemnización de daños y perjuicios a una persona especialmente relacionada con el deudor, tiene el carácter de crédito subordinado (art. 93 LC) y, por tanto, será exonerable.

Ese planteamiento es, a mi juicio, erróneo, y más lo es el brindar un trato privilegiado al deudor sólo por tener liquidez y abonar el pasivo exonerable sin un plan de pagos. No hay una razón de peso que justifique semejante despropósito. Las indemnizaciones de daños y perjuicios, las sanciones y los alimentos están excluidos en la mayoría de los países. La regulación española en este punto es, a mi juicio, criticable.

3.2. La buena fe exigible al deudor que se acoge a un plan de pagos. Deudas exonerables

El art. 178 bis.3. 5º LC diseña un régimen alternativo para el deudor que no puede satisfacer los umbrales de pasivo mínimos contemplados en el apartado 4.

En este segundo caso, parece exigirse un *plus* de buena fe pues el deudor no debe haber incumplido obligaciones colaboración de art. 42 LC, no haya obtenido este beneficio dentro de los 10 últimos años, no haya rechazado dentro los 4 años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, acepte que conste en el Registro Público Concursal durante 5 años que se acogió a un régimen de segunda oportunidad. Dato negativo que le provocará a buen seguro *exclusión financiera*, imposible de “limpiar” porque no se regulan los ficheros de solvencia positivos. Con esta norma se pretende disuadir al deudor de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. De este despropósito parece haberse percatado el legislador que ha modificado el precepto en la LSOp) fruto de una enmienda presentada precisamente por el Grupo Parlamentario Popular (nº 180) modificada por enmienda transaccional pactada con UPyD (enmienda nº 13), CIU (enmienda nº 86). Así la LSOp, modifica el art. 178bis.3.5.v, añadiéndose un inciso del siguiente tenor: “Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quien esté a cargo del Registro Público Concursal”. Se mejora el texto anterior en cuanto se restringe el acceso al dato.

Sin embargo, a mi juicio, sigue siendo una previsión injustificada, pues el que el deudor haya recibido una exoneración de deudas es un dato negativo en su historial crediticio que se haría constar en los ficheros de solvencia negativos, sin que sea necesaria una publicidad adicional. Bastaría que el dato conste en los ficheros de solvencia patrimonial (el acceso a los mismos está regulado en el art. 42 del Reglamento de protección de datos)⁴⁶ y en la CIRBE que gestiona el Banco de España. Tampoco tiene ningún sentido que los efectos de esta publicidad

⁴⁶ **1.** Los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado. En particular, se considerará que concurre dicha circunstancia en los siguientes supuestos:

a) Que el afectado mantenga con el tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.

negativa “suplementaria” sólo se proyecten sobre un deudor que no tiene liquidez y tiene que sujetarse a un plan de pagos. Si el dato sólo constara en un fichero privado de solvencia, en principio, y según los criterios de reciprocidad imperantes, pueden acceder a los datos aquellos sujetos que a su vez aporten datos al fichero. Por el contrario, el acceso al Registro Público concursal es más amplio y más abierto. A mi juicio, debería haberse suprimido sin más esa publicidad adicional y que el haberse obtenido una segunda oportunidad fuera un dato negativo más que constara en los ficheros de solvencia patrimonial públicos y privados, con las restricciones de acceso que ya están reguladas. Tampoco se acierta a entender por qué esta publicidad sólo se produce cuando el deudor se acoge a un plan de pagos. Cabría pensar que se quiere evitar un mayor endeudamiento del deudor durante los cinco años que dura el plan de pagos. Sin embargo, insisto, este dato ya consta en los ficheros de solvencia patrimonial a los que se accede según la citada regulación contenida en el Reglamento del Protección de datos. No hay que olvidar que el art. 41. 2 del RPD dispone que los datos de solvencia negativos se cancelarán por el pago o cumplimiento y en los demás casos cuando se hubieran cumplido 6 años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico. Pues bien, el cumplimiento del plan de pagos no tiene efectos en la publicidad en el Registro Público Concursal. El dato negativo de haber obtenido una segunda oportunidad permanece 5 años. Y además, hay que sumar el año adicional que permanecerá en los ficheros de solvencia negativos. Hay una descoordinación en la regulación, evidente y sobre todo hay hiperregulación, algo que caracteriza el Derecho español y, a mi juicio, compromete la seguridad jurídica. Con todo y a pesar de estas críticas, la nueva regulación mejora la contenida en el RDL 1/1015 que era absolutamente lamentable⁴⁷

El pasivo exonerable varía también si el deudor se acoge a un plan de pagos, tal y como se contempla en el art. 178 bis. 5 LC. Son créditos exonerables los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados. Así mismo, también se exonera el remanente que quede insatisfecho tras la ejecución de los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. (art. 90.1º LC), siempre que tal remanente tenga la categoría de crédito ordinario o subordinado. Por tanto, no se exonera los créditos contra la masa, privilegiados, el crédito público (sea ordinario o subordinado) y los créditos por alimentos.

Como se ha señalado, si el deudor abonó el umbral de pasivo mínimo (art. 178 bis.3.4º LC), será exonerable el crédito público ordinario y subordinado y los créditos por alimentos (art. 178 bis.3.4º LC). Esta diferencia de régimen jurídico que carece de toda justificación. Resulta lamentable que los créditos por multas y sanciones pecuniarias e incluso multas pe-

b) Que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio.

c) Que el afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.

2. Los terceros deberán informar por escrito a las personas en las que concurran los supuestos contemplados en las letras b) y c) precedentes de su derecho a consultar el fichero.

En los supuestos de contratación telefónica de los productos o servicios a los que se refiere el párrafo anterior, la información podrá realizarse de forma no escrita, correspondiendo al tercero la prueba del cumplimiento del deber de informar.

⁴⁷ Así lo denuncié en este trabajo, M. CUENA CASAS, “¿Una segunda oportunidad?” *Revista El Notario del S XXI*, nº 60, marzo 2015, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad>

nales (impuestas por una Ley Orgánica como el Código Penal) puedan ser exonerados. Esta es una excepción tradicional a la exoneración de deudas en los países de nuestro entorno⁴⁸.

No existe un tratamiento especial cuando se trata de garantía real sobre la vivienda habitual del deudor. La única especialidad es la posible paralización de la ejecución mientras se sustancia el procedimiento para lograr un AEP durante un plazo de 3 meses si el deudor es empresario (art. 235.2 LC) y de 2 meses si es consumidor (art. 242 bis.1.8º LC).

Como se ha señalado, cuando se plantea la exoneración del pasivo, la ejecución hipotecaria ya ha tenido lugar (incluso en los casos de insuficiencia de masa, dado lo dispuesto en el nuevo art. 176bis.4 LC) y por tanto, solo restará el eventual pasivo pendiente. El deudor deberá en todo caso soportar la ejecución y no se valora la conducta del prestamista a la hora de conceder el préstamo. El incumplimiento de sus deberes legales de préstamo responsable⁴⁹, carece de consecuencias en el proceso concursal de manera que la LC no actúa como estímulo a la *concesión responsable de crédito* y no juega un papel eficaz en el terreno de la prevención del sobreendeudamiento y de otra crisis financiera. Ello a diferencia de lo que sucede en otros países, como por ejemplo Francia, que sí tiene en cuenta la conducta del acreedor en el art. 331-7.4ª del Código de Consumo, a la hora de valorar las deudas no exonerables.

No hay técnicamente “dación en pago” como remedio al sobreendeudamiento hipotecario. El deudor soportará el lanzamiento y posteriormente deberá cumplir todos los requisitos legales y de conducta que se prevén en la nueva regulación de la LC.

El crédito público es intocable, aunque sea subordinado (salvo cuando el deudor no se sujeta a un plan de pagos). Se incumplen de forma flagrante las recomendaciones del FMI⁵⁰ en relación con el crédito público que, en el caso de los empresarios, constituye una partida importante⁵¹. Como señala el Banco Mundial: excluir de la exoneración al crédito público socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema. El Estado debe soportar el mis-

⁴⁸ Tal es el caso del § 302 *InsO* alemana, art. 142 Legge Fallimentare italiana, art. 245 Código da Insolvência portugués L 333-1 *Code de la consommation* francés.

⁴⁹ Artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 y en el art. 18 de la Orden 2899/2011 de 28 de octubre de 2011 de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

⁵⁰ <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>

⁵¹ Un estudio reciente del Consejo General de Economistas (“*Análisis de la Pyme en la reforma concursal y la incidencia del crédito público*”) pone de manifiesto que la empresa tipo concursada en España es una micropyme con una plantilla de entre 1 a 9 trabajadores y un volumen de negocio inferior a 2 MM €. Las micropymes en España, que representan casi un 60% de los concursos de acreedores, suponen el 95,7 % de todas las empresas, 3.6 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2012 (92,1%). Mediante un estudio muestral por volumen de concursos, se observa cómo el crédito público –AEAT y Seguridad Social– se concentra especialmente en empresas de menos de 5 MM de pasivo, donde supone un 20% de los créditos. A medida que va creciendo el pasivo el porcentaje del crédito público disminuye: así, para una empresa con un pasivo entre 5 y 10 MM baja al 6%, y si el pasivo se incrementa de 10 a 50 MM no llega al 2%. En cambio, la incidencia del crédito público en micropymes con un pasivo inferior a 1 MM € supera el 30%. El estudio advierte tanto del lastre que para la pequeña empresa en España supone el peso del crédito público y su marco regulatorio a la hora de encontrar vías eficaces para su reflatación y el mantenimiento del empleo, como de la escasa flexibilidad de la actual normativa de Hacienda Pública y Seguridad Social para los procesos de renegociación de deuda y el consecuente mantenimiento del empleo. (MAIRATA LAVIÑA, J, *Novedades tributarias en materia concursal introducidas por el RDL 1/2015: más de lo mismo...* <http://hayderecho.com/2015/04/05/novedades-tributarias-en-materia-concursal-introducidas-por-el-rdl-12015-mas-de-lo-mismo/>)

mo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia⁵².

La exclusión del crédito público y la ausencia de normas específicas para los créditos con garantía real cuando afectan a vivienda habitual del deudor, limitan extraordinariamente la eficacia de la norma.

4. LA EXONERACIÓN PROVISIONAL DEL PASIVO PENDIENTE

Tanto si el deudor abona el umbral de pasivo mínimo como si se acoge al plan de pagos por carecer de activo suficiente en el momento de la conclusión del concurso, el juez concederá la exoneración provisional. Ello, claro está, siempre que los acreedores no se hayan opuesto a la concesión del beneficio en el plazo de cinco días (art. 178 bis.4 LC). No hay base legal, a mi juicio, para entender que el efecto de la exoneración provisional sólo se produzca para el deudor que se acoja al plan de pagos. El texto del art. 178 bis.4 LC se refiere a todo deudor que cumpla los requisitos, acepte el plan de pagos o abone el umbral de pasivo mínimo. Cuando el legislador se quiere referir sólo al deudor que se acoge a un plan de pagos, lo hace de manera expresa, tal y como hace en el art. 178 bis.5 LC. Ciertamente es que la voluntad del legislador parecía ser otra, tal y como se deduce del apartado III de la Exposición de Motivos donde da a entender que satisfecho el umbral de pasivo mínimo, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática las deudas. Sin embargo, en el texto legal no se reflejó tal idea y creo que debe prevalecer el texto sobre la Exposición de Motivos⁵³, entre otras razones porque no es la única falta de sintonía entre ésta y la regulación finalmente aprobada.

Durante el periodo de 5 años, los acreedores no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de sus créditos (art. 178 bis.5 LC). Durante los cinco años, las deudas pendientes no podrán devengar interés (art. 178bis.6 LC).

4.1. La posición de los codeudores solidarios y fiadores y avalistas

Los acreedores que se hayan visto afectados por la exoneración provisional del pasivo pendiente podrán acudir frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas (art. 178 bis.5 LC).

Se excepciona legalmente la accesoriedad de la garantía (art. 1.847 CC) y no queda más remedio que hacerlo porque de lo contrario se desnaturalizaría la esencia y finalidad última de las garantías personales: que el acreedor pueda reclamar al fiador para el caso de que no pueda cobrar del deudor principal. Precisamente por la accesoriedad que caracteriza a las garantías personales, era necesario que expresamente la ley la excepcionara al igual que sucede en otros ordenamientos y hace el propio art. 240.3 LC para las quitas que formen parte de un acuerdo extrajudicial de pagos: “*los acreedores conservarán las acciones que les*

⁵² Banco Mundial, Informe sobre la insolvencia de la persona natural, http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf

⁵³ En este sentido, J.M. FERNÁNDEZ SEIJO, “La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad”, Barcelona, 2015, p. 262 y 281. En contra, alegando la interpretación finalista, A. SERRANO DE NICOLÁS y J. SÁNCHEZ GARCÍA, “La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por el trámite del art. 178bis.4, LC, (...)”, *Revista de Derecho, vLex* n° 132, mayo 2015, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>

correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor”. También el art. 135 LC prevé expresamente los efectos de la quitas acordadas en un convenio para los fiadores.

Lo normal es que el acreedor haya ya reclamado al fiador antes incluso de la exoneración porque en la práctica lo habitual es la fianza solidaria. En el RDL 1/2015, no quedaba claro lo que sucedía con la acción de reembolso (art. 1838 CC) que le corresponde al fiador contra el deudor una vez que haya cumplido la prestación. Así, en Alemania se dice expresamente que “*el deudor resulta liberado frente al deudor solidario, al fiador o ante cualquier otro derecho de retorno en idéntica medida a la que resulta liberado frente a los acreedores de la insolvencia*” (párrafo 301). Aquí faltaba previsión al respecto por lo que parecía que el fiador podía reclamar al deudor la cantidad satisfecha después de la conclusión del concurso. Ese crédito por reembolso no se veía afectado por la exoneración por nacer después de dicha conclusión, y ello a pesar de que tal crédito haya podido ser insinuado como crédito contingente (art. 87.4 y 5 LC). No había norma especial en sede de exoneración del pasivo pendiente que permitiera la exoneración de un crédito contingente y según la teoría general de la obligación regulada en el Código Civil, no hay extinción de un crédito cuando todavía no ha nacido. Mientras no se exceptionara legalmente, el Código Civil resultaba de aplicación por lo que el fiador y el codeudor solidario que abona el crédito una vez concluido el concurso, tendría viva su acción contra el deudor concursado⁵⁴, restringiéndose la eficacia del régimen de segunda oportunidad pues el deudor se veía afectado por el crédito de reembolso a pesar de haberse exonerado frente al deudor principal.

Pues bien, este extremo ha sido aclarado en la LSOp. Se ha añadido un inciso al art. 178bis5 de forma que los fiadores u obligados solidarios no podrán “*subrogarse por le pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida*”. Queda claro que el fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, se salvaguarda la esencia de las garantías personales (ejercitables para los casos de insolvencia del deudor principal) y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal.

4.2. Concursado casado en régimen de gananciales u otro de comunidad

Si el concursado está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico, el beneficio de la exoneración se extenderá al cónyuge del concursado aunque no hubiera sido declarado en concurso respecto de deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común (último párrafo del art. 178 bis.5 LC). Hay que recordar que cuando el concursado está casado en régimen de gananciales, según lo dispuesto en el art. 77 LC, todos los bienes gananciales se integran en la masa activa⁵⁵. A su vez, según el art. 49.2 LC se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. De tales créditos responde tanto la masa ganancial como el patrimonio privativo del cónyuge deudor (art. 1369 CC). Extender

⁵⁴ En contra, con argumentos que no comparto, En contra, alegando la interpretación finalista, A. SERRANO DE NICOLÁS y J. SÁNCHEZ GARCÍA, “La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por el trámite del art. 178bis.4, LC, (...)”, *Revista de Derecho vLex*, nº 132, mayo 2015, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>

⁵⁵ Más extensamente, M. CUENA CASAS, “El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad”, A. ROJO Y E. BELTRÁN, *Estudios de Derecho concursal*, Madrid, 2008.

los efectos de la exoneración al cónyuge del concursado que puede no haber sido declarado en concurso, implica que tales acreedores pierden la garantía que les ofrece el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, cuya conducta no ha sido evaluada en el proceso concursal al no haber sido declarado en concurso. Lo mismo acontece con el pasivo ganancial contraído por ambos cónyuges del que responde el patrimonio ganancial y privativo de ambos. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado también priva, a mi juicio, injustificadamente a tales acreedores de la posibilidad de agredir el patrimonio privativo del cónyuge contratante no concursado.

Parece que no se ha meditado suficientemente el alcance real de la norma contenida en este último párrafo del art 178.5 LC. El precepto exige que no se haya producido la liquidación del régimen económico conyugal⁵⁶ por lo que hay que partir del supuesto de que el cónyuge no concursado no ha ejercitado la facultad de disolución del régimen que le concede el art. 77 LC. De haberlo hecho, la liquidación previa se impone sin que se produzca la extensión de la exoneración previsto en el art. 178bis. 5 LC.

5. LA PROPUESTA DE PLAN DE PAGOS

El art. 178 bis.6 LC se ocupa de la presentación del plan de pagos que abarca las deudas no exonerables que deberán ser satisfechas dentro del plazo de cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. En este periodo dichas deudas no podrán devengar interés.

Por lo tanto, el contenido del plan de pagos es el de las deudas no exonerables, condicionando su abono la extinción de las deudas exonerables. Este requisito es más exigente que en los modelos de rehabilitación presentes en el Derecho comparado, como el alemán o el portugués donde no existe tal condicionamiento. Allí, el deudor paga “lo que puede” con los ingresos que proceden de su salario embargable sin que se ponga un techo máximo. El que el legislador español haya optado por tal condicionamiento priva a la medida de eficacia práctica. No supone un incentivo al cumplimiento, sino que priva al deudor de estímulo para la realización de actividades productivas, dado que el esfuerzo para cumplir el plan de pagos puede ser desmesurado.

Por otro lado, resulta insólito que un deudor pueda proponer un plan de pagos cuando ya se ha liquidado su patrimonio y “no tiene nada”. El planteamiento es, a mi juicio, absurdo.

Pero es que además, en el último inciso del artículo 178 bis.6 LC, se prevén en relación con los créditos de Derecho público, que la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. Ello hace pensar que el crédito público no forma parte del plan de pagos, de manera que no se entiende cómo puede un deudor, por ejemplo, un empresario, comprometerse a un plan de pagos cuando gran parte de su pasivo (el público) queda fuera y depende de la decisión de la Administración Pública. Cabría entender que podría el deudor sufrir ejecuciones por parte de la Administración durante ese periodo de 5 años pues –insisto– el crédito público no se ve afectado. Esta decisión es contraria a las sugerencias que se han hecho a España desde ins-

⁵⁶ En contra, J. M. FERNÁNDEZ SEIJO, “La reestructuración.....” cit., p. 284, entiende que “tanto la liquidación del régimen de gananciales o régimen de comunidad, como las operaciones de venta y preferencias del cónyuge no concursado sobre los bienes comunes deberán hacerse antes de que se concluya la liquidación (...)”, afirmación que creo está en abierta contradicción con el texto legal.

tancias internacionales y la UE: el Estado no sólo no soporta los sacrificios de la exoneración de deudas en los mismos términos que los demás acreedores, sino que además su posición se refuerza en el periodo de “buena conducta”.

No es verdad, por tanto, que “se desarrolle así un marco permanente de insolvencia personal, en línea con las recomendaciones de los principales organismos internacionales y la Unión Europea”, tal y como se dijo en la nota de prensa posterior al Consejo de Ministros que aprobó el RDL 1/2015⁵⁷.

6. LA REVOCACIÓN DE LA EXONERACIÓN PROVISIONAL

El art. 178 bis.7 LC se ocupa de la revocación de la exoneración de las escasas deudas que se ven cubiertas por este expediente y afecta tanto al deudor que exoneró sus deudas tras el pago del umbral de pasivo mínimo como al que aceptó un plan de pagos. Este precepto es el que más cambios sustanciales ha recibido en la LSOp que ha restringido la revocabilidad de la exoneración. Según el RDL 1/2015, cualquier acreedor puede solicitar la revocación del exiguo beneficio que concede la LC si:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 3 del art. 178 bis que habría impedido la concesión del beneficio. Es decir, si por ejemplo, es condenado en el plazo de 5 años que dura el plan de pagos, entonces podrá ser revocada la exoneración.
- b) Incumpliese la obligación de pago de deudas no exoneradas. No se distingue si el incumplimiento es imputable o no al deudor lo cual es censurable.
- c) Mejorase sustancialmente la situación económica de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos
- d) Se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.

La LSOp traslada el apartado d) al primer párrafo del art. 178bis.7. La ocultación de ingresos es causa de revocación, si bien se añade un inciso final: *se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los arts. 605 y 606 LEC*. Esta causa de revocación se refería a los casos en los que el deudor no incluyó bienes en la masa activa que debían ser incluidos. Ello sólo podía afectar a bienes que debieran incluirse en la masa activa y los inembargables no entran en ningún caso (art. 76.2 LC). En la LSOp se aclara este extremo que yo creo que cabía claramente deducir de la regulación anterior. Se aclara que si se descubre que el deudor no incluyó bienes inembargables en la masa activa, no se revocará la exoneración provisional del pasivo.

Que la mejora sustancial del deudor fuera causa de revocación carecía de antecedentes en los modernos sistemas de insolvencia y constituía un auténtico despropósito que desnaturalizaba la presunta “exoneración” convirtiéndola realmente en un “*pactum de non petendo*”. En ningún país el deudor cuyas deudas han sido exoneradas sus deudas ve revocado tal efecto cuando mejora su situación económica. Una lectura de la Exposición de motivos nos muestra que el legislador no ha tenido a la vista textos internacionales, sino que se ha inspirado en las Partidas, y el derogado art. 1920 del Código Civil. Así lo reconoce M. Temboursy (Subsecretario

⁵⁷ <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=034f9ed87dadb410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

de Economía y Competitividad que ha pilotado esta reforma), en un reciente artículo⁵⁸: “Lo mejor es que cumplas, pero si te arruinas por causas ajenas a tu voluntad, tendrás otra oportunidad y si mejoras sustancialmente de fortuna deberás acordarte de aquellos cuyas legítimas expectativas quedaron defraudadas”. Con este planteamiento, se invitaba al deudor a la economía sumergida y era un desincentivo a la actividad empresarial. La inacción del deudor tenía premio: como no mejoraba su situación económica, entonces se le perdonaban definitivamente las deudas y si le iba bien, entonces se le castigaba con la revocación de la exoneración.

Afortunadamente el Gobierno ha rectificado y el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda (nº180) que evita los efectos adversos de un planteamiento legal que sólo podía calificarse de ridículo⁵⁹. En la enmienda nº 180 modifica el art. 178 bis.7 c) LC. Sigue siendo posible la revocación de la exoneración si “*mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos*”. Se especifican las causas de la mejoría económica que pueden provocar la revocación del beneficio: si te toca la lotería o heredas. Correcto. Evitamos que si un empresario mejora en su actividad y tiene beneficios, se le revoque la exoneración de deudas. El cambio hay que aplaudirlo.

El acreedor que está legitimado para pedir la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo pendiente es el que se ha visto afectado por el régimen de SOP quien deberá acreditar, por ejemplo, que el deudor no ha cumplido el plan de pagos de deudas no exonerables (art. 178 bis.7. b) LC), algo que a dicho acreedor le será difícil verificar. Con todo, tengo mis serias dudas de que los acreedores empleen tiempo y recursos en vigilar al deudor.

En cualquier caso, desde el punto de vista técnico no parece muy correcto hablar de revocación de un acto que no es definitivo. Si la exoneración es siempre provisional, pueden diseñarse causas impositivas del carácter definitivo de la exoneración. Una vez que ésta se ha producido sí cabría plantear la revocación, dado que se trata de un mecanismo para decretar la ineficacia de un acto definitivo.

En el caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

7. LA EXONERACIÓN DEFINITIVA DEL PASIVO PENDIENTE

Transcurrido el plazo de 5 años previsto para la revocación y, en su caso, cumplido el plan de pagos sin revocación del beneficio a petición del deudor concursado, el juez dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. Contra dicha resolución no cabrá recurso alguno.

El art. 178 bis.8 LC prevé un supuesto especial para el caso de que el deudor no haya cumplido el plan de pagos: el juez “*atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor*”

⁵⁸ M. TEMBOURYREDONDO, “Una segunda oportunidad” http://elpais.com/elpais/2015/03/03/opinion/1425405351_650828.html

⁵⁹ Así lo denuncié aquí ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>

que no hubiera cumplido en su integridad el plan de pagos, pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables". Este último extremo deberá valorarse con arreglo al art. 1 del RDL 8/2011, de 1 de julio.

En este punto, la LSOp también introduce cambios ampliando los casos en los que el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque no se haya cumplido el plan de pagos también cuando el deudor destine *la cuarta parte de los ingresos que no tuviesen la consideración de inembargables (según RDL 8/2011, de 1 de julio) siempre que concurran en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1. letras a) y b) del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.*

Es decir, si se reúnen los requisitos que marca la norma, el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque el deudor sólo haya pagado el 25% del pasivo no exonerable que forma parte del plan de pagos. Ya sabemos que a pesar de los cambios que en el RDL 6/2012 se han efectuado por el RDL 1/2015, son muy rigurosos los requisitos que se exigen.

Sin embargo, se ha dejado en la oscuridad la interpretación de esta "puerta abierta" que deja el art. 178 bis.8 y esto sí que es censurable porque esta norma plantea serios problemas de interpretación. Parece que es un caso en el que aunque concurra una causa de revocación del beneficio por incumplimiento de plan de pagos, puede el Juez declarar la exoneración siempre que algunos ingresos se hayan destinado a su cumplimiento, pero no queda nada claro que pasivo es el que definitivamente exonera *¿Se refiere al pasivo exonerable previsto en el art. 178 bis.5 o también a las deudas no exonerables insatisfechas por incumplimiento del plan de pagos?*

A mi juicio, según un criterio de interpretación sistemático, lógico, teleológico de la norma, entiendo que la expresión "pasivo insatisfecho" va referida a lo que el propio artículo decide qué es pasivo insatisfecho y que aparece explicitado en el art. 178bis.5 LC. Lo que se discute siempre es cómo se exonera el pasivo que la propia ley declara exonerable (art. 178bis.1 LC). En el número 7 se prevé una revocación de la exoneración de deudas exonerables, que es –insisto– las únicas que pueden serlo. Se trata de exoneración definitiva para lo que hay que partir de lo que era exoneración provisional. En el apartado 8 de la ley permite que, concurriendo una causa de posible revocación de exoneración (de deudas exonerables), y habiéndose instado o no la misma, el Juez decida que las "deudas exonerables" se exoneren aunque no se cumpla el plan de pagos. Está permitiendo la exoneración definitiva de deudas exonerables aunque nominalmente concurra causa de revocación de la exoneración como es el incumplimiento del plan de pagos. Y ello porque, de lo contrario, si se revocara la exoneración el deudor tendría que pagarlo TODO (pasivo no exonerable y también el exonerable). Con todo, la letra de la norma podría hacer creer que lo que se exonera son también las deudas insatisfechas en el plan de pagos⁶⁰. Este extremo no ha sido aclarado en la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, a pesar de haber enmiendas que así lo sugerían⁶¹

⁶⁰ Así lo entiende J. M. FERNÁNDEZ SEIJO, "La reestructuración...", cit.", p. 310: "Al regularse la exoneración definitiva no se establece limitación alguna, la Ley habla de pasivo insatisfecho en el concurso, por lo tanto aunque el deudor no pudiera en principio verse exonerado del crédito público y del crédito por alimentos, transcurridos cinco años, constatado el esfuerzo realizado y constatada la insuficiencia del patrimonio del deudor la única consecuencia posible es que se exonere de la totalidad de créditos pendientes". Creo que a tal conclusión no se puede llegar con los criterios de interpretación (en particular, el lógico y el sistemático) recogidos en el art. 3 del Código Civil.

⁶¹ Enmienda nº 18 presentada por el Grupo Parlamentario de UPyD.

Según la interpretación que creo que más se ajusta a los criterios legales, el efecto de este precepto es que el juez puede decretar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho aunque no se haya cumplido el plan de pagos, pero quedando vivas las acciones de los acreedores para reclamar los créditos no exonerables.

Por último, la LSOp introduce una nueva *causa de revocación pero de la exoneración definitiva* en el último párrafo del art. 178 bis.8 LC: cuando concurra la causa prevista en el art. 178 bis.7 LC, es decir, que se constataste que el deudor ha ocultado la existencia de ingresos, bienes o derechos. Esta revocación sólo podrá solicitarse dentro de los cinco años posteriores a la exoneración definitiva. Parece que se trata de un estímulo al buen comportamiento del deudor lo cual no es malo, pero parece excesiva la provisionalidad de la que dota el legislador español al régimen de segunda oportunidad.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Seguimos con una legislación restrictiva. Con el sistema adoptado, el deudor que no consiga abonar parte del plan de pagos por carecer de ingresos, seguirá obligado a abonar tanto el pasivo exonerable como el no exonerable: quedan muchos deudores fuera del sistema y, lo que es más grave, pueden beneficiarse del mismo deudores que no lo merecen. Parece que lo importante es que el deudor tenga activo para pagar el mayor número de deudas y no se repara en que hay deudores que lo han perdido “todo” por causas no imputables. A éstos debe ir dirigido el sistema. Si el legislador no quiere que se altere la cultura de pago, debe ser exigente con la conducta del deudor merecedor de la exoneración. Sin embargo, lo hace al revés: son escasas las deudas exonerables y es muy laxo en la conducta del deudor por lo que no le auguro mucho éxito al sistema, salvo generosa interpretación judicial, algo que no me parece recomendable y puede generar inseguridad jurídica en función del juez competente. En cualquier caso, creo que permitir la exoneración de todo el pasivo cuando se ha cumplido parte del plan de pagos invita al deudor a realizar pocos esfuerzos y, dejar fuera del sistema a quien no pudo pagar nada por causas no imputables, me parece una gran injusticia. La LSOp introduce mejoras pero se podría haber avanzado mucho más no supeditando la exoneración al pago de las deudas no exonerables tal y como sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno. Lograr ese resultado por una interpretación al margen de los criterios legales me parece peligroso. No lo olvidemos: en un Estado de Derecho, son las normas las que tienen que ser justas y los jueces están sujetos a la ley.

PROPUESTAS EMPRESARIALES PARA COMBATIR LA MOROSIDAD*

ANTONIO GARAMENDI LECANDA
Vicepresidente de CEOE y
Presidente de CEPYME

Fecha de recepción: 28 de abril de 2015

Fecha de aceptación: 8 de junio de 2015

RESUMEN: *La conjunción de algunos factores de la crisis financiera, como la morosidad, el alargamiento de los pagos y los cobros retrasados, han tenido como consecuencia que la liquidez resulte más escasa, lo que ha supuesto una importante diferenciación entre las empresas que atesoran y las que ven su capacidad económica restringida. Esta idea se complica con motivo de que el acceso a la liquidez resulta complejo, lo que ha supuesto, para muchas Pymes, una importante dificultad para su propia supervivencia.*

ABSTRACT: *The sum of several factors of economical crisis, such as, defaulting, delay in payments and receipts, have led to a cash shortage what increased the gap between companies with good cash flow and the ones with very limited funds. This idea is reinforced due to the fact that the access to funding sources has become more and more difficult, what has resulted in more and more Small & Medium Businesses struggling to survive.*

PALABRAS CLAVE: morosidad, retrasos en el cobro, Pymes.

KEYWORDS: Delay in payments, SPM.

SUMARIO: *1. Introducción.- 2. Propuestas de modificación legislativa en las operaciones comerciales entre empresas.- 3. Propuestas de modificación legislativa en las operaciones comerciales entre una empresa y la Administración Pública.- 4. Propuestas de modificación legislativa en materia de competencia desleal.- 5. Otras propuestas para reducir el impacto negativo de la morosidad de las operaciones comerciales en las Pymes.*

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre la crisis económica y financiera española con el alargamiento de los plazos de pago y la morosidad de las operaciones comerciales ha sido muy relevante. Bajo esta coyuntura los plazos de pago se extendieron y los cobros se retrasaron en la mayor parte de los segmentos empresariales elevando sensiblemente las necesidades de tesorería de las empresas de menor dimensión. La liquidez se convirtió en uno de los

* Este artículo se ha confeccionado a partir del documento de Cepyme de propuestas empresariales para combatir la morosidad “Normativa de lucha contra el retraso en los pagos de las operaciones comerciales en las Pymes” publicado a finales de 2013 y en cuya elaboración se contó con la participación de un grupo de expertos pertenecientes a la Universidad Carlos III y a la Universidad de Córdoba, que formularon un conjunto de propuestas validadas por los órganos de gobierno de la confederación.

bienes más escasos, reforzando la práctica de atesoramiento entre aquellas empresas que estuvieron menos expuestas ante la caída de la demanda y las restricciones de acceso a la financiación. Para el resto del sector empresarial se contrajeron los márgenes y se incrementaron los gastos y cargas financieras, añadiendo una presión adicional sobre la demanda de los recursos financieros, que quedó muy condicionada, a su vez, por las necesidades de refinanciación de la deuda financiera. No siendo fácil el acceso a la financiación ajena bancaria y dadas las características de la estructura de los balances de las Pymes, muchas empresas se vieron conducidas a la iliquidez, quedando afectada su propia supervivencia.

Quienes sufren con mayor rigor estas negativas consecuencias son las empresas de menor dimensión, sobre las que la morosidad y los aplazamientos de pago excesivos producen su efecto más penalizador. Desde el inicio de la crisis la morosidad ha tenido un impacto muy negativo en el sector productivo nacional, especialmente en el tejido pyme. De hecho, según la Comisión Europea se estima que uno de cada cuatro procesos de insolvencia de las empresas europeas está asociado a un alargamiento injustificado de los plazos de cobro de las empresas afectadas.

En este sentido, la morosidad podría haber sido la causa directa de la desaparición de 75.000 pequeñas y medianas empresas entre 2007 y 2014, lo que habría provocado, a su vez, la destrucción de unos 730.000 empleos. Y ello, a pesar de la moderada pero constante tendencia a la baja que se ha registrado en los niveles de morosidad desde el cuarto trimestre de 2010.

Para el seguimiento trimestral de este fenómeno, Cepyme ha elaborado el Indicador Sintético de Morosidad Empresarial (ISME). Este indicador, que forma parte del Boletín Cepyme de Morosidad y Financiación Empresarial, es una definición operativa que nos permite utilizar la información que arrojan las fuentes disponibles sobre el comportamiento de los pagos y de los cobros por operaciones comerciales B2B entre las Pymes, de manera sintética, e incidiendo en los conceptos clave que contribuyen a la morosidad de las operaciones comerciales. Estos son la incidencia, medida por el porcentaje de efectos en mora y la duración, medida por el periodo medio de mora.

En cuanto a la evolución de la morosidad entre las empresas, durante 2014 se mantuvo la moderada tendencia a la baja de los últimos dos años. El ISME, se situó en el tercer trimestre en 94,3 puntos, tres décimas menos que el trimestre anterior. Este descenso se debe fundamentalmente al recorte del periodo medio de pago hasta los 81,6 días (un día menos que en el segundo trimestre), un dato que compensa el ligero incremento porcentual del crédito comercial entre empresas en situación de mora, que sube hasta representar el 70,5% del total de las ventas a crédito (1,7 puntos más que en el segundo trimestre).

A pesar de su paulatino descenso, la morosidad entre empresas tiene un impacto muy negativo en su situación financiera, especialmente para las Pymes. Según el Boletín de Morosidad y Financiación Empresarial de Cepyme, el crédito entre empresas en situación de mora se situó en el tercer trimestre de 2014 en el 70,5% del crédito comercial total (287.300 millones de euros), 1,7 puntos más que en el segundo trimestre, aunque entre cinco y seis puntos por debajo de la mora registrada en 2011 y 2012. Con estos datos, el coste de la morosidad para el conjunto de las empresas se mantiene por encima de los mil millones de euros en el tercer trimestre de 2014, ligeramente inferior a la cifra del segundo trimestre, pero lejos del coste que representaba la morosidad empresarial en 2011 (por encima de los 1.860 millones).

Como me refería anteriormente, las Pymes españolas poseen una serie de rasgos patrimoniales estructurales relacionados con su tamaño y el sector de actividad al que pertenecen que se identifican con un elevado peso del capital circulante con respecto al inmovilizado, así como su gran proporción de recursos a corto plazo en su endeudamiento, principalmente deuda bancaria, y de los créditos de provisión que se establecen en las relaciones comerciales. Asimismo, presentan otras características como son la menor capacidad de generación de recursos internos, el menor ritmo de adaptación del ciclo de existencias y de los costes operativos al ciclo de la actividad y el menor poder de negociación en sus relaciones comerciales.

Pese a esta flexión a la baja de la morosidad, la caída significativa de la cifra de negocios produjo a lo largo de la crisis un fuerte incremento de las necesidades operativas de fondos, siendo insuficiente el fondo maniobra disponible por parte de estas empresas para su financiación.

Estas circunstancias aumentaron la demanda de financiación ajena con coste a corto plazo, generándose un mayor requerimiento de acceso a la financiación de circulante a través del crédito motivado por el alargamiento de los plazos de pago de sus operaciones comerciales. Si bien, se está produciendo tanto un aumento del volumen de la cifra de negocios como un restablecimiento de las condiciones de acceso a la financiación por parte de las entidades de crédito, la recuperación del crédito comercial y, en particular, el gran número de las operaciones que presenta un retraso en los pagos con respecto al total provocan que un elevado porcentaje de los nuevos créditos concedidos esté motivado por el aumento de las necesidades operativas de fondos para la financiación de las existencias y del crédito comercial de las Pymes. Ante estas circunstancias se ha producido una profusa regulación tanto en el ámbito comunitario como nacional, cuyo fin no es otro que el de erradicar las prácticas comerciales abusivas que imponen desde el ámbito privado y público el alargamiento excesivo de los plazos de cobro.

Desde Cepyme se ha confeccionado un programa de trabajo que, desde el ámbito del análisis del derecho mercantil, nos ha permitido establecer una base de conocimiento común y consensuada, entre el conjunto de las organizaciones empresariales, que mide el impacto de la normativa sobre morosidad y evalúa cualquier medida correctora tendente a minorar los costes económicos y financieros que tiene el retraso en los pagos sobre las Pymes. Este programa de trabajo, en cuya confección ha participado activamente un grupo de expertos¹ de la Universidad Carlos III y de la Universidad de Córdoba, incluye un análisis exhaustivo de la normativa vigente tanto comunitaria como nacional, del que se derivan múltiples propuestas de modificación de la normativa vigente y que resumiré a continuación.

Todas estas propuestas han sido validadas y refrendadas por los órganos de gobierno de nuestra confederación, lo que las confiere proporcionalidad, equilibrio y máxima relevancia como propuestas empresariales intersectoriales de ámbito nacional. En este sentido, quisiera agradecer enormemente la colaboración y el enfoque que nos ha brindado el trabajo de este grupo de expertos, tanto en la definición y el análisis de cada una de las medidas que aquí se contemplan, como en la discusión y debate de las mismas entre el conjunto de los sectores y territorios que representan nuestros afiliados.

¹ Marta García Mandaloniz, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (coordinadora del trabajo); Luis María Miranda Serrano, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba; Javier Pagador López, Profesor Titular de Derecho Mercantil de Córdoba; y Pilar Perales Viscasillas, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

2. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA EN LAS OPERACIONES COMERCIALES ENTRE EMPRESAS

Las principales medidas sustantivas que se han adoptado por parte de las instancias comunitarias y españolas para luchar contra el problema conjunto de los excesivos plazos y el retardo en el pago, tienden a lograr la efectividad plena de las propuestas contenidas en la Directiva 2011/7/UE y buscan adicionalmente alcanzar una plena trasposición a nuestro ordenamiento jurídico, tratando de hallar una cierta coherencia de nuestra dispersa normativa interna que afecta fundamentalmente a la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad (LLCM)², la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF)

Entre todas las propuestas se ha de resaltar, en primer lugar, la grave incoherencia que, a efectos internos, conlleva tener dos regímenes jurídicos diferenciados para las operaciones comerciales inter-empresariales: el general de la LLCM y el especial de la LOCM para el sector del comercio minorista. La derogación de los artículos 16 y 17 de la LOCM sería, por ello, la primera de las propuestas normativas a modificar, aun cuando su mantenimiento no se impida por mor de la Directiva. No obstante, una vez valorada la práctica comercial, en cuanto a la operativa de pagos a proveedores y la complejidad en el sector de la distribución comercial se refiere, podría asimismo considerarse razonable mantener en estos momentos este régimen especial hasta que se proceda al desarrollo de un régimen sancionador general extensivo al conjunto de las actividades económicas.

En segundo lugar, cabe destacar las serias dificultades interpretativas que provoca el párrafo final del artículo 6 LLCM, sobre los calendarios de pago, en conexión con el artículo 4.3 LLCM, por sus efectos en cuanto a la duración de los plazos de pago. La admisibilidad de estos calendarios de pago resulta incoherente con la decisión legal de no admitir “en ningún caso” plazos de pago superiores a 60 días, debido a que las partes contratantes podrán convertir en “papel mojado” esta exigencia legal. En cualquier caso, creemos que es factible interpretar (aunque también sería factible interpretar lo contrario) que son admisibles plazos de pago superiores a través de estos calendarios de pago a plazos, salvo, obviamente, que dichos calendarios se entiendan manifiestamente abusivos en los términos del artículo 9 LLCM.

Consideramos, por ello, más apropiado incluir al final de la previsión existente en el art. 6 in fine un inciso con el siguiente tenor: “La suma de todos los plazos previstos en un calendario de pago no podrá superar, en ningún caso, la duración máxima de 60 días naturales fijada en el art. 4.3”.

En tercer lugar, por lo que hace a este mismo artículo 4 LLCM sobre los plazos de pago interesa recalcar la incertidumbre que en la praxis puede derivar del párrafo tercero de su apartado primero respecto de las facturas electrónicas. Aunque –atendiendo a los orígenes pre-legislativos de la Ley 15/2010 que lo introdujo– es posible interpretar que, en todo caso, comienza el inicio del cómputo tras la recepción de las mercancías o prestación de servicios, lo deseable sería haber abordado con la Ley 11/2013 o abordar en el futuro una redacción que especifique si tan sólo se está ante el principio de equivalencia funcional entre el formato papel y el formato electrónico o pretende modificarse el dies a quo para el cómputo del plazo de pago. Si fuera esta última la opción elegida por el legislador, sería adecuada su uniformización: a contar en ambos casos desde la recepción de los bienes o servicios.

² Ley 15/2010, de 5 de julio de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Por último, consideramos que con la implantación del porcentaje, tan alto, del 70% inferior al interés legal de demora, para declarar nulo el interés contractual, se está beneficiando al acreedor, y, además, se impone la salvedad que ni siquiera así se declarará nulo en todo caso. Por ello, se requiere que se suprima la voluntad contractual de las partes en lo que se refiere al establecimiento de los intereses de demora, estableciéndose el mismo en según el tipo de interés legal de demora más ocho puntos porcentuales.

3. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA EN LAS OPERACIONES COMERCIALES ENTRE UNA EMPRESA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En las operaciones comerciales entre una empresa y una Administración Pública consideramos que no encaja con la Directiva, la redacción que al artículo 216.4 TRLCSP concedió el RD-L 4/2013 y sin cambios la Ley 11/2013, retrasando el inicio del cómputo del plazo hasta la aprobación de las certificaciones y condicionando el pago de los intereses de demora a la obligación del contratista de registrar la factura en 30 días, conforme hubo antes ocasión de detallar y ahora de remitir, cuestiones que deben ser corregidas, es decir, el cómputo del plazo establecido para las AA.PP debe iniciarse a la entrega de los bienes o servicios y los intereses de demora deberán computarse a partir de esta fecha, independientemente que se registre la factura en 30 días.

Asimismo, y en segundo lugar, insistimos en que resulta indispensable extender el ámbito subjetivo de aplicación a los poderes adjudicadores (en la terminología y definición del artículo 2.2 de la Directiva) que no reúnan la condición de Administración Pública, para que todos ellos estén obligados a pagar en el plazo de 30 días.

De igual forma, consideramos que habría que aludir a la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuando incluye en el TRLCSP un nuevo artículo 228 bis a través del que establece un control de los pagos que hacen los contratistas adjudicatarios a sus subcontratistas o suministradores. La facultad de comprobación de la Administración contratante, respecto del cumplimiento de los pagos que los contratistas hacen a los subcontratistas o suministradores, tendría que ser una obligación legal de comprobación.

De forma complementaria a lo anterior, instamos que, a través de adición al artículo 228 bis del TRLCSP de un segundo apartado, toda la facturación de un suministrados o subcontratista al contratista principal de una obra pública, sea pasada como información a la Administración Pública contratante, la cual procederá a su abono directo si se superan los 60 días de plazo, detrayendo su pago de las cantidades a percibir por el contratista principal.

4. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

Desde Cepyme planteamos una nueva propuesta legislativa, pero, esta vez, fuera tanto del texto de la LLCM o de la LOCM como del TRLCSP, y que no se justifica tanto por la necesidad o conveniencia de asegurar o mejorar el ajuste de nuestro ordenamiento interno a las exigencias de la Directiva Comunitaria, cuanto por su oportunidad político-jurídica,

en cuanto podría ser extraordinariamente útil como medida específica de lucha contra la morosidad de las operaciones comerciales, tal y como nos aportó el grupo de expertos de la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad de Córdoba.

En esta línea, consideramos que sería conveniente la inserción en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) de diversas previsiones tanto de carácter sustantivo como procesal, destinadas a declarar *expressis verbis* la deslealtad de determinadas conductas empresariales relacionadas con la determinación y cumplimiento de los plazos de pago y las consecuencias de su inobservancia.

Desde el punto de vista jurídico-material, se trataría de tipificar como actos desleales tanto la inobservancia grave de los plazos de pago legal o contractualmente exigibles como otras conductas conexas, como, por ejemplo, la inobservancia de los Códigos de buenas prácticas voluntariamente asumidos. Desde el punto de vista procesal, es oportuno potenciar los supuestos de legitimación activa colectiva; estableciéndola, además, para posibilitar la reclamación del resarcimiento de los daños y perjuicios que, de modo no infrecuente, afectarán a una amplia diversidad de empresas pequeñas y medianas que, por sus pocos recursos u otras razones, se verían muy limitadas para obtener la efectiva indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Cuando se trata de una práctica contraria a la Ley, lo que procede es declarar su ilicitud y, si es posible, remover sus efectos. Y ese es el cometido específico de la LCD y del sistema de acciones judiciales que establece. Por esta razón, desde Cepyme se reclama su modificación a fin de tipificar como desleales –aun cuando en rigor de conceptos cabría llegar a un resultado interpretativo similar en su redacción actual– determinados comportamientos relacionados con el retraso en los pagos de las operaciones comerciales entre las empresas. En este sentido, se plantean dos posibilidades: o bien tipificar el supuesto de competencia desleal dentro del artículo 15 LCD, relativo a los actos de competencia desleal por infracción de normas, o bien incluirlo dentro del artículo 16 LCD, relativo a ciertos supuestos de causación de perjuicios a proveedores y clientes, sobre todo en los casos de existencia de situaciones de dependencia económica.

No obstante, consideraríamos, tal y como recomienda el grupo de expertos, que es más adecuado incluir la norma propuesta dentro del primero de los dos preceptos indicados y, más en concreto, dentro de su segundo apartado, que considera competencia desleal la simple infracción de normas “que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

Para ello, bastaría con incluir, al final del artículo 15.2 LCD, un inciso con el siguiente tenor literal: “A estos efectos, se considerará que tienen dicho objeto las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”. Ahora bien, no puede soslayarse el contexto fáctico en que se producen los problemas que se están analizando. No es infrecuente que los acreedores renuncien a exigir el pago temporáneo de sus créditos por temor a represalias comerciales, dado el desequilibrio que muchas veces existe entre deudor y acreedor en perjuicio de este último.

Por esta razón, es necesario tipificar como acto de competencia desleal por abuso de situación de dependencia económica la ruptura de relaciones comerciales u otras formas de represalia subsiguientes a la exigencia por parte del acreedor del pago de sus créditos. Con este fin, reclamamos la introducción de un nuevo apartado c) dentro del artículo 16.3 LCD, con el siguiente tenor literal: “La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida u otra forma de represalia comercial, si durante el año anterior la parte que lleva a cabo esta conducta hubiera sido requerida, demandada o condenada por infracción de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales frente a la

parte perjudicada por la ruptura. Quedará exceptuada la deslealtad cuando dicha conducta se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor”.

De igual forma, y tal como nos recomienda el grupo de expertos Podría resultar conveniente reforzar también desde la LCD el respeto de los Códigos de buenas prácticas en materia de pago que sean voluntariamente asumidos.

A este respecto, conviene tener en cuenta que es objetivamente dudosa la aplicabilidad de los artículos 37 y siguientes de la LCD, por tratarse de preceptos mediante los que se incorpora la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales en las relaciones con consumidores. Por esta razón, es necesario incluir un último inciso en el artículo 5.2 o un nuevo apartado 3º con el siguiente tenor: “Del mismo modo, se reputará desleal el mero incumplimiento de los compromisos asumidos en un Código de buenas prácticas en materia de pago al que el empresario o profesional se haya adherido voluntariamente”.

Desde el punto de vista procesal, es necesario introducir y reforzar los mecanismos de legitimación activa colectiva para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Esta es una medida indicada no sólo para facilitar la obtención del debido resarcimiento de los daños causados por la infracción de las normas de lucha contra la morosidad, sino también para otros supuestos de conductas ilícitas perjudiciales para colectivos de Pymes. Con este fin, debería introducirse un nuevo párrafo 2º dentro del artículo 33.2 LCD con la siguiente literalidad: “Cuando la conducta desleal haya causado perjuicios a una pluralidad de pequeños y medianos empresarios, ostentarán además legitimación activa para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios las asociaciones empresariales o profesionales o representativas de intereses económicos de las Pymes, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros”.

5. OTRAS PROPUESTAS PARA REDUCIR EL IMPACTO NEGATIVO DE LA MOROSIDAD DE LAS OPERACIONES COMERCIALES EN LAS PYMES

Junto a los cambios normativos expuestos anteriormente, desde Cepyme se han reivindicado un conjunto de medidas extra-legislativas, que podrían convertirse en vías alternativas de resolución de esta problemática. Entre éstas consideramos como fundamentales las labores de sensibilización, información y comunicación del fenómeno de la “cultura de la morosidad”; la elaboración de Códigos de buenas prácticas comerciales y procedimientos abreviados de resolución extrajudicial de conflictos entre las empresas; acciones de formación sobre la gestión del riesgo empresarial y la obtención de una óptima estructura y gestión financiera y; la implantación de un régimen sancionador.

I. Cepyme lanzará una campaña de comunicación dirigida a difundir una continua labor de “mentalización” a las empresas de la necesidad de cumplir atendiendo a unas buenas prácticas comerciales. Subsiste una actitud bastante generalizada en la clase empresarial según la cual se entiende que el retraso intencionado en los pagos a proveedores y clientes (crédito comercial mal entendido) es sinónimo de buena gestión comercial. Debiera modificarse esta actitud, provocando un cambio de mentalidad susceptible de abrir paso a una nueva situación, más próxima a la existente en los países del norte de Europa, donde los aplazamientos de pago y la morosidad apenas representan un problema. Las organizaciones o asociaciones empresariales territoriales y sectoriales desempeñarán un papel clave para involucrar y hacer partícipes a sus empresas asociadas de esa cultura del buen y pronto pago.

Asimismo, esta campaña de comunicación se orienta hacia la necesidad de informar tanto a las Pymes, como al resto de agentes y operadores económicos sobre todos aquellos instrumentos legales y de mejora de la gestión empresarial que están a disposición de los mismos para minimizar el impacto que tiene la ampliación de los plazos de pago de las operaciones comerciales inter-empresariales

Con todo ello, en definitiva, se pretende la “sensibilización” –en palabra empleada por la Directiva en el artículo 8– para “desenraizar” la enraizada “cultura de la morosidad”.

II. La elaboración de un Código de buenas prácticas comerciales en materia de aplazamientos de pago y morosidad empresarial constituye otro mecanismo que puede ser efectivo en el momento presente. Desde Cepyme proponemos la adopción de un Código de buenas prácticas comerciales integrado por recomendaciones dirigidas al establecimiento de una ética del comportamiento en el pago específica para el tráfico mercantil. Entendemos, además, que el Código de buenas prácticas comerciales habría de insistir en la necesidad de que las empresas que voluntariamente lo adoptasen se obligaran a incluir en sus contratos cláusulas compromisorias por mor de las cuales quedasen sometidos los conflictos que entre ellas pudieran surgir a un sistema arbitral creado ad hoc para esta materia.

III. El deber de sometimiento a arbitraje que habría de formar parte del contenido del Código de buenas prácticas comerciales, es independiente, aunque compatible, con la posibilidad de que las partes contratantes de cualquier operación comercial que entren en conflicto y no sean firmantes del citado Código acudan a un arbitraje, como una de las fórmulas extrajudiciales para la resolución de las disputas.

Resulta apremiante favorecer vías alternativas extrajudiciales de resolución de conflictos. Por consiguiente, habrían de instaurarse sistemas específicos arbitrales y de mediación. Para acabar con el retraso intencional confiamos en las medidas planteadas, pero a corto plazo probablemente no sean por sí solas suficientemente disuasorias.

IV. Entre la puesta a disposición de otros mecanismos aptos para garantizar de manera eficaz el cumplimiento de las medidas anti-morosidad destaca la conveniencia de implantar para determinados casos de morosidad, la implantación de un régimen proporcional y objetivo de infracciones y sanciones, como “instrumento disuasorio” para combatir a corto plazo el retraso intencional de los pagos. Ya rige para el terreno específico del comercio minorista y también para el ámbito de la cadena alimentaria. Tomando como modelos esos regímenes sancionadores, lanzamos como propuesta la implantación de un análogo régimen para el ámbito general de la LLMCM, penalizando las actuaciones de incumplimiento sistemático por parte del deudor y, en aras de obtener una ventaja financiera o competitiva en su sector, de los máximos dispuestos en ella.

V. En materia de fórmulas de control del ámbito de la contratación privada, se considera, asimismo, que sería una buena solución la aplicación de las previsiones de los arts. 8 y 11 de la Ley 12/2013 de medidas de mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria. En consecuencia, habría que formular legalmente lo siguiente:

- 1º) La exigencia de formalización por escrito de los contratos, pero no como requisito de forma ad solemnitatem y, al mismo tiempo, la tipificación como infracción administrativa de la inobservancia de esta exigencia.
- 2º) La obligación de conservar durante dos años toda la documentación en soporte papel o electrónico (contrato, justificantes, correspondencia etc.) y, al mismo tiempo, la tipificación como infracción administrativa del incumplimiento de dicha obligación.

VI. En el ámbito de la facturación electrónica debería establecerse algún mecanismo a través del cual, voluntariamente cualquier suministrador pudiera enviar sus facturas de todos sus clientes, a un tercer operador intermedio, que pueda ser el que denuncie o actúe de oficio si comprueba que los plazos de pago superan a los que marca la Ley, a partir de las fechas recogidas en las facturas electrónicas. Este control podría ser reforzado por la Agencia Tributaria que podría cruzar datos de operaciones comerciales en las declaraciones-liquidaciones del IVA. Por último, sería recomendable establecer un mecanismo de control parlamentario que llevara a cabo un seguimiento y evaluación de la aplicación de normativa y con potestad para investigar, analizar y realizar recomendaciones sobre dicho cumplimiento efectivo de esta regulación.

VI. Para la correcta comprobación por parte de las AA.PP. de los correctos pagos en toda la cadena de la contratación pública se debería incorporar en el apartado Dos del Artículo primero, por el que se modifica el 13.6 de la Ley de Estabilidad presupuestaria y Sostenibilidad financiera: "... Las Administraciones Públicas velarán por la adecuación de su ritmo de asunción de compromisos de gasto a la ejecución del plan de tesorería. Asimismo, ejercerán el adecuado control sobre los pagos de sus contratistas principales a sus subcontratistas y suministradores".

VII. Por último y, en materia del control de la información que se presenta en las cuentas anuales de las empresas, el ICAC debería establecer una resolución sobre auditorías y cláusula de plazos de pago que reforzara el papel del auditor, a la hora de dar su aprobación a las mismas. El auditor tiene un régimen de responsabilidad basado en las normas generales de la Ley de auditoría, pero quizás un régimen específico en este ámbito pudiera ser efectivo para terminar con las prácticas que se han detectado de publicación de plazos de pagos no ajustados a la realidad contable, financiera y a los estados de flujo de caja de las empresas que tienen la obligación de aportar esta información.

Quisiera finalizar con una cita de D. Daniel Calleja, Director General de Empresa e Industria de la Comisión Europea, publicada en el Monitor Cepyme de Morosidad Empresarial³: "Aunque todos los signos indican que Europa está entrando en una fase de recuperación económica, la normalización del crédito y del flujo comercial a la economía real dista mucho de haberse conseguido. La aprobación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, así como su proceso de transposición a los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, son instrumentos fundamentales para sostener la recuperación apoyando que los flujos financieros se dirijan hacia las actividades productivas. Es preciso ayudar a las Pymes con medidas concretas que alivien sus necesidades de financiación en el corto y medio plazo y faciliten sus operaciones comerciales."

Pues bien, Cepyme ha recogido esta encomienda de la Comisión Europea y se ha comprometido en erradicar el fenómeno de la morosidad en las operaciones comerciales, tarea que llevamos a cabo a través de un seguimiento sistemático de los plazos de cobro que afectan a las Pymes, así como mediante la defensa, fomento y presentación de un amplio conjunto de medidas con contenido legislativo y extra – legislativas que son el resultado del análisis y consenso de la totalidad de sectores de actividad y territorios que representan al ámbito de la Pyme.

³ CEPYME (marzo 2014): Monitor Cepyme de Morosidad Empresarial, N°3, cuarto trimestre de 2013.

LA PENDIENTE REGULACIÓN MERCANTIL Y CONCURSAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

LÁZARO RODRÍGUEZ ARIZA

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada*

ANA ISABEL RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Universidad de Granada

MARÍA ESPERANZA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2015

Fecha de aceptación: 8 de abril de 2015

RESUMEN: *Hasta el momento, y en términos generales, nuestro ordenamiento jurídico no contempla a los grupos de sociedades más que en determinados aspectos relativos fundamentalmente a la consolidación de cuentas y a la supervisión de las operaciones intragrupo desde la perspectiva fiscal y de defensa de la competencia. El legislador español aún no se ha decidido a abordar su regulación sistemática, a pesar de su innegable realidad e importancia en el ámbito económico. Incluso en el ámbito concursal la problemática que inevitablemente aparece se contempla con atención primaria a la separación estricta de las distintas personalidades jurídicas que componen el grupo; y ello a pesar de que el grupo de sociedades es terreno abonado para el conflicto de intereses entre los socios internos y externos, y entre el grupo y sus acreedores. Es por ello una cuestión pendiente que nuestros legisladores deberían abordar con la máxima diligencia, a pesar de su indudable complejidad.*

ABSTRACT: *Our legal system doesn't contained any regulation about corporate groups, excluding account consolidation and supervision of operations. Spanish legislator has not decided about this topic, instead of the importance in Economy and bankruptcy law. Because of that, it's a pending subject that our legislator must study, despite the complexity.*

PALABRAS CLAVE: Grupos de sociedades, acreedores, concurso.

KEY WORD: Corporate groups, creditor, bankruptcy.

SUMARIO: *1. Introducción.- 2. La concentración de empresas en la economía actual. el control económico.- 3. El concepto de grupo en la legislación mercantil.- 4. Doctrina del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).- 5. Los grupos de sociedades en la regulación concursal.- 6. Las reformas pendientes en materia de grupos de sociedades.*

1. INTRODUCCIÓN

A principios del siglo XXI nos encontramos ante un panorama mundial caracterizado por la existencia de un mercado global en el que desaparecen progresivamente las barreras y se facilitan los movimientos de capital, lo que está originando una nueva forma de estructura económica mundial en la que el establecimiento de relaciones entre empresas, dentro del propio país o fuera del mismo, se configura como la forma idónea de alcanzar las oportunidades que presenta el mercado. Se hace patente que muchas empresas están asistiendo a un proceso acelerado de internacionalización. Podemos decir que estamos ante un proceso que nos conduce a una idea de globalización, que no sólo está aumentando las oportunidades de mercado sino que también está incrementando de manera simultánea los niveles de competencia, en la medida que se produce una intrusión cada vez mayor de competidores distintos a los tradicionales. Esto obliga a que las estrategias empresariales se reformulen continuamente para aprovechar las ventajas temporales del mercado.

En consecuencia, nos hallamos ante un entorno en constante cambio, donde las economías nacionales se encuentran cada vez más integradas e interconectadas globalmente. Este marco se ha visto acompañado por un cambio en la estrategia de desarrollo global que rige el mercado y por un progresivo aumento de las relaciones entre países a nivel multilateral, bilateral y regional. La proliferación de este tipo de acuerdos está reformando la “arquitectura” de la estructura económica mundial, impulsando a las empresas a realizar entre ellas fusiones, adquisiciones y acuerdos de cooperación, como instrumentos para su expansión internacional.

Esta proliferación de relaciones empresariales a escala mundial resulta de distintos fenómenos simultáneos como son: la reestructuración cada vez más rápida de los procesos productivos, consecuencia de la expansión industrial; una cada vez mayor internacionalización comercial y productiva, manifestada por el auge de los intercambios de bienes y de las inversiones del extranjero; y por la existencia de una competencia exacerbada como consecuencia de la mundialización de la economía, al menos en algunos sectores, en la medida en que se está produciendo una intromisión cada vez mayor de competidores distintos a los habituales en el mercado.

Esta situación genera un panorama de mercado muy competitivo en el que, teniendo como punto de partida a la empresa, influenciada por una serie de factores externos (políticos, financieros, tecnológicos, etc.) y por una serie de cambios en el mercado, da lugar al establecimiento de acuerdos de cooperación, la adquisición de empresas o la fusión de éstas, como estrategias adoptadas por las mismas para hacer frente a este entorno competitivo y como modo de asegurar un potencial de crecimiento empresarial, en la medida que éste asegura la permanencia en el mercado de las empresas.

Se ha producido en todos los países desarrollados un extraordinario crecimiento del número de sociedades mercantiles, como instrumento jurídico más idóneo para acometer y desarrollar todo tipo de negocios de riesgo, sin comprometer la responsabilidad patrimonial personal de los propietarios. Además, desde hace unas décadas, estamos asistiendo también a la creación de numerosos grupos de sociedades mercantiles, como fórmula apropiada para expandir y diversificar grandes negocios complejos. Los grandes grupos de sociedades frecuentemente traspasan fronteras nacionales y su actuación es de ámbito mundial. Así pues, en la actualidad es muy frecuente la existencia de sociedades que están ligadas entre sí por vínculos estables que permiten controlar el proceso de toma de decisiones empresariales en todas ellas. Normalmente, las sociedades que forman un grupo de este tipo se gestionan de forma unificada, por lo que el grupo, desde una perspectiva económica, se comporta como

si fuese una sola empresa. Los grupos de empresas constituyen una realidad evidente en el panorama económico actual. Éstos se encuentran integrados por distintos sujetos con personalidad jurídica propia, pero que actúan bajo una única dirección económica. De esta forma, aunque existen diversas personalidades jurídicas, se produce una disociación entre la realidad jurídica, que considera a cada empresa de forma independiente, y su realidad económica, que entiende que forman parte de una unidad económica superior. El mundo de las relaciones entre empresas presenta una notable complejidad, derivada de distintos motivos. Entre ellos, las consecuencias prácticas que la elección de una u otra fórmula de colaboración empresarial tiene en distintos ámbitos, como pueden ser el contable, el organizativo, el fiscal, el jurídico o el social.

En este contexto, es de destacar las limitaciones del marco legal establecido, fragmentado en distintas y muy variadas disposiciones, que ha de enfrentarse a un fenómeno cambiante, en continuo dinamismo y con una dimensión que en muchos casos trasciende a las fronteras nacionales. Además, las figuras en que se estructuran estas relaciones empresariales han ido evolucionando con el paso del tiempo, de modo que la mayoría de ellas han ido cambiando hacia estructuras más complejas; otras, sin embargo, conservan prácticamente la esencia que tenían en el comercio medieval, como puede ser el caso de las cuentas en participación. También hay que tener en cuenta que, aún apoyándonos en un marco legal determinado, pueden variar los conceptos según nos encontremos en un país o en otro. De modo que podríamos encontrar realidades distintas que reciben un mismo nombre en distintos ordenamientos o distintos nombres para hacer referencia a una misma realidad. No debemos olvidar que coexisten ciertas denominaciones que han sido desarrolladas por el uso y la costumbre, esto es, por la práctica, y además en distintos ámbitos y disciplinas, que tratan de dar nombre a la realidad de las relaciones entre empresas y que no tienen una delimitación conceptual tan clara en el ámbito jurídico. Hablamos de una realidad que, a veces, no es contemplada como tal por la legislación y que convive con la anterior, lo que abre un abanico de términos y conceptos empleados en muchas ocasiones para definir a una misma realidad. En la literatura, los conceptos que encontramos son cambiantes en el tiempo y empleados en sentido diverso, además de que muchos de ellos se caracterizan por una clara influencia anglosajona. De este modo, aparecen términos como el de “joint venture” o “alianza estratégica” que son empleados para hacer referencia a realidades de la más diversa índole. En concreto en nuestro ordenamiento jurídico, al emplear estos términos, estaríamos haciendo alusión a figuras tales como grupos de sociedades, sociedades asociadas, empresas multigrupo, uniones temporales de empresas, agrupaciones de interés económico, comunidades de bienes o cuentas en participación.

2. LA CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS EN LA ECONOMÍA ACTUAL. EL CONTROL ECONÓMICO

El crecimiento es uno de los objetivos de las medidas políticas, económicas y legislativas que se introducen a diario en los últimos tiempos. Desde el punto de vista empresarial, existen varias alternativas de crecimiento. La internacionalización y la diversificación son dos buenos ejemplos de esto. Así, uno de los fenómenos económicos más espectaculares de los últimos años, sobre todo en los países desarrollados, es el proceso ininterrumpido de aumento de dimensión de las empresas, así como la fusión o integración de las ya existentes. Además, el ritmo de concentración es cada vez más intenso.

El aumento de la dimensión puede llevarse a cabo por medio de uno de los dos caminos siguientes: a) Crecimiento interno, consistente en mejorar la utilización de los recursos de

que dispone la empresa y, en el desarrollo de la política de inversiones necesaria, financiada con recursos propios o/y acudiendo al mercado de capitales. b) Crecimiento externo o concentración empresarial, bien mediante la adquisición parcial o total de empresas, incluidas las fusiones o absorciones de empresas, o bien mediante fórmulas contractuales. La elección de una u otra alternativa depende de diversos factores, entre los que la expectativa de mejores resultados es muy importante, pero no el único. Factores, entre otros, como la inmediatez en la consecución de los objetivos, sinergias, eliminación de competencia, condicionantes legales o administrativos, conflictos de dirección y el sobredimensionamiento, también influyen en la decisión.

En la actualidad parece evidente que, a nivel mundial, la mayoría de las grandes empresas han evolucionado desde el esquema tradicional de empresa simple unisocietaria a modelos complejos de diversificación, donde la multisocietaria toma carta de naturaleza, de tal forma que el grupo de sociedades, con vinculaciones intersocietarias de diversas naturalezas, se constituye en el núcleo principal de actividad económica.

Las modalidades expansivas de las empresas son múltiples y de muy variada índole. Para el fin que perseguimos no es necesario tratar sobre la causalidad del proceso de aumento de dimensión de las empresas ya existentes en el mercado mediante un proceso autónomo de inversiones particulares, sino que nos interesa comentar, aunque sea de forma somera, el fenómeno económico del acercamiento o vinculación progresiva de unas empresas con otras. A veces, esta interdependencia entre empresas asume la forma jurídica de la fusión o absorción entre ellas, apareciendo, por consiguiente, una sola entidad jurídica, distinta de las primitivas, ya que ello implicará la disolución -y consiguiente desaparición- de todas -caso de la fusión- o de todas menos una -caso de la fusión por absorción- de las mismas. Otras modalidades expansivas pueden concretarse en la creación de filiales en puntos estratégicos del mercado nacional o internacional, caso tan frecuente hoy, no escapando a nadie la importancia creciente de las empresas multinacionales. Pero, quizás, el caso más corriente de vinculación es el que aparece constituido por una pluralidad de empresas, en la que cada una de ellas conserva su independencia jurídica y en las que las interpenetraciones multilaterales en los intereses respectivos se ejercita a través de la posesión de paquetes de acciones o participaciones de una o varias de ellas en las demás del grupo, con lo que se asegura un control y orientación de las mismas acorde con la política económica propia del grupo.

En cualquier caso, y de acuerdo con nuestra legislación, se pueden delimitar las distintas figuras mercantiles en las que se plasman las diferentes relaciones empresariales y los medios a través de los cuales éstas se consiguen. Para ello, se puede utilizar como criterio fundamental de clasificación al *control*. Son estas dos figuras –el control y el medio de conseguirlo– las que delimitan la solución contable aplicable a tenor de la normativa vigente, siendo de destacar que cada una de ellas conlleva distintas repercusiones económico-financieras.

Acorde con la normativa contable nacional e internacional, es el “*control económico*” la noción clave para la delimitación no sólo del hecho contable¹ sino de todas aquellas figuras en las que se concretan todas las relaciones empresariales y, en consecuencia, las transacciones que se establecen en dicho marco u operaciones vinculadas. Este criterio posibilita abarcar cualquier tipo de relación empresarial, con independencia de que, por ejemplo, sur-

¹ El marco conceptual en el que se asienta toda la normativa contable se construye en coherencia con la definición de “activo”, que es conceptualizado por el Plan General de Contabilidad, acorde con las Normas Internacionales de Información Contable (NIIF) como: “*bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro*”.

ja o no una nueva entidad, que ésta tenga o no personalidad jurídica, y de que exista o no propiedad.

Y es que la visión contable de los negocios ha ido evolucionando desde un enfoque claramente patrimonialista hacia una visión mucho más económica, en la que prima el control de una serie de recursos y los riesgos y posibles beneficios que se deriva de ello. Por ejemplo, analícese la evolución que la normativa mercantil aplicable a los grupos de empresas ha tenido con el paso de los años; concretamente las modificaciones que ha sufrido el artículo 42 del Código de Comercio desde que fuera modificado por la Ley 19/1989², pasando por la Ley 62/2003³ y llegando a la actualidad con la Ley 16/2007⁴ en la que se opta, en consonancia con la normativa internacional, por un criterio que persigue la búsqueda de información de las empresas como unidades económicas, inclinándose decididamente por una concepción económica o de la entidad, en detrimento de una visión más financiera o basada en la propiedad.

Las operaciones de combinaciones de negocios giran en torno al concepto de control. El control aparece como el poder de gestionar de forma efectiva y eficiente las relaciones entre los socios, lo que permite a los mismos un mejor conocimiento de sus objetivos organizacionales. Es el proceso por el cual una entidad va a influir en la variación del comportamiento y los resultados de otra entidad, a través del uso del poder y la autoridad, empleando para ello no solo mecanismos patrimoniales, sino también informales, contractuales, burocráticos y culturales.

No existe una única definición de control, ya que éste se concreta de distinta forma según se haga desde una perspectiva fiscal, financiera, contable, laboral, organizacional, estadística o desde cualquier otro ámbito. Con los años, todas las definiciones han ido refinándose, y la mayoría de ellas han tomado como modelo la definición de la normativa contable, quizá por ser ésta quizás la más perfeccionada.

A su vez, la definición de control de la normativa contable no es única, ya que depende de la jurisdicción que se tome como referencia. Debido a su amplia difusión a nivel mundial, podemos tomar como punto de partida la definición enunciada en las normas internacionales: “*el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de una entidad, para obtener beneficios de sus actividades*”⁵. La norma aclara que el poder en este contexto se refiere a la habilidad para hacer o efectuar algo. Por tanto, existe control cuando en ese momento se tiene la habilidad de ejercitar ese poder, independientemente de si el control es demostrado activamente o es pasivo en naturaleza. Esta definición de las normas internacionales es también la que viene recogida en el ordenamiento jurídico español en materia contable.

No obstante, el IASB cambió, en mayo de 2011, esta concepción de control, con la aparición de la NIIF 10 *Estados Financieros Consolidados*, que ha entrado en vigor en los períodos que empiecen a partir de 2013 —se desconoce actualmente las intenciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) respecto a la adaptación de la normativa española al contenido de las nuevas normas internacionales— y proporciona una definición

² Ley 19/1989, de 25 julio RCL\1989\1660 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades. Se centraba básicamente en la tenencia de participaciones de la dominada por la dominante.

³ Ley 62/2003, de 30 diciembre RCL\2003\3093 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. El concepto clave era la unidad de decisión.

⁴ Ley 16/2007, de 4 julio RCL\2007\1311 de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. El “control” se constituye en el elemento fundamental.

⁵ Apéndice A de la NIIF-3 sobre combinaciones de negocios.

de control revisada y una guía de aplicación relativa a la misma. La NIIF 10 reemplaza a la NIC 27 (2008) *Estados financieros consolidados e individuales* en lo referente a los estados financieros consolidados e incorpora la anterior normativa incluida en la SIC 12 *Consolidación – Entidades con cometido especial*. En cualquier caso, el tratamiento contable de las inversiones en filiales, entidades controladas conjuntamente y asociadas en los estados financieros individuales seguirá regulándose en la NIC 27(2011).

La nueva NIIF 10 se basa en un único modelo de control aplicable a cualquier entidad (incluyendo las entidades con cometido especial, actualmente denominadas entidades estructuradas). En comparación con la norma anterior, los cambios introducidos llevarán consigo un aumento considerable de la aplicación del juicio de la dirección para determinar qué entidades están bajo control y, por tanto, deben ser incluidas en los estados financieros consolidados del grupo. Consecuentemente, la aplicación de la nueva NIIF 10 puede cambiar el perímetro de un grupo. Los cambios introducidos vienen motivados, en gran parte, por la crisis financiera y la importante crítica realizada a las normativas contables anteriores que no acababan de imponer la consolidación de todas las entidades relevantes.

Según la NIIF 10:

“5. Un inversor, independientemente de la naturaleza de su implicación en una entidad (la participada), determinará si es una controladora mediante la evaluación de su control sobre la participada.

6. Un inversor controla una participada cuando está expuesto, o tiene derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada y tiene la capacidad de influir en esos rendimientos a través de su poder sobre ésta.

7. Por ello, un inversor controla una participada si y solo si éste reúne todos los elementos siguientes:

- a) poder sobre la participada (véanse los párrafos 10 a 14);*
- b) exposición, o derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada (véanse los párrafos 15 y 16); y*
- c) capacidad de utilizar su poder sobre la participada para influir en el importe de los rendimientos del inversor (véanse los párrafos 17 y 18).*

8. Un inversor considerará todos los hechos y circunstancias al evaluar si controla una participada. El inversor evaluará nuevamente si controla una participada cuando los hechos y circunstancias indiquen la existencia de cambios en uno o más de los tres elementos de control enumerados en el párrafo 7 (véanse los párrafos B80 a B85)”.

Así, un inversor controla una participada cuando está expuesto, o tiene derechos a retornos variables por su involucración con la misma y tiene la capacidad de influir en dichos retornos a través de su poder.

Por lo tanto el control, se basa en:

- a) El poder. Se describe como los derechos presentes que dan la capacidad actual de dirigir aquellas actividades de la participada que afectan de manera significativa a los retornos de la misma (actividades relevantes⁶).
- b) La exposición o derechos a retornos variables y
- c) La capacidad de utilizar el poder

⁶ A efectos de la NIIF 10, las actividades relevantes son aquellas de la participada que afectan de forma significativa a los rendimientos de la participada.

En el denominado “*nuevo modelo de control único*” que introduce la NIIF 10, la exposición a riesgos y beneficios no determina, por sí sola, que el inversor tiene el control. Es uno de los factores que se incluyen en el análisis. Además, el control se valora de forma constante, esto es, se valora a medida que cambian los hechos y circunstancias. El inversor tiene en consideración el propósito y diseño de la participada para identificar sus actividades relevantes, cómo se toman las decisiones sobre dichas actividades, quién tiene la capacidad actual de dirigir esas actividades, y quién recibe los retornos.

Para tener poder, el inversor debe tener derechos existentes que le proporcionen la capacidad actual de dirigir las actividades que afectan de forma significativa a los retornos de la participada, esto es, las actividades relevantes⁷. Un inversor puede tener poder sobre una participada incluso si otras partes cuentan con derecho a participar en la dirección de las actividades relevantes, por ejemplo, influencia significativa sobre la participada (IFRS 10.10; NIIF 10.14, B9).

La anterior definición del poder se basa en el concepto de capacidad⁸. Por tanto, no es necesario ejercer el poder. Por contra, la evidencia de que el inversor ha estado dirigiendo las actividades relevantes no es en sí concluyente a la hora de determinar que el inversor tiene el poder sobre la participada. Asimismo, cuando no existen otros derechos, la dependencia económica de una participada en el inversor no conlleva que el inversor controle la participada (NIIF 10.11, 12, B40).

En determinadas ocasiones la evaluación de control es inmediata: la participada está claramente controlada mediante instrumentos de patrimonio neto y el inversor que cuenta con una mayoría de los derechos de voto controla la participada. No obstante, en otros casos (por ejemplo, involucración en entidades estructuradas, cuando hay presentes derechos potenciales de voto o cuando se tiene menos de la mitad de los derechos de voto) no estará tan claro quién ostenta el control. Se requerirá un análisis en profundidad de cada uno de los puntos arriba referidos para determinar si algún inversor, o cuál de ellos, controla realmente a la participada (NIIF 10.B2-B8).

Cuando no es evidente que el control se produzca a través de los derechos de voto, un aspecto fundamental en la evaluación del control es la identificación de las actividades relevantes. En esta identificación será necesario entender el diseño y propósito de la participada, ya que ayudará a determinar:

- ¿A qué riesgos se pretendía exponer la participada y qué riesgos se quedan sus inversores?
- ¿Cuáles son las actividades relevantes?
- ¿Cómo se toman las decisiones sobre las actividades relevantes?
- ¿Quién tiene la potestad de dirigir las actividades relevantes?
- ¿Quién recibe los retornos de la participada?

También se considera el propósito y diseño de la participada en el contexto de un inversor que tiene derechos de voto potenciales. Esta consideración incluye una evaluación de los términos y condiciones de los derechos así como las razones que han motivado el acuerdo.

⁷ A primera vista, las definiciones de control y poder pueden parecer redundantes, ya que ambas hacen referencia a los retornos. En efecto, poder se define como la capacidad actual de dirigir las actividades de la participada que afectan de forma significativa a los retornos de la participada. Sin embargo, dirigir las actividades generadoras de retornos de una participada (definición de poder) es distinto de la capacidad que tiene un inversor a través de su poder de generar retornos para sí mismo (definición de control).

⁸ Debe prestarse atención al significado de capacidad actual para dirigir las actividades relevantes. Para tener control, un inversor debería tener la capacidad de controlar las decisiones más importantes, pero no es necesario que estas decisiones se tomen de forma inmediata. Esto se comenta más en profundidad en el contexto de derechos de voto potenciales.

Las actividades relevantes de la participada son las actividades que afectan de forma significativa a los retornos de la participada (NIIF 10.A). En la NIIF 10 se hace referencia a las actividades que afectan de forma significativa a los retornos de la participada y se proporcionan directrices específicas sobre qué actividades de una participada deberían considerarse al evaluar el control. Esto es particularmente relevante para entidades con actividades predeterminadas cuando las actividades son sólo actividades administrativas con poco o ningún efecto en los retornos de la participada. Cuanto más se predeterminen las actividades de una entidad, más importante es el diseño de la participada al evaluar el poder sobre las actividades relevantes (NIIF 10.BC56-BC59). Podrían existir participadas:

- con diversas actividades de explotación y financieras que afectan a sus retornos
- para las que cada inversor dirige actividades relevantes diferentes; o
- para las que se producen actividades relevantes únicamente cuando se dan circunstancias o eventos concretos (NIIF 10.13, B11-B13, B53).

Por otro lado, para que exista control sobre una participada, el inversor tiene que estar expuesto a, o tener derecho sobre, los retornos variables de su involucración en la participada. Los retornos pueden ser positivos, negativos o ambos y no se limitan a los retornos habituales derivados de la tenencia de acciones. Algunos ejemplos de retornos a considerar son los siguientes:

- dividendos u otros beneficios económicos, como intereses de títulos de deuda y cambios en el valor de la inversión del inversor en la participada;
- remuneración por la gestión de los activos o pasivos de la participada, honorarios y exposición a pérdidas como consecuencia de la concesión de créditos o soporte financiero;
- beneficios fiscales;
- participación residual en los activos y pasivos de la participada en la liquidación; o
- retornos que no están disponibles para otros tenedores de participaciones, como la capacidad del inversor de utilizar los activos de la participada junto con los suyos propios para obtener economías de escala, ahorros de costes y otras sinergias.

Por ejemplo, tener un bono con pagos de intereses fijos es una fuente de retornos variables porque los pagos de intereses están sujetos a riesgos de impago y exponen al inversor al riesgo de crédito del emisor del bono. La variabilidad de los retornos depende del riesgo de crédito.

Muchas veces, los retornos son un indicador de control, ya que cuando mayor es la exposición de un inversor a los retornos de la inversión, mayor incentivo tiene este inversor para obtener los derechos que le otorguen poder sobre la misma. No obstante, según la NIIF 10 la magnitud de los retornos no determina el poder de un inversor. La relación entre poder y retornos es esencial para que exista control. Un inversor que tiene poder sobre la participada, pero no puede beneficiarse de dicho poder, no tiene control. Y de la misma manera, un inversor que obtiene retornos de una inversión, pero no puede emplear su poder para dirigir las actividades que afectan de manera significativa a estos retornos, tampoco tiene el control de la participada.

La NIIF 10 introduce el concepto de *poder delegado*. El responsable de la toma de decisiones debe evaluar si actúa como principal, o como agente en nombre de otros inversores al dirigir las actividades de una participada. Si tiene el poder de dirigir las actividades de una entidad para generar retornos para sí mismo, actúa como principal. Si se compromete a actuar en nombre y en beneficio de otra parte o partes, se trata de un agente y no controla la participada cuando ejerce su autoridad en la toma de decisiones (NIIF 10.18, B58).

Un responsable de la toma de decisiones no es un agente simplemente porque otras partes pueden beneficiarse de las decisiones que toma (NIIF 10.B58).

El inversor ha de tener en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes a la hora de evaluar si controla una participada. Este enfoque está formado por una serie de indicadores de control, pero no se facilita ninguna jerarquía: exige un análisis de todos los hechos y circunstancias y la aplicación de un juicio de valor para evaluar la conclusión del control. En los casos sencillos el inversor que tiene la mayoría de derechos de voto en una participada controlará dicha participada. En determinados casos, la evaluación será más complicada y el inversor tendrá que analizar uno o más factores, aunque la NIIF 10 no establece ningún orden para los análisis y no exige que un inversor siga todas las fases comentadas.

La NIIF 10 introduce un cambio significativo con respecto a la NIC 27(2008) en relación a la unidad sobre la que se evalúa la existencia de control. Según la NIIF 10 no solo se evalúa el control sobre una participada completa, sino que va más allá e impone un análisis adicional sobre partes de una participada. Se deberá analizar la presencia de control sobre determinados activos de una participada y, en tal caso, si esta porción se puede considerar una pseudo-entidad separada (comúnmente referida como silo). En resumen, si todos los activos, pasivos y patrimonio de la pseudo-entidad separada están protegidos del resto de la participada, se analizará de manera separada el control sobre dicha porción. Por tanto, la NIIF 10 contempla el control a un nivel inferior al de una entidad legal, resultando en la inclusión, o exclusión, del perímetro de consolidación de determinados elementos patrimoniales en vez de la entidad legal completa.

Si dos o más inversores deben actuar de forma conjunta para dirigir las actividades relevantes de una participada, pueden controlar de forma colectiva la participada. En este caso, si ningún inversor único puede dirigir las actividades de la participada sin la cooperación de otro inversor, ningún inversor controla la participada. Los inversores evalúan si la participada es un acuerdo conjunto, una asociada o una inversión para la que se aplica la contabilidad de instrumentos financieros. Una situación en la que diversos inversores tienen control colectivo sobre las mismas actividades relevantes de una participada es distinta de una situación en la que cada inversor dirige actividades relevantes diferentes de una participada.

Las normas de consolidación (RD 1159/2010, de 17 de septiembre), aún no adaptadas a la NIIF 10, definen el control como *el poder de dirigir las políticas, financiera y de explotación, de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades. En particular, si bien la participación en otra sociedad y el ejercicio de los correspondientes derechos de voto se configura como el supuesto más habitual de ejercicio de control, no es menos cierto que lo verdaderamente relevante es que se posea o se pueda poseer el mismo, circunstancia que da entrada en los grupos de subordinación a la creación de vínculos dominante-dependiente y, en consecuencia, a la obligación de consolidar, en virtud de un acuerdo o contrato, así como al hecho de que para evaluar dicho control también deban considerarse los derechos potenciales de voto.*

En definitiva, la cuestión relevante desde una perspectiva estrictamente contable para calificar a la unidad jurídico-económica resultante de estos acuerdos como un grupo mercantil de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, es si como consecuencia del acuerdo alcanzado puede concluirse que una entidad, que se calificaría como dominante y sobre la cual recaería la obligación de consolidar, ostenta o puede ostentar, directa o indirectamente, el control de las otras.

Por lo tanto, en aquellas modalidades de combinación en que como consecuencia de los acuerdos alcanzados entre varias entidades surge una nueva entidad que las agrupa, será requisito sine qua non para calificar a la nueva entidad como adquirente que dicho control sea efectivo, esto es, que lejos de constituir una mera simulación, en la nueva entidad radique

el control del grupo, habiéndolo perdido los antiguos socios o propietarios de las entidades que participan en la operación.

Artículo 2. Presunción de control.

1. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

2. Además de las situaciones descritas, pueden darse circunstancias de las cuales se deriva control por parte de una sociedad aún cuando ésta posea la mitad o menos de los derechos de voto, incluso cuando apenas posea o no posea participación alguna en el capital de otras sociedades o empresas, o cuando no se haya explicitado el poder de dirección, como en el caso de las denominadas entidades de propósito especial.

Al valorar si dichas entidades forman parte del grupo se tomarán en consideración, entre otros elementos, la participación del grupo en los riesgos y beneficios de la entidad, así como su capacidad para participar en las decisiones de explotación y financieras de la misma.

Las siguientes circunstancias, entre otras, podrían determinar la existencia de control:

- a) Las actividades de la entidad se dirigen en nombre y de acuerdo con las necesidades de la sociedad, de forma tal que ésta obtiene beneficios u otras ventajas de las operaciones de aquélla.*
- b) La sociedad tiene un poder de decisión en la entidad, o se han predefinido sus actuaciones de tal manera que le permite obtener la mayoría de los beneficios u otras ventajas de las actividades de la entidad.*
- c) La sociedad tiene el derecho a obtener la mayoría de los beneficios de la entidad y, por lo tanto, está expuesta a la mayor parte de los riesgos derivados de sus actividades.*
- d) La sociedad, con el fin de disfrutar de los beneficios económicos de las actividades de la entidad, retiene para sí, de forma sustancial, la mayor parte de los riesgos residuales o de propiedad relacionados con la misma o con sus activos.*

Si una vez analizadas las citadas circunstancias existen dudas sobre la existencia del control sobre este tipo de entidades, éstas deberán ser incluidas en las cuentas anuales consolidadas.

En cualquier caso, no existen normas concretas para la determinación de la existencia de control adicionales a las que se ofrecen para la identificación del adquirente en el caso de las combinaciones de negocios —de las que nos ocuparemos posteriormente—; las cuales, al menos en determinadas circunstancias, serían aconsejables para evitar ciertas dosis de incertidumbre. Más aún teniendo en cuenta que el nuevo artículo 42.1 del Código de Comercio

basa la obligación de consolidar en este concepto, que no define, manteniendo con el rango de presunción *iuris tantum* las mismas circunstancias que las actuales normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas tratan como *iuris et de iure*. En cualquier caso, alguna notas pueden ayudar a concretar este concepto:

1. En términos generales, podemos decir que cuando hablamos de control, estaríamos haciendo referencia a en qué medida cada uno de los socios podrá influir en el proceso de toma de decisión sobre las actividades de la empresa, para ver en qué medida los objetivos organizacionales podrán ser logrados. Se basa, por tanto, en una capacidad de dirigir (poder), no exigiendo dirección efectiva (ejercicio de dicho poder).
2. Ha de abarcar tanto las políticas de explotación como las de financiación, de modo que no consideraremos que existe control, por ejemplo, si un franquiciador tiene un derecho contractual a determinar las políticas operativas, pero no las financieras. Sería el mismo caso que determinadas concesiones administrativas.
3. Este poder de dirección debe ostentarse con el fin último de obtener beneficios de sus actividades, por lo que si los beneficios económicos de los activos y pasivos o de las actividades de la unidad económica se derivan hacia un tercero, que tiene un derecho contractual a recibirlos, se entiende que no existe control.

3. EL CONCEPTO DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

La opción de la UE por las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) como instrumentos de normalización contable, tiene su punto de arranque en el encargo realizado por la International Organization of Securities Commissions (IOSCO) al IASC (hoy IASB) de elaborar un conjunto de normas contables que fueran aplicables a las sociedades que cotizan en mercados financieros internacionales, en los que estas normas serían aceptadas. Sin embargo, aunque el IOSCO recomendó la utilización de estas normas, también es cierto que existe una pugna larvada con el organismo regulador americano, el Financial Accounting Standar Board (FASB), que hace que no pueda decirse de forma definitiva cuál será la solución finalmente aceptada en los mercados internacionales.

La adopción obligatoria de las NIC/NIIF en los Estados Miembros de la Unión Europea sobre determinados grupos consolidados, a partir del ejercicio 2005, junto con el acuerdo de convergencia internacional, está ejerciendo una presión adicional sobre dos cuestiones fundamentales en la información financiera (Schipper, 2005): sobre qué deben informar principalmente los grupos consolidados cotizados y sobre la fiabilidad de las medidas del valor razonable aplicados a sus activos. En el primer caso, se ha puesto de manifiesto el conflicto entre los US GAAP, más centrados en la práctica y en la información cuantitativa, y las NIC/NIIF, mas centradas en la información cualitativa. En el segundo, la adopción de las NIC/NIIF va a condicionar el comportamiento de la gerencia de los grupos, que desearán reducir y/o eliminar el efecto de la volatilidad en los resultados del ejercicio, que conlleva la aplicación del valor razonable y que redundará en una nueva información financiera a incluir en los estados financieros (por ejemplo, desglose e información en la memoria de los instrumentos de cobertura utilizados para hacer frente a dicha volatilidad).

Con estas claves de información orientada a los mercados de capitales internacionales y sucesivos cambios que intentan mejorar la calidad técnica de las propias normas y acercarlas a las americanas, hay que analizar el conjunto de normas emitidas por el IASB que afectan a la Consolidación de Estados Contables, y cuyo proceso llevó a nuestro país a la modificación de la legislación mercantil. Con objeto de la modernización y armonización in-

ternacional de la contabilidad española se reformó el Código de Comercio, a través de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, siendo aplicable para los ejercicios que se inicien en 2008. Igualmente se aprobó el Plan General de Contabilidad, por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en el que se incorporaron criterios con un altísimo grado de compatibilidad con las normas internacionales de contabilidad adoptadas por la Unión Europea.

En resumen, la situación actual en Europa es la siguiente:

- Las normas NIC/NIIF son de obligatoria aplicación en toda la Unión Europea, a partir del 1 de enero de 2005, para las cuentas consolidadas de los grupos que coticen en bolsa. (Hay casos en que la fecha de la aplicación fue el 1 de enero de 2007).
- Las normas NIC/NIIF que se aplican en Europa son las aceptadas mediante el mecanismo de *endorsement* y aprobadas y publicadas mediante un Reglamento europeo. Todas las normas del IASB, en la práctica totalidad de su contenido, son obligatorias en la Unión Europea para elaborar las cuentas consolidadas de los grupos cotizados.
- Para los grupos no cotizados, las normas NIC/NIIF pueden ser opcionales u obligatorias, pues se deja a cada Estado miembro libertad para que regule la normativa de consolidación de estos grupos no cotizados.

Estos cambios requirieron también de un desarrollo específico de las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, por cuyo motivo el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), como desarrollo de los artículos 42 a 49 DEL Código de Comercio, publicó el *Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre*, por el que se aprueban las *Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas (NOFCAC)*, acordes con la reforma contable, que son las actualmente en vigor.

Los grupos de empresas cotizados de España aplican directamente las NIC/NIIF aceptadas en Europa, porque les obliga el Reglamento 1606/2002 (como ocurre en todos los demás países miembros de la Unión Europea).

A los grupos españoles que no cotizan en bolsa –que, en principio, consolidan sus cuentas utilizando la normativa interna española–, se les ha dado la opción (mediante la ley 62/2003) de aplicar directamente las NIC/NIIF, si bien esta opción es irreversible, es decir, los grupos que opten por aplicar la normativa internacional no podrán volver a presentar sus cuentas consolidadas de acuerdo con la normativa contable española.

Por tanto, hoy en España, hay grupos que aplican la normativa internacional (obligatoria u opcionalmente) y otros grupos que aplican la normativa interna española (opcionalmente). Pero, tras la última reforma contable, la normativa española actual es muy semejante a la internacional.

Cabe indicar, asimismo, que además de las normas de consolidación, en la normativa española también existen desarrollos de carácter sectorial como, por ejemplo⁹:

⁹ El apartado 7 de la introducción de las nuevas NOFCAC aclara la regla que se debe aplicar para homogeneizar la información financiera elaborada a partir de normas de producción interna diferentes, o incluso específicas por razón del sujeto contable, debido a la coexistencia del PGC-2007 con los criterios sectoriales. Concretamente, qué criterio se debe seguir en la formulación de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad dominante, cuando los criterios aplicados por las dependientes en sus cuentas anuales individuales, según los criterios sectoriales, difieren de los seguidos por aquélla. La solución se encuentra en el apartado 3 del artículo 17 de las nuevas NOFCAC, en el que se precisa, en primer lugar: “*que si la normativa específica no presenta opciones para contabilizar la operación, en todo caso deberá respetarse el*

- Las normas correspondientes a las entidades aseguradoras, que se rigen por el Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y en cuya Disposición transitoria quinta, *Normas para la formulación de cuentas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras*, se mantiene la vigencia del Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, que permanecerá en vigor en tanto no sea objeto de revisión posterior, circunstancia que no se ha producido hasta la fecha.
- Las normas aplicables a las entidades de crédito: Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros. En el “ámbito de aplicación” de esta norma se dice que *“la Circular es aplicable en la confección de los estados financieros individuales y consolidados, tanto públicos como reservados, de las entidades de crédito y sucursales en España de entidades de crédito extranjeras.”*
- La Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo, aplicable entre otros casos, según el apartado 1 de la norma primera: *“a las empresas de servicios de inversión definidas en el artículo 64 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y sus correspondientes grupos consolidables, tal como se definen en el artículo 86 de la mencionada Ley.”*
- El art. 78.1 de la Ley de Cooperativas, que entiende por *grupo cooperativo*, a los efectos de esta Ley, *“el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades”*.

Desde un punto de vista contable, la existencia de un grupo de sociedades en el que una de ellas, la dominante, ostenta el control del resto, las dependientes, implica como regla general la obligación de consolidar sus estados financieros¹⁰. De esta forma, aunque cada sociedad sigue manteniendo sus obligaciones contables individuales, ya que persiste su personalidad jurídica independiente, se entiende que constituyen una unidad económica, por lo que deben presentar unos estados financieros que representen la realidad de todas las sociedades del grupo de forma conjunta¹¹.

criterio aplicado por la dependiente en sus cuentas individuales”. Solo cuando ambos marcos establezcan opciones, la norma exige homogeneizar las valoraciones considerando el criterio aplicado en las cuentas individuales de la sociedad cuya relevancia en el seno del grupo sea mayor para la citada operación.

Por su lado, en el 2 de la introducción de las nuevas NOFCAC se indica que: *“(…) lógicamente, la relación entre las distintas normas contables de fuente interna presenta vínculos más estrechos. Las diferentes adaptaciones sectoriales para las entidades financieras apelan a la aplicación subsidiaria del Plan General de Contabilidad y sus disposiciones de desarrollo. Del mismo modo, el artículo 3 del real decreto por el que se aprueban las presentes normas dispone que las citadas adaptaciones se configuran como auténtico derecho supletorio ante la ausencia de norma o interpretación aplicable en el marco de la norma general”*.

¹⁰ Si bien la regla general es que cuando hay grupo se debe consolidar, existen excepciones a la obligación de consolidar por razón de tamaño o por constituir un subgrupo.

¹¹ La consolidación de cuentas es un proceso técnico para confeccionar las cuentas anuales de un grupo de empresas, a partir de las cuentas anuales de cada una de las sociedades que componen el grupo. Las sociedades, dominante y dependientes, integran sus elementos contables en las cuentas anuales consolidadas a través de lo que se denomina el método de la integración global.

Al contrario de lo que ocurre con las cuentas individuales de las empresas, la relevancia de las cuentas consolidadas no es fiscal, ni tiene efectos mercantiles a la hora de determinar el reparto de dividendos o el cálculo del patrimonio neto con fines jurídicos. Su importancia estriba en que proporcionan una imagen más útil para la toma de decisiones en un contexto como el actual en el que las empresas no desarrollan su actividad a través de una única entidad jurídica, y en el que el crecimiento viene en muchas ocasiones de la mano de adquisiciones de otras empresas.

Por tanto, la existencia de control, desde un punto de vista contable, implica la existencia de grupo, y esto a su vez tiene como consecuencia la obligatoriedad de presentar estados financieros consolidados.

Acabamos de decir que en consolidación sólo se contemplan los grupos formados por sociedades que mantienen su personalidad jurídica propia, pero que constituyen una unidad económica porque se gestionan de forma coordinada, como si fuesen una sola empresa. Son los grupos consolidables. Recordemos que en consolidación pretendemos elaborar unas cuentas anuales referidas al grupo, como sujeto contable.

En estos grupos consolidables, lo más frecuente es que haya una sociedad que sea la matriz o dominante, que detenta el poder de decisión, y que el resto del grupo esté compuesto por sociedades filiales o dependientes de la primera. Pero un grupo consolidable también puede estar formado por un conjunto de sociedades sin que ninguna de ellas sea la matriz o dominante, pero en donde todas ellas se gestionen bajo una dirección única o control común.

Los grupos de sociedades, basados en el control, pueden definirse con otra finalidad que no sea contable. Este es el caso del grupo de sociedades desde un punto de vista fiscal. En algunos casos existe un grupo de sociedades que actúa bajo el control de una de ellas, lo que implica que, aunque pudieran tener obligaciones fiscales individuales, estas pueden ser complementadas o sustituidas por una única obligación como grupo. Aquí de nuevo, cada jurisdicción fiscal puede tener su propia definición. En el caso español, la definición de grupo fiscal viene recogida en el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades. En este caso, las líneas básicas de la definición de grupo fiscal implican la existencia de un conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, en la que una sociedad, la dominante, posea durante todo el periodo impositivo al menos el 75% del capital social de las otras sociedades, llamadas dependientes¹². Por tanto, en este caso, se considera que el grupo fiscal surge cuando existe un porcentaje determinado de la propiedad. Aunque no se menciona el control, está implícito en la definición que a través de ese porcentaje de propiedad se puede ejercer el control.

Al igual que la existencia de grupo contable tenía efectos directos, en la medida en que era necesario elaborar estados financieros consolidados, el grupo fiscal tiene como efecto la aplicación de un régimen tributario específico, denominado consolidación fiscal.

En el ámbito financiero existe también la necesidad de definir el grupo de sociedades, a efectos de solvencia, supervisión o difusión de información. En España, la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 4, establecía que tendrían la consideración de pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyeran una unidad de decisión porque alguna de ellas ostentara o pudiera ostentar, el control de las demás, o porque dicho control correspondiera a una o varias persona físicas que actuaran sistemáticamente en concierto. Esta definición

¹² El mencionado artículo 67, tiene muchos otros matices, pero estos son de forma simplificada los requisitos básicos.

de grupo fue modificada con posterioridad, de forma que ahora el artículo 4 establece que, a los efectos de la Ley del Mercado de Valores, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de comercio¹³. Por tanto, vemos como la definición contable de grupo es la que se impone en otros ámbitos.

La Ley del Mercado de Valores define el grupo de empresas ya que a pesar de que cada sociedad mantiene su personalidad jurídica independiente, en determinados casos algunos de los requisitos de la normativa se refieren al grupo al que la sociedad pertenece.

Por consiguiente, tanto los ámbitos contable, fiscal y financiero, todos ellos relacionados entre sí, requieren para su operatividad definir qué se entiende por grupo de sociedades. Sin embargo, otras disciplinas también necesitan de una definición de grupo de empresas para poder desarrollar sus trabajos. Así, desde el punto de vista de las unidades estadísticas utilizadas en la elaboración de estadísticas oficiales en la Unión Europea, la normativa europea define el grupo de empresas de la siguiente forma: “*El grupo de empresas reúne varias empresas ligadas por vínculos jurídicos y financieros. El grupo de empresas puede entrañar una pluralidad de fuentes de decisión, principalmente en lo que respecta a la política de producción, venta, beneficios, etc., y unificar determinados aspectos de la gestión financiera y del régimen fiscal. Constituye una entidad económica que puede efectuar elecciones que afectan en particular a las unidades asociadas que lo componen*”¹⁴. Este reglamento reconoce a continuación que la definición de grupo de empresas se define a partir del concepto de “grupo contable” de la regulación contable europea.

El objetivo de esta definición estadística de grupo de empresas es la recogida y publicación de datos estadísticos nacionales y comunitarios, referidos a unidades económicas homogéneas y comparables.

En definitiva, hemos visto que existe una diversidad de definiciones de grupo de empresas, dependiendo del ámbito al que éstas hagan referencia. Sin embargo, la definición de grupo contable, en la que existe una empresa dominante que controla al resto de empresas dependientes del grupo, es la que ejerce una mayor influencia en el resto de disciplinas. Cuando existe control desde un punto de vista contable, surge la obligación de elaborar estados financieros consolidados, manteniéndose también las obligaciones contables individuales de cada sociedad.

La definición actual de grupo desde un punto de vista contable, basada en el control, es el fruto de una evolución. Con anterioridad, la definición de grupo estaba basada en la unidad de decisión, que era la que implicaba el control¹⁵, por lo que se reconocían los grupos de coordinación – horizontales – junto con los de subordinación – verticales –.

Así pues, los grupos de empresas formados por sociedades jurídicamente independientes que actúan de forma conjunta pueden ser de dos tipos:

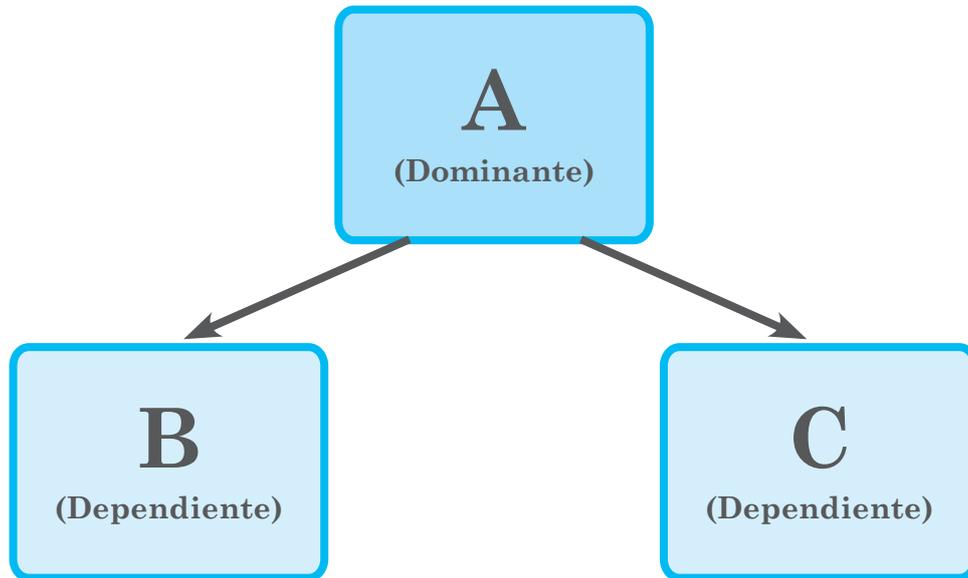
¹³ Artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores modificado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

¹⁴ Reglamento (CE) n° 177/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, que establece un marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos y deroga el Reglamento (CEE) n° 2186/93 del Consejo.

¹⁵ El artículo 42 del Código de Comercio, que fue aprobado en el año 1989, establecía que existía grupo contable cuando, existiendo participación, se dieran uno de los cuatro casos tasados en la normativa (posesión de la mayoría de derechos de voto, facultad para nombrar a la mayoría de los miembros del consejo, disposición de la mayoría de derechos de voto y nombramiento exclusivamente con sus votos de la mayoría de los miembros del consejo de administración). En el año 2003 esta definición fue modificada para establecer que existía control cuando varias sociedades constituyeran una unidad de decisión, lo que reconocía la existencia de grupos verticales y horizontales.

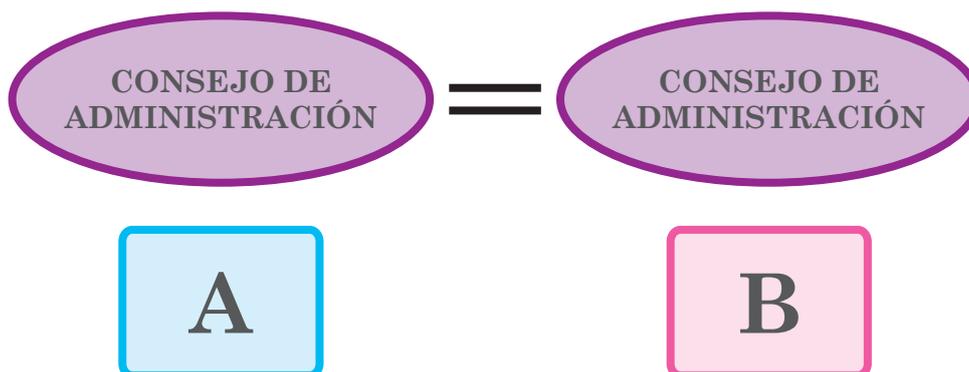
- a) *Grupos de subordinación*, denominados también *grupos verticales* (Figura 1), en los que existe una matriz dominante que ejerce el control sobre otras sociedades, normalmente mediante la participación en el capital de ellas; y

Figura 1. Grupos verticales



- b) *Grupos de coordinación*, denominados también *grupos horizontales* (Figura 2), en los que no hay sociedad matriz, sino sólo un conjunto de sociedades que actúan bajo una dirección común.

Figura 2. Grupos horizontales



La legislación mercantil-contable española se refiere a ambos tipos de grupo:

- a) Por una parte, el artículo 42 del Código de Comercio regula el grupo de subordinación, que está formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera.
- b) Y por otra parte, el artículo 260.13 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª del Plan General de Contabilidad y la norma 11ª

del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas se refieren al grupo de coordinación, integrado por sociedades controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que se organizan de forma concertada o se hallan bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

De acuerdo con la normativa española, a partir de 2008 sólo los grupos verticales –en donde hay sociedad dominante– tienen la obligación de elaborar cuentas consolidadas completas. Los grupos horizontales se limitan a proporcionar determinada información obligatoria. Se ha de tener en cuenta que el concepto de grupo en el CCo, antes de la reforma de la Ley 16/2007, se definía, a efectos de la obligación de consolidar, de una forma más amplia, al basarse en la unidad de decisión y no exclusivamente en el control, lo que incluía los denominados “grupos horizontales”. En consecuencia, la nueva definición de grupo de sociedades hace que desaparezca la obligación de consolidar sociedades con las que existe unidad de dirección sin control.

Han sido evidentes los inconvenientes técnicos que supusieron la adopción del concepto «unidad de decisión», difícil de aplicar en la práctica a falta de guías de implementación concretas. Especialmente conflictiva fue su aplicación para las entidades que debían presentar cuentas consolidadas basadas en Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas por la UE, dado que el grupo de sociedades definido en ellas no abarca las filiales «hermanas». No obstante, es menester recordar que la introducción del grupo «horizontal» se realizó en respuesta a una vulnerabilidad clara del sistema de consolidación vigente, que permite evitar la presentación de información consolidada recurriendo a un expediente tan simple como constituir una fundación *holding* o domiciliar la sociedad de cabecera en un Estado en el que no exista obligación de consolidar. Es cierto que la pérdida de información podía haberse paliado mediante la publicación de datos condensados en la Memoria, pero, lamentablemente, se ha renunciado también a ello al eliminar de la Indicación decimocuarta el inciso recogido en el Dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso que exigía la presentación de datos “agregados” de activos, pasivos, patrimonio neto y resultados “una vez realizadas las eliminaciones exigidas por la regla 5.^a del artículo 46 [del Código de Comercio]”. Es obvio que la publicación de datos agregados es poco útil, y hasta contraproducente, cuando se refiere a grupos con un elevado grado de integración en cuanto a sus operaciones.

4. DOCTRINA DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (ICAC)

Por su parte, el ICAC, en respuesta a una consulta sobre si determinadas sociedades participadas mayoritariamente por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, constituyen un grupo de sociedades de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, nos recuerda que su opinión sobre la calificación como empresas del grupo a los efectos de dicho artículo de sociedades participadas por familiares próximos está publicada en la consulta 1 del BOICAC n^o 83, de septiembre de 2010. De su contenido, y en general de su propia doctrina administrativa acerca de la calificación de sociedades como empresas del grupo, el ICAC extrae las siguientes conclusiones (BOICAC 92, diciembre 2012. Consulta 4):

- *Concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio, exclusión de los “grupos de coordinación”*: La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con

base en la normativa de la Unión Europea, modificó el artículo 42.1 del Código de Comercio en sintonía con la definición de grupo de sociedades regulado en las normas internacionales de contabilidad y cuya principal consecuencia fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados “grupos de coordinación”, integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión; concepto jurídico que permitía identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades estaban controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil. En la práctica, no cabe duda que el supuesto genuino que podía conformar este tipo de grupos eran las sociedades participadas por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, y que mediante la simple participación directa de las personas físicas en las citadas sociedades, o a partir de personas interpuestas, frente a la alternativa de estructurar la participación a través de una sociedad holding, evitaban incurrir en el supuesto de hecho que desencadenaba la obligación de consolidar. En este sentido, a raíz de la citada reforma, el concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio y, en consecuencia, la obligación de consolidar ha quedado definida a partir de la idea de “control entre sociedades o de una sociedad sobre una empresa. La relación de subordinación a que se refiere el mencionado artículo es la consecuencia lógica de poseer la mayoría de los derechos de voto de una sociedad, o de la facultad de nombrar o haber designado a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, circunstancia que también requiere, con carácter general, gozar de los derechos de voto.

- *Entidades de propósito especial:* Sin embargo no es menos cierto que el artículo 42 contempla la posibilidad de que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta hipótesis una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas entidades de propósito especial, para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar es la participación de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra. A tal efecto y para facilitar la tarea de identificar estos supuestos, el artículo 2, apartado 2, de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, desarrolla el concepto de control sin participación. En este contexto regulatorio, en principio, cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso.
- *El grupo “ampliado” del PGC:* A mayor abundamiento se informa que la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, dispone que a efectos de la presentación de las cuentas anuales individuales de una empresa o sociedad se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio, o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias. El concepto de grupo “ampliado” a partir del concepto de “actuación conjunta”, también es una cuestión de hecho y por lo tanto de juicio pero cuya identificación con el concepto de unidad de decisión y lo que podríamos denominar grupo “familiar” es más que evidente. En este sentido cabe recordar que la reforma del artículo 42 del Código de Comercio en el año 2007 vino acompañada por la incorporación de un nuevo requerimiento de información en la memoria de las cuentas anuales individuales de la sociedad de mayor activo.

- *Grupo “familiar”*: En el supuesto de que un conjunto de personas físicas vinculadas por una relación de parentesco posean la mayoría de los derechos de voto de varias sociedades, cuando menos, no cabe duda que se desencadenaría una presunción, que admitiría la prueba en contrario, de que dichas sociedades (tanto las controladas a título individual por cada una o algunas de dichas personas físicas, como las participadas por todas ellas), deben calificarse como empresas del grupo “ampliado” en la medida en que la posibilidad de “actuación conjunta” es más que evidente dado el reducido número de socios que conforman el accionariado y la ausencia de intereses contrapuestos que cabe inferir del vínculo de parentesco que los entrelaza. Es decir, las sociedades integradas en lo que podríamos denominar un grupo “familiar”, como regla general, constituyen grupos sometidos a la misma unidad de decisión, que pueden reconocerse a la vista de la coincidencia de las personas que componen los órganos de administración de las empresas, y de las propias relaciones económicas cruzadas que la unidad de decisión teje entre las sociedades titulares de los activos y pasivos que “administran” directa o indirectamente las personas que la conforman, como por ejemplo, mediante el otorgamiento de asistencia financiera mutua o la presencia de estas sociedades en las sucesivas etapas de un determinado proceso productivo. Sin embargo, no es menos cierto que identificar relaciones de subordinación entre ellas puede llevar a un resultado arbitrario o infundado (porque la unidad económica puede adoptar diferentes estructuras jurídicas, en función de los intereses en liza en cada momento), como se puede colegir de la solución legal que se ha seguido para designar a la sociedad que debe informar en la memoria de las cuentas anuales individuales del grupo “ampliado” (la sociedad de mayor activo, ante la imposibilidad de hacer recaer dicha obligación en las personas físicas que ejercen el control de todas ellas).

5. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LA REGULACIÓN CONCURSAL

Por lo que se refiere a la regulación concursal, y con carácter preliminar, cabe indicar que el fenómeno de la insolvencia no distingue a las sociedades entre aisladas e integradas en un grupo, por lo que, inicialmente, no se observan diferencias entre los procedimientos a aplicar en uno y otro caso. No obstante, a medida que se analiza la insolvencia en la sociedad integrada en un grupo se percibe que la participación en éste y su vinculación con el resto de miembros, está estrechamente ligada a la situación concursal en que se encuentra. Así, nos podemos encontrar ante diversos escenarios, entre los que se pueden destacar, la persecución de interés del grupo y no el específico de la filial, la realización de complejas operaciones internas del grupo, el riesgo de “contagio” de una sociedad a otra como consecuencia de su política financiera, las aventuras financieras de la matriz que perjudica a la filial y ocasiona su deriva concursal. En definitiva, son múltiples los supuestos reveladores de la influencia del grupo en la insolvencia societaria.

Sin embargo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) no contiene una regulación sobre los grupos de sociedades. Asume que existen y les dedica una serie de artículos dispersos para regular aspectos concretos. Se echa en falta, sin embargo, un conjunto de normas homogéneo que regule de forma armónica el tratamiento de éstos en el concurso.

Las soluciones de política jurídica posibles a los problemas derivados de los grupos en el ámbito concursal se orientan en dos direcciones. Conforme a la primera, la concurrencia de determinadas circunstancias implica la extensión de la situación de concurso de la sociedad

inicialmente afectada a la matriz y al resto de integrantes del grupo. Es la respuesta dada en ordenamientos como el francés, el italiano o el argentino.

Conforme a la segunda, sobre la base de la personalidad jurídica independiente de las sociedades del grupo, se considera que cada sociedad tiene su propio concurso con su patrimonio separado de los demás integrantes del grupo. Tal planteamiento se fundamenta en la ausencia de concurso del grupo de sociedades, pues sólo lo será de las sociedades que lo integran, y deriva del incumplimiento del presupuesto subjetivo requerido dada la ausencia de personalidad jurídica del grupo (art. 1 LC). Este planteamiento es seguido por el ordenamiento español.

La formulación de un concurso separado para la sociedad no impide que se admita la acumulación en un único juzgado de los integrantes del mismo grupo de sociedades (los llamados concursos conexos, art. 25 LC). El procedimiento se conducirá conjunta y coordinadamente, si bien no habrá consolidación de las masas activa y pasiva de cada concursado (art. 25 terLC). En esta segunda dirección, la protección de los acreedores en los supuestos que en la primera conducían a la extensión del concurso, ahora se articula mediante diversas medidas, como por ejemplo, la calificación de los créditos titularidad de las sociedades del grupo como subordinados (art. 93.2 LC), determinadas presunciones en las acciones de reintegración (arts. 71 y 71 bis LC) o la aplicación de un régimen grave de responsabilidad concursal a la matriz en cuanto administrador de hecho (art. 172.bis LC).

El artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital y el 42 del Código de Comercio, al que se remite expresamente la nueva Disposición Adicional Sexta de la LC, contienen una definición difusa del fenómeno multisocietario, fundamentada en el control directo o indirecto que una sociedad mantiene sobre otra. La ausencia de un régimen completo sobre los grupos de sociedades en el ordenamiento español también se refleja en el ámbito más específico de la legislación concursal; sin menoscabo de ello, la realidad del grupo emerge en diversos apartados del texto legal. Por tanto, no cabe deducir automáticamente la falta de atención al fenómeno de los grupos en la LC; pues, al contrario, su presencia se manifiesta —aunque dispersa— a lo largo del articulado. Sin ánimo de ser exhaustivo, se puede destacar entre otros:

- a) En la solicitud de declaración de concurso por el deudor, exigiendo que se documente la identidad de las sociedades integradas en el grupo y, si tiene obligación de consolidar, las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 6.2 LC);
- b) En la declaración conjunta de concurso de varios deudores, reconociendo legitimación tanto a las sociedades deudoras integradas en un grupo como a sus acreedores (art. 25 LC), así como permitiendo solicitar la acumulación de concursos en un único Juzgado a cualquiera de los concursados o de las administraciones concursales (art. 25 bis);
- c) En las acciones de reintegración del art. 71 LC en un doble sentido: primero, declarando que, salvo pacto en contrario se presume perjuicio patrimonial —y, por tanto, son rescindibles— aquellos actos dispositivos realizados a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (entre las que se incluye las sociedades integradas en el mismo grupo que la deudora en concurso); y, segundo, atiende a las relaciones intragrupo en la baremación de aquellos acuerdos de refinanciación que no se consideran rescindibles (art. 71 bis LC);
- d) En la calificación como subordinados a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 92 LC), entre las cuales se considera a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso (art. 93.2.3º LC);
- e) Y, de manera destacada, en la remisión al art. 42.1 Código de Comercio para determinar qué se entiende por “grupo de sociedades” a los efectos de la normativa concursal (D.A. 6ª LC).

La D.A. 6^a establece que a los efectos de la Ley Concursal, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio, unificando cualquier disparidad interpretativa causada por redacción del artículo 25 de la Ley Concursal. Si bien es positiva esta aclaración que zanja definitivamente el debate sobre la consideración de grupo de sociedades a efectos concursales, extraña su configuración como disposición adicional, ya que siguiendo criterios lógicos y normativos (Directrices de Técnica Normativa de 2005) quizá hubiese sido más correcta su formulación como encabezamiento del nuevo artículo 25.

Las referencias al grupo en sede concursal se caracterizan por una falta de precisión terminológica; así, unas veces aparece como “grupos de sociedades” (arts. 25, 25 bis, 71 bis D.A. 6^a LC), otras como “grupos de empresas” (arts. 6, 28 LC), igualmente con los sujetos que lo integran con referencias genéricas a “sociedades”, “personas jurídicas” o “empresas”, sin distinguir si forman parte o no de un grupo. Las reformas continuas en la legislación concursal han optado principalmente por el término grupo de sociedades, en clara coincidencia con lo estipulado en la normativa societaria (art. 18 Ley de Sociedades de Capital) y contable (art. 42.1 Código de Comercio). Si bien puede tener sentido en ámbitos societarios, no parece tan acertado este planteamiento en una normativa como la concursal que presume de su aplicación a toda clase de personas física y jurídica (en concreto, se obvia a las fundaciones o a las personas físicas como matrices del grupo).

Volviendo sobre la D.A. 6^a LC, su actual redacción se introduce en nuestro ordenamiento a través de la importante reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011. Hasta entonces, la cuestión de la noción de grupo no estaba suficientemente clara en las decisiones de los Juzgados de lo Mercantil, que se alternaban entre partidarios de la aplicación del art. 42.1 del Código de Comercio (entre otras, el auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2009 y las sentencias de 10 de octubre de 2010 –Juzgado de lo Mercantil n^o 5 de Madrid– y de 9 de septiembre de 2011 –Juzgado de lo Mercantil de Oviedo) y aquellos que no lo consideraban suficientemente comprensivo de la realidad del grupo (así, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 14 de enero de 2010, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 febrero de 2011). Desde esta última postura, se ponía de manifiesto que el art. 42.1 del Código de Comercio dejaba al margen los llamados grupos por coordinación y algunos fácticos y contractuales, como por ejemplo los de matriz no societaria. En este sentido, alguna decisión judicial ya reconocía tal evidencia y se mostraba favorable a atender más que a un criterio formal a la finalidad perseguida por la normativa concursal correspondiente.

La reforma concursal soluciona, aparentemente, la controversia en torno al concepto de grupo, mediante su breve remisión al art. 42.1 del Código de Comercio, opción del legislador que pretendía poner fin a las diversas interpretaciones existentes en la práctica judicial. En la doctrina, se ha calificado tal resultado como una restricción del concepto de grupo hasta entonces existente¹⁶, por dos cuestiones fundamentales:

1. La opción por el art. 42.1 del Código de Comercio implica la necesidad de una relación de subordinación entre la matriz del grupo y el resto de sociedades (grupos jerárquicos). La relación se fundamenta en la existencia de un control –potencial o efectivo, directo o indirecto– de una sociedad sobre el resto de miembros, que no se debe confundir con la derecho de veto (así, v. en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de octubre de 2012). De tal modo, los grupos basados en una relación de coordinación entre sus miembros quedan al margen de la noción

¹⁶ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE Y M. FUENTES NAHARRO, “El concepto estricto de grupo en la Ley concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 291, 2014, pp. 595 ss.

de grupos en la legislación concursal (grupos horizontales). Así, se pone de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 24 de septiembre de 2013, que contiene interesantes reflexiones sobre los grupos horizontales y su ausencia de un “control estable de la gestión social”. La sentencia, además, diferencia la presencia del control en los grupos jerárquicos como “control total de la gestión social” y, en cambio, en los horizontales se presenta como el “efecto económico de la colaboración entre empresas o empresarios”. En cualquier caso, las situaciones de concurso pueden tener lugar tanto en los grupos verticales como en los horizontales; sin embargo, el legislador concursal ha olvidado atender a estos últimos y dotarlos de herramientas útiles en caso de devenir el concurso de alguna de sus sociedades.

2. La segunda nota restrictiva que implica la remisión al art. 42.1 del Código de Comercio consiste en que sólo se trata de “sociedades”, obviando la existencia de otras personas jurídicas como integrantes de un grupo, no sólo como filial, sino –lo que es más relevante– como matriz del mismo. En este sentido, cabe recordar el Auto del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2009 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2012, que no consideraban como grupo a los efectos concursales aquellos supuestos en que la matriz es una persona física. No obstante, se ha planteado si en la remisión al art. 42.1 puede desempeñar alguna función el apartado sexto del art. 42 del Código de Comercio, según el cual “... se aplicarán estas normas –de consolidación contable– a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo” (art. 42.6 del Código de Comercio). Este criterio no sólo serviría para las personas físicas sino que también cumpliría un papel relevante en los grupos dirigidos por una persona jurídica no societaria (por ej., una fundación). Es cierto que la remisión se circunscribe y concreta en el 42.1, pero el mismo apartado “*in fine*”, menciona –a fin de computar los derechos de voto que implican el control– los derechos de voto de la “entidad” dominante. Sin menoscabo del alcance de tal apunte no se puede negar el reconocimiento por el legislador de otras formas –no societarias– de articular el grupo. Al mismo tiempo, es preciso buscar cuál es la finalidad perseguida por el legislador concursal, que, en todo caso, no puede incumplir el principio de igualdad de tratamiento a todos los acreedores.

No obstante lo anterior, hay que resaltar las últimas decisiones judiciales en la delimitación del concepto de grupo con ocasión de la subordinación de créditos a sociedades integradas en él. Así, se planteaba si era correcta la actuación de los administradores concursales calificando como subordinados los créditos de determinados acreedores (sociedades del grupo de la concursada). Frente al reconocimiento positivo por los Juzgados de lo mercantil de la forma de proceder de aquéllos, las Audiencias adoptaban un criterio más restrictivo. Así, se oponían a la calificación de tales créditos como subordinados y para ello, aun reconociendo la vinculación del acreedor con el concurso, recurrían a una interpretación formalista del art. 42.1 Cdc y de su concepto de grupo: “*No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso. No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos*” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013; en la misma línea que las anteriores sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid –de 7 de diciembre de 2012– y de Tarragona –de 24 de septiembre de 2013).

De la sentencia entrecomillada, cabe resaltar el voto discrepante de uno de los magistrados más cercano a un criterio finalista del concepto de grupo en sede concursal: *“En mi opinión, discrepante de la de la mayoría de la Sala, lo que debemos interpretar, atendiendo a la finalidad de la norma, tanto del artículo 42.1 CCom como de las normas concursales relativas a los grupos, es que existirá grupo allá donde se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades que pueda ser relevante a los efectos que el legislador toma en consideración cuando hace referencia a los grupos de sociedades, esto es, tanto a efectos de la consolidación de las cuentas como a todos los demás efectos que el legislador se refiere a los grupos, entre ellos la subordinación de los créditos en el concurso. [...] el concepto de grupo sigue siendo un concepto de hecho, esto es, un concepto abierto, que podrá apreciarse que existe siempre que existan datos fácticos que permitan concluir a la administración concursal o al juez que concurre la situación de control que describe con precisión el artículo 42.1 Ccom. Por tanto, no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas. [...] Por todo ello considero que no es que la resolución recurrida haga una interpretación extensiva del concepto de grupo, para aplicarlo en un ámbito en el que la interpretación no puede tener ese carácter, sino que es la interpretación que hace nuestra resolución la que reduce de forma inadmisiblemente el concepto de grupo llegando a consecuencias indeseadas y que creo que no están amparadas por nuestro ordenamiento”*.

6. LAS REFORMAS PENDIENTES EN MATERIA DE GRUPOS DE SOCIEDADES

Una vez analizado el tratamiento de los grupos de sociedades en nuestra legislación mercantil y concursal, se hace preciso avanzar por dónde debería ir una posible reforma en esta materia. El legislador ya ha manifestado su deseo de proceder a una modificación que recoja el tratamiento de los grupos en sede mercantil y concursal.

Por un lado, la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, presentado a finales de mayo de 2014, comenta que la delicada tarea de establecer un concepto de grupo de sociedades se ha resuelto a favor del criterio del control, como no podía ser de otra forma y cualquiera que sea su fundamento, como elemento nuclear de los grupos por subordinación o de estructura jerarquizada; pero siendo éstos los grupos donde se plantean los problemas más característicos que se han querido abordar, no cabe prescindir de la existencia de grupos por coordinación en los que dos o más sociedades independientes actúan bajo una dirección única. Es decir, independientemente de que, como estableció la reforma de 2007, solo la sociedad dominante que controle a una o a varias sociedades dependientes estará obligada a formular cuentas anuales consolidadas, vuelve a incorporarse dentro de la noción de grupo el caso de los “grupos de coordinación”.

Así, el artículo 291-1 del anteproyecto establece que existe grupo:

1. Grupos de subordinación: Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control.
2. Grupos de coordinación: Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas.

Se hace expreso que, en todo caso, el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica.

En relación con los grupos de subordinación, en el anteproyecto se han recogido los supuestos del artículo 42 del actual Código de Comercio como “situaciones de control” y se han

añadido, como presunciones *iuris tantum* que estaban dispersas, las derivadas de la denominación, documentación y publicidad de la sociedad. Así, salvo prueba en contrario, además de en los supuestos ya recogidos actualmente en el artículo 42 del Código de Comercio, también se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.
- Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo.

Por otro lado, en lo referente a nuestra legislación concursal, el primer tema que se debería abordar es la definición de lo que constituye grupo a efectos concursales. La LC podría tomar como definición de grupo la recogida en el artículo 42 del Código de Comercio, o el 78.1 de la Ley de Cooperativas o acuñar una definición *ex novo*, distinta de las anteriores. De las tres alternativas planteadas me parece que la idónea sería utilizar una definición ya existente y ampliarla a los grupos horizontales y a los grupos por coordinación. Esta solución es la que resulta más adecuada a la LC, ya que la aplicación de sus soluciones a un concepto más amplio que permita acoger a aquellos grupos en los que no existe una relación de dominio (es decir, a los grupos por coordinación u horizontales y a las personas físicas), es la que tiene más sentido a la vista de las normas existentes en la Ley Concursal.

Una vez decidido el concepto de grupo, es esencial determinar si se opta por la extensión o por en el concurso separado de las diferentes personas que lo integran. El profesor Paulus, reflexionando en torno a las características de un Derecho concursal de grupos «moderno», conmina a poner críticamente en entredicho la máxima «un deudor, un patrimonio, un concurso», mas no solo de cara a admitir una coordinación procedimental de los concursos conexos –lo cual cuenta, hoy en día, con una aceptación cuasi unánime–, sino también a dar un paso adelante contra la consideración de la consolidación de las masas como un tema tabú y, dejando a un lado las reticencias dogmáticas¹⁷, admitir la consolidación de masas en casos excepcionales.

En cualquier caso, es preciso avanzar en un concepto de grupo de sociedades tanto en el ámbito mercantil-contable como en sede concursal que elimine imprecisiones, fije el criterio rector y permita acoger a los grupos horizontales y por coordinación. Lo contrario implica ignorar la realidad de la dinámica económica actual.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», *RCP*, núm. 16 (2012), pp. 43 a 66.
- BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 549 a 562;
- BELTRÁN, E., «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 50 (2009/2010), pp. 157 a 183.

¹⁷ C. PAULUS, “Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht”, cit., p. 1955 y, del mismo autor, “Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht”, cit., p. 291, donde afirma que la defensa de la personalidad jurídica separada es algo que muchos tienen interiorizado acríticamente.

- BLASCO GASCÓ, F., «Comentario al artículo 1857», en Cañizares; De Pablo; Orduña y Valpuesta (dirs.): *Código Civil Comentado*, vol. IV, Pamplona [Aranzadi], 2011, pp. 1264 a 1276.
- BOICAC 92, diciembre 2012. Consulta 4.
- BONET NAVARRO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 236 a 241.
- CIRCULAR 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.
- Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, partes I, II y III.
- CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2013.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», *RdS*, núm. 16 (2001), pp. 39 a 70.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», en Pulgar Ezquerria; Alonso Ledesma; Alonso Ureba y Alcover Grau (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Dykinson], 2004, pp. 197 a 205.
- «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», en García Villaverde; Alonso Ureba y Pulgar Ezquerria (dirs.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid [Dilex], 2003, pp. 137 a 159.
- EMBED IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y Derecho concursal», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, pp. 1885 a 1908.
- FERRÉ FALCÓN, J., «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, pp. 1931 a 1963;
- FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Pamplona [Civitas], 2007.
- GARCÍA ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Los acreedores concursales (II Congreso español de Derecho de la Insolvencia)*, Pamplona [Aranzadi], 2010, pp. 171 a 187.
- GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriandos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 286 a 317.
- GARRIDO, J. M.^a, «Art. 92. Créditos subordinados», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1658 a 1668;
- GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Barcelona [Marcial Pons], 2002.
- LARGO GIL, R., *La Fusión de Sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Madrid [Civitas], 2000;
- LEY 19/1989, de 25 julio RCL\1989\1660 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades
- LEY 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
- LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- LEY 62/2003, de 30 diciembre RCL\2003\3093 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.
- LEY 16/2007, de 4 julio RCL\2007\1311 de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.
- LEY 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *ADCo*, núm. 26 (2012), pp. 251 a 272.
- MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen
- OLIVENCIA, M., «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», en AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid [Civitas], 1978, pgs. 497 a 524;
- PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», *Tex. Int'l L. J.*, núm. 42 (2006-2007), pp. 819 a 830;
- «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», *ZIP*, núm. 44 (2005), pp. 1948 a 1955;

- PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», en Alonso Ledesma; Alonso Ureba y Esteban Velasco (dirs.): *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, t. II, Pamplona [Aranzadi], 2011, pp. 447 a 486.
- REAL DECRETO 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras
- REAL DECRETO 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.
- RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1441 a 1466.
- REGLAMENTO (CE) n° 177/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, que establece un marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos y deroga el Reglamento (CEE) n° 2186/93 del Consejo.
- RIFÁ SOLER, J. M.^a, «Comentario al artículo 25», en Fernández-Ballesteros (coord.): *Derecho concursal Práctico*, Madrid [La Ley], 2004, pp. 151 a 154.
- RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, tomo II, 3.^a ed., Santa Fe [Rubinzal-Culzoni], 2005.
- RODRÍGUEZ ARIZA, I. ET AL (2014): *Las reestructuraciones societarias. Combinaciones de negocios y cuentas consolidadas*. Ed. Copicentro S.L. Granada.
- RODRÍGUEZ MERINO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Sánchez-Calero y Guilarte (dir.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 553 a 558.
- ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, núm. 220 (1996), pp. 457 a 484.
- ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, 15.^a ed., Buenos Aires [Astrea], 2010.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 139 a 170.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», *ADCo*, núm. 22 (2011), pp. 9 a 45.
- SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Barcelona [Nauta], 1964.
- VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades»,
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «¿Créditos intrínsecamente perversos? Apuntes acerca de los créditos subordinados que ostentan las personas cercanas al concursado», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 421 a 465.

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE ACUERDO CON LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

ANA MARÍA GIL ANTÓN

Doctora en Derecho

Gerente de estudios y análisis estratégicos del Grupo Tragsa

(Ex Subdirectora de Auditoría interna)

Fecha de recepción: 27 de abril de 2015

Fecha de aceptación: 11 de mayo de 2015

RESUMEN: *En el presente artículo se estudia como la reciente reforma del vigente Código Penal, LO 1/2015, de 30 de abril, con entrada en vigor el 1 de julio, vuelve de nuevo sobre el ámbito de la corrupción, no sólo ya en el de los negocios entre particulares, sino con una regulación más amplia que trata de dar respuesta a la alarma social que se ha venido detectando en los últimos años respecto de este tipo de conductas, y que parece se producen tanto en el ámbito de los negocios privados, como en los públicos, por lo que se amplía bajo la rúbrica de Corrupción en los negocios, introduciendo nuevos preceptos. Además se mejoran técnicamente los tipos ya existentes, y se sigue regulando la corrupción en el deporte. En ese ánimo del legislador por el establecimiento de medidas de lucha contra la corrupción, también se castigan determinadas conductas en el ámbito de la eventual posibilidad de corrupción de la Administración pública, que igualmente pueden impactar sobre los particulares y personas jurídicas, en función del tipo penal de que se trate; se introducen modificaciones relevantes para reforzar su punición, como la posibilidad de denegar la libertad condicional si el penado hubiere eludido el cumplimiento de responsabilidades pecuniarias, la elevación de las condenas, y la ampliación de los plazos de prescripción en los supuestos más graves.*

ABSTRACT: *In this article we study the recent reform of the Penal Code, LO 1/2015, of April 30, with entry into force on July 1, reconsiders the scope of corruption, not only because of private business, but with a broader regulation that seeks to respond to the social alarm that has been detected in recent years for this type of behavior, and that seems to occur both in the field of private business, and in public, so it is extended under the rubric of corruption in business, introducing new provisions. Besides technically they improve existing types, and continues to regulate corruption in sport. In that spirit the legislator for the establishment of measures to combat corruption, conduct in the field of the eventual possibility of corruption in public administration, which may also impact on individuals and legal entities, depending on the type are also punishable criminal in question; Relevant amendments to strengthen its punishment, including the ability to deny parole if the prisoner escaped fulfilling any financial liabilities, the elevation of convictions, and the extension of the statute of limitations in the most serious cases are introduced.*

PALABRAS CLAVE: *Negocios, conductas tipificadas, beneficios, administración, endurecimiento penas, alarma social.*

KEY WORD: *Business, typified conduct, benefits administration, tightening penalties, social alarm*

SUMARIO: *Algunos preliminares sobre las modificaciones de la reforma penal en el ámbito de la corrupción.- Delito de la corrupción en los negocios.- Tipos penales de corrupción en los negocios: modalidades y elementos: Artículo 286 bis CP. Artículo 286 terCP Artículo 286 quarter CP- La responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos de corrupción: 1. Ámbito de la reforma operada por la LO 1/2015, de modificación del CP. 2. La responsabilidad criminal de la persona jurídica ante la Corrupción.- Otros tipos penales relacionados con actuaciones de corrupción y que impactan sobre la responsabilidad criminal de la persona jurídica, de acuerdo con la reforma del CP: Cohecho.- Artículo 424 CP Artículo 427 bis CP- Delito de tráfico de influencias. Artículos 429 y 430 CP- Autoría y participación en los delitos señalados.- Delito de financiación ilegal de partidos políticos: Artículos 304 bis y 304 ter CP. Artículo 304.5 bis CP.- Algunas conclusiones.- Bibliografía*

ALGUNOS PRELIMINARES SOBRE LAS MODIFICACIONES DE LA REFORMA PENAL EN EL ÁMBITO DE LA CORRUPCIÓN

El concepto de corrupción usualmente aparece vinculado a la idea de abuso del poder público a favor de los intereses privados, es decir al prevalimiento que se hace de la función pública por quienes la ejercen como medio de obtener, directa o indirectamente, un beneficio propio o ajeno, generalmente de contenido económico. Nuestro Código Penal, no contiene una definición de corrupción, ni tampoco su regulación resulta unitaria de los delitos relacionados con la misma, tipificando en Título diferentes la corrupción en los negocios, el cohecho, la malversación de fondos públicos, la prevaricación, el tráfico de influencias etc. Tampoco la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (Nueva York), ni el Convenio Penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, que forman parte de nuestro Derecho interno al haber sido ratificados por España, contienen una definición de la corrupción como tal, limitándose a describir las conductas que son manifestaciones de la misma. Se trata tanto de conductas de corrupción pública como privada, pero que no son más que las dos caras de una misma moneda, aunque los intereses en juego y los bienes jurídicos protegidos no sean los mismos.

En relación con la corrupción, la Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, lleva a cabo una mayor transformación, creándose una nueva Sección, y bajo esta rúbrica introduce la sección 4ª del Capítulo IX del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse “**Delitos de corrupción en los negocios**” con la inclusión de varios preceptos, esto es los artículos 286 *bis* a 286 *quarter*, que sustituyen la anterior rúbrica de “Corrupción entre Particulares”, y donde se tipifican los delitos de pagos de soborno para obtener ventajas competitivas.

Además se realiza una mejora técnica de los tipos existentes y en especial en materia de corrupción en el deporte, en la que se prescinde del concepto genérico “profesional”, entrando al detalle y, así será delito la corrupción destinada a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; o competición deportiva calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate¹.

¹ SUAREZ FERNANDEZ; DPO itLAW,” Nuevos delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica”, 5 de marzo de 2015.

Por otra parte, la reforma introduce en esta sección, el delito de corrupción en la realización de actividades económicas internacionales, que sustituye al anterior existente previsto en el artículo 445 CP LO 5/2010, que ahora castiga la conducta de corromper o intentar corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o cuando atendieran sus solicitudes al respecto, mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.

Como veremos, en ese ánimo del legislador por el establecimiento de medidas de lucha contra la corrupción, también se castigan determinadas conductas en el ámbito de la eventual posibilidad de corrupción de la Administración pública, que igualmente pueden impactar sobre los particulares y personas jurídicas, en función del tipo penal de que se trate; se introducen modificaciones relevantes para reforzar su punición, como la posibilidad de denegar la libertad condicional si el penado hubiere eludido el cumplimiento de responsabilidad pecuniarias, la elevación de las condenas, y la ampliación de los plazos de prescripción en los supuestos más graves.

Existe pues un aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público², tal como sucede en los delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, en la apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraude y exacciones ilegales, así como otros más. En concreto, en el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP, se incrementan las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y derecho al sufragio que irán de 9 a 15 años; en el delito de nombramientos ilegales del artículo 405 del CP se mantiene la pena de multa de 3 a 8 meses, pero se aumenta la pena de suspensión de cargo público de 1 a 3 años; en el delito de aprovechamiento de información privilegiada por el particular del artículo 418 CP no solo se impone la pena de prisión o multa según exista o no grave daño para la causa pública, sino que se añade la pena de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y de gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social durante un periodo de 1 a 3 años sino se causa grave daño, y si se causa con pena de 6 a 10 años.

La pretensión de las medidas introducidas por la reforma relacionadas con la corrupción habrán de contribuir a que los políticos y demás gestores públicos actúen con la mayor responsabilidad evitando situaciones de abuso de poder para provecho propio o de utilización de los cargos que ostentaren con fines diferentes al único que ha de guiar la actuación de aquellos.

Por último, se introduce un nuevo Título llamado de los “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en el que se castiga la aceptación y recepción de donaciones ilegales³.

Por otra parte, es importante señalar respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del CP también se modifica con respecto a este tipo de delitos, imputándole responsabilidad criminal en los mismos y mejorándose su descripción técnica, no sólo respecto de las conductas tipificadas en el ámbito de la corrupción en los negocios, sino en otras conductas como el cohecho, tráfico de influencias y financiación ilegal de los

² R. ALCALÁ PEREZ FLORES y otros, “La reforma del Código penal. Parte Especial II”. El Derecho. <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/codigo-penal-parte-especial-II> 12 de mayo de 2015.

³ G. PAREJO FERNANDEZ, “Cuestiones relevantes del nuevo marco legal punitivo”, DOSSIER. REFORMA DEL CODIGO PENAL. Thomson. Reuters. Marzo 2015. Pág. 19.

partidos políticos. La reforma endurece la pena para la persona jurídica, por cuota diaria e introduce la imposición disyuntiva de multa proporcional al beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si de ésta resultara una cantidad superior, y así se impondrán: multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Se mantiene la posibilidad de que los jueces y tribunales puedan, asimismo, imponer las penas privativas de derechos recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En cualquier caso, la mejor manera de acabar con las prácticas corruptas, tanto a nivel privado como público, pasaría por lograr una cultura social que rechazare toda manifestación de corrupción, así como que por parte de la Administración de Justicia se diera la respuesta adecuada en los tiempos necesarios, cuestión a la que podrán contribuir las nuevas tipificaciones delictivas.

DELITO DE LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Con respecto, ya en particular a la corrupción en los negocios, la anterior sección 4^a en la que se regulaba en el artículo 286 *bis*, corrupción entre particulares, a su vez incorporado por la reforma operada en el año 2010 y, entonces resultaba una novedad surgida a raíz de las medidas para la lucha contra la corrupción impuesta por la Unión Europea. Ya en la exposición de motivos de la LO 5/2010, se justificaba la necesidad de dicha reforma indicando “que otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de las entidades privadas de forma similar a lo que se hace a comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas del buen funcionamiento del mercado. La importancia es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tenerse al menos una de las partes...”

Frente a la fundamentación de la reforma anterior, que respondía a compromisos internacionales⁴, la nueva reforma con la modificación e incorporación de preceptos, responde más a la voluntad de asumir una demanda social explícita, como consecuencia de los escándalos fundamentalmente en el ámbito de dirigentes políticos y de los negocios a ellos próximos, así como la necesidad de dar una adecuada respuesta en el ámbito de la Administración de justicia, por problemas que se han producido en el enjuiciamiento de numerosas causas en los últimos años.

En esta línea con la nueva reforma no sólo resulta modificado el artículo 286 *bis* CP, sino que se incluye un 286 *ter*, 286 *quarter* y se modifica igualmente el artículo 288 relativo a la

⁴ Convenio Penal del Consejo de Europa contra la corrupción, de 27/1/1999, ratificado por España el 15/5/ 2005; la Acción Común 1998/742/JAI, sobre corrupción en el sector privado, de 31 de diciembre de 1998; Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, sobre lucha contra la corrupción en el sector privado

responsabilidad de la persona jurídica del artículo 31 *bis*, en relación con los delitos recogidos en el citado Capítulo IX, sección 4ª.

Los delitos de corrupción en los negocios se ubican en el Título XIII, relativos a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y en el Capítulo IX, sección 4ª, destinada a los delitos relativos al mercado y los consumidores.

Estas figuras forman parte del moderno Derecho penal económico, “que precisamente ha venido siendo cuestionado en lo relativo a su necesidad y justificación, y que en la actualidad no puede entenderse cuestionado dada la alarma social existente en España, y por tanto se justificaría la existencia de estos tipos penales, a pesar del principio general de la intervención mínima.” Su justificación según PORRES ORTIZ⁵ está en la protección de los bienes jurídicos universales o generales, frente a los bienes individuales del derecho penal tradicional; el recurso a la técnica de los delitos de peligro abstracto y la creación de delitos sin víctimas y sin lesión. Las causas de la expansión de este nuevo derecho penal se situaría en la generalizada sensación de riesgo de los ciudadanos ante la complejidad de la actual organización social, la efectiva creación de nuevos riesgos, la resistencia psicológica frente al caso fortuito, la identificación social con la víctima, el descrédito de otras formas de protección y la presión social de grupos sociales activos, los denominados gestores atípicos de la moral, etc. El problema que entendemos existe es si a pesar de los nuevos delitos, habida cuenta del funcionamiento en general de la Administración de Justicia, consecuencia de la ausencia de medios, de una parte, y de otra el debido respeto a la justicia garantista, y los mecanismos para “dilatarse los asuntos fraudulentamente por los imputados”, si podrá darse una adecuada respuesta jurisdiccional con estas nuevas figuras y si se podrá reducir la corrupción que los ciudadanos consideran como uno de los principales problemas de nuestro país.

En cuanto al bien jurídico protegido por el conjunto de preceptos que regulan la corrupción en los negocios, es la “competencia justa y honesta y las reglas del buen funcionamiento del mercado”. Sin embargo al ser dicho bien jurídico un tanto impreciso, la doctrina viene integrando dentro de este concepto cuatro objetos distintos, la competencia como institución, el interés de los competidores, el interés de la propia empresa y el interés de los consumidores. Se trata de proteger esa garantía genérica de recto funcionamiento de los mercados.

La nueva regulación de los artículos 286 *bis* a *quarter* extienden su aplicación a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, así como a los deportistas, árbitros o jueces respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad pre-determinar o alterar fraudulentamente el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva.

El artículo 287 *ter* CP contiene la corrupción en las transacciones económicas internacionales, mejorando el contenido del anterior artículo 445 CP, dejando claro que a los efectos de este artículo se entiende por funcionario público lo dispuesto en el artículo 427 CP, esto es persona que ejerza una función pública en la Unión Europea o para otra organización o cualquier país extranjero. Además el artículo 286 *quarter*, como veremos a continuación, contiene varios tipos agravados en atención al beneficio o ventaja obtenidos, el carácter no ocasional de la acción, su comisión en el seno de una organización criminal, o cuando el objeto del negocio verse sobre servicios humanitarios u otros de primera necesidad.

⁵ E. DE PORRES ORTIZ DE URBINA, “El delito de corrupción privada y el uso de Información privilegiada en el ámbito bursátil”, *La Reforma del Código Penal*, Madrid, Pág.34.

TIPOS PENALES DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS: MODALIDADES Y ELEMENTOS

Artículo 286 bis CP

El delito de corrupción del artículo 286 *bis* CP, podemos decir que se trata del tipo básico de corrupción entre los particulares en los negocios, en la línea que mantenía la regulación anterior, que de conformidad con las categorías establecidas por los instrumentos internacionales, admite dos modalidades: la corrupción activa del artículo 286 *bis* 1 y la pasiva del artículo 286 *bis* 2. Se trata de un delito común ya que no se exige ninguna cualidad específica para ser sujeto activo. Se consuma con la simple promesa u ofrecimiento del beneficio o ventaja, incluso aunque al final no se realizara. No es necesario por tanto, ni que el beneficio llegue a concederse o recibirse, ni que se llegue a beneficiar a quien pretende el corruptor.

Al igual, que ocurre en el cohecho puede plantearse si en el CP se están regulando dos delitos de corrupción distintos (el activo y el pasivo) con bienes jurídicos diferenciados o un solo delito con un bien jurídico común. Se diferenciarían así dos tesis, la primera que entiende que en el delito activo de corrupción se protege la libre competencia, mientras que en la corrupción pasiva se protegería el cumplimiento de los deberes de lealtad y hacia la propia empresa. En la segunda tesis se encontrarían los que consideran que únicamente existe un bien jurídico que ha de protegerse en los dos tipos, esto es la libre y regular competencia.

De acuerdo con lo ya indicado, en la nueva redacción del artículo 286 *bis* CP, habría dos modalidades delictivas: una corrupción activa que se contempla en el apartado 1, en la que se determina aquella conducta de quien por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Como se infiere, se castiga una triple conducta consistente en *prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja que no estuvieran justificados*, tanto a administradores de derecho, de hecho o empleados de una sociedad mercantil. En el apartado 2 se fija la modalidad pasiva consistente en *la recepción, solicitud o aceptación de beneficios o ventajas no justificado y de cualquier naturaleza*, y tanto lo puede ser para sí como para un tercero, si bien se especifica cuál ha de ser el fin perseguido, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. A pesar de la amplitud de la naturaleza que pueda tener la ventaja recibida, es importante indicar que la pena de multa se fija precisamente en función del valor del beneficio o ventaja, siendo estos los criterios de ponderación que se manejan y que deberán ser determinados por Jueces y Tribunales, a efectos de imponer una pena inferior en grado, si la trascendencia fuera menor.

No parece punible la tentativa, en ninguna de las dos modalidades puesto que el mero ofrecimiento, promesa o solicitud supone la consumación, salvo que tal ofrecimiento o solicitud no llegara a conocimiento del sujeto al que va dirigido.

Es relevante señalar que del citado precepto se han suprimido como posibles responsables penales, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las asociaciones, fundaciones u organizaciones, en la idea de que las mismas no actúan en el mercado, con ausencia del ánimo de lucro en este tipo de organizaciones, puesto que realmente lo que se castiga es la corrupción en los negocios entre particulares.

Por otra parte, parece que resulta un tanto contradictorio, que por una parte parece que la ventaja habría que tener un contenido económico, y por otra, se admite la posibilidad de que el beneficio o la ventaja puedan ser de cualquier naturaleza. Como veremos similar dicción se establece en el delito de cohecho del artículo 419 CP, delito especial propio que afecta al funcionario. Y es que parece razonable, que al igual que en el cohecho, la Jurisprudencia⁶ admita beneficios o ventajas de contenido no patrimonial, dado que el propio precepto lo permite. Requiere el tipo que el beneficio o ventaja no sea justificado, pero a efectos de una eventual justificación, parece que debería carecer por completo de relevancia la posible sugerencia del empresario, o de los superiores, o el consentimiento de estos para aceptar o solicitar las ventajas o para que se favorezca a un competidor en perjuicio de otros.

Por su parte, el beneficio o la ventaja han de tener cierta relevancia, si bien en esta cuestión podríamos entrar en el ámbito de lo que “socialmente este o no tolerado” o si realmente se trata de un acto carente en sí mismo de relevancia económica, atendiendo pues a que sea insignificante o simbólico. Ha de ir destinado al propio directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, que, por sí o por persona interpuesta se le haga o reciba la ventaja o beneficio que no estuvieran justificados y, lo será para favorecer o para ser favorecido indebidamente en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, en función que nos encontremos en la modalidad activa o pasiva del delito, previstas en los citados apartados del citado precepto.

Respecto a la interpretación del precepto, no es fácil entender quien ha de incumplir sus deberes, a tenor de que nos encontremos en la modalidad activa o pasiva. Parece que en el caso de la modalidad activa, si quien debe infringir el deber es quien corrompe, difícilmente puede aplicarse el precepto, porque el sujeto activo no tiene deber alguno frente a tercero y al ofrecer ventajas para obtener un contrato, estaría actuando correctamente frente a su empresa. Si quien debe infringir el deber es a quien se ofrece o concede el beneficio, puede discutirse si la pena ha de ser la misma o no que la de la modalidad anterior. Pues bien, lo que se ha de entender es que estaríamos en caso de incumplimientos o comportamientos desleales que bien pueden comportar un incumplimiento de una obligación legal, o de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate, por una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para los negocios, no especificándose si dichos negocios han de ser o no privados y dicha deslealtad se ha de realizar respecto del principal. Se trata de salvaguardar la seguridad del mercado en el ámbito de la debida lealtad en el ámbito de los negocios. Y es que se ha de reputar desleal todo comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Para la determinación de estas obligaciones habrá de acudir a la legislación civil, mercantil o laboral aplicable a las relaciones existentes entre el principal y sus dependientes, en sus distintas modalidades o a reglamentos de deontología profesional. Por ejemplo a la Ley de las Sociedades de Capital, respecto a las obligaciones y el deber de diligencia de los administradores sociales, las reglas sobre el mandato del artículo 1720 del C.C. o el deber de diligencia y de lealtad de los trabajadores establecido en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones se sitúa en el ámbito del derecho privado, sin perjuicio de que las sociedades de carácter público, estén igualmente sometidas además de a las mismas obligaciones, a aquellas otras en el marco de la transparencia, o de las que les resultaran aplicables.

⁶ El TS en sentencia de 25 de octubre de 1961, ya entendió por beneficio o ventaja “todo aquello que pueda ser buscado por los apetitos humanos, incluidos los favores carnales”.

Y el incumplimiento de los deberes en el ámbito de las personas jurídicas, no sólo estará sometido a efectos del tipo penal a las normas generales y reglamentos, sino también a los Códigos de Conducta internos que las empresas afectadas tuvieran o en cláusulas contractuales específicas. Este precepto plantea problemas de delimitación con otros delitos como la administración desleal del artículo 295 CP, dado el posible solapamiento de conductas.

Es un requisito inexcusable que ambas partes actúen con la finalidad de que se produzca el favorecimiento injustificado desde la perspectiva de la competencia transparente y justa.

Por otra parte, en el ámbito de las conductas corruptibles no sólo se incluyen aquellas que se den en el ámbito de la compra-venta de mercancías, sino la contratación de servicios profesionales o en las relaciones comerciales, habiéndose añadido igualmente el de los negocios internacionales en el artículo 286 *ter* CP.

A continuación, el citado precepto 286 *bis* determina la aplicación igualmente para las entidades deportivas, cuestión novedosa en el Código, cuando se establece la aplicabilidad directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que se la forma jurídica de esta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. Se trata de conductas en que el favor o la ventaja se ofrecen a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una organización deportiva, sin perjuicio de la forma jurídica que esta hubiera adoptado, a cambio de que se incumplan las obligaciones de lealtad hacia el público y la afición deportiva. Se establecen también penas agravadas, cuando a tenor de los hechos tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

Artículo 286 *ter*CP

Dicho precepto del 286 *ter* se incorpora al CP con la reforma de la LO 1/2015, y supone un tipo agravado, por el plus de antijuricidad que conlleva la conducta de aquellos que mediante el *ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos*, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de *actividades económicas internacionales*. Es decir los que actúen sobornando en el ámbito de la función pública, aunque se refiera a obtener cualquier tipo de concesión de contratos públicos, o alguna ventaja en dicho ámbito, y por tanto si el sobornado funcionario o autoridad aceptara, se está además afectando al bien jurídico de los principios que han de regir el ámbito público en el área de los negocios internacionales. GARCIA VALDES⁷ considera que “*lo que caracteriza a estos delitos es pues, la confianza traicionada en la correcta gestión de la cosa pública por parte de los encargados de servirla corrompidos, la ausencia de integridad del autor que se debe presuponer siempre, precisamente por la propia índole del puesto, mando o cargo desempeñado.*” Se trata de proteger como bien jurídico la incolumidad en la función pública, además de la seguridad jurídica en este ámbito internacional.

⁷ C. GARCIA VALDES, *El derecho penal práctico. Parte especial*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, Pág.345.

Por otra parte, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales que, anteriormente se encontraba regulado a través de un solo artículo el 445 CP, se incorpora a la sección 4ª de corrupción con el citado artículo 286 *ter*, pero con una tipificación general que atiende tanto a que la corrupción a un funcionario o autoridad pública que se efectuó para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva. En este precepto se está tipificando el delito de cohecho activo en la contratación y en los negocios o en el caso de existencia de ventajas competitivas en la realización de actividades económicas internacionales.

La pena que se aplica será la de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, y ello salvo que en el Código el hecho fuera constitutivo de otro tipo penal que tuviera una pena superior, con ello se estaría tratando de solventar problemas que se han podido detectar en causas, respecto a la norma aplicable. Además de las penas señaladas, establece que se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social, y la prohibición de intervenir en las transacciones comerciales de transcendencia pública por un periodo de siete a doce años. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427 CP.

En la práctica, no será inhabitual que existiendo un corrompedor y un corrompido, funcionario o autoridad pública, pueda existir un concurso de delitos respecto al delito de prevaricación, cuando además el funcionario incurriere en alguna de las conductas que se regulan en los artículos 404, 405 y 406 CP, habida cuenta de que el sujeto activo de estos delitos ha de ser siempre el funcionario o autoridad que tenga asignada la competencia por ejemplo en el supuesto de nombramiento ilegal de una persona. Se trata de delitos especiales propios, y que solo pueden cometer como autores materiales los mismos funcionarios o autoridades. No obstante, la Jurisprudencia admite también la participación del *extraneus*, tal como nos indica MESTRE DELGADO⁸ en la ejecución de los delitos especiales propios, como es el caso de aquellos cometidos por funcionarios y autoridades, dado que si un tercero participa en los mismos, se aplicará con carácter general las previsiones del artículo 28 y 29 del CP (relativos a autoría y a formas de participación y /o colaboración en el delito), con la consecuencia que resultará de la aplicación del artículo 65.3 CP.

Importante a nuestros efectos, lo que dispone la STS de 9 de junio de 2007, que recuerda que “si bien el extraneus no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación-inducción y cooperación necesaria”.

Artículo 286 quarter CP

Se dispone en el referido artículo 286 *quarter*, que si cualquiera de los hechos de los dos preceptos anteriores, resultaran de especial gravedad, se agravará la pena de los responsables imponiéndose en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. A tales efectos, el propio precepto determina de forma un tanto genérica, qué se ha de considerar, en todo caso, como de *especial gravedad*, esto es cuando:

⁸ E. MESTRE DELGADO, *Delitos y faltas. Parte especial del derecho penal*, Edit. Coles, Madrid, 2012, Pág. 703.

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En relación con las circunstancias de especial agravación, que dan lugar a un importante incremento de las penas, respecto al beneficio o ventaja de especial trascendencia no se refiere únicamente al valor económico, sino que lo puede ser de otra naturaleza. Con respecto al primer criterio es aplicado por la Jurisprudencia, en relación con el perjuicio causado, lo que en ocasiones determina una cierta confusión⁹, si bien el TS ha venido fijando la cuantía en relación a los baremos utilizados para la estafa y la apropiación indebida.

Con respecto a la especial gravedad se atiende al valor del objeto producido y a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. Y para valorar dicha gravedad, se incorpora también no sólo el perjuicio realmente causado, sino el riesgo potencial. La acción del causante ha de ser reiterada, no bastando para la aplicación de estas penas más elevadas que se hubiera producido únicamente con carácter eventual, y también se agrava cuando el negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o de primera necesidad.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

1. **Ámbito de la reforma operada por la LO 1/2015, de modificación del CP**

Si bien el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se percibía como una tendencia imparable a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal, dicha tendencia pasa a formar parte de nuestro Derecho Positivo, siguiendo así las recomendaciones internacionales en la materia que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente, de ahí que una nueva modificación se haya producido con la Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, por la que el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas queda modificado de forma relevante, al tiempo que un conjunto de tipos en los que pudiera tener relevancia (corrupción en los negocios, en las transacciones comerciales internacionales, financiación ilegal de partidos políticos, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, etc...).

Se opta así por la instauración de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a un régimen sancionador administrativo, similar al establecido en países como Alemania o Italia, por entender quizás, que el mismo conlleva una mayor potencia disuasoria. Ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Ley, aludía a que si bien los instrumentos comunitarios no obligan a una respuesta específicamente penal a la intervención de las personas jurídicas, lo cierto es que ha surtido un efecto penalizador en muchos países europeos hasta hace poco ajenos

⁹ STS AP ALICANTE 19/6/2001 o AP ALBACETE de 15/3/2004. El TS confirma la aplicación a un supuesto en que el beneficio obtenido lo fue en más de 36.000 euros, remitiendo la fijación de la frontera a los baremos establecidos para las figuras delictivas, como la de la estafa y apropiación indebida, a tenor de la STS 19/5/2001.

a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas, más propia de los derechos de corte anglosajón. La innovación no deja de ser relativa, en opinión de ECHARRI¹⁰ pues el legislador ya había introducido en el art. 129 Código Penal de 1995 una regulación¹¹ que algunos consideraban como una auténtica responsabilidad penal (accesoria) de las personas jurídicas respecto de hechos punibles de sus órganos, siendo así que otro sector doctrinal entendía esas medidas, como indubitadas sanciones penales, no sólo accesorias, que junto a la previsión de una responsabilidad solidaria para el pago de la multa impuesta a las personas físicas que cometían delitos en el ámbito de la representación o actuación de aquéllas, regulada en el art. 31.2 CP, venían a conformar un conjunto punitivo frente a unos entes respecto de los cuales se seguía negando su capacidad criminal, pero se venía a admitir su capacidad de pena, soslayando así, por criterios obviamente utilitaristas, la esencia de la culpabilidad, que no es otra, sino la posibilidad de llevar a cabo conductas dolosas o imprudentes por parte de las personas jurídicas, cuya imputación constituye el núcleo esencial de la cuestión.

El legislador incorporó en la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, el art. 31 *bis*, en el que se regulan las condiciones de exigibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas por el hecho punible imputable a aquéllas, cuando éste haya sido cometido «en nombre o por cuenta de las mismas, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho» y hayan sido posibilitados por el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión correspondientes a la persona jurídica misma, precepto que ha quedado complementado en la reforma con otros apartados.

La responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la del representante en cuestión, ni la de éste elimina la de la persona jurídica (art. 31 *bis* 3 CP). En consecuencia, con la expansión de la responsabilidad penal que está sufriendo el Derecho Penal español, la persona jurídica es penalmente responsable de los delitos cometidos por sus directivos o empleados en el ejercicio de su cargo, junto con las personas físicas, con relevancia en el ámbito de la corrupción. Sobre dicho particular merece mencionar la Sentencia del TS 606/2010, de 25 de junio de 2010, que viene a fijar algunas pautas dirigidas a delimitar el concepto de administrador de hecho, indicando el Tribunal “Así no será obstáculo para la transferencia de la calidad a efectos de ser considerados autores del delito los que, habiendo ostentado formalmente el cargo, se vieran privados de su titularidad por nulidad de la designación o finalización del mandato, si de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores, por lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación. A tal efecto será relevante la consideración de la concreta organización interna de la persona jurídica con la que se configura su específica estructura. Ello ha de traducirse en la forma de actuar las denominadas cláusulas de transferencia. Todos ellos *extraneus*, no devendrán *intraneus* sin atender a la jerarquía y al ámbito de la actividad en que se produzca el comportamiento típico. En este sentido, en cada supuesto y con las premisas marcadas respecto a la calidad exigida para ser autor criminalmente responsable en el ámbito de la persona

¹⁰ J. ECHARRI CASI, “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, N° 7632, Sección Doctrina, 18 Mayo. 2011, Año XXXII.

¹¹ M^a. A. ALVAREZ TEJERO, “Problemas prácticos de la reforma operada en orden a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Futuro de la reforma”. Madrid 15/04/2013. Pág.11.

jurídica, deberemos conocer la organización de la persona jurídica en cuestión, así como los posibles administradores de derecho, los directivos y las cláusulas de transferencia que se les hubieren otorgado, además de su dependencia con el órgano de la persona jurídica.

Dicho lo anterior, y con referencia a la modificación operada por La Ley 1/2015, respecto de la responsabilidad de la persona jurídica, hemos de indicar que dicha modificación legal amplía los riesgos penales a los que se enfrenta la persona jurídica pues responderá penalmente tanto por los delitos cometidos, en nombre y por cuenta de la persona jurídica, y ahora lo será tanto cuando lo sea —en beneficio directo o indirecto de la misma—, y cuando se realicen tanto por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, así como cuando lo sea en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas con poder de dirección, hubieren podido realizar los hechos constitutivos de delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. También resulta relevante indicar que en la citada reforma se ahonda, con carácter general sobre delimitación que requiere “el debido control”(a este respecto, se pormenoriza qué se ha de entender como tal, señalándose en particular, el impacto que tiene a estos efectos, el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso) y, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, junto con la exigencia del fin del beneficio tanto directo como indirecto a favor de la empresa, que se ha de perseguir con el delito efectuado.

Por otra parte, es de reseñar que si el delito fuere cometido por las personas indicadas en el apartado a) del artículo 31.*bis* CP en su nueva redacción, es decir representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, y que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control en la misma, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad, siempre que se cumplan las condiciones fijadas en el apartado número 2 del precepto, relativo éste al Plan de Prevención penal que exista en la misma y a su cumplimiento efectivo, siempre que no sea un simple elemento formal o decorativo de la empresa, puesto que todo ello deberá quedar acreditado. Así mismo, un tema de especial relevancia que ya ha sido abordado por el TS, es el relativo a los administradores de hecho de las compañías, por cuanto dicha cuestión afecta al ámbito de responsabilidad de la persona jurídica, y en qué supuestos dicha responsabilidad alcanza únicamente a los miembros del Consejo de Administración o miembros de las Comisiones Ejecutivas, o si también se extendería a los directivos. A este respecto conviene referirnos a la Sentencia ya citada 606/2010 de 25 de junio de 2010, que además distingue entre lo que es la persona jurídica y la empresa, siendo relevante a estos efectos, la organización interna de la persona jurídica.

Todo ello implica que cuando se cometa un delito por los representantes legales, administradores o apoderados en nombre y beneficio de su empresa, o por un empleado en el ejercicio de las actividades sociales, igualmente en beneficio de la misma, si no se ha ejercido sobre éste el debido control, cuestión que habrá de ser objeto de prueba, junto a la persona física, también se “sentará en el banquillo” la persona jurídica acusada como responsable penal, en los términos que iremos explicitando a continuación, tras la nueva reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

Por otro lado, y en relación con la naturaleza de las personas jurídicas sujetos de delito, el Código Penal ha ido introduciendo otras importantes modificaciones a lo largo de estos años, ampliándose el elenco de entidades penalmente responsables. El 17 de enero de 2013 entró en vigor la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal en materia de Transparencia, lucha contra el Fraude Fiscal y la Seguridad Social, entre cuyas principales

novedades se destacaba la posibilidad de declarar penalmente responsables a las entidades públicas: a) cuando no ejercieren políticas públicas o servicios de interés económico general, y b) cuando eran creadas con el propósito de eludir la norma penal. La Ley Orgánica 1/2015, de reforma del CP, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal, incorporan y cambian determinados aspectos de la responsabilidad de la persona jurídica, de forma relevante, pues de una parte queda ampliado de nuevo el marco de extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alcanzando incluso a aquellas sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general: se las podrá imponer penas de multa por cuotas proporcional o medidas de intervención judicial. En efecto, el artículo 31 *quinquies* determina, cuáles son las Administraciones y demás entes que quedan excluidos de dicha responsabilidad, y cuáles otros, como las *sociedades públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, quedan incorporadas* al sistema de responsabilidad penal como sujetos de delito, no obstante estar sujetas a la limitación de la pena fijada, limitación respecto de la pena que puede ser no obstante removida por el Juez o Tribunal, cuando el mismo apreciara la existencia de formas jurídicas creadas ad hoc para la elusión de la eventual responsabilidad penal.

2. La responsabilidad criminal de la persona jurídica ante la Corrupción

Artículo 288 CP

Con respecto a la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de la corrupción en los negocios, podemos indicar que el artículo 288 CP tiene un carácter general para todo el Capítulo, y además se aplica no solo a persona físicas, sino también a la persona jurídica. En primer término, es de resaltar así mismo que se modifica el precepto anterior en el sentido de castigar no sólo por los beneficios reales obtenidos, sino también por aquellos que se hubieran podido obtener, aunque ello no hubiera sido factible. Y es que ya hemos indicado que no cabe la tentativa, puesto que el delito se consuma con el ofrecimiento, recepción, etc. De ahí que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis*, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las penas expresamente fijadas en dicho precepto, que a su vez se remite a varios anteriores, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 284 y 286. Se trata todos ellos de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, que en nuestro ordenamiento también se enmarcan dentro de las infracciones contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y que conllevan como conductas típicas la explotación indebida de una obra, cifradas en el plagio, reproducción no autorizada, como las fotocopias o/y venta de copias falsas, distribución y almacenamiento (top manta) y comunicación pública no autorizada, es decir el acceso por el público a la obra sin la previa distribución de ejemplares, la piratería de servicios de radiodifusión, importaciones y exportaciones paralelas de obras, así como de proteger los derechos de exclusividad protegidos en el ámbito industria, esto es patentes de objetos y modelos de utilidad, patentes de procedimientos y modelos o dibujos industriales o artísticos y topografías de productos semiconductores. También se protegen los signos distintivos como las marcas y los nombres comerciales, las denominaciones de origen o las indicaciones geográficas.

A mayor abundamiento se imponen igualmente las penas agravadas cuando se produzcan delitos relativos al mercado y a los consumidores, y a los delitos de competencia desleal, relativos a la violación de los secretos empresariales. Por último, se incluyen también en estas conductas de corrupción el ámbito de los consumidores, al tutelarse los intereses económicos de estos desde una perspectiva colectiva o difusa, contemplándose determinados

tipos delictivos como la detración del mercado de materias primas o productos de primera necesidad; el delito publicitario o la facturación fraudulenta, así como operaciones llevadas a cabo para alterar los precios y manipulación del mercado, incluso la manipulación del mismo a través de la utilización de información privilegiada o su abuso, y la piratería de servicios de comunicación y electrónicos. En estos ámbitos en particular, habrá de tener especial prudencia y cuidado con los foros de intercambio gratuito de archivos digitales y *webs* de enlace, cuya problemática se plantea fundamentalmente en el ámbito de las llamadas redes P2P, de uso enormemente extendido, que facilitan a los usuarios programas de contacto para que sean ellos mismos los que intercambien entre sí las obras intelectuales protegidas –de usuario a usuario, esto es sin que las obras queden alojadas en un servidor, mediante la descarga y puesta a disposición de las mismas. O por ejemplo, aquellas conductas que conlleven patentes, licencias o modelos de utilidad, habituales en el ámbito de las empresas, sin dejar al margen y siendo muy relevante el de la contratación pública en la línea de los servicios de las Tics–.

En los supuestos, en consecuencia de la corrupción activa o pasiva que pudiere afectar a los tipos indicados en dichos preceptos, se fijan: a) la multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiere podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años; y la del doble al triple, del beneficio obtenido, favorecido, o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

Por su parte, el artículo 288 CP también es de aplicación para el supuesto de los delitos previstos en el art. 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 *quinquies*, se establecen igualmente dos tipos de multas: Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener, si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; y la de multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener si la cantidad resultante suele más elevada, en el resto de los casos.

Por último añadir que atendidas las reglas establecidas en el art. 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Es un delito que siempre se deberá cometer de forma dolosa, y con conocimiento de la ilicitud de lo que se propone y recibe, y consumándose el delito con la mera proposición, sin que sea necesaria que la otra parte acepte el ilícito pacto e incumpla sus obligaciones.

OTROS TIPOS PENALES RELACIONADOS CON ACTUACIONES DE CORRUPCIÓN Y QUE IMPACTAN SOBRE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LA PERSONA JURÍDICA, DE ACUERDO CON LA REFORMA DEL CP

Cohecho.- Artículo 424 CP

Cohecho: Activo y Pasivo

El contenido del Capítulo V del Título XIX del Libro II del CP, dedicado al cohecho, es el más extenso de los delitos que se tipifican contra la Administración Pública. En STS de 19 de mayo de 2011 se determina que “este delito supone un ataque a la imparcialidad y a la transparencia en la gestión pública, que constituye el asiento de confianza de sus gestores”.

Este tipo delictivo protege la rectitud e incolumidad de la función pública y de los funcionarios, ya que éstos han de realizar el servicio que se les ha encomendado sin interferencias de intereses privados que puedan afectar a los intereses públicos o generales a los que sirven. Por su propia naturaleza, el delito de cohecho requiere de dos elementos personales, esto es un funcionario o autoridad, que *recibe la petición, y paga o no lo solicitado o que propone el soborno*. La relación entre los dos elementos personales de estos delitos, particular y funcionario, autoridad se valora en nuestro ordenamiento de distinto modo según quien tome la iniciativa de la corrupción, y por tanto hablamos de cohecho activo y pasivo.

Con la LO 1/2015, se aumentan las penas en el Cohecho de la siguiente manera:

Cohecho activo (artículo 419) se establece una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público para el funcionario y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 9 a 12 años, muy superiores a las del CP LO 5/2010.

Cohecho pasivo (artículo 420) se establece inhabilitación especial para empleo o cargo público para el funcionario y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 5 a 9 años.

Cohecho activo realizado por particular del artículo 424 CP, imponiendo al particular que comete el delito, además de las penas de prisión y multa ya prevista, en la reforma se le aumenta la pena de inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas, contratar con otros entes, organismos o entidades que formen parte del sector público, todo ello en los términos que a continuación se indican.

En lo relativo a particulares, se regula en el artículo 424.1 CP y se tipifica como Cohecho activo: cuando la iniciativa parte del particular que ofrece o entrega dádiva o retribución de cualquier clase a un funcionario público, autoridad, o persona que participe en el ejercicio de la función pública, con objeto de que adopte alguna de las conductas siguientes:

- Para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o
- Para que realice un acto propio de su cargo, o
- Para que no realice o retrase un acto que debiera practicar, o
- o que lo realice o no, en consideración a su cargo o función

El artículo 424.2 regula el cohecho pasivo: cuando la iniciativa parte del funcionario público, autoridad o persona que participa en la función pública que, en provecho propio o de tercero, solicita o recibe dádiva, favor o retribución de cualquier clase de un particular, por sí o por persona interpuesta, a cambio de:

- Realizar un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o función, o
- No realizar o retrasar, de forma injustificada, un acto que debiera practicar, o
- Realizar un acto propio de su cargo, o
- Como recompensa de un acto anteriormente descrito, o
- En consideración a su cargo o función

Por consiguiente, el delito de cohecho puede cometerlo tanto un particular como un funcionario público, siendo común que, con independencia de quién parta la iniciativa (lo que lo clasificaría en activo o pasivo), tanto el funcionario como el particular serán considerados como imputados en un procedimiento penal, ya sea en calidad de autores como en calidad de cooperadores necesarios o inductores. Las conductas típicas que puede abarcar el delito de cohecho cometido por un funcionario público vienen reguladas en los artículos 419 a 423 C.P, delitos especiales y las cometidas por un particular se tipifican en los artículos 424 y 425 C.P.

Como ya hemos indicado la Sentencia del TS de 19 de mayo de 2011, determina que el artículo 424 CP distingue acertadamente dos modalidades de conducta que además lo son de distinta gravedad, la del particular que se limita a atender –en condiciones de difícil oposición, por lo demás– las solicitudes que en tal sentido efectúen los funcionarios, autoridades o el que participe en la función pública, y la del propio funcionario, como conducta típica que habrá de ser complementada por las conductas que se describen por remisión a los funcionarios o autoridades (de las que son complemento necesario).

Además en el artículo 425 CP se ha incorporado expresamente el supuesto de que el cohecho se cometa en el marco de un procedimiento de contratación, subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, o subvención pública, en cuyo caso se pena tanto al funcionario, al particular así como a la sociedad, asociación u organización a que representare con imposición de la pena accesoria la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años, en consecuencia con la reforma del CP se ha duplicado la pena impuesta.

El artículo 425 C.P. establece una modalidad específica de cohecho en el que la dádiva tiene como destinatario a un juez o magistrado que haya de adoptar una resolución respecto de un procedimiento penal, con el objetivo de que dicha resolución sea favorable al reo.

En el tercer párrafo, se incorpora en el artículo 425 CP una descripción y penas propias, para una modalidad del cohecho activo propio, que afecta a las relaciones de afectividad o familia y que supone un tipo privilegiado.

La nueva Ley 1/2015, modifica en su integridad el artículo 427 CP, fijando que lo dispuesto en los artículos ya aludidos de este capítulo también resultarán aplicables cuando los hechos sean imputados o afecten:

- A cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la UE o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
- cualquier persona que ejerza una función pública en un país de la UE o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la UE o para otra organización internacional pública.
- cualquier funcionario o agente de la UE o de una organización internacional pública.

Resulta pues modificado el tipo penal en el sentido que habrá dicho delito no sólo cuando se realice la conducta típica contra un funcionario de la UE, sino también contra cualquier funcionario de país extranjero, indicando expresamente que también cuando se efectuó contra un organismo público o empresa pública.

Artículo 427 bis CP

Responsabilidad criminal de la persona jurídica en el cohecho

Además con la reforma del CP actual, se introduce ex novo el artículo 427 bis CP donde se determina de forma expresa la responsabilidad criminal de la persona jurídica para todos los delitos recogidos en el Capítulo indicado y además se disponen penas ampliadas, con respecto a la regulación anterior:

- Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años.

- Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.
- Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las circunstancias específicas del caso (continuidad delictiva, reincidencia,...), detalladas en el artículo 66 bis del Código Penal, el juez podrá imponer alguna de las siguientes penas (artículo 33.7 apartados b) a g) del código Penal):

- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades por un plazo no superior a 5 años.
- Clausura de locales y establecimientos por un plazo no superior a 5 años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal (no superior a 15 años) o definitiva.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el servicio público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de seguridad social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años.
- Intervención judicial para salvaguardar el derecho de los trabajadores o los acreedores.

DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. ARTÍCULOS 429 Y 430 CP¹²

Elementos y tipos penales

La nueva redacción del artículo 429 CP tipifica y pena la conducta del particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviese el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

De este modo, se incrimina la conducta del particular que influya sobre un funcionario público o autoridad, prevaliéndose de sus relaciones personales para obtener una resolución que le reporte un beneficio económico directo o indirecto, y con la reforma del CP, además se imponen nuevas sanciones respecto a la relación con el sector público, impidiendo cualquier tipo de subvención, contratación, incentivos fiscales etc...

Se sancionan pues tres conductas delictivas, el *tráfico de influencias propio*, que consiste en la influencia sobre el funcionario o autoridad sobre otro funcionario público o autoridad, prevaliéndose aquel del ejercicio de facultades de su cargo o cualquier otra relación personal o jerárquica; el *tráfico de influencias impropio*, que consiste en la influencia de un particular sobre el funcionario o autoridad, prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal o jerárquica con otro funcionario, para conseguir un beneficio económico;

¹² Artículo 428 CP dispone el tráfico de influencias desde la óptica del funcionario.

y el *ofrecimiento de influencias*, que consiste en la oferta que un funcionario o particular realizan con la finalidad de obtener una contraprestación económica, según se configura en el artículo 430 CP.

Se trata de un delito de peligro porque no se exige para su consumación que se obtenga el beneficio perseguido en cada caso, y ello sin perjuicio de que la obtención final de ese beneficio económico provoque un incremento de pena. En este sentido, el artículo 430 CP también se modifica, castiga a los que se ofrezcan de intermediarios para influir ante el funcionario público o autoridad, recibiendo una contraprestación a cambio. De este modo, dicho artículo establece que: los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Se modifica el precepto en el sentido en que si el delito es cometido por una autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años.

El concepto de beneficio hace referencia a todo provecho de naturaleza económica que resulte del delito, tanto el directo como el indirecto, y tanto en sentido de ganancia patrimonial como de ausencia de pérdidas. Se trata de que la resolución obtenida a la que se refieren estos delitos constituya un acto administrativo de contenido decisorio, y el que derivan efectos de transcendencia económica.

Además por prevalimiento de cargo, que ha de caracterizar la actuación del sujeto activo en estos tipos penales, implica un aprovechamiento de la función pública, como interés del partícipe, con detrimento del interés general tutelado por la norma. Se trata a tenor de la Sta. AP de Cádiz de 7 de julio de 2000 el prevalimiento implica una actuación dolosa de superioridad y abuso que ha de acreditarse.

Artículo 430 CP

Responsabilidad criminal de la persona jurídica ante el tráfico de influencias.

Pero además en el artículo 430 CP también se determina expresamente la responsabilidad criminal de la persona jurídica para estos delitos, fijando la pena:

- Multa de seis meses a dos años.

Atendidas las circunstancias específicas del caso (continuidad delictiva, reincidencia,...), detalladas en el artículo 66 bis del Código Penal, el juez podrá imponer alguna de las penas contempladas en el artículo 33.7 letras “b” a “g” del Código Penal, tal como ha quedado expuesto en el supuesto mencionado anteriormente.

Como conductas subsumibles en este delito, en el ámbito expuesto en el Cohecho, un empleado podría incurrir en la conducta infractora si utilizara su influencia personal sobre una autoridad o funcionario público para conseguir una contratación, resolución favorable en cualquier ámbito, etc., de forma ilícita y en beneficio para la empresa, sociedad, o entidad jurídica de que se trate. En este sentido, en los supuestos de que se trate de empleados de la persona jurídica que abusando de la relación de confianza que tiene con un miembro de cierto órgano del Estado, autoridad, o particular que realizara funciones públicas y utilizare sus influencias para que el citado órgano atribuyere a la empresa en cuestión para la prestación de un determinado servicio, etc.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS SEÑALADOS

Aunque en la estructura de los delitos indicados son necesarios dos elementos personales, el del funcionario, autoridad o persona que interviene en la función pública, así como el del particular, actuando todos ellos en una misma situación de hecho, de manera complementaria, ninguno de ellos participa en la conducta del otro.

Muy al contrario, aunque las dos conductas integren materialmente la misma realidad (solicitando uno y aceptando el otro, por ej. En el cohecho, cada uno de los autores de ellas responde de un delito propio y específico, en el que el otro no es participe. Así los particulares, responden de los delitos de cohecho activo, etc... En tanto que los funcionarios y autoridades responden de los delitos de cohecho pasivo ya que es un delito especial, solo puede afectar al que tiene la condición de funcionario, autoridad etc.).

No obstante, todas estas figuras admiten la participación de otras terceras personas, sean o no funcionarios o autoridades, en los términos de los artículos 28 y 29 del CP, en relación con las diferentes formas de participación, como autores los que actúan por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento; los que inducen a otro directamente a ejecutarlo; o los que cooperan de forma necesaria, así como los cómplices.

En cuanto a las formas de ejecución se trata de delitos de actividad, que se consuman en el momento en que el funcionario, autoridad o persona que ejerce función pública, realiza una de las conductas indicadas respecto del cohecho, tráfico de influencias o bien el particular, en función el delito de que se trate. Es irrelevante en consecuencia que se realice o no la conducta posterior por la que se corrompe. No caben las conductas imperfectas.

DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS

Artículos 304 bis y 304 ter CP¹³

Se crea un nuevo Título XIII *bis* en el Libro II, que está integrado por los nuevos artículos 304 *bis* y 304 *ter* que tipifica y castiga con pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

Se tipifica la recepción de donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, de carácter anónimo, finalista o revocables; o que procediendo de una misma persona física o jurídica, superen los 100.000 euros anuales en dinero o en especie, y no se haya expedido certificación en la que se haga constar, además de la identificación del donante, el documento público u otro documento autentico que acredite la entrega del bien donado haciendo mención expresa del carácter irrevocable de la donación. Igualmente el recibir financiación por parte de gobiernos y organismos entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos que superen el importe de 100.000 euros. Además entregar donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en los supuestos indicados.

¹³ <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Código-Penal-parte-especial-II>

En su apartado 2 se dispone que dichos hechos se castiguen con pena de prisión de seis meses a cuatro años, además de la multa anteriormente indicada, si se trata de donaciones

- Del artículo 5.1 letras a) o c), que lo sean de importe superior a 500.000 €, o que superen en esta cifra el límite que se fija en la letra b de dicho precepto, cuando se infrinja el mismo,
- Donaciones recogidas en el artículo 7.2 de la LO 8/2007, que superen el importe de 1.000.000 €

Se dispone un tipo cualificado en el apartado 3 del precepto cuando resulten los hechos anteriormente indicados de especial gravedad, imponiéndose la pena en su mitad superior, y pudiendo llegar hasta la superior en grado.

Igualmente se impondrán las citadas penas, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partidos político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos anteriormente citados.

El artículo 304 ter tipifica aquellas conductas que conlleven la participación de una persona en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la Ley, penándolas con las penas de prisión de uno a cinco años, y aumentándolas hasta la mitad superior, o incluso la pena superior en grado, si los hechos a que se refieren el precepto resultaran de especial gravedad.

Artículo 304.5 bis CP

Determina el apartado 5 del artículo 304 bis, que se impondrán las mismas penas anteriores, cuando una persona jurídica sea la responsable de los citados hechos. Y además se aplican las reglas fijadas en el artículo 66 bis, y los jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Una consideración común a la mayor parte de las Fiscalías es que la lucha contra la corrupción ha de ser estructural, mediante el establecimiento de mecanismos de control administrativo, político y la dotación a la Administración de Justicia de medios materiales, personales y normativos, que permitan una respuesta punitiva real y eficaz, en tanto, que salvo en la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, los medios personales y humanos no están a disposición de la Fiscalía o de la Administración de Justicia, sino que dependen de otras instancias administrativas que incluso, en algunos casos, son objeto de investigación.

Pero además se debería realizar un refuerzo de unidades de policía judicial encargadas de la investigación en materias relacionadas con la corrupción, con mayor transparencia y control sobre sus investigaciones por parte de la Fiscalía y los Juzgados.

La dotación de apoyo y medios tecnológicos a la investigación tanto de las Fiscalías con otras Administraciones, utilizando herramientas informáticas de Inteligencia criminal que permitieran acortar los tiempos en las investigaciones mediante la priorización de las líneas de investigación.

Con respecto, a la tan mencionada reforma del CP en relación a los delitos de corrupción, si se analizan los tipos y la penalidad, se constata tal, como ya se ha expuesto en algún Foro de expertos en Derecho Penal, estaríamos ante el denominado “derecho penal del amigo”, es decir en atención a lo que nos indica el Prof. QUERALT¹⁴, esta reforma tal como se encuentra la dicción de los preceptos introducidos y las limitadas penas a imponer, realmente se está legislando para el “amigo”, por lo que con esta reforma no se podrá acabar con el fenómeno de la corrupción en España. Por otra parte, si nos referimos a los medios humanos y tecnológicos con que cuentan los jueces y Tribunales, no tenemos más que ver las limitadas convocatorias de nuevas plazas del año 2015 tanto de jueces como de fiscales, o para el Cuerpo Superior de Policía, es decir no parece que nadie tiene interés en que realmente se tengan medios para investigar.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Española

Código Penal de 1995

Ley 5/2010, de reforma del CP.

Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP.

ALVAREZ TEJERO, M^a A.; Magistrada Juzgado de Instrucción 41 de Madrid. Mesa redonda “Problemas prácticos de la reforma operada en orden a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Futuro de la reforma”. Madrid 15/04/2013.

Boletín De la Comisión Penal. Número 3-2013. Reforma del Código penal.

DELGADO GIL, A; El necesario ánimo de obtener un beneficio económico y el asesoramiento en el delito de actividades incompatibles a los funcionarios públicos (a propósito de la STS de 25 de enero de 2010). La ley penal, n^o 75, octubre de 2010.

“La nueva redacción del delito de participación indebida del funcionario en negocios, a partir de la LO 5/2010, La ampliación del sujeto activo y la pena. En la Ley Penal, n^o 78, enero 2011.

DOSSIER ACTUALIDAD LEGISLATIVA. REFORMA UN NUEVO CODIGO PENAL. Aranzadi. Marzo 2015.

ECHARRI CASI, F. J.; “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales” Magistrado, Doctor en Derecho Diario La Ley, N^o 7632, Sección Doctrina, 18 Mayo. 2011, Año XXXII.

GARCIA VALDES, C; El derecho penal práctico. Parte especial. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1999.

LAMARCA PEREZ, C (coordinadora). Delitos y Faltas. La parte especial de Derecho Penal. Colex. Madrid 2012.

MEMENTO PENAL 2015. Francisc Lefebvre.

MESTRE DELGADO, E Y MARTINEZ GALINDO, G; “Responsabilidad penal de alcaldes y Concejales, Capitulo XVII, en Tratado de Derecho Municipal (dirigido por Muños Machado) Ed. Iustel, 3^a edic. Madrid 2011.

MORALES PRATS, F Y RODRIGUEZ PUERTA, M.J.; “Delitos contra la Administración pública” en el colectivo (dirigido por Quintero Olivares) Comentarios al Código Penal Español. Aranzadi. Tomo II. Pamplona 2011.

¹⁴ J. QUERALT JIMENÉZ, I Congreso Internacional de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales), Retos actuales de la Teoría del Delito. Días 29 y 30 de Mayo. 2015. Universidad de Barcelona. www.ficp.es

[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Código-Penal-parte especial II.](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Código-Penal-parte-especial-II)

[http:// www.dpoitlaw.com/nuevos-delitos-para-los-que esta](http://www.dpoitlaw.com/nuevos-delitos-para-los-que-esta)

[http://.penal.blogs.lexnova.es/2012/07/27/apuntos-sobre-el-significado-y-las diversas](http://.penal.blogs.lexnova.es/2012/07/27/apuntos-sobre-el-significado-y-las-diversas)

<http://www.civil-mercantil.com/reforma-codigo-penal-ley>

<http://www.noticias.juridicas.com/actual/4671-las-15-claves-de-la-reforma-del-codigo-penal>

LA INSOLVENCIA PERSONAL EN EL REAL DECRETO-LEY 1/2015: SEGUNDA OPORTUNIDAD Y ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

ANDREA NAVAZO CAMPOS

Abogada Mercantilista.

Máster en Derecho Fiscal y Tributario.

Máster en Práctica jurídica

Fecha de recepción: 13 de abril de 2015

Fecha de aceptación: 27 de abril de 2015

RESUMEN: Como es ya conocido por todos, el 28 de febrero de 2015 se publicaba en el BOE el Real Decreto Ley 1/2015, que entre muchas novedades introdujo en el seno de nuestro Derecho Concursal la llamada “Ley de Segunda Oportunidad”, cuyo objetivo no es otro que dar una nueva oportunidad a los deudores de buena fé. A lo largo del presente artículo, se analizan los antecedentes de esta tan esperada legislación, el desarrollo legislativo y la aplicación práctica de la misma, así como sus puntos fuertes y los extremos más criticados de esta.

ABSTRACT: On February 28th 2015, Royal Decree Law 1/2015 was published in the Official State Gazette. Amongst the long list of new developments in Spanish Insolvency Law enshrined in this legislation is the so-called “second opportunity law” which aims to give a second chance to good faith debtors. This article will analyse the background of this much-awaited legislation, its development from a legislative and case-law perspective, its application and its strengths and weaknesses.

PALABRAS CLAVE: Reforma concursal. Principio de responsabilidad patrimonial universal. Ley de Segunda Oportunidad. Deudor de buena fe. Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Acuerdo extrajudicial de pago.

KEYWORDS: Bankruptcy reform; Personal liability principle; Second opportunity law; Good faith debtors; Dissatisfied outstanding debts exemption benefit; Extrajudicial settlement agreement

SUMARIO: *I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. El nuevo régimen legal del Real Decreto-Ley 1/2015: 1.- Superación del régimen de responsabilidad patrimonial universal. 2.- Segunda oportunidad: beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. 3.- Tercera oportunidad. 4.- Acuerdo extrajudicial de pagos.- IV. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 28 de febrero de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social¹, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, como dispone su Disposición final tercera.

¹ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2109

Tal como se establece en su Exposición de Motivos, la legislación de segunda oportunidad, tiene como objetivo “*permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.*”

El origen de esta legislación, aprobada por vía de urgencia, viene por un lado de la reiterada insistencia del Fondo Monetario Internacional, así como de la recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 “sobre un nuevo enfoque para la insolvencia y el fracaso personal”² que parte de la necesidad de ofrecer no sólo esa segunda oportunidad a los empresarios honrados, sino que pone el foco en la fase previa, especialmente en el pre-concurso, buscando prevenir la insolvencia y maximizar el valor total para los acreedores, y por otro lado, de la necesidad de incentivar el mecanismo de segunda oportunidad para empresarios y personas físicas.

En efecto, las estadísticas de procedimientos concursales reflejan esta necesidad. En la provisional del Instituto Nacional de Estadística del año 2014³, se recoge que de los 7.038 concursos declarados en España, solamente 849 eran de personas físicas, lo que hace que supongan poco más del 12%.

En tal sentido, entre otros aspectos, la referida norma modifica y flexibiliza el régimen del acuerdo extrajudicial de pagos ya introducido en nuestro ordenamiento, y desarrolla y articula por primera vez la llamada Segunda Oportunidad.

II. ANTECEDENTES

La figura de la segunda oportunidad no supone ninguna novedad en derecho comparado. Otras legislaciones llevan tiempo regulando mecanismos de exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión de concurso. El derecho francés abordó la cuestión hace muchas décadas, haciendo hincapié en elementos preventivos de sobreendeudamiento. El derecho alemán y el derecho portugués también regulan la liberación de deudas, exigiendo al deudor, además del cumplimiento de requisitos previos, que se tengan en cuenta otros posteriores, para evitar los llamados planes cero o comportamientos irresponsables con efecto llamada. El derecho italiano, también se ha incorporado recientemente a esta tendencia. Es paradigmático, en este sentido, el modelo norteamericano que, a pesar de las correcciones, sigue concediendo el *discharge* al empresario persona física de buena fe que fracasa y cumple determinados requisitos, a fin de darle una *second chance* o *fresh start*.

Sin embargo, el derecho concursal español ha permanecido ajeno a esta corriente que se ha ido extendiendo en el derecho comparado. El principio general de responsabilidad patrimonial universal promulgado en el artículo 1.911 del Código Civil, inalterado desde la aprobación del propio Código en 1989, limitaba la articulación de cualquier mecanismo de exoneración de responsabilidad para las personas físicas, provocando que el esquema original de la Ley Concursal fuese inaplicable para las mismas.

De este modo, mientras la persona jurídica se liquidaba y disolvía desapareciendo como sujeto de Derecho, la persona física mantenía sus deudas, viviendo así al margen del concurso, en tanto que en defecto de convenio, se daba una falta de previsión en torno a su solución

² Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial: <http://www.boe.es/doue/2014/074/L00065-00070.pdf>

³ <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0014.pdf>

liquidativa, siendo además irrelevante la calificación otorgada en cuanto a sus consecuencias económicas.

Así, si bien la Ley 22/2003, Concursal promulgaba la unidad de régimen para todos los problemas de insolvencia tanto para las personas físicas como para las jurídicas sin modular el alcance del art. 1.911 Código Civil, no tardaron en hacerse patentes algunos resultados disfuncionales en la aplicación de la norma, que no lograba cumplir su cometido: la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

De este modo, la Ley 38/2011, de reforma Concursal, introdujo entre otras modificaciones la conclusión por insuficiencia de masa activa, plasmada en el artículo 176 bis, además de una serie de instituciones paraconcursoales o precursoales.

Posteriormente, la Ley 14/2013 de apoyo al emprendedor y su internacionalización, predecesora del régimen legal actual, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del acuerdo extrajudicial de pagos, así como la remisión de deudas. Sin embargo, esta solución no se consideró satisfactoria y suscitó diversas críticas, ya que la remisión de deudas, que se contemplaba únicamente para el supuesto de conclusión por liquidación de la masa activa, resultaba limitada y poco aplicable y se condicionaba a la satisfacción de un determinado nivel de créditos prácticamente inalcanzable.

III. EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DEL REAL DECRETO-LEY 1/2015

1. Superación del régimen de responsabilidad patrimonial universal

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 1/2015, diserta en torno al diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Tras introducir las premisas del problema a resolver acerca del alcance y eventual limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, decide acudir a los antecedentes históricos de dicho precepto. El artículo 1.911, dice, debe completarse con los ya derogados 1.919 y 1.920. Aparecían según estos dos preceptos dos ideas principales: la exoneración de pasivo ligada a un convenio entre deudor y acreedores y a su cumplimiento, así como el principio de limitación de la exoneración en caso de venir el deudor a mejor fortuna, pero también circunscrito al devenir del propio convenio. Pero paradójicamente no parecía haber ninguna previsión relativa a la exoneración del deudor en el caso de que éste hubiese liquidado su patrimonio, es decir, en el caso de que, simple y llanamente, lo hubiese perdido todo. Por tanto, a falta de antecedente al respecto en el Código Civil, los redactores se remontan a Las Partidas, en las que sí se previó la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de sus bienes y además, en cierto modo, se estableció una modulación de la mejor fortuna al no permitir que ésta pudiera jugar en perjuicio del deudor salvo cuando pudiese pagar todas sus deudas, o parte de ellas, sin perjuicio de sus propias condiciones de vida, todo ello relacionado con “tan gran ganancia” que en principio debiera considerarse atípica.

Cumpléndose en 2015 exactamente 750 años desde que concluyó la redacción de la Ley de Partidas, con una técnica legislativa más moderna, el Real Decreto-Ley 1/2015, comienza las modificaciones en materia de segunda oportunidad refiriéndose al apartado segundo del artículo 178 de la Ley Concursal, sobre los efectos de la conclusión del concurso. Este

artículo, ha sufrido variaciones desde su redacción inicial con la entrada en vigor de la Ley Concursal el 1 de septiembre de 2004, durante las cuales se ha ido adaptando a las distintas modificaciones ya mencionadas.

Así, mientras en su primera redacción, coherente con el principio de responsabilidad patrimonial universal postulado en el artículo 1.911 del Código Civil establecía que finalizado el concurso, el deudor quedaría responsable del pago de los créditos restantes pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares contra su patrimonio una vez levantados los efectos del concurso, del Real Decreto-Ley 1/2015 establece como redacción actual lo siguiente:

“Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme”.

Esta última reforma tiene una importante consecuencia, ya que si bien la norma sigue reconociendo la presidencia del principio general de responsabilidad patrimonial universal, introduce la excepción a la aplicación del mismo con el beneficio de la exoneración del pasivo pendiente.

2. Segunda oportunidad: beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho

El Real Decreto-Ley 1/2015 plantea modificaciones sustanciales en el régimen de segunda oportunidad introducido por la Ley 14/2013.

En primer lugar, la segunda oportunidad pasa a denominarse “beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho” en lugar de remisión de deudas. Ello porque si bien en el sistema anterior a marzo de 2015 la remisión operaba *ex lege* y se otorgaba de oficio por el juez en el caso de que se cumplieran determinadas condiciones, en el régimen actual, le corresponde al propio deudor solicitar la remisión, motivo por el cual es un beneficio que se le otorga.

Destaca el ámbito subjetivo de aplicación del referido beneficio. Por un lado, el beneficio de exoneración del pasivo pendiente es un privilegio destinado al “deudor persona natural”, y no exclusivamente a empresarios o profesionales como planteaba la Ley 14/2013. Resulta también relevante que se prevé la aplicación del beneficio no solamente para el supuesto de conclusión del concurso por liquidación, sino también para el supuesto de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, supuesto que no recogía la Ley de emprendedores, por lo que ya no es necesaria la tramitación íntegra del procedimiento.

Cabe decir que la importancia de esta figura y las consecuencias que supone, al modificar de manera sustancial el principio general de responsabilidad patrimonial universal, justifican plenamente su regulación separada, introduciéndose a tal efecto el artículo 178 bis, que codifica ampliamente el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

El artículo 178 bis, se articula regulando en primer lugar la exoneración provisional del pasivo insatisfecho, incluyendo los requisitos necesarios para la concesión de dicho beneficio; posteriormente establece las consecuencias de dicha exoneración provisional; la posibilidad de la revocación del beneficio y sus efectos; y concluye con la remisión definitiva.

El precepto permite acogerse a este beneficio legal exclusivamente a los deudores de buena fe, que son aquellos que en el momento en el que solicitan la exoneración de deudas, así como durante los cinco años siguientes, cumplan las siguientes condiciones:

- i. Que su concurso no se haya declarado culpable.
- ii. Que no hayan sido condenados, en los últimos 10 años, por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. Si hay algún proceso en curso, el juez podrá dejar en suspenso la exoneración.
- iii. Que reuniendo los requisitos establecidos para iniciar un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos del artículo 231 de la Ley Concursal, hayan celebrado o al menos, intentado celebrar uno. Esta premisa resulta importante, a que limita la posibilidad de acogerse al beneficio a deudores con un pasivo inferior a cinco millones de euros.
- iv. Que hayan satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.
- v. Que se sometan a un plan de pagos para los créditos no exonerados en un plazo de cinco años.
- vi. Que hayan cumplido la obligación de colaboración con la administración concursal.
- vii. Que en los últimos 10 años no se hayan beneficiado de esta ley de segunda oportunidad.
- viii. Que no hayan rechazado en los últimos cuatro años una oferta de empleo “acorde a su capacidad” y que acepten que la exoneración figure en el registro público.

Del examen del referido artículo se desprende que si bien hay un incremento de requisitos respecto a la conducta exigible por el deudor para acogerse al régimen de segunda oportunidad, se atenúa el umbral del pasivo mínimo que se exige satisfacer en comparación con los requisitos que imponía la Ley de emprendedores.

Una novedad relevante, es que punto quinto del apartado 3 del nuevo artículo 178 bis establece una alternativa al pago de los créditos exigidos para la remisión en sede concursal, y prevé la posibilidad de extensión del beneficio de exoneración para los deudores que no habiendo atendido los créditos exigibles para acogerse al mismo, cumplan unos requisitos adicionales y se someta al cumplimiento de un plan de pagos respecto a los créditos no remitidos en un plazo máximo de cinco años desde la conclusión del concurso, sin que estos puedan devengar interés.

Respecto a las consecuencias de la exoneración provisional, como ya se ha mencionado, será otorgada por el juez del concurso previo trámite de audiencia a los acreedores, teniendo que ser el propio deudor quien la solicite. Parece que la oposición a la concesión del beneficio sólo podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos del artículo 178 bis 3 de la Ley Concursal para ser deudor de buena fe, y en el caso de no haber atendido los créditos exigidos y presentar un plan de pagos, en objeciones al mismo. La oposición se tramitará por el cauce de incidente concursal y concluirá por medio de Sentencia.

Asimismo, es importante subrayar que la exoneración de deudas no es completa, ya que fuera quedan las deudas de las administraciones públicas, así como tampoco se remitirán las deudas por alimentos derivadas de sentencias de divorcio. Respecto a los créditos hipotecarios, cabe decir que siguen estando fuera del concurso, aunque el RDL 1/2015 sí establece que la parte de la hipoteca no cubierta con la ejecución de la garantía quedará exonerada. El beneficio tampoco se extiende a los obligados solidariamente con el concursado ni a sus

avalistas. Por lo tanto, cuando se prevé que el juez “declara la exoneración del pasivo pendiente”, se refiere exclusivamente a los créditos ordinarios y subordinados pendientes, con excepción de los créditos de derecho público y por alimentos, así como al cónyuge del concursado respecto a las deudas anteriores al concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

La revocación del beneficio de exoneración, por su parte, está condicionada a que el deudor actúe dentro de los cinco años siguientes a la concesión del beneficio dentro de los parámetros establecidos para apreciar buena fe, no incumpla el plan de pagos, no vea mejorada de manera sustancial su situación económica y no se inste su revocación por ningún acreedor. El apartado 7 del artículo 178 bis establece que durante los cinco años siguientes a su concesión provisional, cualquier acreedor concursal podrá solicitarla al juez cuando el deudor exonerado incurriera en alguna circunstancia del apartado 3 del 178 bis que hubiera impedido la concesión del beneficio, si hubiera incumplido la obligación de pago de las deudas no exoneradas, si mejorase su situación económica de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes o si se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.

La solicitud de revocación se tramitará por el cauce del juicio verbal, y en el caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperarán las acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos, volviendo el mismo al estado previsto en el artículo 1.911 del Código Civil.

Concluye el nuevo artículo 178 bis en su apartado 8 con la remisión definitiva de deudas. La conversión en definitiva de la exoneración provisional del pasivo insatisfecho exige el transcurso de cinco años sin que se haya revocado el beneficio. La falta de oposición de los acreedores, que asumen una suerte de papel de árbitros en la obtención del beneficio, se equipara por tanto a la condonación de deudas. Transcurrido dicho plazo sin la revocación del beneficio y entendemos que acreditando, en su caso, el cumplimiento del plan de pagos y el pago de las deudas no remitidas, aunque el precepto no lo señale, a solicitud del deudor, el juez del concurso deberá dictar auto reconociendo el carácter de definitivo del beneficio.

3. Tercera Oportunidad

El segundo párrafo del artículo 178 bis 8 de la Ley Concursal establece una última alternativa para acogerse a la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho que, por su significancia, merece a mi juicio una mención separada.

Atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia a los acreedores, el deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos que no tuviesen la consideración de inembargables durante el plazo de cinco años desde la concesión del beneficio provisional, también podrá acogerse a la exoneración definitiva. A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011.

Se da por tanto en esta tercera oportunidad una liberalización del régimen, pesando sobre los acreedores la posibilidad de exonerar al deudor de buena fe que, pese a haber incumplido el plan de pagos y no habiendo abonado las deudas no remitidas, haya destinado a tal efecto el cincuenta por ciento de sus ingresos.

A falta de oposición de los acreedores, el juez dictará resolución reconociendo el carácter de definitivo del beneficio contra el que no cabrá recurso alguno.

4. Acuerdo extrajudicial de pagos

El régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos también ha sido modificado por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero. Esta figura es autónoma al régimen de segunda oportunidad, si bien merece, cuando menos, una mención en este análisis sobre la insolvencia personal, dado que la norma trata de potenciarla de forma significativa, constituyendo además una estación de tránsito para la liberación de deudas.

El acuerdo extrajudicial de pagos fue una medida incorporada por la Ley 14/2013 de apoyo al emprendedor y su internacionalización. Si bien resultaba necesaria la adopción de alguna medida que permitiera a empresas y empresarios la consecución de algún tipo de acuerdo con sus acreedores que evitara el tan temido concurso, la institución adolecía de una serie de defectos que el Real Decreto-Ley 1/2015 trata de solventar.

Es de vital importancia la modificación respecto al ámbito subjetivo del acuerdo extrajudicial de pagos, que si bien inicialmente excluía a la persona natural no empresario, ahora permite el acceso al mismo a toda persona física, empresario o no. La norma establece, eso sí, una serie de limitaciones algo injustificadas, entre las que cabe destacar que el pasivo no supere los cinco millones de euros y que el deudor no haya alcanzado otro acuerdo extrajudicial en los cinco años anteriores, circunscribiendo por tanto la institución a pequeños deudores y empresas, y dificultando la negociación extrajudicial como previo a la vía judicial.

La tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos se inicia con la solicitud del deudor de nombramiento de un mediador concursal. En el caso de persona física, tiene necesariamente que ser el propio deudor quien impulse esta solicitud, que debe reunir los requisitos previstos en el artículo 231 de la Ley Concursal.

La solicitud debe presentarse ante el notario de su domicilio en el caso de las personas naturales no empresarios, quien impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores o designará a un mediador concursal. En el caso de empresarios, la presentación se extiende a las Cámaras de Comercio, siempre que éstas asuman las funciones de mediación a través de una comisión encargada, en la que figurará al menos un mediador concursal.

Una de las novedades destacables, es que el propio acta de nombramiento del mediador concursal deberá fijar la retribución de éste, pese a que el régimen reglamentario para el cálculo de honorarios está aún pendiente de desarrollo.

La iniciación del expediente permite al deudor continuar su actividad habitual sujeta a restricciones, ya que le obliga a abstenerse de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro de su tráfico habitual. Los acreedores, por su parte, no podrán iniciar ni continuar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor durante un plazo máximo de tres meses en caso de empresarios y dos meses en caso de persona natural, prohibición que se extiende a la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, novedad importante que merece ser reseñada. Se produce asimismo la exclusión por ley del devengo de intereses durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, respecto de los créditos afectados.

Convocada la reunión con los acreedores, el mediador concursal deberá presentarles una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que cuente con el consentimiento del deudor. El contenido de la propuesta, que se ha ampliado notoriamente con el Real Decreto-Ley 1/2015, condiciona las quitas y las esperas del acuerdo al porcentaje de votos favorables recibidos, contemplando en algunos supuestos quitas sin límites y permitiendo esperas de hasta diez años. Se mantiene la cesión de bienes, y salvo en el caso de las personas naturales, se introducen otras medidas como la capitalización de deuda o la conversión de la misma en prés-

tamos participativos. El complicado régimen de mayorías para la aprobación del acuerdo se regula en el artículo 238 de la Ley Concursal.

El mediador concursal debe supervisar el cumplimiento del acuerdo y del plan de pagos, y hacerlo constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. Sin embargo, en caso de incumplimiento o si no se lograra el acuerdo, instará el concurso del deudor, que se abrirá directamente en fase de liquidación, salvo que el deudor sea empresario, en cuyo caso cabrá la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio.

El concurso consecutivo se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento. Se regirá por lo dispuesto para el procedimiento abreviado con una serie de especialidades reseñadas en el apartado 2 del artículo 242 de la Ley Concursal.

Tras completarse la liquidación del patrimonio del deudor, además de los casos de conclusión por insuficiencia de masa activa, éste podrá acogerse al régimen de segunda oportunidad.

IV. CONCLUSIONES

No cabe duda de que la ley de Segunda Oportunidad supone un paso adelante en la regulación del régimen de insolvencia de las personas físicas, sin duda, el más importante dado hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico. El Real Decreto-Ley 1/2015 profundiza en el camino iniciado por la Ley de Emprendedores de 2013, superando en gran parte el obstáculo que suponía la hegemonía del principio de responsabilidad patrimonial universal. Con una regulación más detallada y una previsión más generosa que nunca de aplicación del beneficio, la norma merece sin género de duda una valoración general positiva, si bien algunos aspectos concretos han sido duramente criticados.

Algunas de las críticas suscitadas por la nueva norma, pasan por la naturaleza de los créditos que no pueden ser remitidos. Por un lado, se dejan fuera los créditos de derecho público. Cabría pensar que pudieran alargarse los periodos de aplazamiento o plantearse quitas y reducciones para este tipo de créditos, pero la protección de la que gozan las entidades públicas en nuestro ordenamiento jurídico hace que sea inimaginable en nuestra realidad actual una norma que favorezca el impago de este tipo de créditos. Así las cosas, las deudas con Hacienda y Seguridad Social de autónomos y empresarios, pese a ser mitad privilegiadas generales y mitad créditos ordinarios, no podrán ser remitidas. Por otro lado, al quedar fuera de la exoneración los avalistas de los préstamos personales e hipotecarios, las implicaciones para las entidades de crédito son muy bajas, ya que les bastará con exigir garantes personales para asegurar el pago de sus créditos.

También ha sido ampliamente comentado que no se haya previsto la dación en pago como medio de liberación de las obligaciones. Personalmente entiendo que si este medio de extinción de deudas no fue el acordado al contraerse la obligación, no parece equitativo permitir la incuso antes de constatar definitivamente la insolvencia deudor, y menos aún, dejarla a la exclusiva voluntad de éste. Por otro lado, cabe decir el Real Decreto-Ley 1/2015 no excluye en la práctica la liberación de obligaciones mediante la dación en pago de un determinado bien, siempre que constituya el único patrimonio del deudor.

Mención aparte merece el elevado umbral del pasivo mínimo que la Ley de Segunda Oportunidad exige satisfacer al deudor para que pueda acogerse al beneficio de exonera-

ción. Esta causa puede ser tal vez, la que provoque que la tan esperada Ley de Segunda Oportunidad acabe siendo más relevante a efectos de trascendencia teórica que práctica. Si bien es cierto que el apartado 3º del artículo 178 bis prevé la posibilidad de abonar los créditos no remitidos mediante un plan de pagos en un plazo de cinco años, no debemos olvidar que el deudor sólo puede acogerse a esta previsión una vez se haya liquidado la totalidad de su patrimonio, y por ende, cuando sólo disponga de unos ingresos mínimos generalmente inembargables. Por todo ello, es a mi juicio la opción planteada bajo el epígrafe de “tercera oportunidad” la auténtica opción real de rescate que la Ley alberga para las personas físicas, en la que, pese a no haber atendido las deudas no remitidas, pueden llegar a verse beneficiadas de la exoneración íntegra, siempre que los acreedores así lo consientan.

Otra de las previsiones que ha suscitado importantes reticencias es la posibilidad de que todo el sistema de exoneración previsto puede no ser definitivo y el pasivo exonerado pueda “resucitar”. Si bien es cierto que la Ley trata de no favorecer al deudor profesional con esta medida, pero sí permitir al deudor de buena fe emprender de nuevo, es conveniente recordar que nadie se coloca en esta situación de forma voluntaria, y que quien sí lo hace, puede llegar a enfrentarse a consecuencias penales. Por tanto, y máxime una vez liquidada la totalidad del patrimonio del deudor en beneficio de los acreedores, no se debiera imponer un sistema tan garantista que aboque a que el fracaso de un pequeño proyecto profesional conlleve a la muerte empresarial del autónomo. Como establece el Banco Mundial y han recalado numerosos profesionales: “los beneficios de la exoneración de deudas pueden convertirse en ilusorios si no se respeta la exoneración de deudas una vez que el procedimiento concursal ha concluido”.

A pesar de las debilidades de la nueva Ley de Segunda Oportunidad aquí expuestas, no conviene olvidar que el objetivo de un proceso concursal es conciliar los intereses de acreedores y deudores mediante unos procedimientos con garantías que permitan afrontar el pago de las deudas de forma ordenada, y que por tanto, la remisión de deudas mediante la condonación de las mismas, debe ser tratada como una excepción adecuadamente delimitada y revestida de las cautelas necesarias para que el fin último del concurso no se vea frustrado.

Así, la nueva Ley trata de aunar la consecución de los objetivos del concurso de acreedores y la posibilidad de otorgar una nueva oportunidad al deudor de buena fe. Si bien la intención del legislador merece inexorablemente una valoración positiva, la plasmación normativa de dicha intención es mejorable, y sin lugar a dudas, lo será con el tiempo atendiendo a las necesidades reales de los deudores persona física y poniendo la mirada en la regulación dada a la insolvencia personal en países con una técnica legislativa más avanzada en esta materia.

EL RETO DE LA SEGURIDAD ENERGÉTICA PARA LA UNIÓN EUROPEA

FRANCISCO J. RUIZ GONZÁLEZ

Capitán de Fragata de la Armada

Doctor en Seguridad Internacional por la UNED

Profesor de la Escuela Superior de las FAS

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2015

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2015

RESUMEN: *La carencia de recursos propios hace que la seguridad energética sea uno de los principales retos a los que se enfrenta la Unión Europea. Las Primaveras Árabes y el conflicto de Ucrania han puesto nuevamente de relieve la excesiva dependencia de las fuentes externas de suministro, y parecen estar impulsando la constitución de una auténtica “unión Energética” entre los Estados miembros, de modo que definitivamente se coordinen las políticas nacionales en este ámbito.*

ABSTRACT: *Due to the lack of own resources, energy security becomes one of the main challenges faced by the European Union. The so-called Arab Spring and the conflict in Ukraine have once again highlighted the excessive dependence of external supply sources, and seem to be fostering the constitution of a real “Energy Union” among the member states, in order to eventually coordinate the national policies in this realm.*

PALABRAS CLAVE: Seguridad, Energía, Unión Europea, Rusia, Ucrania, petróleo, gas, Unión Energética, gaseoductos.

KEY WORDS: Security, Energy, European Union, Russia, Ukraine, oil, gas, Energy Union, gas pipelines.

SUMARIO: *1. Introducción.- 2. Seguridad energética y Unión Europea: 2.1. La pretendida “europeización” de la política energética. 2.2. Los riesgos geopolíticos de la diversificación de fuentes. 2.3. Las relaciones UE-Rusia en el ámbito de la energía.- 3. Los recursos energéticos en la región europea y euroasiática: 3.1. Reservas, producción, consumo y comercio de petróleo. 3.2. Reservas, producción, consumo y comercio de gas. 3.3. La geopolítica de los gaseoductos.- 4. La respuesta de Bruselas: la unión energética.- 5. Conclusiones y perspectivas.- Bibliografía básica.*

1. INTRODUCCIÓN

La insuficiencia de recursos energéticos propios para cubrir las necesidades de consumo obliga a la Unión Europea (UE) a abastecerse desde el exterior, de un modo similar a lo que ocurre con otras materias primas. Sin embargo, el carácter estratégico de la energía ha convertido su comercio en algo de mucha más trascendencia que un simple intercambio mercantil, hasta llegar a ocupar un lugar clave en la seguridad nacional de los Estados miembros.

Precisamente la Estrategia de Seguridad Nacional¹ española de 2013 aborda la cuestión de la seguridad energética, y la considera dependiente de tres factores: una oferta adecuada a precios asumibles; la seguridad de las instalaciones y los medios de transporte; y la sensibilidad medioambiental.

Comenzando por el último factor, la Estrategia considera el cambio climático como el gran desafío ambiental y socioeconómico del siglo XXI. En la lucha contra el calentamiento global la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero juega un papel fundamental, y para lograrlo la UE fomenta la “decabornización” de la economía, esto es, la progresiva reducción del consumo de hidrocarburos (petróleo, gas natural y carbón) y su sustitución por fuentes de energía limpias, en especial las renovables.

Por lo que respecta a la seguridad de las instalaciones, ésta se engloba en el ámbito de la protección de las infraestructuras críticas, y exige una cercana colaboración entre los organismos oficiales y las corporaciones privadas, ya que la mayoría de esas infraestructuras han dejado de ser de propiedad estatal. En el caso de los medios de transporte se verifica esa misma transferencia de responsabilidad de lo público a lo privado, con la excepción de lo referido a la protección de las rutas marítimas.

Pero es en el primer factor, la oferta adecuada a precios asumibles, en el que centraremos principalmente nuestro análisis. Resulta evidente que los criterios economicistas deben primar a la hora de determinar cuál es ese precio asumible de los suministros energéticos, pero no deben ser los únicos a la hora de establecer qué es y qué no es una oferta adecuada.

Así por ejemplo, el suministro de petróleo o gas desde el Golfo Pérsico puede ser plenamente razonable desde un punto de vista económico, pero la inestabilidad geopolítica de la región podría desaconsejar el depender de esos suministros. A ello se suma la cuestión de la inseguridad de las rutas marítimas que esos recursos deben recorrer para llegar a Europa, e incluso el uso que alguno de esos países pueda hacer de los beneficios obtenidos para fomentar el radicalismo islámico, poniendo en peligro nuestra seguridad.

Por todo lo expuesto, en el presente artículo abordaremos la cuestión de la seguridad energética de Europa desde un punto de vista principalmente geopolítico, siendo conscientes de que no siempre las conclusiones alcanzadas serán las más recomendables desde un punto de vista económico.

2. SEGURIDAD ENERGÉTICA Y UNIÓN EUROPEA

La cuestión de la seguridad energética ha sido una preocupación constante para la UE, por dos motivos principales: que la exigua producción de hidrocarburos de los Estados miembros no alcanza a cubrir, ni de lejos, sus necesidades de consumo; y que los países productores que cubren ese desfase se encuentran, por lo general, en regiones altamente inestables, lo que origina incertidumbre sobre la constancia del suministro.

Esa preocupación se ha visto reflejada en los diversos documentos doctrinales que la UE ha venido aprobando en el marco de su Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

¹ *Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido*, Madrid, mayo de 2013, p. 23, disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf, último acceso 23 de abril de 2015.

Así por ejemplo, en la “Estrategia Europea de Seguridad” (EES) de 2003² se afirmaba que “La dependencia energética es motivo de especial inquietud en Europa, que es el mayor importador de petróleo y de gas del mundo [...] La mayor parte de las importaciones de energía proceden del golfo Pérsico, de Rusia y del norte de África”.

Tras la primera “guerra del gas” entre la Federación de Rusia y Ucrania en enero de 2006, la cuestión energética pasó a considerarse un reto para la seguridad global de Europa. Según el “Informe sobre la aplicación de la EES” de 2008³, la respuesta a ese reto pasaba por lograr en el plano interno un mercado energético más interconectado, y por establecer mecanismos de crisis para hacer frente a las perturbaciones temporales del suministro.

Sin embargo, es mucho más relevante la dimensión exterior de las medidas planteadas, ya que el Informe abogaba por lograr una mayor diversificación de los combustibles, de las fuentes de suministro y de las rutas de tránsito. El hecho es que muchos de los miembros más orientales de la UE dependían por completo del gas importado desde Rusia, lo que les dejaba en una posición vulnerable frente a una nueva crisis entre Moscú y Kiev, ya que Ucrania era entonces el país de tránsito del 80% del gas ruso a Europa.

Esa nueva crisis llegó, corregida y aumentada con respecto a la de 2006, en enero de 2009, cuando los desacuerdos sobre el precio a pagar por parte de la corporación estatal ucraniana Naftogaz llevó a la rusa Gazprom a cortar el suministro. Las autoridades de Ucrania optaron entonces por apropiarse del gas en tránsito por su territorio, lo que llevó a Rusia a detener por completo los envíos, dejando a la Europa Oriental congelada en lo más crudo del invierno⁴.

La lección aprendida de las guerras del gas de 2006 y 2009 fue muy diferente: para la Comisión Europea, se demostró la falta de fiabilidad de Rusia como suministrador; para otros países como Alemania, Francia o Italia, la culpa recaía en Ucrania, por lo que optaron por establecer rutas de suministro alternativas, como el gaseoducto “Nord Stream” en el Mar Báltico, que evitasen el tránsito no sólo por ese país, sino también por Polonia o los Bálticos⁵.

En lo relativo a las necesidades futuras de suministro de gas a Europa, en octubre de 2014 se hizo público un estudio⁶ en el horizonte temporal de 2040, partiendo de las siguientes asunciones:

- De 2015 a 2040 el consumo mundial de gas crecerá un 48% hasta los 5.300 bcm anuales (un incremento medio del 1,6% anual).

² Una Europa segura en un mundo mejor: Estrategia Europea de Seguridad, Bruselas, 12 de diciembre de 2003, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIES.pdf>, último acceso 21 de abril de 2015.

³ Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad: ofrecer seguridad en un mundo en evolución, Bruselas, 11 de diciembre de 2008, disponible en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/ES/reports/104637.pdf, último acceso 21 de abril de 2015.

⁴ Para un completo estudio de esta crisis, ver VV.AA., “2009 gas conflict and its consequences for European energy security”, *The EU-Russia Centre Review*, núm. 9, junio de 2009, pp. 30-47, disponible en <http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Articles/Detail/?ots591=0c54e3b3-1e9c-be1e-2c24-a6a8c7060233&lng=en&v33=110607&id=105727>, último acceso 22 de abril de 2015.

⁵ Ver F. RUIZ, “Novedades y tendencias en la geopolítica europea del gas”, *Documento de Análisis del IESE*, núm. 31/2011, noviembre de 2011, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2011/DIEEEA31_2011GasRuiz.pdf, último acceso 22 de abril de 2015.

⁶ VV.AA., “Business as usual: European gas market functioning in times of turmoil and increasing import dependence”, *Brookings Policy Brief*, núm.14-05, octubre de 2014, pp. 11-20, disponible en http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Papers/2014/10/european%20gas%20market%20import%20dependence/business_as_usual_final_2.pdf, último acceso 24 de abril de 2015.

- En el mismo periodo, la demanda europea crecerá un 20% (un incremento medio del 0,6% anual, inferior por tanto al global).
- La producción en Europa caerá hasta 208 bcm en 2020, y hasta 199 bcm en 2040 (incluyendo 20 bcm de gas de esquisto).

El escenario base contempla un precio del barril de Brent de 100 dólares; que todos los contratos rusos de suministro se prolongan 10 años, con un 65% de los suministros indexados al precio del petróleo y el restante 35% a precios de *spot market*; que el sistema ucraniano de tránsito de gas sigue siendo accesible; y que se construye el gaseoducto “South Stream” en el Mar Negro. Para ese escenario base, las principales previsiones del estudio son:

- Las importaciones de LNG pasarán de 66 en 2015 a 146 bcm en 2040, compensando la caída de la producción interna, mientras que las importaciones por gaseoducto sólo subirán de 219 a 238 bcm.
- El consumo de la UE cubierto por gaseoducto desde Rusia bajará del 31% de 2015 al 23% de 2040 (año en que se importarán 32 bcm de LNG ruso).
- Los precios disminuirán entre 2015 y 2020 por la llegada de mayor cantidad de LNG, pero después crecerán por la demanda asiática.

El resumen de todo lo expuesto es que la UE va a seguir necesitando de fuentes externas de suministro, y que Rusia va a seguir jugando un papel fundamental para cubrir esa necesidad. No obstante, las iniciativas en este ámbito han puesto nuevamente de manifiesto dos importantes aspectos de la política exterior rusa: su identificación de los recursos energéticos como un instrumento fundamental del poder nacional, y la actitud de desafío al statu quo de los caóticos para Moscú años 90.

2.1. La pretendida “europeización” de la política energética.

El intervencionismo de la Comisión Europea en el ámbito de la energía, en especial tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, se plasmó en la Estrategia Energética Europea 2020⁷, y en la Comunicación sobre la seguridad del abastecimiento y la cooperación internacional⁸. Este proceso denominado *europeización* de la política energética ha sido estudiado en profundidad en otros documentos⁹, por lo que sólo destacaremos los principales aspectos que afectan a nuestro análisis.

La europeización de la política energética exterior se mueve en un complicado equilibrio, ya que los criterios reguladores y economicistas de la Comisión contrastan con las realidades geopolíticas, adaptadas a los intereses nacionales, la historia y la geografía de cada uno de los Estados Miembros.

⁷ *Energy 2020: A strategy for competitive, sustainable and secure energy*, Bruselas, 10 de noviembre de 2010, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0639:FIN:EN:PDF>, último acceso 22 de abril de 2015.

⁸ *Sobre la seguridad del abastecimiento energético y la cooperación internacional*, Bruselas, 7 de septiembre de 2011, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0539:FIN:ES:PDF>, último acceso 22 de abril de 2015.

⁹ Ver G. ESCRIBANO, “La hora de Europa, también en política energética exterior”, *Documento de Trabajo 2/2012*, Real Instituto Elcano, enero de 2012, disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/programas/energiamcambioclimatico/publicaciones/dt2-2012, último acceso 23 de abril de 2015.

Así, gran parte de la UE dispone de conexiones de gran capacidad por gaseoducto con Rusia¹⁰, pero se encuentra expuesta a cortes de suministro como los mencionados, mientras que las zonas periféricas del Mediterráneo carecen de conexiones adecuadas con el resto de la UE, y dependen en gran parte de otras regiones como el Norte de África y Oriente Medio, de gran inestabilidad desde que se iniciaron las revueltas de la Primavera Árabe en 2011.

Uno de los paradigmas manejados por la Comisión es el de la diversificación de los abastecimientos, por lo que se pretende que todas las regiones europeas dispongan, al menos, de dos fuentes diferentes de suministro de gas. Para ello, las tres grandes infraestructuras propuestas son: el Corredor Sur, desde el Caspio, Asia Central y Oriente Medio; el Corredor Norte-Sur, de conexión de los mares Báltico, Negro, Adriático y Egeo; y el Norte-Sur en Europa Occidental, que enlazaría con África.

Estas infraestructuras requieren de enormes inversiones, que no se pueden rentabilizar salvo que las corporaciones que las financian mantengan el monopolio del acceso. Sin embargo, la legislación europea del “Tercer Paquete de la Energía” va en sentido contrario, al pretender aplicar el principio de separación de actividades, obligando a las grandes corporaciones productoras a desprenderse de sus activos de transmisión.

No obstante, los planes de la Comisión se vieron modificados por Alemania y Francia, que no estaban dispuestas a que sus monopolios estatales perdieran la propiedad de sus redes de transporte. Por ello, compañías como EDF o RWE sólo cedieron la operativa de las redes a empresas independientes del sistema, quedando teóricamente sometidas a una auditoría externa.

En el caso de terceros países, la normativa comunitaria prohíbe que una empresa energética compre una compañía europea del sector si no cumple los requisitos de desacoplo entre generación y transmisión, lo que muy elocuentemente se ha denominado “cláusula Gazprom”. Sin embargo, y a pesar de esta fijación de Bruselas con el gigante ruso, nuevamente Alemania consiguió matizarla al incluir la posibilidad de que mediante un acuerdo bilateral se pueda autorizar la compra de activos sin cumplir la cláusula.

El resumen es que los principales miembros de la UE, en especial Alemania¹¹, no estaban dispuestos (al menos hasta la actual crisis de Ucrania) a que la Comisión echase a perder su privilegiada relación con Rusia, que por ejemplo le ha permitido anunciar tras la catástrofe de Fukushima el futuro cierre de todas sus centrales nucleares, y antepone sus intereses nacionales al respaldo a las medidas, abiertamente anti rusas, adoptadas en Bruselas.

2.2. Los riesgos geopolíticos de la diversificación de fuentes.

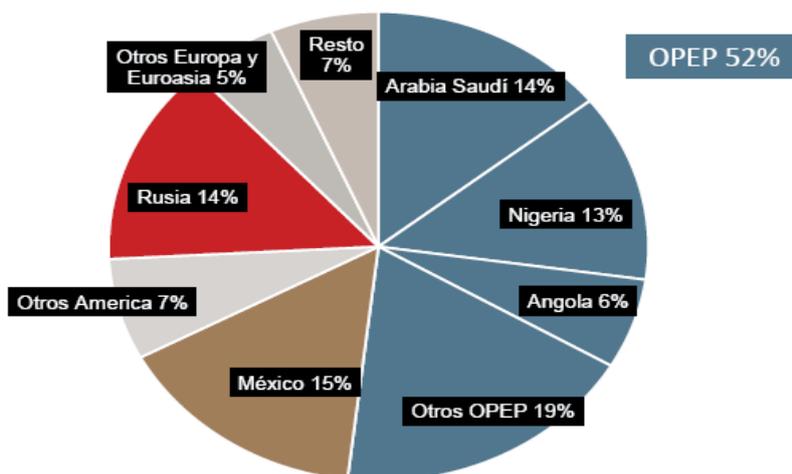
Regresando al principio fundamental de la política energética de la UE, la diversificación de las fuentes de suministro, intentaremos demostrar que la adherencia *sine qua non* a este concepto entraña una serie de importantes riesgos geopolíticos, y lo haremos estudiando el caso español. España tiene una total dependencia del exterior para el suministro

¹⁰ Ver A. COHEN, “Europe’s strategic dependence of Russian energy”, *Backgrounder*, The Heritage Foundation, núm. 2083, 5 de noviembre de 2007, disponible en <http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/13043.pdf>. [Consulta: 26 noviembre 2014]; y A. GOLDTHAU, “Rhetoric versus reality: Russian threats to European energy supply”, *Energy Policy*, Vo. 36, núm. 2, febrero de 2008, pp. 686-692.

¹¹ Sobre la política energética alemana, ver M. SOLERA, “La política exterior alemana de diversificación energética: principios y líneas de acción (1998-2012)”, *Documento de Trabajo 11/2012*, Real Instituto Elcano, septiembre de 2012, disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/programas/energiamcambioclimatico/publicaciones/dt11-2012_solera_alemania_energia_politica_exterior, último acceso 23 de abril de 2015.

tro de hidrocarburos, y su política energética se ha basado en diversificar geográficamente su origen, de modo que el fallo de uno de ellos tuviese un impacto limitado y fácilmente asumible.

Porcentaje por países del suministro de petróleo en 2013.



Fuente: *Ministerio de Industria*

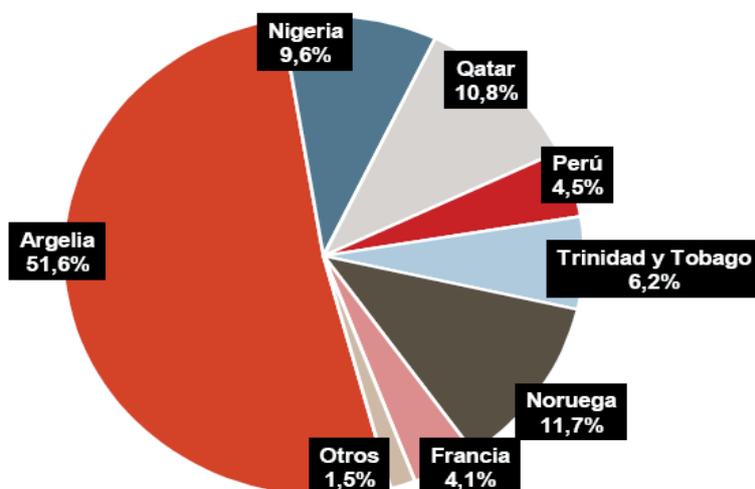
En el caso del petróleo, en el año 2013 nuestros principales suministradores fueron México (15%) Rusia (14%), Arabia Saudita (14%), y Nigeria (13%). Como se comprueba, la diversificación no podría ser mayor, pero analicemos más en detalles algunos de los países que componen ese mix:

- Arabia Saudí: el régimen de los al-Saud financia el proselitismo de su versión radical del Islam, el wahabismo, contribuyendo a fanatizar a sectores de la población musulmana de tendencias más moderadas.
- Nigeria: el grupo islamista “BokoHaram”¹² ha intensificado su campaña terrorista, a lo que se une el crimen organizado del Delta del Níger que actúa contra los intereses petrolíferos.

El panorama, por tanto, no parece muy alentador, y tal vez desde un punto de vista centrado en la Seguridad con mayúsculas no sería descabellado aumentar la dependencia de países más estables geopolíticamente, como Rusia o México. Cabe añadir que en los últimos años España ha tenido que prescindir de dos de sus suministradores habituales, Irán (por las sanciones impuestas por la UE) y Libia (por el caos en que se encuentra sumida). Un análisis similar se puede hacer para las importaciones españolas de gas, que en 2013 tuvieron los siguientes orígenes geográficos:

¹² Al respecto, ver M. LABORIE, “BokoHaram: el terrorismo yihadista en el norte de Nigeria”, *Documento Informativo*, núm. 39/2011, Instituto Español de Estudios Estratégicos, octubre de 2011.

Porcentaje por países del suministro de gas en 2013



Fuente: *Ministerio de Industria*

Como se aprecia, en este caso el porcentaje representado por Argelia, un 51,6%, es sensiblemente superior al 15% máximo establecido para el petróleo, siendo los siguientes suministradores Noruega (11,7%), Qatar (10,8%) y Nigeria (9,6%). Dado el aislamiento de la Península Ibérica de las principales redes gasísticas europeas, España ha apostado mayoritariamente por el LNG, con la notable excepción de Argelia con la que nos unen dos infraestructuras:

- El Magreb-Europa, que entró en servicio en 1996 con una capacidad de 13,6 bcm, y que une a Argelia y España a través de Marruecos.
- El MEDGAZ, que entró en servicio en 2011 con una capacidad de 8,36 bcm, y que une a Argelia y España a través del Mediterráneo.

A diferencia de los restantes países del Norte de África, Argelia ha permanecido relativamente ajena a las tensiones de la Primavera Árabe, y cabe recordar que incluso durante su cruenta guerra civil de los años 90 nunca interrumpió los suministros a España, por lo que se la puede considerar un país geopolíticamente estable y además muy próximo al continente europeo. Por otra parte, el caso de Nigeria es idéntico al del petróleo¹³, mientras que los comentarios realizados sobre Arabia Saudí son de plena aplicación a Qatar.

2.3. Las relaciones UE-Rusia en el ámbito de la energía

El diálogo energético entre la UE y Rusia¹⁴ se enmarca en las negociaciones de renovación del “Acuerdo de Cooperación y Asociación” (firmado en 1994 y caducado desde 2007), y se articula en cuatro temas: estrategias energéticas, predicciones y escenarios, desarrollo de mercados, y eficiencia energética. Algunas de sus conclusiones sobre Rusia son¹⁵:

¹³ Existe el proyecto de un gaseoducto Trans-Sahariano que desde Nigeria llegue hasta Argelia (y de ahí a Europa), con una capacidad de entre 20 y 30 bcm anuales, pero la actual inseguridad del Sahel, con episodios como la intervención militar internacional en Mali para hacer frente a las redes terroristas islamistas, hacen muy dudoso que esa infraestructura llegue a ser viable algún día.

¹⁴ S. FURFARI, *El mundo y la energía: desafíos geopolíticos*, Vol. II, Eixo Atlántico do Noroeste Peninsular, Vigo, 2010, pp. 131-141.

¹⁵ A. PREBALGS, “EU-Russia energy dialogue at the origins of the European Foreign Energy Policy”, *EU-Russia energy relations*, núm. 9, EU-Russia Centre, junio de 2009, pp. 8-19.

- Rusia precisa de inversiones en su sector de la energía, lo que debería llevar al Kremlin a reducir las barreras al capital foráneo.
- Se debe optimizar el uso de las infraestructuras ya existentes, como las terminales petrolíferas de los mares Báltico y Negro.
- Es preciso mejorar la eficiencia energética, en especial reduciendo la cantidad de gas quemado en los yacimientos petrolíferos.

En todo caso, y a pesar del interés mutuo, las relaciones siguieron presididas por la tensión. Precisamente a principios de 2013, antes del comienzo de la crisis de Ucrania, pareció percibirse un cambio de tendencia cuando se aprobó la “Hoja de Ruta para la Cooperación Energética UE-Rusia hasta 2050”¹⁶, documento que cubre los mercados de la electricidad, el gas, el petróleo, y las renovables, además de asuntos transversales a todos ellos y la cuestión fundamental de la eficiencia energética.

Ese documento comienza por reconocer algo fundamental, como es la mutua dependencia en este ámbito de los dos actores, ya que si Rusia es un suministrador clave de energía a la UE, la vecindad de Rusia con un mercado avanzado de 500 millones de consumidores es de una importancia similar para Rusia. Esta relación biunívoca debería permitir fortalecer las sinergias y establecer una cooperación estratégica a largo plazo.

En un entorno geopolítico cambiante, el objetivo debería ser el lograr un “Espacio Paneuropeo de la Energía”, con una red de infraestructuras integrada y funcional, mercados transparentes, eficientes y competitivos, que contribuya a garantizar la seguridad energética y a alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible de la UE y Rusia.

En lo referente al gas natural, los objetivos de la industria rusa incluyen un incremento de la producción poniendo en servicio nuevos depósitos, que compensen el agotamiento de los actuales; la renovación de las redes de transporte y el desarrollo de otras nuevas; el desarrollo de la producción y exportación de LNG; y la liberalización del mercado del gas, posibilitando el acceso no-discriminatorio de diversas compañías a las infraestructuras.

Por lo que respecta a la UE, el objetivo es el asegurar una energía segura, sostenible y de un coste asumible para contribuir a su competitividad, y aunque se aboga por una “decarbonización” de la economía, de entre los combustibles fósiles el gas natural es el preferido, por ser el más económico, el menos contaminante, y un adecuado respaldo a la intermitencia en el suministro de las fuentes renovables.

En lo relativo a los estudios prospectivos sobre la evolución del consumo de gas natural en la UE, las conclusiones no son concluyentes ya que varían mucho de uno a otro, sobre todo por el hecho de que dependerá de factores inciertos como el precio del gas comparado con el de otras fuentes, la evolución de la economía, el desarrollo de la tecnología de captura y almacenamiento de gases contaminantes, etc.

Sin embargo, y a pesar de esas incertidumbres y del crecimiento del mercado asiático, en 2035 la previsión es que Rusia sea el mayor productor mundial de gas y la UE su principal cliente. Por ello, se debe reducir la sombra de la duda que ha presidido las relaciones mutuas en los últimos años:

¹⁶ *Roadmap EU-Russia Energy Cooperation until 2050*, marzo de 2013, disponible en http://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2013_03_eu_russia_roadmap_2050_signed.pdf, último acceso 24 de marzo de 2015.

- En el lado de la UE, se cita la necesidad de que Rusia sea regularmente informada de las perspectivas a largo plazo de la demanda de gas, para planificar las nuevas inversiones¹⁷.
- En el lado de Rusia, la UE debe ser informada de la capacidad a largo plazo de proporcionar gas a Europa, facilitando las inversiones de la Unión en el mercado energético ruso.

3. LOS RECURSOS ENERGÉTICOS EN LA REGIÓN EUROPEA Y EUROASIÁTICA

Anualmente la corporación BP elabora la publicación “Revisión Estadística de la Energía Mundial”¹⁸, referencia básica para cualquier análisis de nuestro objeto de estudio. En su edición más reciente, algunos de los datos más relevantes referidos a Eurasia (región que abarca, a grandes rasgos, la UE y las ex Repúblicas Soviéticas) son los recogidos en los siguientes epígrafes.

3.1. Reservas, producción, consumo y comercio de petróleo

En lo referido al petróleo, las reservas probadas de Eurasia son de 147.400 millones de barriles (un 8,8% del total mundial), de los cuales nada menos que 90.000 millones corresponden a Rusia y 30.000 millones a Kazajstán (entre ambos países suman más del 81% del total de la región).

La producción global de Eurasia fue en 2013 de 17,3 millones de barriles diarios (un 20% del total mundial). En este caso, también es Rusia el mayor productor (con 10,8 millones de barriles), pero también destacan países occidentales como Noruega (con 1,83 millones de barriles) o el Reino Unido (con 866.000), aunque a ese ritmo de producción sus reservas se agotarían en 12,9 y 9,6 años respectivamente.

No obstante, a efectos de la seguridad energética del continente lo más relevante es comprobar si esa producción cubre las necesidades de consumo. En concreto, en 2013 se consumieron en Eurasia unos 18,645 millones de barriles diarios, una cifra no demasiado inferior a la de la producción. Sin embargo, en este caso la ecuación se invierte, ya que Rusia sólo consumió 3,31 millones de barriles (disponiendo, por tanto, de un excedente de 7,5 millones), mientras que países que carecen de recursos, como Alemania o Francia, consumieron respectivamente 2,38 y 1,68 millones de barriles diarios.

La conclusión es que la región euroasiática podría ser casi autosuficiente en lo relativo al suministro de petróleo, en caso de formarse un “Espacio paneuropeo de la Energía” de

¹⁷ Es decir, lo contrario de lo que promueve el Tercer Paquete de la Energía. Tomemos el caso de los gaseoductos que transportan, una vez en Alemania, el gas de Nord Stream, OPAL y NEL. Su coste fue de 1.300 millones de dólares, financiado por W&G (la alemana Wintershall, con el 51% de las acciones, y Gazprom con el 49%). En el OPAL W&G tiene el 80% de las acciones (E.ON Ruhrgas el 20% restante), y en NEL el 51% (la holandesa Gasunie el 25% y la belga Fluxys el 24%). Se trata, por tanto, de proyectos paneuropeos, que han solicitado quedar exentos de la obligación de facilitar el acceso a otras compañías, pero la simple presencia de Gazprom probablemente condicione una decisión contraria, lo que en la práctica equivale a una expropiación forzada de recursos.

¹⁸ *BP Statistical Review of World Energy*, junio de 2014, disponible en <http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/Energy-economics/statistical-review-2014/BP-statistical-review-of-world-energy-2014-full-report.pdf>, último acceso 21 de abril de 2015.

Lisboa a Vladivostok, complementando la producción propia con un pequeño suministro desde zonas geopolíticamente estables como México y el Caribe. Sin embargo, cuando se comprueban los flujos comerciales de petróleo se comprueba que la situación es muy diferente.

Así, Europa (excluida la antigua Unión Soviética) importó durante 2013 nada menos que 12,63 millones de barriles diarios (un 22,4% del total mundial), con la siguiente distribución por regiones suministradoras:

Región de origen	Millones de barriles día
Antigua URSS	5,98
Oriente Próximo	2,07
Norte de África	1,49
África Occidental	1,46

Fuente: elaboración propia con datos de BP

Como se comprueba, sólo la mitad de las necesidades importadoras de Europa se cubren con las exportaciones de las ex Repúblicas Soviéticas. Del resto, la mayor parte corresponde a regiones tan inestables como el Oriente Próximo, el Norte de África y el África Occidental. Por el contrario, 1,3 millones de barriles de la producción de la ex URSS se envían diariamente a China, en una tendencia que no hará sino aumentar en los próximos años.

Otra consideración relevante es que, a diferencia del suministro ruso que se realiza principalmente por el oleoducto *Druzhba*, el petróleo de otras regiones llega a Europa por vía marítima a bordo de petroleros, que en su tránsito están expuestos a riesgos como la piratería, los ataques terroristas, o incluso el cierre al tráfico de puntos clave como cuando el presidente egipcio Nasser nacionalizó el canal de Suez en 1956.

En todo caso, el carácter global del mercado del petróleo permite absorber, con relativa facilidad, un incidente aislado vinculado a la inseguridad de los espacios marítimos, o incluso la salida completa del mercado de un productor importante, como ocurrió con Irán en 2012 tras serle impuesto un embargo a sus exportaciones por parte de Occidente.

3.2. Reservas, producción, consumo y comercio de gas

En lo relativo al gas natural, en la región objeto de estudio las reservas probadas a finales de 2013 se situaban en 56.600 bcm¹⁹, lo que representa un 30,5% del total mundial, que al actual ritmo de producción dudarían 54,8 años más, incluso si no se descubriera ningún nuevo yacimiento.

Aunque el dato global es relevante para nuestro análisis, se debe tener en cuenta la muy desigual distribución por países. De entrada, Rusia representa más de la mitad, con unas reservas de 31.300 bcm, seguida por Turkmenistán con 17.500 bcm. Por contraste, en Occidente las mayores reservas corresponden a Noruega con 2.000 bcm y a los Países Bajos con solamente 900 bcm.

¹⁹ Siglas en inglés correspondientes a “*billioncubicmeters*” (miles de millones de m³), medida de uso habitual para el gas natural.

En resumen, la UE posee unas reservas probadas de 1.600 bcm, que representan un 0,8% del total mundial y se agotarían al actual ritmo de producción en 10,7 años, mientras que las ex Repúblicas Soviéticas disponen de 52.900 bcm, el 28,5% del total y equivalentes a 68,2 años de producción.

En lo relativo a la explotación de esas reservas, la producción anual en la región alcanza los 1.032,8 bcm, lo que representa el 30,6% del total mundial. Por países, Rusia es el mayor productor tras EEUU con 604,8 bcm (17,9% del total mundial), seguida de Noruega con 108,7 bcm y los Países Bajos con 68,7 bcm, mientras que Turkmenistán sólo produjo 62,3 bcm (un 1,8% del total mundial, a pesar de contar con unas reservas del 9,4%).

En el lado del consumo, el primer dato relevante es que en 2013 el total para la región fue de 1.064,7 bcm (31,7% del total mundial), cifra inferior al máximo histórico de 1.130,6 bcm alcanzado en 2008 antes de la gran crisis económica. Si comparamos esa cifra con la ya mencionada de la producción (1.032,8 bcm), vemos que al igual que ocurría en el caso del petróleo la región podría ser prácticamente autosuficiente.

Dividiendo el consumo en las dos grandes sub-zonas consideradas, el de la UE alcanzó los 438,1 bcm (produjo 146,8, resultando un déficit de 291,3 bcm), mientras que la CEI consumió 575,5 bcm (produjo 776,5, resultando un superávit de 201 bcm). En este caso hay que mencionar a Noruega (no miembro de la UE) ya que tan sólo consume 4,4 bcm, por lo que nada menos que el 96% de su producción está disponible para exportar a la UE.

Finalmente, todos los desfases entre la producción y consumo se reflejan en los flujos comerciales de gas, para lo que existen dos formas básicas: por gaseoducto o en forma de gas natural licuado (LNG). En principio, y como se ha demostrado hasta el momento, en la región objeto de estudio el envío del exceso de producción de unos países a otros garantizarían la independencia energética de Europa y Eurasia. Sin embargo, la realidad es bien distinta.

Así, en el ámbito del LNG Europa y Eurasia importaron 51,5 bcm, una cantidad que equivale al 4,8% del consumo. Los principales suministradores fueron Qatar (23,4 bcm), Argelia (13,5 bcm) y Nigeria (6,9 bcm), todos ellos ajenos a la región, mientras que los principales consumidores fueron España (14,9 bcm), el Reino Unido (9,3 bcm) y Francia (8,7 bcm).

Con todo, el comercio se realizó principalmente por gaseoducto, vía por la que la UE importó 277,6 bcm, de los cuales 162,4 bcm fueron proporcionados por Rusia (un 58%), 102,4 bcm por Noruega (36,8%), y 24,8 bcm por Argelia (9%). Por su parte, en 2013 Rusia importó 27,8 bcm, principalmente de Kazajistán y Turkmenistán, y a su vez exportó 48,9 bcm a otras ex Repúblicas Soviéticas, principalmente a Ucrania (25,1 bcm) y Bielorrusia (18,1 bcm).

Por último, también hay que hacer referencia al gas que *escapa* de la región hacia otras zonas, en cantidades modestas pero que aumentarán en el futuro. Así, Rusia exportó 14,2 bcm de LNG desde el Distrito Federal del Lejano Oriente a Japón (11,6 bcm), Corea del Sur (2,5 bcm) y Taiwán (0,1 bcm). Por su parte, Turkmenistán envió por tubería 24,4 bcm a China y 4,7 bcm a Irán, por lo que un 47% de su producción ya no tiene por destino a Eurasia.

3.3. La geopolítica de los gaseoductos

Como se comprueba, la relevancia geopolítica de los gaseoductos es muy destacable, ya que el simple hecho de establecer una conexión física entre proveedor y cliente implica la formalización de compromisos de suministro a largo plazo, frente a la flexibilidad (a cambio de un precio más elevado) que proporciona el suministro de LNG con buques gaseros.

Hasta la primera guerra del gas en 2006, y como ya se ha detallado, un 80% de las exportaciones rusas hacia Europa se realizaban a través de la red estatal de gaseoductos de Ucrania. Tras esa crisis, Moscú ha hecho todo lo posible por diversificar las rutas de suministro a sus clientes preferentes, para dejar de estar expuestos a chantajes y veleidades políticas por parte de Kiev.

La primera medida en ese sentido fue la puesta en servicio en noviembre de 2011 del “Nord Stream”, con capacidad para enviar 55 bcm anuales directamente de Rusia a Alemania por el fondo del Báltico. Sólo con esa nueva infraestructura ese porcentaje del 80% de envíos a través de Ucrania se redujo al 50%. Pero la intención de la corporación Gazprom es lograr la independencia plena, para lo cual ha seguido planeando nuevas infraestructuras.

Así por ejemplo, y también en el norte de Europa, el 3 de abril de 2013 el presidente Putin y el CEO de Gazprom Miller anunciaron la intención de construir el gaseoducto Yamal-II, que partiendo de Bielorrusia atravesaría Polonia hasta alcanzar Eslovaquia. El objetivo de Rusia era el desviar por esa nueva ruta hasta 15 bcm de los que entonces transitaban por los gaseoductos ucranianos, pero el proyecto se vio abortado por la oposición de Polonia²⁰.

Mucho más relevante ha sido todo lo ocurrido en el llamado “Corredor Sur” de abastecimiento a los Balcanes. En esa zona, el propósito de la Comisión Europea era el construir el gasoducto Nabucco, que con un recorrido de 3.300 km. y una capacidad de 32 bcm uniría la ciudad turca de Erzurum con Austria, tras pasar por Grecia, Bulgaria, Rumanía y Hungría. De ese modo, el gas natural del Caspio podría alcanzar a la UE sin depender de Rusia.

No obstante, y a pesar del impulso político (y la generosa financiación) de la Comisión, ese grandioso proyecto estaba abocado al fracaso. De entrada, Azerbaiyán y Turquía decidieron en diciembre de 2011 construir el “Trans-Anatolia Pipeline” (TANAP), con una capacidad de 30 bcm. El anuncio de su construcción supuso el inmediato abandono del tramo asiático del Nabucco, y la reducción de su capacidad a 16 bcm para un tramo europeo de 1.300 km.

Además, Nabucco tenía garantizado ningún suministro, ya que competía con otros proyectos por los primeros 10 bcm del yacimiento azerí de ShahDeniz II que llegarían a Europa a través del TANAP a partir de 2017. Aunque el consorcio promotor de Nabucco, con el apoyo institucional de Bruselas, pujó fuerte por obtener ese gas, finalmente el consorcio explotador se lo otorgó al gaseoducto Trans-Adriático (TAP), que atraviesa Grecia, Albania y el Mar Adriático para alcanzar Italia²¹.

Como se comprueba, las dificultades políticas en la relación con Rusia, así como el objetivo de diversificar las fuentes de suministro de gas, han llevado a Bruselas a embarcarse en grandes proyectos. Pero no deja de ser llamativo que la alternativa elegida pase por depender de los regímenes autoritarios de Azerbaiyán o Turkmenistán como suministradores, y de Turquía como país de tránsito, que podría utilizarlo como herramienta de presión en sus negociaciones para el ingreso en la UE.

Por su parte, Gazprom también planteó un gasoducto alternativo para suministrar gas a los Balcanes, el “South Stream”, que con una capacidad de 63 bcm anuales uniría Rusia y

²⁰ Ver F. RUIZ, “Reflexiones sobre la seguridad energética de Europa”, *Documento Marco del IEEEE*, núm. 12/2013, julio de 2013, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2013/DIEEEM12-2013_SeguridadEnergetica_FJRG.pdf, último acceso 28 de abril de 2015.

²¹ Ver F. RUIZ, “Geopolítica del gas: las novedades en el “Corredor Sur” de suministro a la UE”, *Documento de Análisis del IEEEE*, núm. 10/202, febrero de 2012, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2012/DIEEEA10-2012_FJRG_Geopolitica_del_gas_las_novedades_en_el_corredor_sur_de_suministro_a_la_UE.pdf, último acceso 28 de abril de 2015.

Bulgaria a través del Mar Negro, para llegar hasta Austria atravesando Serbia y Hungría. Aunque la corporación rusa había firmado contratos con compañías de todos esos países para la construcción y explotación de la infraestructura, la Comisión presionó al gobierno de Sofía para que pusiera constantes trabas al proyecto.

Principales gaseoductos de suministro de gas ruso a la UE



Fuente: Wikipedia

Por ello, y en medio de la crisis de Ucrania, Putin anunció por sorpresa durante su visita oficial a Turquía en diciembre de 2014 el abandono del “South Stream”, y su sustitución por el “TurkishStream” que, con la misma capacidad de 63 bcm, llevará el gas de Rusia a Turquía por el fondo del Mar Negro, y servirá el gas a la UE en la frontera de este último país con Grecia.

A partir de 2020, cuando venzan los actuales contratos de suministro a Europa a través de Ucrania, Rusia sólo utilizará el NordStream, el Yamal I y el TurkishStream para llevar su gas a la UE, evitando por completo el uso de la red ucraniana de gaseoductos, que en consecuencia perderá todo su valor.

4. LA RESPUESTA DE BRUSELAS: LA UNIÓN ENERGÉTICA

En un momento como el actual, en el que las relaciones entre la Unión Europea y Rusia han alcanzado su punto más bajo desde el final de la Guerra Fría por culpa del conflicto de Ucrania, la Comisión Europea ha decidido dar una nueva vuelta de tuerca en su propósito de mejorar la seguridad energética de los Estados miembros, y lo ha hecho anunciando

do la creación de una “Unión Energética”, cuyas principales características resumimos a continuación²².

En lo referente a la justificación de su necesidad, el documento de la Comisión recuerda que la UE es el mayor importador mundial de energía, ya que cubre desde el exterior un 57% de su consumo, pagando unos 400.000 millones de euros anuales por ello. Hasta seis Estados miembros dependen por completo de una fuente única de suministro de gas.

Por otra parte, el 94% del transporte depende de los derivados del petróleo, los cuales a su vez proceden en un 90% del exterior. Los precios de la electricidad superan en un 30% los de EEUU, lo que afecta a la rentabilidad de las empresas europeas, y el precio del gas en la UE duplica el estadounidense.

Otros problemas adicionales incluyen la vejez de las infraestructuras, que no pueden absorber la producción creciente de las renovables; la existencia de 28 marcos regulatorios nacionales; la existencia de “islas energéticas”, esto es, países que no tienen suficientes conexiones con sus vecinos; y que los clientes domésticos no tienen suficientes alternativas de suministro.

Para mitigar esta situación y lograr una mayor seguridad energética, sostenibilidad y competitividad, la estrategia de la “Unión Energética” contempla cinco dimensiones: seguridad energética, solidaridad y confianza; mercado de la energía europeo plenamente integrado; eficiencia energética; “decarbonización” de la economía; investigación, innovación y competitividad.

De esas dimensiones, es la primera la que tiene un mayor impacto desde el punto de vista de la geopolítica. Las primeras medidas están referidas a la diversificación de fuentes de energía, suministradores y rutas, e incluyen cuestiones como: desarrollar el “Corredor Sur” para que el gas de Asia Central pueda llegar directamente a Europa; construir instalaciones de regasificación que permitan recibir LNG en todas las regiones; asegurar el almacenamiento de suficiente gas para el invierno; reducir el consumo de petróleo; y considerar la alternativa de explotar los recursos no-convencionales, aunque se reconoce el rechazo que el impacto ambiental produce en la población.

El resto de las medidas están vinculadas a asegurar los suministros en caso de crisis, reforzar el papel de Europa en los mercados globales de la energía negociando unidos con los suministradores, y dar más transparencia a los contratos de suministro, realizados hasta ahora en clave nacional (ajenos al escrutinio de la Comisión Europea). Es destacable la mención a que “*cuando las condiciones sean las correctas*” la UE replanteará las relaciones energéticas con Rusia, en base a la apertura de mercados, competencia justa, protección ambiental y seguridad, para el beneficio mutuo de ambas partes.

5. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS.

El reto de la seguridad energética ha sido una preocupación constante para la UE, que lo ha identificado claramente en diversos documentos doctrinales. El problema es que, a la hora de buscar soluciones, las alternativas planteadas por la Comisión no han coincidido con las políticas de los principales Estados miembros, como Alemania o Francia, que se han formulado en base a sus particulares intereses nacionales.

²² Paquete sobre la Unión de la Energía, Bruselas, 25 de febrero de 2015, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2015:80:FIN>, último acceso 28 de abril de 2015.

El hecho es que la actual crisis de Ucrania ha servido para acelerar los planes de Bruselas de alcanzar una auténtica “Unión Energética”, que aumente la seguridad de suministro de los Estados miembros, mejore la eficiencia energética, reduzca la emisión de gases de efecto invernadero, y fortalezca los mecanismos de reacción ante situaciones de crisis, mejorando las interconexiones internas. En todo caso, y sin cuestionar la oportunidad de todas las medidas planteadas, sin que cabe reflexionar sobre su pertinencia.

Así por ejemplo, el paradigma de la diversificación de las fuentes de suministro debe tener en consideración la realidad geopolítica de las regiones productoras. Como se expuso, no deja de ser paradójico que por los posibles desacuerdos con Moscú, proveedor tradicional de gas y petróleo a Europa durante décadas, Bruselas se lance a una frenética carrera para lograr suministros alternativos en Asia Central u Oriente Medio, con los correspondientes inconvenientes de seguridad.

Por ello, y dado que como ha quedado demostrado los recursos energéticos de la región Euroasiática le permitirían ser autosuficiente, el esfuerzo debería centrarse en constituir un “Espacio Paneuropeo de la Energía” de Lisboa a Vladivostok, que permitiera aislarse de regiones geopolíticamente inestables. En el caso del gas, un triple abastecimiento por tubería desde Rusia, Nigeria y Argelia cubriría las necesidades de consumo de la UE, con una serie de instalaciones de regasificación que permitiesen recibir suministros de LNG como respaldo, a través de rutas marítimas seguras en el Océano Atlántico.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- A. COHEN, “Europe’s strategic dependence of Russian energy”, *Backgrounder*, The Heritage Foundation, núm. 2083, 5 de noviembre de 2007
- G. ESCRIBANO, “La hora de Europa, también en política energética exterior”, *Documento de Trabajo 2/2012*, Real Instituto Elcano, enero de 2012.
- S. FURFARI, *El mundo y la energía: desafíos geopolíticos*, Vol. II, Eixo Atlántico do Noroeste Peninsular, Vigo, 2010.
- A. GOLDTHAU, “Rhetoric versus reality: Russian threats to European energy supply”, *Energy Policy*, Vo. 36, núm. 2, febrero de 2008.
- A. PREBALGS, “EU-Russia energy dialogue at the origins of the European Foreign Energy Policy”, *EU-Russia energy relations*, núm. 9, EU-Russia Centre, junio de 2009.
- F. RUIZ,
- “Novedades y tendencias en la geopolítica europea del gas”, *Documento de Análisis del IEEE*, núm. 31/2011, noviembre de 2011.
 - Reflexiones sobre la seguridad energética de Europa”, *Documento Marco del IEEE*, núm. 12/2013, julio de 2013.
 - “Geopolítica del gas: las novedades en el “Corredor Sur” de suministro a la UE”, *Documento de Análisis del IEEE*, núm. 10/202, febrero de 2012.
- VV.AA., “2009 gas conflict and its consequences for European energy security”, *The EU-Russia Centre Review*, núm. 9, junio de 2009.
- VV.AA., “Business as usual: European gas market functioning in times of turmoil and increasing import dependence”, *Brookings Policy Brief*, núm. 14-05, octubre de 2014.

LA PÉRDIDA DEL MONOPOLIO DE LA VIOLENCIA Y SU EVOLUCIÓN ¿El retorno a un neomedievalismo?

PEDRO SÁNCHEZ HERRÁEZ

Teniente Coronel del Ejército de Tierra
Analista del Instituto Español de Estudios Estratégicos
Doctor en Paz y Seguridad por la UNED

Fecha de recepción: 1 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 17 de junio de 2015

RESUMEN: *En este artículo se realiza un análisis sobre la evolución del monopolio legítimo de la violencia. De manera esquemática, y atendiendo a los parámetros relativos al número de actores capaces de ejercer o controlar la misma, y también al paradigma de los ejércitos y de enfrentamiento generados sobre la base de los diferentes modelos sociales de cada época, se realiza un recorrido desde la Edad Media hasta la actualidad, en el cual se pretende plantear si existe la posibilidad de retornar a una situación, relativa al monopolio de la violencia, similar a la medieval.*

ABSTRACT: *This article presents an analysis of the evolution of the legitimate monopoly on violence. Schematically, and according to the parameters relating to the number of players able to exercise or control the violence, and also the paradigm of armies and confrontation generated on the basis of different social models of each era, a route is made from the Middle Ages to the present, in which it is intended to ask whether it is possible to return to a situation, on the monopoly of violence, similar to the medieval one.*

PALABRAS CLAVE: Guerra, monopolio, Estado, ejércitos.

KEYWORDS: War, Monopoly, State, armies.

SUMARIO: *I. Introducción.- II. Medievalismo prewestfaliano. El desmonopolio de la violencia.- III. Cambio del modelo social: incremento del monopolio violencia... en manos de otros.- IV. Nace la estructura básica de seguridad y de monopolio de violencia.- V. Se consolida el monopolio. Ejércitos dinásticos.- VI. Revolución francesa: optimización del monopolio y resurgir del ejército ciudadano.- VII. Triunfo del nuevo modelo... a escala global.- VIII. La ilusión de paz y la globalización. ¿Fin de una era o de un modelo?- IX. Un nuevo modelo... ¿o el retorno al medieval?- X. Conclusiones.- XI. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Dada la importancia, para cualquier sociedad organizada, de controlar la violencia, constituye un elemento de estudio clave el grado de monopolio de la misma que es capaz de ejercerse por parte de dichas sociedades. Y, secularmente, la tendencia ha ido encaminada a incrementar, por parte de los gobiernos o dirigentes, el grado de monopolio sobre la violencia y sobre las herramientas legítimas capaces de ejercerla.

La capacidad de hacer la guerra, entendida esta como enfrentamiento armado organizado entre grupos o sociedades, dimana de las realidades de cada sociedad adecuadamente contextualizadas en un marco histórico; de esta manera, cuando se han producido cambios en la manera de hacer ésta, es necesario entender que se ha producido un cambio en esa sociedad. Y, a la inversa, el razonamiento es igualmente válido.

Atendiendo a estos elementos, en este artículo se realizará un somero recorrido por los principales hitos relacionados con la cuestión que nos ocupa, principiando en un entorno centrado en Europa y tomando como etapa inicial la Edad Media, hasta alcanzar el entorno global existente en la época actual, analizando la evolución de ese grado de monopolio, asociado al número de actores capaces de ejercerla, atendiendo a las capacidades para hacer la guerra que es capaz de movilizar la sociedad de cada momento y, de manera especial, el factor clave, el elemento humano, los individuos que forman parte y luchan –o no– por dicha sociedad, dada la trascendencia para el devenir o la propia existencia de las mismas que dicha cuestión tiene, planteándose finalmente si, en determinados aspectos, no se estará produciendo el retorno a un estadio similar a la Edad Media.

II. MEDIEVALISMO PREWESTFALIANO. EL DESMONOPOLIO DE LA VIOLENCIA

Durante el largo período conocido en Europa como Edad Media –si bien, obviamente su casi milenio de duración implica modificaciones y evolución espacio-temporales–, tras la desaparición y fragmentación del otrora poderoso y organizado Imperio Romano, se genera la existencia de una multiplicidad de actores con capacidad de intervención en la batalla, movilizando recursos y efectivos –reinos más o menos incipientes, señores feudales, nobles, grandes mercaderes, jerarcas religiosos, ciudades y señores de la guerra–, hecho cuya consecuencia inmediata era la facilidad de empleo de la violencia por cada uno de los actores para alcanzar sus objetivos, generándose un entorno que fácilmente podía remedar el caos hobbesiano, por lo que la pluralidad de elementos capaces de instrumentalizar la violencia dificultaba extraordinariamente el establecimiento de un entorno de seguridad.

Por otra parte, y dado que el patrón básico social estaba constituido por el feudalismo, la manera de generar los ejércitos en liza se veía directamente condicionado por dicha estructura socioeconómica, de tal forma que el férreo orden estamental marcó la naturaleza de la guerra¹; la clase nobiliaria, los señores y poderosos, formaban el núcleo de los ejércitos, la caballería pesada, el elemento esencial en esa tipología de guerra², hecho reforzado por una concepción aristocrática que replicaba en la manera de combatir –señores a caballo frente a personal a pie– las diferencias de clase, minorando el papel de la infantería en la batalla³ y nutriendo la misma con levás entre los siervos.

Por otra parte es necesario considerar que la sociedad medieval no era capaz de sustentar a un gran ejército de manera permanente, pues la falta generalizada de recursos excedentes impedía la realización de campañas largas y prolongadas⁴; de hecho, la práctica ha-

¹ H. DELBRÜCK, *Medieval Warfare: History of the Art of War*, University of Nebraska Press, 1990.

² B. and F. M. BRODIE, *From crossbow to H-bomb, The evolution of the weapons and tactics of warfare*, Indiana University Press, 1973, pp.29-30.

³ A. JONES, *The Art of War in the western world*, First Illinois Paperback, 2001, p. 149

⁴ T. M VANN, “Twelfth-Century Castile and its frontier strategies”, p.22 en D. J. KAGAY y L.J. ANDREW VILLALON, *The circle of war in the middle ages: essays on medieval and naval history*, The

bitual era que levas, milicias urbanas y demás elementos “complementarios” a la caballería pesada limitaran su tiempo de servicio a periodos de unos meses a lo sumo, en los intervalos temporales en los cuales las tareas agrícolas eran menores o se podía interrumpir parcialmente la actividad económica sin grave quebranto. Y sólo determinadas ocasiones animaban la realización de sobreesfuerzos, normalmente empleando argumentos religiosos, en los cuales los objetivos trascendentales de la guerra –fueran éstos reales o simples excusas que encubrían fines más materialistas–, como las Cruzadas impulsaban la realización de ese sobreesfuerzo en la generación de las capacidades bélicas necesarias y en el propio alistamiento, pues cuestiones tales como hambrunas, epidemias y guerras continuas dificultaban el crecimiento sostenido y sostenible de la población⁵.

La multiplicidad de actores llevaba aparejada, inevitablemente, diversidad de fines; si a este hecho se le añade que una de las motivaciones primarias para la ejecución de las guerras se basaba en la búsqueda del beneficio personal⁶, la consecuencia era que la lucha se realizaba, normalmente, por interés privado y particular –bien del combatiente caso del mercenario o simple saqueador, bien del señor–, pues la actividad bélica se había convertido en negocio. Por consiguiente, cabalgadas, razzias, rapiñas y saqueos eran práctica habitual, no sólo como modo de combate, sino como un fin en sí mismo. La guerra alimentaba a la guerra, y, en muchas ocasiones el botín o el fruto del saqueo constituían razones suficientes para iniciar las campañas, lo que motivaba que éstas, en su mayor parte, se tornaran en largas guerras estacionales en las que el agotamiento de los recursos –e incluso la eliminación física de la población productora rival– constituía el paradigma del conflicto⁷.

Por consiguiente, es necesario comprender que la concepción de la violencia en el medioevo era completamente diferente a la actual, como señala magistralmente Keegan; no sólo por constituir un mundo donde se imponía el derecho del señor y se arreglaban las disputas a espada y cuchillo sino, porque y sólo de manera muy tenue, podían establecerse diferencias entre guerra civil, guerra extranjera y guerra privada⁸.

De manera paulatina, el progreso científico posibilita que el equipamiento bélico se vaya sofisticando, incrementando su grado de letalidad, además de requerir, en paralelo, la existencia de un creciente número de personas con conocimientos técnicos. La artillería, arma costosa, va adquiriendo cada vez más notoriedad, y su alto precio motiva que no esté al alcance de todos los actores, pues sólo las entidades con grandes recursos podían permitirse disponer de cañones –incluso se “prestaban” éstos en ocasiones, como sugiere Boffa⁹ –; de hecho, era frecuente que artilleros y personal especializado en estas lides fuera contratado por el ejército vencedor en lugar de sufrir el destino –habitualmente penoso y cruel– del resto del ejército derrotado. Y los monarcas, que a lo largo de la Edad Media van progresiva-

Boydell Press, Woodbridge, 1999; J. W. SEDLAR, *East Central Europe in the Middle Ages.1000-1500*, University of Washington Press, 1994, p.197.

⁵ Por ejemplo, una combinación de bonanza climática, mejoras técnicas en los procedimientos de cultivo y ralentización de las invasiones de pueblos extranjeros permitieron que entre el año 1000 y el 1340 algunos analistas, señalan que la población de Europa (mediterránea, Este, Centro y Oeste) pasó de 38,5 a 73,5 millones.-J. SPIELVOGEL, *Western Civilization: A brief history*, 2009, Cengage Learning, Wadsworth, 2009, p.176- si bien, a mediados del siglo XIV, la Peste Negra acabaría con entre el 40 y el 60% de la población europea.

⁶ P. CONTAMINE, *War and Competition Between States*, Oxford University Press, New York, 2000, p.163.

⁷ Estas cuestiones se expresan con meridiana claridad en P. CONTAMINE, *cit.*, nota 6; también resulta interesante la lectura del clásico W.C. OMAN, *The Art of War in the Middle Ages*, Cornell University Press, Nueva York, 1953.

⁸ J. KEEGAN, *El Rostro de la Batalla*, Ediciones Ejército, Madrid, 1990, pp.130-131.

⁹ S. BOFFA, *Warfare in the medieval Brabant*, The Boydell Press, Woodbridge, 2004, p.72.

mente incrementando su grado de poder, con relativo apoyo de una incipiente burguesía que disputa el poder a la nobleza, van artillando sus ejércitos, de tal modo que estas armas serían llamadas “Ultima Ratio Regis”. La guerra se va sofisticando y complicando, al compás del avance tecnológico y social.

III. CAMBIO DEL MODELO SOCIAL: INCREMENTO DEL MONOPOLIO VIOLENCIA...EN MANOS DE OTROS

El paso de la Edad Media al Renacimiento, a partir del siglo XV, contempla una nueva evolución en el modo de hacer la guerra y en los medios empleados, pues los cambios en la esfera política y social¹⁰ hicieron inevitable la evolución del modelo militar¹¹: el incremento de la preponderancia de la infantería sobre la caballería –consecuencia directa tanto de la pérdida de ascendencia y posición social de la clase nobiliaria y “caballescra” como del progresivo aumento de la población– asociado al desarrollo de las armas de fuego, acabando definitivamente con el reinado de la caballería acorazada¹², sumado a la rápida evolución de las fortificaciones –del castillo señorial a la ciudad abaluartada, pues los altos lienzos de las murallas de los castillos eran derruidos fácilmente por una artillería cada vez más potente y precisa– se corresponden y son a su vez causa de la fractura del modelo social medieval¹³.

De las levadas se pasa progresivamente –ante el aumento de la capacidad de generar riqueza por habitante por mor de los avances técnicos y agrícolas– a un modelo en el que el

¹⁰ “La historia de las instituciones militares de un período no puede separarse de la historia de la sociedad en la que están inmersas. La organización militar de la Edad Media era una parte integrante del mundo medieval y declinó cuando la estructura social se desintegró” F. GILBERT, “Maquiavelo: El Renacimiento del Arte de la Guerra”, p.26 en P. PARET, *Creadores de la Estrategia Moderna. Desde Maquiavelo a la era nuclear*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1992, pp. 23-42.

¹¹ De hecho, se suele emplear el término “Revolución Militar” a este período; si bien la literatura a este respecto, especialmente en el mundo anglosajón, es amplia, puede destacarse a J. BLACK, *Military revolution?: Military change and european society, 1550-1800*, Macmillan Education, Londres, 1991; G. E. ROTHENBERG, “Mauricio de Nassau, Gustavo Adolfo, Raimundo Montecucoli y la Revolución Militar del siglo XVII” en P. PARET, *Creadores de la Estrategia Moderna*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1992, pp. 43-73; C. J. ROGERS, *The military revolution debate: readings on the military transformation of early modern Europe*, Westview Press, San Francisco, 1995; G. PARKER, *La revolución militar: innovación militar y apogeo de occidente 1500-1800*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

¹² Las armas de fuego posibilitaban, de manera relativamente fácil y sencilla, que un peón, que un simple hombre a pie con relativamente poca instrucción fuera capaz de derribar y acabar con un caballero montado equipado con su armadura, Y, además, a un coste comparativamente mucho menor; previo al desarrollo de las armas de fuego, la ballesta y el arco largo inglés fueron antecedentes de esta tipología de armas que permitían minorar las ventajas de la costosa caballería pesada, formada y articulada esencialmente por nobles y señores. La ballesta, que comenzó a utilizarse con profusión en occidente a partir del siglo X, llegó a ser prohibida por el Papa Inocencio II en el Concilio de Letrán de 1139 para su uso en campañas entre ejércitos cristianos –R. CURLEY, *The Britannica guide to inventions that changed the modern world*, Britannica Educational Publishing, New York, 2010, pp.275-276– o el arco largo inglés, que si bien requería de destreza para su manejo, tenía un alcance y cadencia de tiro superior a la de la ballesta. En la batalla de Crecy (1346), arqueros ingleses, tras una hilera de estacas clavadas en el suelo, aniquilaron a la, hasta ese momento, casi invicta caballería francesa –C. M. SEMPERE, *Tecnología de la Defensa. Análisis de la Situación Española*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2006, p.66.

¹³ A modo de ejemplo, el arco inglés, manejado por el pueblo llano, y que era capaz de derrotar a la nobiliaria caballería francesa (en el marco de la Guerra de los Cien Años que enfrentó a ambas naciones), constituyó un elemento esencial en la construcción del nacionalismo inglés en la Baja Edad Media. A. HASTINGS, *La construcción de las nacionalidades*, Cambridge University Press, 2000, pp.69-70.

combate pasa a ser un servicio que se presta por dinero, servicio que llegó a estar regulado jurídicamente por la condotta¹⁴, el contrato firmado entre empleador y el soldado a sueldo, el condottiero, soldados profesionales que respondían exclusivamente ante su empleador, ante los grandes capitanes y poderosos mercenarios que, con el oro de las ciudades, de los nobles o los reyes, alistaban ejércitos para combatir... por los fines de otros. La motivación de los combatientes pasa a ser, esencialmente, económica.

Resulta necesario entender el matiz significativo que se produce en la manera en la que se realiza el alistamiento, pues tiene una enorme trascendencia en el sujeto al cual el alistado dirige su lealtad. Pese a que la fuente del capital fuera el monarca, un noble o un poderoso señor, el gestor y controlador absoluto de ese capital era el condottiero, el señor de la guerra que a su vez alistaba el personal establecido en el contrato. El alistado respondía exclusivamente ante su “empleador”, ante el señor de la guerra, y no ante la figura del monarca, noble o señor ... generándose una peligrosa realidad, pues se empleaba dinero por parte de estructuras políticas a cambio de tener efectivos que posibilitaran la consecución de los fines de las mismas... fines que no eran –no tenían que serlo– compartidos en absoluto por el condottiero, cuyos propios fines estaban asegurados al cobrar el sueldo y su futuro ligado al de su señor de la guerra, que era la pieza clave y la que centraba realmente en sí el control y el monopolio de la violencia.

Por lo tanto, mientras más durase la guerra, más tiempo se tendría el contrato asegurado, en un entorno dominado por una pléyade de mercenarios y contratistas que obtenían grandes beneficios de las campañas y que no dudaban en recurrir al saqueo o a la violencia desmedida con tal de cumplir sus objetivos, que básicamente consistían en obtener la mayor riqueza posible, incluso a despecho de sus propios contratadores, que se veían incapaces de poner freno –al carecer de una herramienta de seguridad realmente en sus manos– a sus soldados a sueldo. Y si bien existen intentos de recuperar el control de la situación¹⁵, y considerando que ésta no es exactamente igual en toda Europa –el grado de consolidación del poder real y la concepción de nación tenía un impacto directo en la minoración del papel de los mercenarios–, ésta era la tónica dominante.

IV. NACE LA ESTRUCTURA BÁSICA DE SEGURIDAD Y DE MONOPOLIO DE VIOLENCIA

El paradigma de este tipo de conflicto prolongado, sangriento y con multiplicidad de actores fue la Guerra de los Treinta Años, periodo de conflictos continuados que de 1618 a 1648 asoló gran parte de Europa Central¹⁶.

¹⁴ La condotta era un contrato establecido por juristas y especificado hasta el detalle, entre el contratador, una ciudad o un príncipe, y el empresario de la guerra, el condottiero. En este contrato se fijaban la cuantía de la soldada, la fuerza de las tropas, el tiempo durante el que se las contrataba y, sobre todo, el cometido que tenían que cumplir. H. MÜNKLER, *Viejas y Nuevas guerras Asimetría y privatización de la violencia*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2005, pp. 67-68.

¹⁵ Si bien un tanto satanizado en la actualidad, quizás por una cierta descontextualización sus palabras, resulta tremendamente ilustrativa la obra de Nicolás Maquiavelo (1469-1527) –así como su azarosa vida–, en la que contempla con lamento y pesar como la seguridad de las poderosas ciudades italianas del Renacimiento se encuentra en manos de los mercenarios, y de cómo los príncipes, realmente, están en sus manos, reclamando la vuelta al modelo de legión romana, al ejército de ciudadanos, como medio de modificar esa situación. A este respecto destacar, de entre sus obras, *El Príncipe* y *El Arte de la Guerra*.

¹⁶ La Guerra de los Treinta Años (1618-1648) aglutina una serie continuada de conflictos que tuvieron lugar fundamentalmente en Europa Central. Pese a que en sus orígenes el conflicto tuvo raíces

Tras su finalización, en Westfalia las incipientes naciones europeas pretenden básicamente mantener los conflictos en unos parámetros de espacio, tiempo y desgaste razonables; por ello, y entre otras cuestiones, además de eliminar la religión como “casus belli”¹⁷, se intenta establecer una suerte de equilibrio europeo, para evitar que una nación mucho más poderosa que el resto pueda imponer su hegemonía. Pero, y sobre todo, se asientan los principios que consolidan la incipiente estructura de Estado-nación: se acepta el principio de soberanía territorial y el de no injerencia en los asuntos internos de otros estados, así como que la guerra se realizará sólo por razón de estado, con ejércitos del estado, evitando que mercenarios y contratistas privados sean, de facto, los actores principales de los conflictos. Por consiguiente, el actor por excelencia en el orden internacional pasa a ser el Estado, a causa y como consecuencia de ejercer el monopolio legítimo de la violencia.

Y dado que organizar, preparar y mantener esos ejércitos requiere mucho dinero, es preciso que las sociedades produzcan para poder recaudar, vía impuestos, los recursos necesarios, evitando de esta manera que los saqueos y la práctica de “vivir sobre el terreno”, tomar directamente lo necesario, sean las vías de sostenimiento de los efectivos militares, intentando acabar definitivamente con la máxima “bellum se ipsum alet, la guerra alimenta a la guerra”. Así, se intenta separar la guerra de la población, enfrascada en una actividad económica creciente, y limitarla al campo de batalla, donde los ejércitos combatirán por alcanzar los fines del Estado, por la llamada “razón de estado”.

Por tanto, durante el proceso de formación de los estados en su concepción actual se redujeron el número de actores capaces de conducir una guerra, en un intento de organizar una comunidad –en un remedo del Leviatán hobbesiano– por medio del monopolio legítimo de la violencia, mientras que, en paralelo –de nuevo, como causa y consecuencia– se incrementaban las capacidades de la nueva estructura, al posibilitar la organización y concentración de recursos en manos de los aparatos estatales, de tal forma que, como señala Contamine¹⁸, la guerra fue el elemento más poderoso en el desarrollo del Estado en su concepción actual.

No sólo se incrementan las capacidades militares de los estados, sino que, al ir prescindiendo progresivamente de mercenarios, el Estado va contando con unos ejércitos ordenados y sujetos a disciplina¹⁹; y además de irse monopolizando la violencia y alcanzando un mayor grado de control sobre la herramienta que debía ejercerla, incluso el ordenamiento legal, la ley internacional respecto al derecho de la guerra (*ius ad bellum e ius in bello*), requiere una condición inicial: una clara definición de quienes son los titulares para declarar la guerra y firmar la paz. Y ese derecho se confinó en los límites de la soberanía estatal, excluyendo a personas individuales, corporaciones o asociaciones semipolíticas de las relaciones interna-

religiosas –disputas entre católicos y protestantes (España, Austria, Sacro Imperio y Países Bajos) –finalmente se transformó en una pugna entre las diferentes potencias para conseguir la hegemonía. Las sucesivas entradas en liza de nuevas naciones (Dinamarca, Suecia, Francia) y el amplio uso de mercenarios evitaron una resolución rápida del conflicto, motivando su extensión en el tiempo y en el espacio, creando una devastación sin precedentes en Europa. La Guerra concluye por el conjunto de Tratados que se conoce como Paz de Westfalia (1648). En ciertas zonas la Guerra de los Treinta Años constituyó la mayor tragedia acontecida entre la Peste Negra del siglo XIV y la Segunda Guerra Mundial. J. A. CAPORASO, *Continuity and Change in the Westphalian Order*, Blackwell Publishers, Oxford, 2000, p.37.

¹⁷ Lo cual no impediría las constantes guerras en Balcanes entre rusos y turcos, en ocasiones argumentadas como acciones en defensa de “sus” fieles, ni las expediciones de Napoleón III a Oriente Próximo en el siglo XIX para supuestamente defender a los cristianos frente a las matanzas otomanas, cuando, realmente, el propósito consistía en asegurar la ruta hacia la India.

¹⁸ P. CONTAMINE, p.2, *cit.*, nota 6.

¹⁹ “Sobre ningún otro grupo de súbditos ejerció el estado su poder tan rigurosamente, tan minuciosamente, tan continuamente; en ningún otro grupo (...) estaban las acciones y las actitudes tan escrupulosamente reguladas por el código y el horario”. J. KEEGAN, *cit.*, nota 8, pp.193-194.

cionales, limitando el grupo de “sujetos del derecho internacional”, progresivamente a los estados, en lo que puede ser considerado como una de las grandes conquistas de la ley internacional de los siglos XVI y XVII.

Esta estructura, este modelo de seguridad, es contemplado como el paradigma de la organización social, y la bondad del sistema –con sus luces y sus sombras– propicia la expansión del mismo.

V. SE CONSOLIDA EL MONOPOLIO. EJÉRCITOS DINÁSTICOS

Durante el siglo XVIII, el siglo de las luces, de la razón, se intenta, manteniendo siempre presente el recuerdo del desastre que supuso la Guerra de los Treinta Años, continuar en la pauta de atender a una moderación en el uso de la violencia y alcanzar un monopolio pleno sobre la misma, por lo que la estructura de Estado-nación se va consolidando: los súbditos, al calor de las nuevas tendencias, son sujetos tributarios sobre los que recae la recaudación de impuestos, que se intenta sea –de nuevo, con luces y sombras– de manera y en proporción adecuada, para no infringir una carga excesiva que minore el desarrollo económico, en una época en la que se incrementaba progresivamente la producción industrial y agrícola, a la par que la demografía. Y este hecho implicaba la génesis de un aparato administrativo que fuera capaz de recoger y canalizar adecuadamente esos excedentes sociales, de tal modo que la herramienta de seguridad por antonomasia, el ejército, fuera capaz de constituirse y mantenerse. A su vez, el ejército permitía proporcionar el entorno de seguridad adecuado para permitir el desarrollo económico y social, lo que generaba una situación de estabilidad que, si era acompañada de una estructura de gobierno adecuada, impulsaba rápidamente el avance de las sociedades²⁰.

El ejército se va profesionalizando según avanza el siglo; es la era de las Ordenanzas Militares²¹, de la aparición de las Academias militares, del incremento de los puestos facultativos en los ejércitos –artillería e ingenieros– al compás de la especialización y complejidad de armamento, técnicas y procedimientos. Los ejércitos son costosos, tanto crearlos como mantenerlos, y más cuanto más tecnificados son, por lo que su tamaño surge de un compromiso entre las necesidades de seguridad del Estado y su capacidad económica, pues, tal y como indica Fuller, “el dinero y no la sangre era el factor decisivo”²².

²⁰ Resulta adecuado en este punto señalar que precisamente esa es la acción fundamental que se pretende con la mayor parte de las operaciones “de paz” en curso; la creación de un entorno de seguridad adecuado –pues en muchas de las zonas en conflicto la herramienta de seguridad propia no existe o no responde al bien común, a la razón de estado– reforzando, ayudando a construir o incluso supliendo inicialmente a la herramienta de seguridad local, posibilitando de esa manera que se incremente el grado de desarrollo económico y social y mejore la gobernanza. Es lo que se ha dado en llamar “ciclo de estabilización”, y que aquellos que pretenden que gire en sentido opuesto –desestabilización–, saben que la primera premisa para ello es generar una situación de inseguridad. MINISTERIO DE DEFENSA, Ejército de Tierra, Mando de Adiestramiento y Doctrina, *Contraemergencia*, PD3-301, Madrid, 2008, pp.3-5 a 3-7; MINISTERIO DE DEFENSA, Ejército de Tierra, Mando de Adiestramiento y Doctrina, *Estabilización*, PD3-303, Madrid, 2010, pp.3-1 a 3-14.

²¹ De hecho, las primeras ordenanzas militares españolas, las “Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos”, fueron promulgadas por Carlos III en 1768. MINISTERIO DE DEFENSA, Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, *Reales Ordenanzas de 1768*. Disponible en http://www.defensa.gob.es/RROO_2009/rroo_1768.html (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).

²² J. F. C. FULLER, *La Dirección de la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1984, p.27.

Para la recluta de soldados se intenta minimizar el impacto en el desarrollo económico del país, por lo que el ejército se nutre esencialmente, y en proporciones variables, de voluntarios, extranjeros, criminales, vagos y desocupados... en función de las disponibilidades económicas. Y para completar los contingentes, se empleaba la recluta forzosa, si bien esta no era demasiado elevada en proporción a la población²³, aunque los múltiples privilegios y exenciones derivados de una sociedad todavía estratificada de manera estamental hacían recaer la recluta sobre el estamento social más bajo.

La cohesión y el grado adecuado de adiestramiento de una masa tan heterogénea, y con motivaciones tan dispares –y en muchos casos inexistentes– sólo se conseguía con una instrucción férrea²⁴ y una disciplina brutal²⁵; así mismo, los avances en las Armas técnicas, así como el paulatino crecimiento en efectivos y complejidad de los ejércitos, requerían de una mayor y mejor preparada oficialidad, hasta el momento procedente, básicamente, de una nobleza en decadencia frente a una pujante burguesía, que pugnaba ante la escasa posibilidad de permeabilidad social dada la rígida estructura social existente.

Un matiz diferencial significativo de estas fuerzas respecto a los condottieros estaba constituido por el hecho de que, pese a ser soldados a sueldo, éste es recibido “directamente” (si bien a través de su aparato administrativo) del monarca, no procedente de líderes “subcontratados” a los que en épocas pasadas los alistados dirigían su lealtad; en esta época, se viste “el paño del rey”, se “sirve al rey” y se dispara “la pólvora del rey”. La lealtad –cuando existe o en la medida que existe– se dirige al Monarca, al jefe absoluto del Estado, y, por tanto, en cierta medida, de manera más o menos indirecta, al Estado. Los ejércitos son ejércitos reales, pues el Rey ostenta el monopolio y el control de la violencia.

VI. REVOLUCIÓN FRANCESA: OPTIMIZACIÓN DEL MONOPOLIO Y RESUGIR DEL EJÉRCITO CIUDADANO

En 1789 tiene lugar en Francia una revolución que sacude los cimientos de Europa. Y si bien las causas inmediatas y los desencadenantes son de sobra conocidos, preciso es señalar que parte de los cambios que induce la que sería llamada Revolución Francesa se han ido gestando durante décadas: a mediados del siglo XVIII, el neoclasicismo, la idealización de Grecia y Roma, constituye el modelo imperante, no sólo desde el punto de vista artístico, sino también como referente político, social y militar²⁶. Por ello, frente a las fuerzas constituidas por soldados que combaten por la paga o alistados contra su voluntad, el ideario de falanges y legiones, de ejércitos formados por ciudadanos soldados que luchaban por su nación constituye el modelo a imitar, el modelo basado en ejércitos de ciudadanos²⁷.

²³ La proporción de la recluta con relación a la población era, aproximadamente, en Prusia 1:60, Gran Bretaña 1:310, Francia 1:145, Austria 1:96, Rusia 1:120. G. BEST, *Guerra y Sociedad en la Europa Revolucionaria 1770-1870*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990, p.20.

²⁴ B. MONTGOMERY, *Historia del Arte de la Guerra*, Aguilar de Ediciones, Madrid, 1969, p.325.

²⁵ Como referente quizás un tanto extremo, Federico de Prusia (Federico II El Grande, 1712-1786) señalaba que lo más adecuado que podía hacerse con los soldados era instruirlos hasta que fueran autómatas altamente eficientes, más temerosos de sus oficiales que de los peligros que tengan que afrontar, pues, “*como el honor no significaba nada para ellos, el más ligero resquebrajamiento de la disciplina llevaría a la barbarie*”. J. F. C. FULLER, *cit.*, nota 22, p.25.

²⁶ De hecho, Napoleón sería coronado con laurel –como los césares victoriosos– su referente permanente era Julio César y las unidades francesas emplearon como insignias las águilas, tal y como hicieron las legiones romanas

²⁷ A modo de ejemplo, el Conde de Guibert, en su obra *Essai Général de la Tactique* (1772), abogaba por un ejército de ciudadanos, movidos por el patriotismo, idealizando las virtudes espartanas.

En paralelo a estos planteamientos, el progreso técnico permitió una mejora en el armamento, un avance en las técnicas de cultivo y en la sanidad, propiciando un aumento de la población que tenía más recursos y medios de combate a su disposición; y cuando la Revolución fuerza el cambio de modelo social, el paso de la sociedad estamental a la de clases y se posibilitó la instauración del principio de competencia como modo de ascenso social, se liberó una enorme cantidad de energías y de personas válidas que, en el sistema anterior, hubieran quedado enclaustradas en los límites estamentales.

Cuando la Revolución en la Francia de 1789 es percibida por los demás estados como una grave amenaza que subvierte el orden establecido y el equilibrio existente en Europa desde principios de siglo, se decide actuar contra Francia. Y el primer enfrentamiento entre ambos órdenes, entre ambos modelos, se produce en la llamada batalla de Valmy, el 20 de septiembre de 1792, que pese a no constituir más que un cañoneo entre el profesional y modélico ejército profesional prusiano y el incipiente ejército ciudadano francés –pues los dos intentos prusianos de asalto masivo quedaron cortados de raíz ante la visión de todo el ejército francés, con las gorras en las bayonetas y el mosquete en alto gritando “Viva la nación”–, marcó un punto de inflexión en la tipología de la guerra²⁸, y, para Montgomery, Valmy fue el hito que reflejó la transición de la guerra dinástica a la guerra nacional, pues Francia combatió como una nación en armas defendiendo su democracia²⁹.

La necesidad de defender el país frente a las coaliciones de naciones que pretendían acabar con la Revolución motivó que el Comité de Salud Pública, el gobierno del momento del Estado-nación francés, canalizara todas las energías del mismo, creando una economía de guerra, estimulando la conciencia nacional e introduciendo el servicio militar universal³⁰, perfectamente reflejado en el decreto de “levée en masse” de agosto de 1793³¹.

Por consiguiente, la modificación sustancial del modelo de monopolio y organización de la violencia no se debió a un avance tecnológico ni a una concepción estratégica diferente, sino a la revolución política que supuso la irrupción plena de los ciudadanos en las cuestiones de seguridad y la canalización de todas las energías del Estado-nación para conseguir sus fines³². La Revolución Francesa había transformado el Estado desde dentro, canalizando

²⁸ Aunque la batalla podría considerarse “un empate” y la propaganda francesa magnificó el éxito, lo cierto es que proporcionó tiempo al gobierno revolucionario para continuar organizándose, y, sobre todo, proporcionó moral al pueblo francés, pues, tras Valmy, “*todo francés que esgrimiera espada o mosquete se consideró campeón de una causa destinada a triunfar*” J. F. C. FULLER, *cit.*, nota 28, p.415; y Johann Wolfgang von Goethe, que acompañaba a los prusianos en la batalla, ante la pregunta de uno de éstos, sentenció lo que había ocurrido: “*Desde hoy y en este lugar comienza una nueva era en la historia del mundo y vosotros podéis decir que habéis estado presentes en su nacimiento*” citado en J. F. C. FULLER, *cit.*, nota 22, p. 33.

²⁹ B. MONTGOMERY, *cit.*, nota 24, p. 315.

³⁰ R. R. PALMER., “Federico el Grande, Guibert, Bülow: de las guerras dinásticas a las nacionales”, p. 122, en P. PARET, *cit.*, nota 10, pp.103-130.

³¹ “*Desde este momento, hasta que nuestros enemigos no hayan sido expulsados del territorio de la República, todos los franceses quedan obligados a prestar servicio militar de modo permanente. Los hombres jóvenes, para el campo de batalla; los hombres casados, para fabricar armas y transportar municiones; las mujeres, para fabricar ropas; los niños, fabricarán vendajes, aprovechando la ropa vieja; y los hombres de edad irán a las plazas para enardecer a los soldados, mientras predicán la unidad de la República y el odio a los reyes. Los edificios públicos serán convertidos en cuarteles, las plazas públicas en fábricas de municiones. Se entregarán las armas de fuego de calibre adecuado a las tropas y la retaguardia será patrullada con escopetas y armas blancas. Los caballos ensillados serán requisados para la caballería; los de tiro, no empleados en las faenas agrícolas, se destinarán al arrastre de piezas de artillería y carros de suministros*”. Citado en J. F. C. FULLER, *cit.*, nota 22, p. 34.

³² Un análisis más amplio de esta cuestión puede consultarse en P. S. HERRÁEZ, “La Revolución Francesa y la ruptura del modelo dieciochesco de la guerra”, en VV.AA., *La Guerra de la Independencia*

todas las energías de un pueblo hacia la batalla³³, y, en palabras de Bülow “este desarrollo repentino de las capacidades del espíritu es la causa principal de la marcada superioridad de Francia en esta guerra”³⁴, pasándose de unas guerras que esencialmente eran enfrentamientos entre gobernantes a unas que ya son enfrentamiento entre pueblos³⁵.

VII. TRIUNFO DEL NUEVO MODELO... A ESCALA GLOBAL

El modelo westfaliano triunfa, la estructura de Estado-nación capaz de aglutinar y canalizar las energías se robustece y se difunde por el mundo al compás de la colonización del planeta por parte de Europa. La creciente capacidad económica, fruto, entre otros aspectos, del desarrollo del modelo westfaliano, permite incrementar paulatinamente la capacidad productiva, los recursos puestos a disposición del Estado; se asienta y consolida el poder proyectado de las naciones europeas por todo el orbe³⁶, pues la tenencia de ejércitos permanentes en manos de los diferentes estados, así como la capacidad de construir grandes buques, como vectores de dicha expansión, permitían la proyección de dichas fuerzas al exterior.

Esta realidad alcanza un punto de apogeo en el siglo XIX, en plena segunda Revolución Industrial, pues se produce la “industrialización de la guerra”, que introduce unos sustanciales avances técnicos así como una creciente capacidad de producción en masa, hecho que, junto a una población creciente, genera unos ejércitos cada vez más numerosos y mejor equipados que contribuyen a que el modelo de seguridad westfaliano, materializado en la batalla por los ejércitos europeos, se convierta en el referente de las demás naciones, que intentan imitar y copiar su modo de combatir, sus procedimientos de instrucción, organizativos, legales... los ejércitos europeos y el modo de hacer la guerra “a la europea” constituyen el paradigma de la batalla³⁷.

La expansión del modelo de Estado-nación y su monopolio de la violencia se somete a una prueba especialmente intensa durante el siglo XIX, frente a un modelo similar –en cierta medida– al medieval europeo, como era el representado por Imperio Otomano³⁸, formado por un conglomerado de pueblos y nacionalidades que se muestra menos eficiente en monopolizar legítimamente la violencia³⁹, pugna en la que el modelo europeo va saliendo victorioso no sólo merced al uso más adecuado y eficiente de la fuerza, sino también por la

Española: una visión militar, Volumen 1, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009, pp.33-42.

³³ H. STRACHAN, *Ejércitos Europeos y Conducción de la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1985, p. 32.

³⁴ R. R. PALMER., “Federico el Grande, Guibert, Bülow: de las guerras dinásticas a las nacionales”, p. 125, en P. PARET, *cit.*, nota 10, pp.103-130.

³⁵ J. F. C. FULLER, *cit.*, nota 22, p.33; R.R PALMER., “Federico el Grande, Guibert, Bülow: de las guerras dinásticas a las nacionales”, pp. 103-104, en P. PARET, *cit.*, nota 10.

³⁶ J. F. C. FULLER, *cit.*, nota 22, capítulo V, “La Influencia de la Revolución Industrial”, pp.77-92

³⁷ En este siglo no sólo se consolida el modelo de guerra introducido por Napoleón, sino que la aplicación del poder industrial al modelo genera el denominado paradigma de la guerra industrial entre estados. Una excelente explicación del paradigma puede encontrarse en R. SMITH, *The utility of force. The art of war in the modern world*, Vintage Books, EEUU, 2008, pp. 104-105.

³⁸ Un buen análisis sobre el Imperio Otomano puede consultarse en F. VEIGA, *El Turco. Diez siglos a las puertas de Europa*, Random House Mondadori, Barcelona, 2006; y en lengua inglesa destacar la obra de S. J. SHAW, *History of the Ottoman Empire and modern Turkey*, 2 Tomos, Cambridge University Press, Cambridge, 1976.

³⁹ Esta cuestión puede consultarse en P. S. HERRÁEZ y J. M. RODRÍGUEZ B., *El Conflicto del Líbano*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009, pp. 33-34.

admiración que supone su vitalidad frente a un Imperio Otomano contemplado como un modelo caduco, como un mundo en plena decadencia⁴⁰.

No sólo van arrinconando y acabando con el Imperio Otomano –además de conquistando el resto del mundo que quedaba por colonizar, especialmente África–, sino que los Estados-naciones en plena expansión acaban colisionando directamente ente ellos, siendo la manifestación más patente de esta situación la que sería llamada la Gran Guerra, la Primera Guerra Mundial; el nivel de destrucción “El Gran Horror” alcanzado motivó que tras la finalización de la contienda las naciones intentaran articular un mecanismo que evitara que se repitiera una conflagración como la que el mundo acaba de vivir, evitando el recurso a la fuerza armada como medio de dirimir las diferencias. Se trata de intentar, como señala Díaz Barrado⁴¹ de “poner límites a la “tradicional” facultad de los estados de resolver sus diferencias por medios no pacíficos”.

De esta manera, en el Pacto de la Sociedad de Naciones⁴², firmado en Versalles el 28 de junio de 1919, se establece con claridad que el empleo de la fuerza entre dos estados tenía un interés y alcance más allá de los propios estados implicados, tenía un alcance mundial, global, y se suceden los intentos de establecer una limitación al derecho de los estados a recurrir al uso de la fuerza, con el propósito de no ejercer de manera unilateral el uso de ese monopolio –monopolio que nadie discutía–⁴³.

Pero dichos intentos no evitaron el estallido de la Segunda Guerra Mundial, librada bajo el mismo paradigma que la Primera –monopolio estatal, razón de estado, ejércitos ciudadanos y grandes recursos a disposición de la contienda– pero en la que el alcance de la destrucción fue mucho mayor que en la precedente; y, de nuevo, al finalizar la misma, se intenta de nuevo poner ciertos límites al uso de ese monopolio de la violencia por parte de los estados⁴⁴... si bien con resultado dispar.

Como una de las consecuencias de dicha guerra, se acelera el proceso de descolonización, y se incorporan al concierto internacional una pléyade de nuevos países aparentemente bajo el paradigma del Estado-nación westfaliano. Pero esas nuevas naciones en muchos casos responden a duras penas a ese concepto de Estado⁴⁵, pese a lo cual, y si bien, en el marco de

⁴⁰ Por ejemplo, en Balcanes, en ese momento todavía parcialmente bajo el poder otomano, se produce un fenómeno creciente de europeización que choca con las estructuras político-sociales de la zona, generando conflictos. B. JELAVICH, *History of the Balkans: twentieth century*, Volumen 2, Cambridge University Press, 1983, pp. 45-51.

⁴¹ C. M. DÍAZ BARRADO, *El uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1989, p. 19.

⁴² Texto del acuerdo disponible en http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).

⁴³ Así, y como hitos principales, previos a la Segunda Guerra Mundial, en 1925 se firman los Acuerdos de Locarno (que no prohíbe la guerra, considerando guerra como contienda armada entre dos estados previa declaración de la misma) y en 1928 el Pacto Brian-Kellog –también llamado Pacto Contra la Guerra o Tratado de Renuncia a la Guerra– (en el que se renuncia a la guerra, si bien no deja claro la extensión de dicha renuncia a las represalias armadas o al uso de la fuerza sin declaración previa de guerra), además de la Doctrina Stimson (1932), de no reconocimiento de los territorios anexionados por medio de la fuerza.

⁴⁴ No en vano el Preámbulo a la Carta de las Naciones Unidas comienza así: “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles...” Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 1945. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/charter/preamble.shtml> (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).

⁴⁵ “Con mucha frecuencia las primeras (las viejas naciones) han proporcionado a las segundas (las nuevas naciones) el marco territorial de su transformación en Estado y luego, un día, en Nación, proceso generalmente inverso del que se siguió para la formación de las viejas Naciones”. P. M. GALLOIS, *Geopolítica. Los caminos del poder*, Ediciones Ejército, Madrid, 1992, p. 95.

la “Guerra Fría”, los conflictos intraestatales existen, la “tutela” de las dos grandes potencias, Estados Unidos y la Unión Soviética, y la realidad global marcaban como paradigma de guerra la librada entre estados disputada con ejércitos nacionales.

VIII. LA ILUSIÓN DE PAZ Y LA GLOBALIZACIÓN. ¿FIN DE UNA ERA O DE UN MODELO?

La caída del muro de Berlín generó un baño de optimismo mundial que alimentó la percepción relativa a que el planeta se encaminaba hacia una nueva era, en la que una nueva etapa de paz global era posible. Y, paulatinamente, ante el crecimiento de la percepción de paz y seguridad, disminuyen los recursos puestos a disposición de las herramientas de seguridad, los ejércitos, que van poco a poco profesionalizándose, olvidándose la recluta universal, del concepto de “servicio militar” y siendo cuestionada, cada vez en mayor medida, su utilidad en esa “nueva era”.

Por otra parte, progresivamente el planeta se va viendo inmerso en el fenómeno conocido como globalización, caracterizada por la intensificación de las interconexiones políticas, económicas, militares y culturales a escala global, en la realidad de un planeta circunvalado a velocidad creciente por grandes flujos de personas, mercancías, dinero, información e ideas, merced principalmente a las nuevas tecnologías de la información⁴⁶.

Ante esa nueva realidad, se plantea que los Estados-naciones constituyen estructuras pequeñas y arcaicas, incapaces de adaptarse a esa nueva, amplia y cambiante realidad... el Estado, mermado de capacidades tanto desde ámbitos supranacionales como subnacionales, constituye una estructura caduca⁴⁷, pues, en el mundo global, agencias no gubernamentales, opinión pública, empresas privadas y una pléyade de actores no estatales –además de un gran empoderamiento del individuo y la individualidad– presentan una capacidad de actuación e influencia cuanto menos digna de ser tenida en cuenta, ante una realidad que ha posibilitado el incremento de las capacidades y el radio de acción de dichos actores no estatales⁴⁸, permitiéndoles desempeñar un papel importante en la esfera internacional.... incluso una aproximación al intento de explicar el mundo actual desde una perspectiva centrada en los estados, se señala, resulta del todo insuficiente⁴⁹. Y, la “razón de estado”, deja de ser un aspecto importante, al menos en la medida que lo fue antaño... e incluso se llega a recuperar la idea planteada por Le Borgne⁵⁰, relativa a que el arma nuclear impediría nuevos conflictos generalizados en el futuro.

⁴⁶ Si bien la importancia de las tecnologías de la información es innegable y asumida por todos, resulta imprescindible entender la influencia de otros factores en la génesis de la globalización actual; a este respecto, y centrado en la importancia capital del contenedor como instrumento y potenciador exponencial del comercio internacional, resulta muy interesante la lectura de la obra M. LEVINSON, *The Box: how the shipping container made the world smaller and the world economy bigger*, Princeton University Press, New Jersey, 2006.

⁴⁷ Entre otras obras señalar A. LEVINE, *The end of the State*, Verso, Londres, 1987; J. M. GUEHENNO, *The end of the Nation-State*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1995; K. OHMAE, *The end of the Nation State: The rise of regional economies*, Simon and Schuster, Nueva York, 1995.

⁴⁸ NACIONES UNIDAS Asamblea General. *Un Mundo Más Seguro. La Responsabilidad que compartimos*, Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio; documento A/59/565, diciembre 2004.

⁴⁹ C. BROWN, *Understanding international relations*, Palgrave, Nueva York, 2009, p. 4; J. AGNEW, *Geopolitics: re-visioning world politics*, Routledge, Londres, 2003, en especial el capítulo 7 “A new age of “global” geopolitics?”, pp.15-126.

⁵⁰ C. LE BORGNE, *La guerra ha muerto*, Ediciones Ejército, Madrid, 1988.

En esa nueva era, se plantea que si bien el conflicto entre estados como amenaza clásica no puede descartarse por completo, lo cierto es que la mayor parte de los conflictos son intraestatales, conflictos que tienen lugar dentro de las fronteras de un Estado, entre facciones, bandas, milicias o señores de la guerra, conflictos que sobrepasan el concepto de “guerra civil”, entendida ésta como lucha entre facciones rivales para hacerse con el control político del país... e incluso la nueva tipología de amenazas a la seguridad⁵¹ es consecuencia de la llamada “era global”, de la realidad de un mundo cada vez más estrecho, interconectado e interdependiente, con unas fronteras cada vez más difusas y permeables...

IX. UN NUEVO MODELO... ¿O EL RETORNO AL MEDIEVAL?

... pero existía la percepción que esas amenazas eran remotas y lejanas, que el mundo era –es– un lugar cada vez más seguro y ante los vacíos de seguridad existentes en el planeta, se argumentaba que siempre han existido zonas “de sombra”, de caos... lo cual es un hecho absolutamente cierto, pero mientras antaño esas zonas de caos permanecían relativamente aisladas del resto del mundo, en un mundo interconectado eso es imposible, pues, como señala Cooper⁵², sólo en la actualidad puede plantearse el hecho de un Estado sin ley y orden pero con un aeropuerto internacional conectado con el resto del mundo con vuelos regulares.

En la actualidad, el Estado ya no es “el actor”, sino que es un actor más, y además, cuestionado desde innumerables frentes, en un proceso que arranca desde hace algunas décadas: “Resulta que el ritmo acelerado al que evoluciona el mundo, está hecho más a medida de las facultades de adaptación de la empresa que a las del Estado, distanciado, tenido por arcaico en razón de la complejidad y de lo pesado de sus engranajes”⁵³; “Si el Estado-Nación durante mucho tiempo ha sido el único capaz de reunir y de administrar a las colectividades unidas por la geografía y por la historia común, ahora es discutido”⁵⁴; “La autoridad política se ejerce cada vez en más niveles y, comparada con el ideal del Estado-nación, de una forma asimétrica”⁵⁵. El debate crece en intensidad, acelerando su pérdida de legitimidad, especialmente cuando a sus instituciones se las considera corruptas, ilegales o ineficaces.

Y, en una situación así, es frecuente que la población traslade su lealtad a otros dirigentes: caudillos locales o extranjeros, radicales nacionalistas o religiosos o fuerzas rebeldes, por lo que y, obviamente, cuando el aparato del Estado, que nace desde Westfalia para monopolizar la violencia, se desmorona, se desmoronen con él las herramientas de seguridad, recurriéndose, por tanto, a fórmulas de seguridad privada al margen del gobierno⁵⁶.

Consecuentemente, se produce una erosión del monopolio de la violencia desde todos los ámbitos; desde arriba, fruto de la transnacionalización y gestión de asuntos relacionados con

⁵¹ Comienzan a aparecer en documentos de las principales organizaciones de seguridad menciones a esta tipología de nuevas amenazas: ORGANIZACIÓN TRATADO ATLÁNTICO NORTE, *Concepto Estratégico de la OTAN*, Washington, 23-24 abril 1999, epígrafe “Desafíos y Riesgos para la Seguridad”, párrafos 20-24.; UNIÓN EUROPEA, *Estrategia Europea de Seguridad, Una Europa Segura en un Mundo Mejor*, Bruselas, 13 diciembre 2003; NACIONES UNIDAS Asamblea General, *cit.*, nota 48...

⁵² R. COOPER, *The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century*. Atlantic Books, 2003, p. 18.

⁵³ R. J. DUPUY., citado en P. M. GALLOIS Pierre M., *cit.*, nota 45, p. 397.

⁵⁴ P. M. GALLOIS, *cit.*, nota 45, p. 396.

⁵⁵ M. DUFFIELD, *Las Nuevas Guerras en el Mundo Global. La Convergencia entre Desarrollo y Seguridad*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2004, p. 81.

⁵⁶ “En la medida en que se desintegran las naciones, así lo hacen los ejércitos y las cadenas de mando y, al unísono, los códigos locales de guerra que a veces la salvan de la bestialidad” M. IGNATIEFF, *El Honor del Guerrero*, Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 2002, p. 15.

la seguridad desde estructuras internacionales o multinacionales –a modo de simple ejemplo, basten las declaraciones del Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, que ha citado la necesidad de creación de un ejército europeo⁵⁷; y desde abajo, el fenómeno de la privatización, materializado por las empresas de seguridad privada, o compañías privadas militares, que si bien son cuestionada desde muchos aspectos –desde la compleja situación jurídica de su empleo en zonas en conflicto a la vulnerabilidad que supone para un Estado depender de una empresa privada, en muchos casos extranjera, para garantizar sus intereses nacionales– lo cierto es que cuentan con un papel unas y capacidades crecientes⁵⁸.

Los recursos con que cuentan los nuevos actores sobrepasan, en muchas ocasiones, a los que poseen los estados; grandes corporaciones, empresas, personas individuales... o grupos terroristas, insurgentes o señores de la guerra por todo el mundo son capaces de, utilizando los flujos que recorren el planeta, conseguir ingentes cantidad de dinero y recursos por medio del tráfico de drogas, armas, personas, órganos... de una manera absolutamente ilegal pero tremendamente eficiente⁵⁹. Y para erigir ejércitos, o grupos de personas armadas para luchar por unos fines que sobrepasan o se contraponen con la secular razón de estado –nacionalismos extremos, ideologías religiosas radicales, corporaciones criminales transnacionales...– esa misma nueva realidad global permite que la velocidad de movilización sea mucho mayor debido al uso de los medios electrónicos y redes sociales, afirmándose, hace ya casi una década, que la movilización masiva y universal se ha sustituido por la cibermovilización⁶⁰– así tiene una importancia capital el hecho que la capacidad de llegar en su lengua materna⁶¹ o con imágenes impactantes a cualquier parte del mundo y a cualquier grupo humano⁶², hechos que confieren unas capacidades de credibilidad mucho mayores, sobre un público muchas veces compuesto por no lectores y cuya lealtad cada vez se encuentra más lejos de ese percibido como “decadente” concepto de Estado...mientras que en paralelo a ese ascenso de capacidades de movilización de actores no estatales, baste reseñar, a modo de simple ejemplo, que en nuestro país sólo un 16,3% de la población muestra su disposición a participar voluntariamente en la defensa del

⁵⁷ BBC News, *We need a European army, says Jean-Claude Juncker*, 09 marzo 2015, disponible en <http://www.bbc.com/news/world-europe-31796337> (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).

⁵⁸ Incluso Estados Unidos, con el Ejército más poderoso del mundo, ha empleado los servicios de estas empresas; baste recordar Irak y la empresa BlackWater – posteriormente cambió su nombre a Xe, y en la actualidad se llama Academi (página web oficial disponible en <https://www.academi.com/>). Del poder y capacidades de estas empresas –los denominados nuevos mercenarios en muchos ámbitos– da muestra la siguiente página web que aglutina a las mayores empresas del mundo en este aspecto antaño reservado a los Estados <http://www.privatemilitary.org/home.html> (Fecha de consulta de ambas páginas, 23 de abril de 2015).

⁵⁹ La literatura a este respecto es abundantísima –y suele ser suficiente con una simple ojeada a la prensa diaria–; baste señalar, a modo de muestra, la imbricación de los talibanes afganos en las redes de tráfico de heroína, las relaciones entre las estructuras de inmigración irregular de subsaharianos entre África y Europa –de actualidad permanente en nuestro país– y grupos armados norteafricanos o el tráfico de petróleo empleado como una de las vías de financiación utilizadas por el Daesh (Estado Islámico).

⁶⁰ T. CORN, *Clausewitz in Wonderland*, Hoover Institution, Policy Review, septiembre 2006. Disponible en <http://www.hoover.org/research/clausewitz-wonderland> (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).

⁶¹ M. KALDOR, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona, 2001, p. 113.

⁶² Baste en este sentido una simple ojeada a la prensa, la televisión, internet o las redes sociales para apreciar el buen uso que realiza el denominado Daesh o Estado Islámico, y el impacto que producen en la población global –cuya primera muestra patente son las decenas de miles de voluntarios que alimentan sus filas– para entender la magnitud de este fenómeno. Entre la múltiple literatura al respecto, un análisis conciso y clarificador puede encontrarse en C. LISTER, *Profiling the Islamic State*, Brookings Doha Center, Analysis Paper, n° 13, november 2014.

mismo caso que éste se atacado, un 22,4% señala que probablemente sí lo haría, mientras el resto indica que probablemente no (15,7%), no con toda seguridad (39,6%) y un 6,1% no sabe no contesta⁶³.

Quizás, el sentimiento de ausencia de graves amenazas y riesgos –al menos en parte del mundo, precisamente en esa donde nació la concepción del Estado-nación como herramienta de seguridad y los ejércitos nacionales como medio de implicar directamente a los ciudadanos en las cuestiones clave de seguridad y defensa– implique una menor preocupación y compromiso con estas cuestiones... generándose una peligrosa asimetría⁶⁴, pues el resto de actores –distintos al Estado– capaces de ejercer violencia van incrementando sus aptitudes y recursos para intentar alcanzar sus fines... multiplicidad de fines, pluralidad de actores, diversidad de elementos capaces de ejercer violencia... ¿no era ese el entorno de seguridad medieval que se intenta definitivamente zanjar en Westfalia?

X. CONCLUSIONES

La guerra y el modo empleado en librar las mismas constituyen un claro reflejo de la sociedad existente en cada momento, de su estructura social, económica y política.

La conformación de la noción de Estado ha ido íntimamente ligada a la ostentación del monopolio legítimo de la violencia, al papel central del Estado como único actor legítimo para recurrir a la violencia y al diseño de una estructura que posibilitara la captación y utilización de los recursos de los excedentes sociales para establecer y mantener las herramientas necesarias que proporcionaran la seguridad necesaria a sus ciudadanos dentro de sus fronteras y pudieran defender los intereses nacionales; pero, en la actualidad, dicho monopolio –y las consecuencias aparejadas a dicha pérdida de control– sufre una erosión y un cuestionamiento tanto desde el interior del Estado como desde el exterior.

A escala global, puede que nos adentremos en un nuevo orden, si bien también se afirma que quizás, lejos de ese nuevo orden neokantiano y posmoderno, de un entorno de paz y seguridad global, podríamos estar asistiendo a un “retorno de la historia”⁶⁵, con su secuela de conflictos y rivalidades a causa de la búsqueda de recursos, poder y prestigio... o a la instauración de un nuevo orden, al margen de las estructuras estatales.

Por tanto, la situación, sin alarmismos, y planteada desde el punto de vista conceptual, podría ser definida como de un nuevo medievalismo postwestaliano, con la capacidad de monopolizar y ejercer violencia cada vez más desmonopolizada, con los estados en decadencia y motivando –¿como causa o como consecuencia?– que el “ciclo de estabilidad” gire en un sentido que no induce, precisamente, un mayor grado de la misma.

¿Cómo en la Edad Media?

⁶³ INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS, *Informe de resultados del X estudio del CIS: “Defensa nacional y Fuerzas Armadas”*, Estudio n° E 2998, Madrid, febrero 2014, p. 59. Disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/ESociologicos/2014/X_ENCUESTA_CIS_MAR14.pdf (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).

⁶⁴ R. G. MARTÍNEZ, “Asimetría Esencial”, *Revista Ejército*, n° 889, abril 2015, pp. 30-37.

⁶⁵ R. KAGAN, *El Retorno de la Historia y el Fin de los Sueños*, Taurus, Madrid, 2008.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- A. HASTINGS, *La construcción de las nacionalidades*, Cambridge University Press, 2000.
- A. JONES, *The Art of War in the western world*, First Illinois Paperback, 2001.
- A. LEVINE, *The End of the State*, Verso, Londres, 1987.
- B. and F. M. BRODIE, *From crossbow to H-bomb, The evolution of the weapons and tactics of warfare*, Indiana University Press, 1973
- B. JELAVICH, *History of the Balkans: twentieth century*, Volumen 2, Cambridge University Press, 1983.
- B. MONTGOMERY, *Historia del Arte de la Guerra*, Aguilar de Ediciones, Madrid, 1969.
- C. BROWN, *Understanding internacional relations*, Palgrave, Nueva York, 2009.
- C. J. ROGERS, *The military revolution debate: readings on the military transformation of early modern Europe*, Westview Press, San Francisco, 1995.
- C. LISTER, *Profiling the Islamic State*, Brookings Doha Center, Analysis Paper, nº 13, november 2014.
- C. LE BORGNE, *La guerra ha muerto*, Ediciones Ejército, Madrid, 1988.
- C.M. DÍAZ BARRADO, *El uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1989.
- C.M. SEMPERE, *Tecnología de la Defensa. Análisis de la Situación Española*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2006.
- F. GILBERT, "Maquiavelo: El Renacimiento del Arte de la Guerra" en P. PARET, *Creadores de la Estrategia Moderna. Desde Maquiavelo a la era nuclear*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1992.
- F. VEIGA, *El Turco. Diez siglos a las puertas de Europa*, Random House Mondadori, Barcelona, 2006.
- G. BEST, *Guerra y Sociedad en la Europa Revolucionaria 1770-1870*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990.
- G. E. ROTHENBERG, "Mauricio de Nassau, Gustavo Adolfo, Raimundo Montecucoli y la Revolución Militar del siglo XVII" en P. PARET, *Creadores de la Estrategia Moderna*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1992.
- G. PARKER, *La revolución militar: innovación militar y apogeo de occidente 1500-1800*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- H. DELBRÜCK, *Medieval Warfare: History of the Art of War*, University of Nebraska Press, 1990.
- H. MÜNKLER, *Viejas y Nuevas guerras Asimetría y privatización de la violencia*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2005.
- H. STRACHAN, *Ejércitos Europeos y Conducción de la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1985.
- M. IGNATIEFF, *El Honor del Guerrero*, Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 2002.
- INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS, *Informe de resultados del X estudio del CIS: "Defensa nacional y Fuerzas Armadas"*, Estudio nº E 2998, Madrid, febrero 2014, Disponible en http://www.iece.es/Galerias/fichero/ESociologicos/2014/X_ENCUESTA_CIS_MAR14.pdf (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).
- J. A. CAPORASO, *Continuity and Change in the Westphalian Order*, Blackwell Publishers, Oxford, 2000.
- J. AGNEW, *Geopolitics: re-visioning world politics*, Routledge, Londres, 2003.
- J. BLACK, *Military revolution?: military change and european society, 1550-1800*, Macmillan Education, Londres, 1991.
- J. F. C. FULLER, *Batallas Decisivas del Mundo Occidental*, Ediciones Ejército, 2ª edición, volumen 2º, Madrid, 1985.
- J. F. C. FULLER, *La Dirección de la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1984.
- J. KEEGAN, *El Rostro de la Batalla*, Ediciones Ejército, Madrid, 1990.
- J. M. GUEHENNO, *The End of the Nation-State*, University of Minnessota Press, Minneapolis, 1995.
- J. SPIELVOGEL, *Western Civilization: A brief history*, 2009, Cengage Learning, Wadsworth, 2009.
- J. W. SEDLAR, *East Central Europe in the Middle Ages.1000-1500*, University of Washington Press, 1994.
- K. OHMAE, *The End of the Nation State: The Rise of Regional Economies*, Simon and Schuster, Nueva York, 1995.
- M. DUFFIELD, *Las Nuevas Guerras en el Mundo Global. La Convergencia entre Desarrollo y Seguridad*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2004
- MINISTERIO DE DEFENSA, Ejército de Tierra, Mando de Adiestramiento y Doctrina, *Contrainsurgencia*, PD3-301, Madrid, 2008.
- MINISTERIO DE DEFENSA, Ejército de Tierra, Mando de Adiestramiento y Doctrina, *Estabilización*, PD3-303, Madrid, 2010.
- MINISTERIO DE DEFENSA, Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, *Reales Ordenanzas de 1768*. Disponible en http://www.defensa.gob.es/RROO_2009/rroo_1768.html (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).

- M. KALDOR, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona, 2001.
- M. LEVINSON, *The Box: how the shipping container made the world smaller and the world economy bigger*, Princeton University Press, New Jersey, 2006.
- NACIONES UNIDAS Asamblea General. *Un Mundo Más Seguro. La Responsabilidad que compartimos*, Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio; documento A/59/565, diciembre 2004.
- ORGANIZACIÓN TRATADO ATLÁNTICO NORTE, *Concepto Estratégico de la OTAN*, Washington, 23-24 abril 1999
- P. CONTAMINE, *War and Competition Between States*, Oxford University Press, New York, 2000.
- P. M. GALLOIS, *Geopolítica. Los caminos del poder*, Ediciones Ejército, Madrid, 1992.
- P. S. HERRÁEZ, "La Revolución Francesa y la ruptura del modelo dieciochesco de la guerra", en VV.AA., *La Guerra de la Independencia Española: una visión militar*, Volumen 1, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.
- P. S. HERRÁEZ y J. M. RODRÍGUEZ B., *El Conflicto del Líbano*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.
- R. COOPER, *The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century*. Atlantic Books, 2003.
- R. CURLEY, *The Britannica guide to inventions that changed the modern world*, Britannica Educational Publishing, New York, 2010.
- R. G. MARTÍNEZ, "Asimetría Esencial", *Revista Ejército*, nº 889, abril 2015.
- R. J. DUPUY., en P. M. GALLOIS *Geopolítica. Los caminos del poder*, Ediciones Ejército, Madrid, 1992.
- R. KAGAN, *El Retorno de la Historia y el Fin de los Sueños*, Taurus, Madrid, 2008.
- R.R. PALMER., "Federico el Grande, Guibert, Bülow: de las guerras dinásticas a las nacionales", en P. PARET, *Creadores de la Estrategia Moderna. Desde Maquiavelo a la era nuclear*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1992.
- R. SMITH, *The utility of force. The art of war in the modern world*, Vintage Books, EEUU, 2008.
- S. BOFFA, *Warfare in the medieval Brabant*, The Boydell Press, Woodbridge, 2004. S. J. SHAW, *History of the Otoman Empire and modern Turkey*, 2 Tomos, Cambridge University Press, Cambridge, 1976.
- T. CORN, *Clausewitz in Wonderland*, Hoover Institution, Policy Review, septiembre 2006. Disponible en <http://www.hoover.org/research/clausewitz-wonderland> (Fecha de consulta, 23 de abril de 2015).
- T. MVANN, "Twelfth-Century Castile and its frontier strategies" en D. J. KAGAY y L.J. ANDREW VILLALON, *The circle of war in the middle ages: essays on medieval and naval history*, The Boydell Press, Woodbridge, 1999.
- UNIÓN EUROPEA, *Estrategia Europea de Seguridad, Una Europa Segura en un Mundo Mejor*, Bruselas, 13 diciembre 2003.
- W.C. OMAN, *The Art of War in the Middle Ages*, Cornell University Press, Nueva York, 1953.

LOS EFECTOS POSITIVOS DEL IMPACTO ESTRATÉGICO DE LA FUNDACIÓN DEL ESTADO ISLÁMICO

FRANCISCO JOSÉ BERENGUER HERNÁNDEZ
*Teniente Coronel, Analista Principal del
Instituto Español de Estudios Estratégicos*

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2015

Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2015

RESUMEN: *La súbita aparición del Estado Islámico en el escenario estratégico global ha supuesto un incremento de la amenaza que presenta el yihadismo internacional. Sin embargo, su amplia repercusión mediática y la percepción de los ciudadanos de su violencia y crueldad no deja de producir también algunas consecuencias positivas, que este artículo pretende analizar.*

ABSTRACT: *The sudden appearance of the Islamic State in the global strategic panorama has meant a dramatic increase in the threat posed by international jihadism. However, extensive media coverage and the perception of citizens of his violence and cruelty are currently producing some positive effects. This article analyzes the most important of such effects.*

PALABRAS CLAVE: Yihadismo, Estado Islámico, Daesh, terrorismo internacional, Al Qaeda, Irak, Siria.

KEYWORDS: Jihadism, Islamic State, Daesh, international terrorism, Al Qaeda, Iraq, Syria.

SUMARIO: *Introducción.- El tránsito hacia el Estado Islámico.- Características diferenciadoras del Estado Islámico.- Aspectos potencialmente positivos de la aparición del Estado Islámico: La caída del gobierno de Al Maliki. La mejora de las relaciones con Irán. El impulso hacia la búsqueda de una solución política en Siria. El aumento de la percepción de amenaza en las monarquías del golfo Pérsico y Turquía. El cambio de percepción de numerosos musulmanes ante el yihadismo. El mantenimiento de un escenario de acuerdo y consenso con Rusia. Incremento de la percepción de amenaza por las poblaciones occidentales. Incremento de apoyo a las acciones exteriores de sus FAS. Mejor comprensión de la necesaria asignación de recursos presupuestarios a la seguridad. Desarrollos legislativos e incremento de la cooperación policial internacional.- Conclusiones*

INTRODUCCIÓN

En el momento de iniciar la escritura de este artículo Europa en su conjunto, y Francia especialmente, asiste conmovida y preocupada a los acontecimientos protagonizados por yihadistas franceses en París, que han tenido como consecuencia el asesinato de miembros de la redacción de una revista satírica, policías y simples ciudadanos que realizaban sus compras en un supermercado judío, así como la muerte a manos de las fuerzas de seguridad de los propios yihadistas.

Sin ser, en modo alguno, el primero de los atentados sufridos en nuestro continente a manos de yihadistas de una u otra franquicia o grupo organizado, ni muy probable y desgraciadamente el último, sí es cierto que han sucedido al compás de lo que la aparición del autodenominado Estado Islámico (EI) o Daesh¹ ha supuesto en el panorama estratégico internacional.

La ejecución del piloto jordano capturado tras la avería mecánica de su cazabombardero en una misión de ataque de la Coalición Internacional contra el EI, unas semanas posterior a los atentados en Francia, ha elevado aún más el nivel de tensión en el propio entorno geográfico del Oriente Medio, con masas de ciudadanos jordanos exigiendo a su gobierno una venganza contundente², o la máxima autoridad religiosa de la Universidad de al-Azhar, el gran imán Ahmed Tayeb llamando a castigar a los terroristas de Daesh con muerte, crucifixión y amputación de extremidades³.

En cualquier caso, por estos y otros muchos motivos, resulta evidente que el impacto estratégico que la aparición de este grupo ha supuesto es enorme, tanto en su entorno geográfico más inmediato como a escala global. Pero, por paradójico que parezca, presenta también aspectos positivos que es necesario explotar adecuadamente, convirtiendo en ventaja propia lo que no parece ser otra cosa que radicalismo extremo, inestabilidad y caos. Este artículo intentará evidenciar, a lo largo de su limitada extensión, estas consecuencias potencialmente positivas.

EL TRÁNSITO HACIA EL ESTADO ISLÁMICO

El EI es una evolución, en cierto modo natural desde el punto de vista del fundamentalismo más radical, de anteriores grupos insurgentes ligados a la resistencia suní iraquí contra la invasión principalmente norteamericana del país en 2003. Los elementos más religiosamente rigoristas y motivados, supervivientes a ese conflicto son, en gran medida, el núcleo duro actual del EI.

El grupo, limitada su actuación inicial al escenario iraquí, se funda oficialmente en octubre de 2004 bajo el mando de Al Zarqawi⁴, con el nombre de Estado Islámico de Irak (ISI), dentro de la miríada de grupos opositores a la acción norteamericana en su país, pero con una fuerte vinculación a la célula central de Al Qaeda. Por esta circunstancia, desde el principio, a diferencia de otros aliados específicamente iraquíes, alberga una naturaleza más internacionalizada, plenamente participante de las características de los grupos enrolados, de alguna manera, en ese fenómeno contemporáneo conocido como yihadismo internacional.

Buena prueba de ello es la personalidad de su líder, el citado Al Zarqawi, de nacionalidad jordana. Constituido en uno de los principales líderes sobre el terreno de la lucha contra

¹ Acrónimo árabe *al-Dawla al-Islamiya fi al-Iraq wa al-Sham*.

² Nordland, Rod; Kadri, Ranya, *Jordanian Pilot's Death, Shown in ISIS Video, Spurs Jordan to Execute Prisoners*, The New York Times, 3 de febrero de 2015, http://www.nytimes.com/2015/02/04/world/middleeast/isis-said-to-burn-captive-jordanian-pilot-to-death-in-new-video.html?_r=0, consultada el 24 de marzo de 2015.

³ Al Arabiya News, *Al-Azhar calls for 'killing, crucifixion of ISIS terrorists*, 4 de febrero de 2015, <http://english.alarabiya.net/en/News/middle-east/2015/02/04/Al-Azhar-calls-for-killing-crucifixion-of-ISIS-terrorists-.html>, consultada el 26 de marzo de 2015.

⁴ Kazimi, Nibras, *A virulent ideology in mutation: Zarqawi upstage Maqdisi*, en *Current Trends in Islamist Ideology*, vol. II, Hudson Institute, Washington, 2005.

los norteamericanos y los incipientes gobiernos iraquíes de marcada predominancia chií, es finalmente abatido el 7 de junio de 2006 en un ataque aéreo al norte de Bagdad⁵. Con su muerte se abre para el ISI un período de debilidad y transición, a pesar de su actuación en numerosos atentados indiscriminados, causa, por otra parte, de su creciente impopularidad entre la población iraquí, que se ve agravada como consecuencia de la desactivación de los Comités Militares de la resistencia suní, que pasan a aceptar el juego político ofrecido por las nuevas autoridades de Bagdad. El papel pasado, presente y, lo que es más importante, futuro, de estos comités suníes es probablemente uno de los centros de gravedad esenciales del conflicto actual en Irak.

La situación cambia radicalmente con el estallido de la Guerra Civil Siria. Aunque desligada inicialmente, tanto en su naturaleza como en sus contendientes, de la situación preexistente en Irak, la guerra siria se presenta rápidamente como una oportunidad, un foco de atracción poderoso, al citado yihadismo internacional. En esos momentos, los nuevos líderes del ISI se dan cuenta de la potencial internacionalización del conflicto, transformando una guerra civil en una oportunidad fundacional donde poner en práctica su teoría política.

En esta evolución resulta clave la figura de su nuevo líder Al Baghdadi⁶, que acentúa el carácter transnacional del grupo, desligándolo, al menos aparentemente y en ese momento, de la situación interna iraquí, para dotar a su grupo de una dimensión no ya solamente regional, sino plenamente global.

Desde esa óptica, la transmutación del grupo en el Estado Islámico de Irak y el Levante (ISIL) y la trascendental ruptura con Al Qaeda Central escenificada mediante el asesinato de Abu Khaled al Suri, emisario y mediador enviado por Ayman al Zawahiri⁷, no es más que un tránsito breve hacia su configuración definitiva contra la que hoy nos encontramos, bajo el muy significativo nombre de Estado Islámico, sin apellidos que puedan inducir a pensar en una limitación local o regional.

CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADORAS DEL ESTADO ISLÁMICO

Además de la referida y pretendida “universalidad” con la que Daesh quiere presentar su pseudoestado, es importante revisar las dos características diferenciadoras de este grupo que le hacen no sólo distinto, sino también el agente provocador de las reacciones que este artículo pretende señalar.

En primer lugar su radicalización, que en numerosas ocasiones alcanza cotas de salvajismo extremo. El gesto de autoproclamación de Al Baghdadi lleva implícita su autoconsideración como poseedor de la verdad, que es única e inamovible, en la coincidencia en su figura del poder religioso y secular. En consecuencia, sus decisiones, sus políticas, su interpretación de la realidad en definitiva, no es solamente la verdad, sino la única verdad, lo que constituye un matiz muy importante. De este modo, en un entorno ya saturado de grupos yihadistas de distinta obediencia, esta visión conduce a Daesh a la ruptura con la totalidad

⁵ Knickmeyer, Ellen; Finer Jonathan, *Insurgent Leader Al-Zarqawi Killed in Iraq*, The Washington Post, 8 de junio de 2006, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/08/AR2006060800114.html>, consultada el 26 de marzo de 2015.

⁶ Crompton, Paul, *The rise of the new ‘caliph,’ ISIS chief Abu Bakr al-Baghdadi*, Al Arabiya News, 30 de junio de 2014, <http://english.alarabiya.net/en/perspective/profiles/2014/06/30/The-rise-of-the-new-caliph-ISIS-chief-Abu-Bakr-al-Baghdadi.html>, consultada el 26 de marzo de 2015.

⁷ BBC, *Syria al-Qaeda group gives rival jihadists ultimatum*, BBC News, 25 de febrero de 2014.

de estos grupos, que se posicionan inicialmente contra él. El rechazo de la supremacía de Al Qaeda es producto de esta línea de pensamiento, que paralelamente le conduce indefectiblemente a un grado de fundamentalismo aún mayor que el del resto de grupos. Para el auto-proclamado califa todos aquellos que no se someten a su liderazgo son considerados apóstatas y la superación, tanto en dimensión como en intensidad, de las acciones anteriores de dichos apóstatas es la consecuencia lógica de la “pureza” doctrinal de Daesh. Se trata, cada uno en su contexto y sin ánimo de equiparar las acciones de unos y otros, de una línea de pensamiento similar a la que condujo en su momento a los excesos de Girolamo Savonarola⁸ o los seguidores de Juan Calvino⁹.

En segundo lugar, y aún más importante, la búsqueda y consecución de una territorialidad donde establecer un espacio de vida ideal en el que desarrollar la forma de vida que propugna, lo que ha conducido incluso a fenómenos tales como el reagrupamiento familiar de voluntarios que, establecidos en el pseudoestado, han conseguido hacer llegar a la zona a sus familias y establecerse así en este supuesto paraíso islamista¹⁰. Para ello, y como elemento propio de los estados, emite normativa y legisla para regular la vida de sus “ciudadanos”, en asuntos tan cotidianos como la pesca, la asistencia a la maternidad, planes de estudio en escuelas y universidades, etc¹¹. Esta territorialidad permite al EI gozar de una serie de ventajas innegables, como recaudación de impuestos, la explotación de los recursos naturales o el control de las actividades económicas¹².

Pero, en cualquier caso, de lo que no cabe duda alguna es de que merced a estos rasgos diferenciadores de Daesh respecto a lo que se puede denominar terrorismo clásico yihadista, el grupo se ha elevado sobre los demás de ideología coincidente o similar, como muestra la creciente tendencia de muchos de estos otros grupos a declarar formalmente su adhesión y obediencia al EI y su autoproclamado califa Ibrahim.

Adhesiones que bien proceden de escisiones de grupos preexistentes, como los Soldados del Califato desgajados de AQMI¹³, facciones de Ansar al Sharia¹⁴ o grupos talibán paquistanés¹⁵, bien significan el vasallaje –al menos formal– de la totalidad de grupos como el muy reciente del poderoso y letal grupo yihadista nigeriano BokoHaram¹⁶. Todas ellas son una

⁸ Lojendio, Luis María de, *Savonarola: estudio biográfico*, Espasa-Calpe, Madrid, 1945.

⁹ Crouzet, Denis, *Calvino*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.

¹⁰ Muñoz, Pablo; Pagola, Javier, *Una red yihadista llama a viajar a Siria con la familia y procrear muyahidines*, ABC, 2 de marzo de 2015, <http://www.abc.es/espana/20150301/abci-yihadista-llama-viajar-siria-201502281742.html>, consultada el 24 de marzo de 2015.

¹¹ Al-Tamimi, AymennJawad, *Archive of Islamic State Administrative Documents*, 27 de enero de 2015, <http://www.aymennjawad.org/2015/01/archive-of-islamic-state-administrative-documents>, consultada el 24 de marzo de 2015.

¹² Berenguer Hernández, Francisco José, *La Guerra contra el Estado Islámico y el factor tiempo*, IEEE, 17 de marzo de 2015, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA16-2015_Guerra_EI_FactorTiempo_FJBH.pdf

¹³ Meneses, Rosa, *Una escisión de Al Qaeda en el Magreb islámico jura lealtad al IS*, El Mundo, 16 de septiembre de 2014, <http://www.elmundo.es/internacional/2014/09/16/54171c27ca4741bd3b8b458d.html>, consultada el 26 de marzo de 2015.

¹⁴ Jordán Enamorado, Javier, *Ansar Al Sharia y la inquietante evolución del yihadismo en Libia*, IEEE, 16 de diciembre de 2014, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEO145-2014_Yihadismo_Libia_JJJordan.pdf, consultada el 26 de marzo de 2015.

¹⁵ ABC, *Los talibanes de Pakistán se alían con el Estado Islámico*, 5 de octubre de 2014, <http://www.abc.es/internacional/20141005/abci-talibanes-yihadistas-201410041736.html>, consultada el 26 de marzo de 2015.

¹⁶ Europa Press, *BokoHaram se somete a la autoridad del Estado Islámico*, El Mundo, 7 de marzo de 2015, <http://www.elmundo.es/internacional/2015/03/07/54fb52a5e2704ecd508b4574.html>, consultada el 26 de marzo de 2015.

evidencia del poder alcanzado por el EI como nuevo y más peligroso aún banderín de enganche del yihadismo internacional.

Sin embargo, como suele suceder en cualquier fenómeno complejo, también del análisis de lo que ha supuesto el encumbramiento de Daesh se pueden extraer conclusiones no tan negativas, lecciones aprendidas e, incluso, aspectos francamente positivos, que se detallan a continuación.

ASPECTOS POTENCIALMENTE POSITIVOS DE LA APARICIÓN DEL ESTADO ISLÁMICO

En las siguientes páginas se van a desglosar y analizar someramente los aspectos encontrados en esta línea. No pretende ser un listado excluyente, pero sí compuesto por factores multidireccionales que pueden, en su conjunto, dibujar un escenario aparentemente paradójico, pero en esencia más positivo y esperanzador de lo que la percepción cotidiana nos ofrece en estos momentos respecto a Daesh.

De un modo un tanto artificioso, pero favorecedor de un acercamiento más comprensible, se pueden dividir los citados aspectos en dos grandes conjuntos: los aspectos regionales y los de dimensión global.

Entre los de carácter regional destacan:

La caída del gobierno de Al Maliki

La súbita y exitosa irrupción de Daesh en el territorio iraquí a lo largo de 2014, con especial atención a los sucesos en el norte del país en la primavera y verano, fueron el detonante de la caída del gobierno del primer ministro Al Maliki¹⁷. Efectivamente, la entrada en fuerza de las milicias de Daesh desde Siria supuso la derrota militar del ejército iraquí en el norte del país, que trajo consigo la conquista yihadista de, entre otras muchas localidades, la segunda ciudad del país, Mosul¹⁸.

Dada la magnitud de la derrota militar, que propició una desbandada de las tropas que dejó en manos yihadistas un considerable volumen de material pesado¹⁹, el área controlada por Daesh se extendió hasta hacer temer la caída de Bagdad en el citado verano de 2014.

La urgente petición bilateral de ayuda de Al Maliki a los Estados Unidos²⁰ contrastó con la falta de acuerdo entre el primer ministro iraquí y la administración norteamericana años antes, que llevó a la salida de la totalidad de las fuerzas militares norteamericanas de Irak

¹⁷ Chulov, Martin; Borger, Julian; Ackerman, Spencer, *Embattled Iraqi prime minister Nouri al-Maliki to step aside*, TheGuardian, 14 de Agosto de 2014, <http://www.theguardian.com/world/2014/aug/14/iraqi-prime-minister-maliki-step-aside-abadi>, consultada el 26 de marzo de 2015.

¹⁸ Fuente Cobo, Ignacio, *La inacabable guerra de Iraq*, IEEE, 2 de julio de 2014, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA35-2014_InacabableGuerraIRAQ_IFC.pdf, consultada el 26 de marzo de 2014.

¹⁹ Iriarte, Daniel, *¿De qué armamento dispone el Estado Islámico?*, ABC, 11 de septiembre de 2014, <http://www.abc.es/internacional/20140910/abci-armamento-dispone-estado-islamico-201409091906.html>, consultada el 23 de marzo de 2015.

²⁰ Espinosa, Ángeles, *Irak pide a Obama que bombardee las posiciones de rebeldes yihadistas*, El País, 18 de junio de 2015, http://internacional.elpais.com/internacional/2014/06/18/actualidad/1403077676_698054.html, consultada el 24 de marzo de 2015.

en 2011²¹, en una decisión que apenas tres años después se mostraba como errónea y precipitada. No obstante, ante la gravedad de la situación, los Estados Unidos acordaron, no sin dudas, atender esta petición de ayuda, comenzando rápidamente a efectuar ataques aéreos contra las entonces triunfantes y aparentemente sin oposición huestes yihadistas.

Pero, y este es el aspecto positivo a resaltar, exigió como condición la renovación del gobierno iraquí, impidiendo de este modo la continuidad de Al Maliki al frente del mismo. Esta aparente injerencia en los asuntos políticos internos de Bagdad se considera justificada en gran medida, debido a la errónea política interna ejercida por el primer ministro, autoritario y sectario, que con sus acciones y actitudes ha contribuido significativamente a la creación de las condiciones para que una parte de la población del país apoye a Daesh²². Estas acciones del gobierno iraquí en los años precedentes se centraron en gran medida en asentar sus mecanismos de poder y afianzar una estructura política, de carácter incluso vasallático, que garantizara sus intereses. Fue acusado, en consecuencia, de ejercer políticas sectarias en favor de la población chií y de sus representantes, así como de permitir una excesiva autonomía a sus aliados parlamentarios kurdos, todo ello en detrimento de las oportunidades y la presencia de la comunidad suní, que forma el tercer bloque claramente diferenciado de la población nacional.

Además, las muy repetidas acusaciones de corrupción se habrían hecho evidentes al comprobar el estado de abandono material, financiero y asistencial en el que se encontraba el ejército, lo que habría sido un factor axial en su paupérrimo desempeño contra los milicianos yihadistas en el norte del país²³. Otro factor esencial en la debacle militar fue sin duda el reflejo en las capacidades de las fuerzas militares de las leyes de desbaazificación²⁴ aprobadas por iniciativa de Al Maliki y sus aliados que, al expulsar de los puestos de la administración y las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado a los funcionarios profesionales procedentes del régimen de Sadam Hussein, dejaron a las Fuerzas Armadas iraquíes sin cuadros profesionales capaces de liderar y dirigir eficazmente a las tropas en el combate.

En definitiva, los años de gobierno de Al Maliki se han revelado como negativos y plagados de errores, que han contribuido a crear gran parte de las condiciones idóneas para que la irrupción de las milicias de Daesh encontrara el apoyo y la alianza de una parte considerable de la población iraquí, reactivando así una nueva fase de la guerra civil, más o menos soterrada, que vive el país desde hace ya más de una década.

La formación de un nuevo gobierno, liderado en este caso por el Primer Ministro Al Abadi, es una nueva oportunidad para dar protagonismo a una clase dirigente más inclusiva, que pueda corregir en lo posible los errores de años anteriores, fortaleciendo el estado iraquí y abriendo una nueva etapa que, tras la inevitable derrota militar de Daesh, permita a Irak avanzar hacia una mayor estabilización y la focalización de sus energías en cues-

²¹ Muir, Jim, *Last US troops to leave Iraq cross Kuwait border*, BBC News, 18 de diciembre de 2011, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-16234723>, consultada el 26 de junio de 2015.

²² Draitser, Eric, *The Strange Case of Iraq's Prime Minister Nouri al-Maliki against the Backdrop of the "War" against the Islamic State (IS)*, Global Research, 4 de julio de 2014.

²³ Chulov, Martin; Hawramy, Fazel; Ackerman, Spencer, *Iraq army capitulates to Isis militants in four cities*, The Guardian, 12 de junio de 2014, <http://www.theguardian.com/world/2014/jun/11/mosul-isis-gunmen-middle-east-states>, consultada el 14 de abril de 2015.

²⁴ Pavel, Ryan, *The De-Baathification of Iraq. The development and implementation of an ostensibly necessary vetting policy that turned into a tool of sectarianism*, Tesina, Universidad de Michigan, 2012, <http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/91888/rpavel.pdf?sequence=1>, consultada el 14 de abril de 2015.

tiones esenciales como el relanzamiento de sus exportaciones energéticas, imprescindibles para la viabilidad futura de Irak²⁵.

La mejora de las relaciones con Irán

Objeto de una larga enemistad con diferentes actores regionales de gran peso, como Israel o Arabia Saudí, así como una relación difícil con el conjunto de la comunidad internacional y particularmente con Occidente, Irán es hoy de hecho un aliado indispensable en la lucha contra el EI. Tanto en su apoyo firme e inquebrantable al régimen sirio de Al Assad, enemigo al fin de Daesh, como su especialmente intensa relación con el gobierno de Bagdad y, aún más importante, su vinculación logística y operativa con las milicias chiíes iraquíes, que tanto protagonismo están teniendo en los combates sobre el terreno contra Daesh²⁶.

Incluso, en una demostración del grado de consenso obtenido por la concienciación de la grave amenaza, regional y global, que supone el EI, las fuerzas aéreas iraníes están llevando a cabo ataques puntuales con sus cazabombarderos en territorio de Irak²⁷, lo que requiere la inevitable connivencia –cuando no coordinación– con las autoridades militares estadounidenses y de la Coalición Internacional, dueñas absolutas del control del espacio aéreo iraquí.

Estos hechos revelan la aceptación de Irán como actor necesario y factor clave en la resolución del conflicto. Esta realidad se une a la situación de la ronda de negociaciones del Grupo 5+1 e Irán en relación con el muy conocido programa nuclear persa, que tendrá uno de sus hitos principales en el próximo mes de junio de 2015. Tras el muy celebrado, posiblemente de un modo un tanto prematuro, preacuerdo alcanzado en abril²⁸, se configura, en definitiva, un escenario que permite augurar una cierta distensión entre Irán y buena parte de la comunidad internacional, conducente a una normalización progresiva de estas relaciones.

Estos avances son, sin duda, muy positivos, y deben conducir a una disminución de la tensión regional y un paralelo debilitamiento de las posibilidades de alcanzar escenarios de confrontación – entre Israel e Irán, por ejemplo – mucho más peligrosos y letales de lo que representa objetivamente el EI, por muy espectaculares que resulten sus acciones desde una óptica de la percepción personal ante una propaganda hábilmente orquestada.

El impulso hacia la búsqueda de una solución política en Siria

El referido consenso ante la amenaza de Daesh acerca el convencimiento por las partes en conflicto de la necesidad de buscar una solución política a la Guerra Civil Siria. Dada su peculiar idiosincrasia y sus modos de actuación, lo cierto es que Daesh se ha convertido en actor muy principal en dicha guerra, capitalizando buena parte del potencial militar en oposición al régimen de Damasco. Tanto es así que Daesh ha reclutado gran parte de sus

²⁵ US Energy Information Administration, *Iraq Country Analysis Brief Overview*, 30 de enero de 2015, <http://www.eia.gov/countries/country-data.cfm?fips=IZ>, consultada el 14 de abril de 2015.

²⁶ ABC, *EEUU exige la salida de las milicias proiraníes para bombardear al EI en Tikrit*, 29 de marzo de 2015, <http://www.abc.es/internacional/20150326/abci-eeuu-tikrit-iran-201503261715.html>, consultada el 14 de abril de 2015.

²⁷ Marcus, Jonathan, *Iranian attack jets deployed to help Iraq fight Isis*, BBC News, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-28125687>, consultada el 14 de abril de 2015.

²⁸ Bassets, Marc, *Un paso clave hacia el pacto nuclear*, El País, 3 de abril de 2015, http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/02/actualidad/1427990024_657531.html, 3 de abril de 2015, consultada el 14 de abril de 2015.

fuerzas atrayendo a sus filas a un buen número de anteriores componentes de otros grupos opositores, como el Frente Al Nusra, el Frente Islámico e incluso el Ejército Libre Sirio.

En la escala temporal de los acontecimientos regionales por venir, la derrota militar del EI en Irak se situará muy probablemente en primer lugar, dada la mayor capacidad de acción de la Coalición Internacional en territorio iraquí que en el sirio. Si esto sucede así, es inevitable la retracción de los restos de las milicias yihadistas desde Irak hacia Siria, lo que, aunque derrotadas, supondrá un notable refuerzo de sus compañeros que operan en Siria.

Pero la amenaza global que representa Daesh hace que esta probable derrota parcial sea insuficiente, por lo que a continuación y en una segunda etapa, será imprescindible derrotar también al EI en Siria. Y esto no podrá ejecutarse probablemente sin realizar concesiones hacia una solución política y pactada de la guerra entre el régimen de Damasco y el conjunto de grupos opositores, ya que, tras años de lucha, ninguno de los actores parece capaz de imponerse militarmente de un modo definitivo. Actualmente, pensar en una derrota militar de Daesh en Siria sin la participación activa –y aún principal– del régimen de Al Assad es un absurdo y una utopía. El reciente anuncio de la puesta en marcha del entrenamiento por parte de Estados Unidos y el Reino Unido de algunos miles de opositores moderados sirios para combatir al EI en Siria²⁹, no es sino una pequeña contribución, además en un plazo indefinido, a todas luces insuficiente para alcanzar la derrota de Daesh, lo que conduce inevitablemente a un futuro de cierto entendimiento entre todas las partes en conflicto, con la excepción evidente de los yihadistas más radicales.

De este modo, un acuerdo definitivo, al hilo de lo intentado en las anteriores rondas de conversaciones Ginebra I y II³⁰, parece estar más cercano como consecuencia del impacto que la irrupción del EI en el panorama estratégico internacional presenta, por lo que la contribución a la finalización de la larga y crudelísima Guerra Civil Siria podría ser otro de los citados aspectos potencialmente positivos que la aparición de Daesh supone. Y buena prueba de ello son las muy recientes declaraciones del secretario de estado Kerry, aceptando por primera vez la necesidad de negociar con el presidente sirio Al Assad para poner fin a la guerra civil en este país³¹.

El aumento de la percepción de amenaza en las monarquías del golfo Pérsico y Turquía

Otro de los elementos importantes que han participado en el auge de Daesh hasta la posición de poder que hoy ocupa ha sido su consideración como herramienta válida para influir en la geopolítica regional. Dicho de otro modo, algunos de los actores regionales han considerado a Daesh como parte de su geoestrategia regional, lo que se ha traducido muy probablemente en un apoyo implícito en su papel de opositor al régimen de Damasco y también, en consecuencia, de Teherán, que probablemente se ha sustanciado incluso en su financiación. Unas aportaciones económicas que, procedentes de fuentes privadas de todo el mundo, pero

²⁹ GOV.UK, página oficial del gobierno del Reino Unido, *UK troops to train moderate Syria noppo-sition*, 26 de marzo de 2015, <https://www.gov.uk/government/news/uk-troops-to-train-moderate-syrian-opposition>, consultada el 14 de abril de 2015.

³⁰ Berenguer Hernández, Francisco José, *Ginebra II*, IEEE, 4 de febrero de 2015, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA10-2014_Ginebra_II_FJBH.pdf

³¹ Reuters, *Kerry admite que habrá que negociar con Assad para concluir la guerra en Siria*, ABC, 15 de marzo de 2015, <http://www.abc.es/internacional/20150315/abci-kerry-siria-201503151625.html>, consultada el 24 de marzo de 2015.

muy especialmente desde las ricas monarquías del Golfo³², no han estado sujetas a todos los controles estatales que hubieran sido necesarios, posiblemente de un modo intencionado al menos por parte del entramado funcional de estos estados.

Sin embargo, coincidente con el momento de mayor expansión territorial del EI, cuyas patrullas llegaron a asomarse puntualmente a los puestos fronterizos saudíes, entre otros países, el autoproclamado Califa Ibrahim, líder de Daesh, realizó unas declaraciones públicas en las que calificaba a la familia Saud como apóstata e indigna de controlar los Santos Lugares del Islam, que según sus palabras serían pronto “liberados” y englobados en el territorio del EI³³.

Esta amenaza explícita, junto con el riesgo para la seguridad de los pozos de hidrocarburos situados más cerca de la frontera iraquí que la citada presencia militar yihadista supuso en esos momentos del verano de 2014, alertó sobremanera a las monarquías regionales, pero sobre todo a las autoridades saudíes, que tomaron plena conciencia de que su postura anterior hacia este grupo, lejos de favorecer sus intereses regionales, se había convertido en una seria amenaza para su seguridad y aún su supervivencia, al menos en los parámetros políticos actuales.

Al mismo tiempo, la causa kurda, ya suficientemente reavivada por la actuación kurda en la Guerra Civil Siria, principalmente por medio de las Unidades de Defensa de los Pueblos³⁴, se ha visto extraordinariamente potenciada por la defensa que las milicias kurdoiraquíes, los conocidos como *peshmergas*, han realizado de sus territorios en el norte de Irak, hasta el punto de convertirse posiblemente en las fuerzas locales de resistencia a Daesh más dignas de confianza. Este fortalecimiento relativo kurdo, provocado directa y necesariamente por la ofensiva de Daesh de 2014, es contrario a los intereses turcos, en largo y conocido conflicto con este pueblo, por lo que es igualmente difícil de comprender el cierto grado de comprensión que el gobierno turco ha exhibido ante las actividades del EI³⁵, en una actitud que se ha vuelto en contra de sus intereses con un efecto bumerán muy evidente.

Las tensiones surgidas entre Turquía y sus aliados, sobre todo en torno a los sucesos acaecidos alrededor del cerco a la ciudad siria de Kobane³⁶, han llevado al presidente Erdogan a flexibilizar su postura, aceptando finalmente la ayuda exterior a la martirizada ciudad desde su territorio, lo que ha contribuido al levantamiento del cerco y, en definitiva, a la derrota de Daesh en esta importante localización.

Esta circunstancia, junto con la inmediata adhesión de los países del Golfo a la Coalición Internacional formada en torno al liderazgo de los Estados Unidos para luchar contra el EI, su participación desde el principio en las operaciones aéreas de bombardeo de las milicias yihadistas,

³² Plotkin Boghardt, Lori, *Qatar and ISIS Funding: The U.S. Approach*, The Washington Institute, Agosto de 2014, <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/qatar-and-isis-funding-the-u.s.-approach>, consultada el 14 de abril de 2015.

³³ Reuters, *Islamic State leader urges attacks in Saudi Arabia: speech*, 13 de noviembre de 2014, <http://www.reuters.com/article/2014/11/13/us-mideast-crisis-baghdadi-idUSKCN0IX1Y120141113>, consultada el 14 de abril de 2015.

³⁴ Stephens, Michael, *Analysis: YPG – the Islamic State’s worst enemy*, HIS Jane’s 360, 11 de septiembre de 2014, <http://www.janes.com/article/43030/analysis-ypg-the-islamic-state-s-worst-enemy>, consultada el 13 de abril de 2015.

³⁵ Guiton, Barney, *ISIS Sees Turkey as Its Ally: Former Islamic State Member Reveals Turkish Army Cooperation*, Newsweek, 11 de julio de 2014.

³⁶ Sariibrahimoglu, Lale, *Iraqi Kurdish reinforcements heading for Kobane*, Jane’s Defence Weekly, 29 de octubre de 2014, <https://janes.ihs.com/CustomPages/Janes/DisplayPage.aspx?callingAppl=Alerts&E-Mail=TRUE&ItemId=1726816&ApplicationName=JANES&Category=MAINSEARCH&DocType=News&Pubabbrev=JDW>, consultada el 13 de abril de 2015.

hadistas, así como su ofrecimiento para entrenar opositores moderados sirios en sus propios territorios, entre otras medidas, representa un cambio de actitud notable en relación con lo que el EI es y representa para la seguridad regional y mundial, por lo que este se considera el cuarto de los aspectos potencialmente positivos provocados por el auge de Daesh identificados en este artículo. De hecho, independientemente del lugar en el que se ha colocado en el presente texto, se trata probablemente de uno de los más importantes.

El cambio de percepción de numerosos musulmanes ante el yihadismo

No son pocas las veces que el velo de la corrección política y el necesario cuidado en evitar ofensas gratuitas, tanto en texto como en declaraciones en los medios, impide que los datos reales afloren al debate. En esa línea, no siempre se ha tratado con el necesario rigor el apoyo que los atentados del 11S tuvo en un porcentaje, indeterminado en la mayoría de los casos, pero significativo, de las comunidades musulmanas en todo el mundo.

Las manifestaciones populares de apoyo a dichos atentados como las de Palestina³⁷, Pakistán³⁸, Indonesia³⁹, Marruecos⁴⁰ y, en mayor o menor medida, el conjunto de los países de mayoría musulmana^{41/42}, no representaban entonces el sentir general de las poblaciones, sin duda, y mucho menos aún la postura oficial de los gobiernos implicados, que incluso reprimieron con dureza dichas muestras de apoyo.

Pero, por otro lado, evidenciaron la existencia de ideologías y sentimientos con una componente fuertemente antioccidental, a la que se sumaban porcentajes de la población dignos de tenerse en cuenta. También es innegable la mitificación del entonces líder de Al Qaeda, que pasó a convertirse en un icono para una parte de los musulmanes, incluso en España⁴³, con mayor incidencia en zonas de conflicto, sin duda, pero de dimensión mundial.

Tras la oleada de conflictos e inestabilidad que desde 2001 ha asolado buena parte de los países musulmanes, es difícil no establecer una relación entre aquellos atentados que supusieron uno de esos escasos pivotes estratégicos de la historia y el sufrimiento de las poblaciones de dichos estados, que han soportado, y esto conviene no olvidarlo nunca, la mayor parte de las víctimas del yihadismo internacional y de la reacción contra este de la comunidad internacional. Podría decirse que, en numerosas ocasiones, el icono de Bin Laden ha sido causante de la muerte de decenas de miles de personas, muchas de ellas paradójicamente admiradoras de dicho icono.

³⁷ Sales, Ferran, *Los integristas palestinos se alzan contra la policía de Arafat en apoyo de Bin Laden*, El País, 9 de octubre de 2001, http://elpais.com/diario/2001/10/09/internacional/1002578418_850215.html, consultada el 14 de abril de 2015.

³⁸ Espinosa, Ángeles, *Cuatro muertos en las protestas islámicas en Pakistán*, El País, 22 de septiembre de 2001, http://elpais.com/diario/2001/09/22/internacional/1001109615_850215.html, consultada el 14 de abril de 2015.

³⁹ El País, *4000 indonesios se manifiestan contra EEUU*, 29 de septiembre de 2001, http://elpais.com/diario/2001/09/29/internacional/1001714434_850215.html, consultada el 14 de abril de 2015.

⁴⁰ Cembrero, Ignacio, *Rabat prohíbe por segunda vez las protestas contra EEUU*, El País, 27 de octubre de 2001, http://elpais.com/diario/2001/10/27/internacional/1004133621_850215.html

⁴¹ El País, *Ola de protestas de los fundamentalistas islámicos en el mundo*, 7 de octubre de 2001, http://elpais.com/diario/2001/10/09/internacional/1002578415_850215.html, consultada el 14 de abril de 2015.

⁴² El País, *Las mezquitas se convierten en un escenario de ira contra EEUU*, 13 de octubre de 2015, http://elpais.com/diario/2001/10/13/internacional/1002924013_850215.html, consultada el 14 de abril de 2015.

⁴³ El País, *Pintadas a favor de Bin Laden*, 22 de septiembre de 2001, http://elpais.com/diario/2001/09/22/internacional/1001109627_850215.html, consultada el 14 de abril de 2015.

Podría haberse establecido, en aquella época y respecto a los acontecimientos citados, una pirámide similar a la muy conocida de Manslow referida a las motivaciones humanas⁴⁴, pero centrada en categorizar el grado de percepción y motivación individual provocada por el fenómeno yihadista encarnado por Bin Laden y los atentados del 11S, que podría ser similar a la siguiente:

Yihadista
Apoyo militante
Apoyo
Simpatizante
Comprensión
Neutralidad
Rechazo
Rechazo militante

En la que solo la conciencia de cada musulmán podría conocer su pertenencia a un escalón u otro. Por contraposición, las actuaciones hoy del EI, tan amplia y gráficamente publicitadas, no han encontrado ese grado de empatía descrito en los párrafos anteriores, por lo que no se ha manifestado de un modo ni tan explícito ni amplio como en las semanas posteriores al 11S. Esto es tan cierto que los escasos apoyos mostrados son hoy causa de investigación judicial individualizada, lo que es un fenómeno muy alejado de las a veces masivas manifestaciones de 2001.

En definitiva, el EI y sus acciones ha evidenciado un giro en la percepción del fenómeno yihadista por parte de muchos musulmanes, que ante este nuevo fenómeno global han descendido mayoritaria y significativamente a través de los escalones virtuales de la pirámide de apoyo al yihadismo antes expuesta.

Este es, sin duda, uno de los efectos más importantes y trascendentes de la existencia, los métodos y los “logros” del EI.

Entre los aspectos potencialmente positivos de dimensión global de la aparición del EI destacan:

El mantenimiento de un escenario de acuerdo y consenso con Rusia

El otro foco principal y más preocupante de inestabilidad internacional es, en estos momentos, el conflicto de Ucrania. Más que por las dimensiones de la lucha –siempre preocupante– por su trascendencia en cuanto a la confrontación de intereses entre Rusia y la Unión Europea a la que hay que sumar los intereses globales norteamericanos en su estrategia de primacía y liderazgo mundial⁴⁵.

A pesar de la gravedad de esta circunstancia, lo cierto es que la guerra contra el EI se ha situado en un escalón superior, de tal modo que sirve de nexo de unión y entendimiento entre los tres actores citados. Incluso, de forma muy reveladora, Rusia y los EEUU son capaces de alcanzar consensos en el marco del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en el que la evidencia de la necesidad de luchar contra la financiación exterior del EI, como

⁴⁴ Manslow, Abraham., *A theory of human motivation*, Psychological Review, Vol 50(4), julio de 1943, p. 370 a 396.

⁴⁵ Gobierno de los Estados Unidos de América, *National Security Strategy*, promulgada por el presidente Barak Obama en febrero de 2015.

una de las principales armas para dañarlo severamente, se ha plasmado en la aprobación de la Resolución 2199 (2015). Todo ello pese a militar en bandos claramente enfrentados en la Guerra Civil Siria, la cuestión nuclear iraní y, sobre todo, en el que se puede denominar renacimiento geopolítico ruso, que algunos no dudan en tachar de nueva Guerra Fría⁴⁶.

Se puede decir en este sentido que la capacidad que tiene el EI para aunar voluntades, incluso previamente enfrentadas por otros asuntos, no tiene precedentes a escala global. Se trata de una excelente noticia para las relaciones internacionales en general y sobre todo para la seguridad y el mantenimiento de una cierta capacidad de entendimiento y negociación. El fin negociado de la guerra siria será sin duda una de las consecuencias felices del mantenimiento de este consenso internacional anti EI, como ya se ha referido anteriormente en relación con el cambio de actitud de la administración norteamericana en torno al papel del presidente Al Assad en la Siria de la posguerra.

Incremento de la percepción de amenaza por las poblaciones occidentales

Las réplicas del EI en Libia, Túnez y otros territorios norteafricanos y del Sahel acercan geográficamente la amenaza a Europa, lo que se traduce en una percepción de dicha amenaza más intensa, ya que a pesar de la evidencia de que los intereses de seguridad son globales, no es menos cierto que este es un concepto aún no asimilado por buena parte de las poblaciones occidentales, que ven en la defensa inmediata del territorio nacional la frontera en la que se sitúa su percepción personal de la seguridad.

Cabría preguntarse cuál es el aspecto positivo que se deduce de un notable incremento de la percepción de amenaza, o, en términos menos eufemísticos, del miedo. Pero hay un aspecto que se antoja esencial en los tiempos tan inestables que vivimos y los que viviremos muy probablemente en el futuro, que no es otro que la conciencia de seguridad y defensa de la ciudadanía, tanto en su dimensión individual como en la propia de los actores organizados mediante los que se vertebran las instituciones y la sociedad civil.

De hecho en Europa se ha reavivado tras los atentados en París un debate que no por clásico es hoy más pertinente que nunca. Se trata de la eterna diatriba entre libertad y seguridad. Un debate muy intenso en los Estados Unidos tras el 11S, que hoy se difunde en el viejo continente desde uno de los referentes políticos y éticos de la identidad europea, como es Francia. Se trata evidentemente de una cuestión muy compleja, en la que con frecuencia se presentan ambos conceptos como contrapuestos, que se relacionan a través de un juego de suma cero⁴⁷. Nada más falso, pues si esa visión puede resultar apropiada para sociedades sometidas a regímenes totalitarios o de naturaleza autoritaria, no lo es en absoluto para sociedades avanzadas y democráticas donde una cobertura de seguridad suficiente ante actores no estatales –internos o externos o una combinación de ambos– es precisamente una condición no suficiente, pero sí necesaria, para mantener las libertades individuales y colectivas propias de dichas sociedades.

Pues bien, continuando con la tesis general que sostiene este artículo, el EI ha conseguido una práctica unanimidad hacia la necesidad manifiesta de llevar a cabo mayores medidas legislativas y operativas encaminadas a incrementar la seguridad en nuestra sociedad, incluso en las opciones políticas tradicionalmente más reacias o sensibles hacia el estable-

⁴⁶ Legvold, Robert, *Managing the New Cold War*, Foreign Affairs, July/August 2014 Issue.

⁴⁷ Davis, Morton, *Introducción a la teoría de juegos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

cimiento de dichas medidas⁴⁸. Se puede afirmar que, del mismo modo que la lucha contra el EI ha alcanzado un altísimo grado de consenso internacional, ha hecho también posible un igualmente elevado grado de consenso social⁴⁹. No es poco mérito en favor de Daesh haber conseguido que en nuestras sociedades se desactiven los muy manidos llamamientos a un permanente diálogo o a la negociación política como única forma de acción, que siendo sin duda actitudes y políticas plenamente necesarias para las relaciones sociales, políticas e individuales, son inoperantes y aún ilusas ante grupos terroristas que han elegido el asesinato sistemático, la limpieza étnica y sectaria y la destrucción del patrimonio histórico de la Humanidad como modo de imposición de un ideario totalitario, excluyente y perverso.

Del referido aumento de la percepción de amenaza, y del consiguiente convencimiento de la necesidad de fortalecer la seguridad como garantía de nuestras libertades y modo de vida, se derivan otros efectos positivos derivados, que se analizan más detalladamente a continuación.

Incremento de apoyo a las acciones exteriores de sus FAS

La ya citada sobre extensión en el tiempo y consecuentemente, en el coste de pasados conflictos⁵⁰, han conducido a las sociedades occidentales a un período de retracción estratégica, liderado por el actor principal y necesario de las actuaciones foráneas de las FAS de un gran número de países, sobre todo de los integrantes de la OTAN, que no es otro que los Estados Unidos. De hecho, se puede afirmar que esta disminución del esfuerzo exterior de las FAS norteamericanas ha sido una de las principales líneas de acción de la administración del presidente Obama⁵¹. De este modo la retirada total de Irak a finales de 2011, el tránsito de la misión ISAF a Resolute Support en Afganistán⁵² o la actuación norteamericana en Libia, han plasmado sobre el terreno la expresión presidencial del *leading from behind*⁵³.

Esta política ha tenido que ser revisada parcialmente como consecuencia de la tan citada irrupción del EI en Irak, así como la extensión e intensificación de la acción terrorista bajo una inspiración y modelo en el norte de África, Golfo de Guinea, Pakistán, Yemen, etc. No ha sido fácil, como demuestra la crisis que produjeron las reiteradas manifestaciones de altos mandos militares norteamericanos, liderados por el Jefe de la Junta de Jefes de Estado Mayor, el general Martin Dempsey, en su comparecencia en el Congreso⁵⁴ el 17 de septiembre de 2014, acerca de la necesidad de desplegar fuerzas terrestres en Irak nuevamente, ante la reticencia presidencial, y el posterior y muy significativo abandono de su cargo por el secretario de defensa Hagel, que puso de manifiesto las profundas discrepancias entre el Pentágono y la Casa Blanca en torno a la estrategia a seguir para luchar contra el EI.

⁴⁸ Benkler, Yochai, *NSA Surveillance, Snowden, and Freedom*, Harvard Magazine, March-April 2015.

⁴⁹ Garea, Fernando, *Gobierno y PSOE firman el cuarto acuerdo antiterrorista en democracia*, El País, 2 de febrero de 2015, http://politica.elpais.com/politica/2015/02/02/actualidad/1422891425_334894.html, consultada el 24 de marzo de 2015.

⁵⁰ Eisenhower Study Group, *The Costs of War*, junio de 2011.

⁵¹ Gobierno de los Estados Unidos de América, *cit.*

⁵² OTAN, *Resolute Support Mission in Afghanistan*, 27 de febrero de 2015, http://www.nato.int/cps/in/natohq/topics_113694.htm, consultada el 14 de abril de 2015.

⁵³ Liderazgo en la sombra o desde la segunda fila, Krauthammer, Charles, *The Obama doctrine: Leading from behind*, The Washington Post, 28 de abril de 2011, http://www.washingtonpost.com/opinions/the-obama-doctrine-leading-from-behind/2011/04/28/AFBCy18E_story.html, consultada el 24 de marzo de 2015.

⁵⁴ CBSNEWS, Video de la comparecencia del general Dempsey, <http://www.cbsnews.com/videos/top-general-says-boots-on-the-ground-may-be-needed-to-fight-isis/>

Pero lo cierto es que la creación de la Coalición Internacional, tras la Cumbre de la OTAN en Gales a principios de septiembre de 2014, ha supuesto un giro positivo hacia una mayor implicación de las FAS norteamericanas en el a la vez viejo y nuevo escenario. Tras los correspondientes acuerdos diplomáticos, el paraguas tecnológico y de capacidades militares aportado por los Estados Unidos, imprescindible ante la falta de desarrollo suficiente de las capacidades militares de los países de la UE, y aún mayor de la propia Unión como tal, ha permitido que se sumen activamente a la Coalición numerosos países, si bien con un grado de desempeño muy variable, a la lucha contra el EI y otros grupos terroristas.

Este cambio de visión del problema⁵⁵ ha permitido al secretario de estado Kerry anunciar la presencia norteamericana en Irak el tiempo que sea necesario. Esto no se trata de otra cosa que la manifestación expresa de la determinación norteamericana de intentar dar una solución adecuada al caos que reina en estos momentos en Siria e Irak. Una determinación que es una garantía para otros países, tanto de la región como occidentales que, deseosos de contribuir a la paz, la seguridad internacional y la de sus propios intereses, confían en que no vuelva a producirse una salida precipitada y en falso de Irak, lo que ha sido una de las causas principales de la situación actual.

Con una Coalición Internacional aún a falta de una consolidación organizativa muy necesaria, resulta en cambio muy evidente la voluntad política de los países miembros, lo que permitirá en los próximos meses incrementar el número e intensidad de las acciones –en un espectro muy amplio– conducentes a la derrota del EI, al menos en su configuración pseudoestatal actual, para lo que cuentan con la comprensión y el apoyo de sus respectivas poblaciones.

Mejor comprensión de la necesaria asignación de recursos presupuestarios a la seguridad

Evidentemente la Defensa no es más que una parte, muy importante sin duda, pero sólo una parte de la seguridad. Sin embargo, la evolución de las asignaciones presupuestarias para la defensa siempre se ha considerado un dato muy relevante que refleja razonablemente la preocupación de las naciones, o conjunto de ellas, por la seguridad.

En consecuencia, las diferentes percepciones de las amenazas y la seguridad tienen, lógicamente, fiel reflejo en las partidas presupuestarias destinadas a defensa, principalmente en las sociedades abiertas y democráticas. Por tanto resulta revelador cómo, referido en exclusiva al conjunto de países que conforman Europa Occidental, en cifras expresadas en millardos de dólares constantes, se observan las siguientes cifras anuales⁵⁶, referidas a años considerados significativos:

1988	1989	1990	1991	2001	2002	2003	2004	2010	2011	2012	2013
329	331	335	332	301	309	310	311	315	304	298	291

En la relación efectuada, se distinguen tres períodos de cuatro años cada uno, de tal modo que el primer bloque corresponde a los años inmediatamente previos a la disolución de

⁵⁵ Telhami, Shibley,, *American Public Attitudes Toward ISIS and Syria*, Sadat Chair for Peace and Development at the University of Maryland, 8 de enero de 2015.

⁵⁶ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), *Military Expenditure Database*, http://www.sipri.org/research/armaments/milex/milex_database, web consultada el 3 de marzo de 2015.

la antigua Unión Soviética, el segundo a los años inmediatamente posteriores a los grandes atentados de Al Qaeda en los Estados Unidos, el tristemente famoso 11-S y, por último, los cuatro años anteriores a la brusca y violenta irrupción del EI en el panorama estratégico internacional.

Como puede observarse, no ha habido grandes fluctuaciones en el periodo contemplado, con una asignación razonablemente estable a la defensa. Sin embargo, es significativa la disminución presupuestaria experimentada entre el periodo situado alrededor de la caída del Muro de Berlín, los años inmediatamente posteriores al 11-S, con un incremento en el esfuerzo de defensa en la Europa Occidental de apenas el 3,3% desde 2001 hasta 2004 y, finalmente, hasta los 291 millardos de dólares asignados en 2013.

Es decir, si la actuación de Al Qaeda en los Estados Unidos apenas tuvo reflejo en nuestro entorno inmediato en cuanto a las partidas presupuestarias para defensa, se comprueba que las consecuencias de las Primaveras Árabes, la guerra en Libia en la inmediata vecindad de Europa, el incremento del yihadismo en el Magreb y, muy principalmente, la Guerra Civil Siria y el establecimiento del EI en Siria, se saldaron con una disminución presupuestaria del 13,2% respecto al periodo de inestabilidad inherente a la caída de la URSS. Expresado de un modo más claro, se puede concluir que la fundación del EI a caballo de Siria e Irak, sus atrocidades y la grave amenaza que para la seguridad internacional significa, ha sorprendido a buena parte de la comunidad internacional y, desde luego, a Europa Occidental, desprevenida.

Sin embargo los acontecimientos en la región, protagonizados y aun ampliamente publicitados con todo lujo de detalle por Daesh, no cabe duda que han tenido un amplio impacto en la opinión pública mundial. También en la de los países occidentales, cuyos ciudadanos, instalados en las sociedades más libres, seguras y avanzadas, han experimentado un incremento en la percepción de amenaza y un grado de consenso, reflejado incluso en formaciones políticas tradicionalmente opuestas a la utilización de las FAS más allá de las fronteras propias o en las denominadas misiones internacionales de paz, con un apoyo generalizado a la lucha por todos los medios, incluido el militar, contra el EI.

No obstante, este efecto y su repercusión en la asignación de mayores presupuestos a la seguridad aún no pueden ser medidos, situándose por el momento en el ámbito de la percepción y la conjetura. No será hasta la publicación de los datos consolidados correspondientes a los años posteriores a 2014 –año de la espectacular irrupción del EI en la percepción y conciencia de amenaza de los ciudadanos– cuando pueda establecerse, en su caso, una correlación entre las variaciones presupuestarias anuales asignadas a la seguridad y el indudable impacto popular de la aparición del EI.

Desarrollos legislativos e incremento de la cooperación policial internacional

Por último hay que señalar otra de las consecuencias positivas principales, que se está sintiendo tanto en el ámbito legislativo, como en el judicial y policial. Posiblemente los avances experimentados recientemente en estos campos no sean tan evidentes para la opinión pública, o tan espectaculares como las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o las actuaciones en el campo militar, pero son las que, en el día a día y a largo plazo, más pueden contribuir en favor de la lucha contra la lacra mundial del terrorismo internacional y el yihadismo, términos prácticamente equivalentes en nuestros días.

En el ámbito legislativo van a ser de especial valía las tipificaciones nacionales como delitos de actividades que se unen en esta categorización a las preexistentes como integración

en banda armada, asociación para delinquir o sus equivalentes en las diferentes culturas jurídicas. Estas nuevas actividades delictivas están relacionadas con acciones encaminadas a la radicalización de otros individuos y a la organización y disposición de los medios precisos para su incorporación como voluntarios yihadistas a los escenarios de conflicto. Y, más aún, se encaminan a penar la propia incorporación del individuo como tal voluntario.

De este modo los estados se están dotando de las herramientas para evitar el sinsentido de tener que readmitir en su territorio a individuos que, tras su paso por milicias yihadistas en cualquier guerra presente o futura, constituyen una amenaza de primer orden para su seguridad. Sobre la peligrosidad de estos retornados basta no solo señalar las palabras y acciones de autoridades competentes en la materia, como el ministro español del Interior⁵⁷, ya suficientemente esclarecedoras, sino una realidad que conocemos fruto de la experiencia en décadas anteriores y otros escenarios. Efectivamente, durante numerosos años, y aún hoy en parte, los líderes del yihadismo internacional han sido los conocidos en el argot –tanto yihadista como policial– como “los afganos”, que no son otra cosa que los yihadistas veteranos, endurecidos y experimentados supervivientes de la guerra civil afgana y de la lucha contra los soviéticos en aquél país.

No cabe duda alguna que muchos de los líderes del yihadismo en los próximos lustros serán muy probablemente retornados del escenario sirio-iraquí. Es lógico y necesario, en consecuencia, dotarse de los medios legales para disminuir en lo posible tal efecto.

En el apartado de lo policial se está produciendo igualmente un incremento de la colaboración internacional, ya muy intensa desde 2001, labor en la que los cuerpos de seguridad van a ver aumentada su eficacia al amparo de los citados avances legislativos. Un buen ejemplo es la aparente conclusión del estéril debate parlamentario europeo en torno a la disposición e intercambio de las listas de pasajeros aéreos. Esta sencilla pero esencial herramienta ha sido protagonista de la anteriormente citada contraposición entre libertad y seguridad, con reiteradas y a veces encendidas batallas parlamentarias entre los distintos grupos de la Euro cámara. Es una buena muestra del alejamiento a veces preocupante entre la política y la realidad en torno a la seguridad que se vive no pocas veces en nuestras sociedades.

De nuevo la acción del EI ha servido para derribar por muy amplia mayoría en la Euro cámara⁵⁸ el muro que impedía disponer de una herramienta tan necesaria como reiteradas veces demandada por los expertos y responsables de la seguridad de los ciudadanos europeos, que estará disponible a finales del presente 2015.

Los frutos de esta nueva fase de más intensa colaboración internacional ya se perciben, con un importante incremento de la detección y detención de numerosos voluntarios yihadistas, tanto en su camino de ida como de retorno a su lugar de residencia habitual desde el escenario bélico de Oriente Medio. Además, hay que tener en cuenta que cuando, en un futuro no muy lejano, la dinámica de victoria del EI se quiebre, y las guerras civiles en ambos países vayan apagándose, el tránsito de estos individuos hacia otros lugares del mundo se incrementará notablemente. No parece que nuestra seguridad aconseje no intentar evitarlo por todos los medios lícitos y legítimos a nuestro alcance.

⁵⁷ Europa Press, *España y EEUU abordan la amenaza de los retornados yihadistas en una cumbre*, 17 de septiembre de 2014, <http://www.notimerica.com/politica/noticia-espana-eeuu-abordan-amenaza-retornados-yihadistas-cumbre-20140917130344.html>, consultada el 14 de abril de 2015.

⁵⁸ 532 votos a favor, 136 en contra y 36 abstenciones.

CONCLUSIONES

El EI, con sus métodos extraordinariamente violentos, ha conseguido auparse a una posición de liderazgo en el fenómeno del yihadismo internacional, lo que ha supuesto una grave alteración del panorama estratégico global. Pero precisamente este “éxito” está teniendo, en el conjunto de una a veces adormecida comunidad internacional, el efecto positivo de incrementar la percepción de amenaza y la conciencia de seguridad.

Esta circunstancia está creando una coyuntura favorable al establecimiento de medidas legítimas y necesarias para incrementar nuestra seguridad, lo que ya se está haciendo en parte, con el objeto de acercar en lo posible la derrota del yihadismo, encarnado en el EI o cualquier otro grupo afín, y avanzar en la estabilidad y la paz internacional.

REGULACIÓN DE LA TASACIÓN INMOBILIARIA

REAL ESTATE APPRAISAL REGULATION

FERNANDO GÓMEZ-BEZARES PASCUAL

Doctor y Catedrático de la Universidad de Deusto

ANA GÓMEZ-BEZARES REVUELTA

*Doctora e Inspectora del Banco de España**

ALFREDO JIMÉNEZ EGUIZÁBAL

Doctor y Catedrático de la Universidad de Burgos.

Fecha de recepción: 9 de abril de 2015.

Fecha de aceptación: 29 de abril de 2015

RESUMEN: *La tasación inmobiliaria es fundamental a la hora de determinar la cuantía de un préstamo hipotecario, por lo que afecta directamente a la solvencia bancaria. En el proceso de unión de la supervisión bancaria en Europa tendremos que abordar la unificación, o al menos la convergencia, de nuestros sistemas de tasación. En este artículo estudiamos el sistema español, basado en las sociedades de tasación supervisadas por el Banco de España, la situación del sector en España y los muy diversos sistemas que conviven en Europa. Pensamos que el sistema español, una vez corregidas las debilidades que ha puesto en evidencia la crisis, puede servir de ejemplo para el futuro sistema europeo.*

ABSTRACT: *The property valuation is essential when determining the amount of a mortgage loan, which directly affects bank solvency. In the joining process of banking supervision in Europe we will have to address the unification, or at least the convergence of our appraising systems. In this paper we study the Spanish system, based on appraisal companies supervised by the Bank of Spain, the situation of the sector in Spain and the very different systems coexisting in Europe. We think the Spanish system, once corrected the weaknesses that were highlighted by the crisis, can serve as an example for the future European system.*

PALABRAS CLAVE: *Regulación, tasación inmobiliaria, supervisión, Banco de España, MUS.*

KEYWORDS: *Regulation, real estate appraisal, supervision, Bank of Spain, SSM.*

SUMARIO: *1. Introducción.- 2.Requisitos mínimos de homologación y formalización.- 3. La independencia de las sociedades de tasación homologadas.- 4. Estructura sectorial de la tasación inmobiliaria en España.- 5. Las asociaciones profesionales españolas (ATASA y AEV).- 6. El futuro de la valoración inmobiliaria.- 7. La valoración inmobiliaria en Europa.- 8. Conclusiones.- 9. Bibliografía.- Anexo.*

* Este trabajo es responsabilidad exclusiva de los autores y no refleja necesariamente la opinión del Banco de España.

1. INTRODUCCIÓN

En Europa podemos encontrar muy diversos modelos en cuanto a la organización y exigencias para los tasadores. Hay países en los que se exige aprobar un examen semi-oficial como en Alemania, otros en los que la tasación es completamente libre como en Bélgica y el caso que vamos a estudiar más en profundidad en este trabajo, que es el español, que se basa en que los tasadores, aparte de tener una formación específica, deben pertenecer a una sociedad de tasación homologada por el Banco de España, para que esas valoraciones tengan efectos para finalidades hipotecarias (Federación Hipotecaria Europea, 2012).

En nuestro país la valoración inmobiliaria más profesional nace con la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, desarrollada por el Real Decreto 685/1982, que regula la creación y actividad de las Sociedades de Tasación. Hasta entonces las valoraciones eran realizadas por profesionales liberales, que desarrollaban la actividad de una manera más bien artesanal y en muchos casos como actividad secundaria.

A partir de 1982, y debido a la obligación de que las tasaciones con fines hipotecarios sean realizadas por entidades especializadas que se creen con este objeto, se empiezan a formar las sociedades de tasación y se profesionaliza el sector. De esta manera se llega hasta el momento actual en el que el sector está regulado y supervisado por el Banco de España, y está formado por empresas que deben tener equipos suficientemente capaces y medios adecuados para el ejercicio de su actividad, al igual que una solvencia mínima y otra serie de requisitos que veremos en detalle en este trabajo (Estevas, 2004).

Tras esta introducción, nuestro artículo¹ comenzará repasando los requisitos de homologación y formalización de las sociedades de tasación en España. Para, a continuación, profundizar en el tema de la independencia de estas sociedades. Estudiaremos también la estructura del sector de la tasación y las asociaciones profesionales en nuestro país, y además daremos nuestra visión del futuro de la valoración inmobiliaria. Haremos también un análisis comparativo de la realidad de la tasación en Europa, terminando con unas conclusiones.

2. REQUISITOS MÍNIMOS DE HOMOLOGACIÓN Y FORMALIZACIÓN

Hemos listado en el anexo la principal normativa que afecta a las sociedades de tasación en España. En las próximas líneas recogeremos los aspectos más destacados de esta regulación por lo que hace referencia al establecimiento y funcionamiento de estas sociedades.

Como se ha indicado en la introducción, es a partir de 1982 cuando se empiezan a crear sociedades de tasación y esto es debido a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que en su artículo 7 establece que para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de títulos, los bienes deberán haber sido tasados por servicios de tasación que cumplan ciertos requisitos. En el artículo 3 de esta misma ley, se expresa que las sociedades de tasación estarán sometidas a requisitos de homologación previa, independencia y secreto, además deberán respetar las normas aplicables en las valoraciones de bienes que tengan por objeto el mercado hipotecario u otras finalidades financieras.

¹ El origen de este estudio está en Gómez-Bezares (2014).

Por otro lado, el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, en su artículo 8 dice que los bienes inmuebles sobre los que recaiga una hipoteca habrán tenido que ser tasados por una entidad homologada con anterioridad a la emisión de títulos.

Es en el Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre el régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, donde se desarrolla el régimen jurídico de homologación administrativa de los servicios y sociedades de tasación, que en su artículo primero define que la homologación será obligatoria cuando se realicen valoraciones para los siguientes ámbitos:

1. Servir de garantía hipotecaria de préstamos que forman parte de la cartera de cobertura de los títulos hipotecarios contemplados en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.
2. Servir de cobertura de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras exigidas por el Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado.
3. Formar parte del patrimonio de las instituciones colectivas inmobiliarias reguladas en el Real Decreto 686/1993, de 7 de mayo, que modifica el Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, precisándose el régimen de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria.
4. Formar parte del patrimonio de los fondos de pensiones regulados en el Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

Los requisitos de homologación actualmente en vigor los establece el artículo tercero del Real Decreto 775/1997, y consisten en unas exigencias mínimas de solvencia y de recursos técnicos y humanos:

- a) Revestir la forma de sociedad anónima de fundación simultánea, domiciliada en el territorio nacional.
- b) Contar con un capital mínimo de 300.506,05 euros. Dicho capital ha de estar representado por acciones nominativas.
- c) Limitar estatutariamente su objeto social a la valoración de todo tipo de bienes, empresas y patrimonios.
- d) Contar con un mínimo de 10 profesionales de los cuales, al menos, 3 han de ser profesionales vinculados.
- e) Disponer de una organización con los medios técnicos y personales, y los mecanismos de control interno necesarios para asegurar, tanto un adecuado conocimiento del mercado inmobiliario, como el cumplimiento uniforme de las normas de valoración aplicables y de las obligaciones e incompatibilidades establecidas en el Real Decreto 775/1997.
- f) Tener asegurada frente a terceros la responsabilidad civil, que por culpa o negligencia pudiera derivarse de su actividad de tasación mediante póliza de seguro suscrita con una entidad aseguradora habilitada legalmente para operar en España en el seguro de responsabilidad civil, por un importe no inferior a 600.000 euros más el 0,5 por mil del valor de los bienes tasados en el ejercicio inmediatamente anterior, hasta alcanzar la cifra máxima de 2.400.000 euros. La póliza deberá suscribirse de forma exclusiva para la actividad de tasación y alcanzará a toda la actividad de tasación de la sociedad, incluso cuando los daños o perjuicios económicos procedan de

errores o negligencias cometidos por los profesionales que realicen las tasaciones. La póliza podrá contemplar las exclusiones excepcionales propias de las prácticas habituales aseguradoras en ese ramo.

- g) Contar con un consejo de administración en el que todos sus miembros, así como los del consejo de administración de su entidad dominante cuando exista, sean personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, que posean conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y que estén en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad. Los requisitos de honorabilidad, conocimiento y experiencia deberán concurrir también en los directores generales o asimilados, así como en las personas que asuman funciones de control interno u ocupen puestos claves para el desarrollo diario de la actividad de la entidad y de su dominante, conforme establezca el Banco de España.

A estos efectos, la valoración de la idoneidad de los miembros del consejo de administración, así como de los directores generales o asimilados y de las personas que asuman funciones de control interno u ocupen puestos claves para el desarrollo diario de la actividad de la entidad, se ajustará a los criterios y procedimientos de control de la honorabilidad, experiencia y buen gobierno establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

Esta letra g está así redactada por el Real Decreto 256/2013, de forma que se igualan los requisitos para las sociedades de tasación con los de las entidades de crédito.

Respecto a los medios técnicos y humanos, de los que se habla en el apartado e, la disposición adicional segunda de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, señala algunas especificaciones adicionales que deben asegurar los procedimientos internos:

1. El adecuado conocimiento del mercado inmobiliario sobre el que han de operar, para lo cual dispondrán, como mínimo, de: una base de datos de información de costes y precios (en venta y en alquiler) y de características de los inmuebles, suficiente en número, tipología y localización adecuadamente distribuida dentro del área geográfica en la que la entidad pretenda operar; datos actualizados de información estadística o de otra índole (subastas, precios de materiales, etc.) que sean utilizables para la tasación; procedimientos de actualización de los datos anteriores; las fuentes concretas de los datos anteriores; la metodología utilizada en el tratamiento de los datos anteriores; los canales de transmisión de dichos datos a sus profesionales y el sistema de utilización de los mismos en las tasaciones.
2. El cumplimiento uniforme de las normas de valoración aplicables, para lo cual deberá disponer de un manual de procedimiento, debidamente actualizado, en el que, al menos, se recojan los criterios concretos para la aplicación de dichas normas; el sistema de control de calidad de las tasaciones y el modo de intervención en el mismo de los profesionales vinculados, así como los criterios establecidos por la entidad para la intervención de profesionales especializados en la tasación de inmuebles dedicados a usos particulares; y finalmente el sistema de formación y actualización de conocimientos de sus profesionales, especificando si los vinculados realizan o no valoraciones.
3. El cumplimiento uniforme del régimen de las obligaciones e incompatibilidades previsto en el Real Decreto 775/1997 a cuyos efectos la información mínima disponible comprenderá la relación de personas físicas y jurídicas, para las que la sociedad o

servicio de tasación no pueda realizar valoraciones por no poder mantener razonablemente una posición de independencia en menoscabo de la objetividad de la tasación, así como los criterios utilizados para la confección de dicha relación.

También comprenderá la información solicitada por la entidad a sus profesionales para velar por el cumplimiento de las incompatibilidades de estos y la frecuencia con la que se recabe.

En cuanto al procedimiento para la homologación, está descrito en el artículo 4 del Real Decreto 775/1997:

Los promotores de una sociedad de tasación deberán dirigir la solicitud de homologación al Banco de España aportando los siguientes documentos:

- a) Copia del correspondiente proyecto de escritura de constitución de la entidad.
- b) Relación de los componentes del primer consejo de administración y altos directivos de la sociedad, con su historial profesional.
- c) Relación e historial profesional de los profesionales vinculados.
- d) Descripción de la organización de la sociedad, de los medios técnicos y personales y de los mecanismos de control interno con que contará para realizar los trabajos de tasación.
- e) Justificación de haber constituido en el Banco de España, en metálico o en valores de Deuda Pública, un depósito equivalente al 10% del capital mínimo exigido.

Una vez recibida toda la información, el Banco de España dispone de dos meses, desde la fecha en que la solicitud haya sido entregada en el registro, o desde que se complete la información exigida con posterioridad a la primera entrega, para verificar el proyecto y en su caso, expedir la oportuna homologación. Si no se ha resuelto la solicitud en este plazo, la misma habrá de entenderse desestimada.

3. LA INDEPENDENCIA DE LAS SOCIEDADES DE TASACIÓN HOMOLOGADAS

Un tema de especial relevancia en las sociedades de tasación es la independencia, y reguladores y supervisores están muy preocupados al respecto, ya que para la realización de una valoración objetiva es necesario que tanto el tasador como la sociedad de tasación no sufran presiones de su cliente, y no aparezcan problemas de agencia. Dentro de que es difícil saber si alguien es realmente independiente o no, surgen ciertas casuísticas en las que la independencia puede verse reducida, como podría ser el caso en el que tu propio cliente es accionista de la sociedad de tasación. Otro caso en el que la independencia se puede ver reducida es cuando el cliente tiene una gran influencia en la sociedad de tasación; parece claro que si un cliente aporta la mayor parte de nuestros ingresos, nos será difícil no valorar un inmueble por el precio que él nos diga, ya que corremos el riesgo de perder nuestro negocio con él y que la viabilidad de nuestra sociedad se vea dificultada. Los problemas que podrían surgir en estos dos casos, en cierta forma, se ven paliados con la aprobación de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que detallaremos posteriormente en este epígrafe. Pero antes veamos en la figura 1 los datos que nos proporciona el Banco de España respecto a las dos limitaciones a la independencia a las que nos hemos referido,

viendo el peso de los clientes importantes en las sociedades de tasación (ST) y su relación con entidades de crédito (EC).

Figura 1

DEPENDENCIA DE LAS SOCIEDADES DE TASACIÓN RESPECTO DE SUS CLIENTES (a) CUADRO A.5

Agrupaciones según aportación del cliente principal a los ingresos ordinarios (b)	Número de ST				Ingresos ordinarios, en %				Peso del primer cliente y de los que suponen, al menos, el 15 %			
	2010	2011	2012	2013	2010	2011	2012	2013	2010	2011	2012	2013
Total ST activas	55	58	57	52	100,0	100,0	100,0	100,0	31,8	29,6	28,4	31,6
Relacionadas con EC (c)	11	10	7	5	19,1	13,9	6,6	4,9	82,3	83,0	79,9	92,5
Cliente principal => 50 %	18	21	18	18	5,2	8,3	10,8	17,4	76,7	70,6	84,4	72,2
Cliente principal => 25 % y < 50 %	11	9	12	8	20,8	17,8	26,8	22,8	31,2	32,0	31,6	33,5
Cliente principal => 15 % y < 25 %	6	9	8	7	5,6	12,4	8,7	15,7	20,6	17,6	17,2	18,1
Resto	9	9	12	14	49,4	47,6	47,1	39,3	9,1	9,0	8,5	10,4

FUENTE: Banco de España. Datos disponibles a 30 de junio de 2014.

a Datos del conjunto de las ST que han realizado alguna actividad en cada año.

b Se han clasificado según la importancia relativa del cliente principal, si bien hay entidades donde otros clientes, distintos del principal, superan el 15 % de los ingresos ordinarios de cada año.

c Se incluyen las filiales y las participadas por EC. En bastantes casos, el socio mayoritario es, al mismo tiempo, el cliente principal.

Fuente: *Boletín Económico del Banco de España (Banco de España, 2014)*.

En el artículo 6 del Real Decreto 775/1997 se listan las incompatibilidades de las sociedades de tasación, para preservar la máxima independencia de las mismas:

Con la finalidad de mantener la objetividad en la valoración las sociedades de tasación no podrán valorar bienes, empresas o patrimonios propiedad de personas físicas o jurídicas con las que no puedan razonablemente mantener una posición de independencia.

En particular, deberán abstenerse de valorar los bienes, empresas o patrimonios propiedad:

- De la propia sociedad de tasación o de sociedades que pertenezcan a su mismo grupo.
- De sus accionistas, si participan directa o indirectamente en su capital social o dispongan, en virtud de acuerdos celebrados con otros accionistas, de derechos de voto en un porcentaje superior al 10%.
- De sus administradores, directivos o asimilados.
- De los familiares de las personas citadas anteriormente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- De instituciones de inversión colectiva en las que tengan inversiones o cuya gestora o depositario pertenezca al mismo grupo que la sociedad de tasación.
- De fondos de pensiones en los que tengan inversiones o cuya gestora pertenezca al mismo grupo que la sociedad de tasación.

Como ya hemos adelantado, este régimen de incompatibilidades se ha visto endurecido notablemente a partir de la modificación de la ley 2/1981, de 25 de marzo, por la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que en su artículo cuarto señala que las sociedades de tasación cuyos ingresos deriven, al menos en un 10%, de su relación de negocio con una entidad de crédito o con el conjunto de entidades de crédito de un mismo grupo, deberán, cuando se hayan emitido títulos hipotecarios, disponer de mecanismos

adecuados para favorecer la independencia de la actividad de tasación y evitar conflictos de interés.

Esos mecanismos consistirán al menos en un reglamento interno de conducta que establezca las incompatibilidades de sus directivos y administradores y los demás aspectos que resulten más adecuados para la entidad, atendiendo a su tamaño, tipo de negocio, y demás características. El Banco de España verificará dichos mecanismos y podrá establecer los requisitos mínimos que deban cumplir con carácter general y requerir a las entidades, de manera razonada, para que adopten las medidas adicionales que resulten necesarias para preservar su independencia profesional.

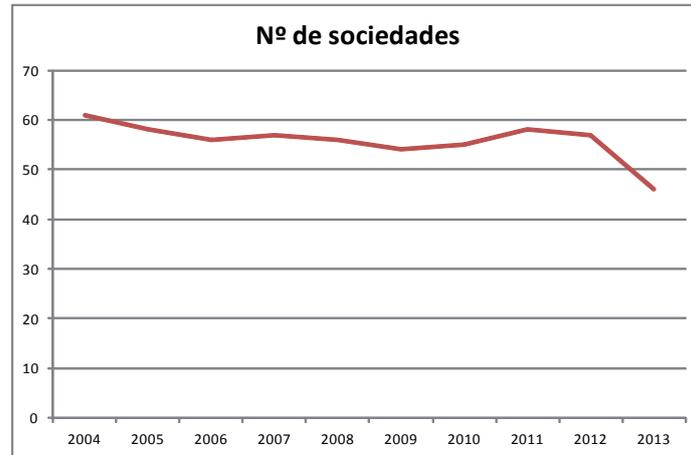
El contenido de este código de conducta lo encontramos en la Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares 7/2010, 3/1998 y 4/2004, y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles mediante la modificación de la Circular 2/2014.

En el mismo artículo cuarto de la ley 1/2013, queda prohibida la adquisición o mantenimiento por parte de las entidades de crédito, de forma directa o indirecta, de una participación significativa en una sociedad de tasación (del 10% o superior del capital o de los derechos de voto), o que permita ejercer una influencia notable en la sociedad. Idéntica prohibición de adquisición o mantenimiento de participaciones significativas en una sociedad de tasación se extenderá a todas aquellas personas físicas o jurídicas relacionadas con la comercialización, propiedad, explotación o financiación de bienes tasados por la misma.

Por otro lado, la circular del Banco de España, 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, en su norma décimo cuarta que explica las consideraciones respecto al valor razonable, en el apartado 5C, expresa que el valor razonable de los activos materiales localizados en España de una entidad de crédito no podrá superar el valor hipotecario al que se llegue en una valoración realizada acorde con la Orden Ministerial ECO/805/2003, de 27 de marzo, realizada por una sociedad de tasación independiente y homologada, con experiencia reciente en la localidad y tipo de activo que se está valorando. Se entiende que la sociedad de tasación es independiente si no se considera parte vinculada y además la facturación a la entidad o al grupo en el último ejercicio no es superior al 15% de la facturación total de la sociedad de tasación.

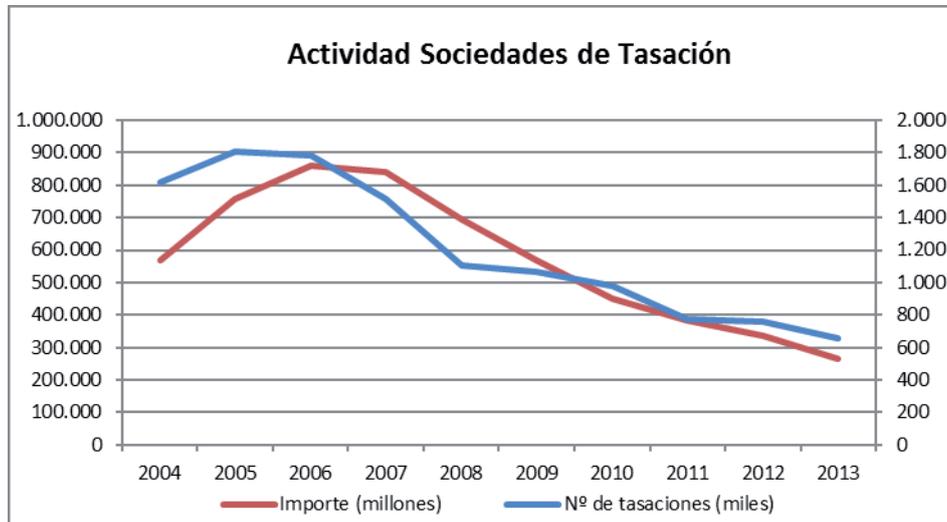
4. ESTRUCTURA SECTORIAL DE LA TASACIÓN INMOBILIARIA EN ESPAÑA

El sector, en España, a finales de 2013, estaba formado por 46 sociedades de tasación. El número de sociedades ha variado significativamente desde el máximo alcanzado en 1996 con 167 sociedades de tasación inscritas en el registro de sociedades homologadas por el Banco de España. En la figura 2 podemos ver la evolución de este número en los últimos años.

Figura 2

Fuente: Banco de España y elaboración propia.

Cabe destacar que pese a que la crisis comenzó en 2006-2007, y se podrá ver en la figura 3 la importante bajada de actividad que han tenido las sociedades de tasación desde ese momento, el número de sociedades no comenzó a disminuir hasta 2012, cuando se empezaron a endurecer los requisitos supervisores y regulatorios.

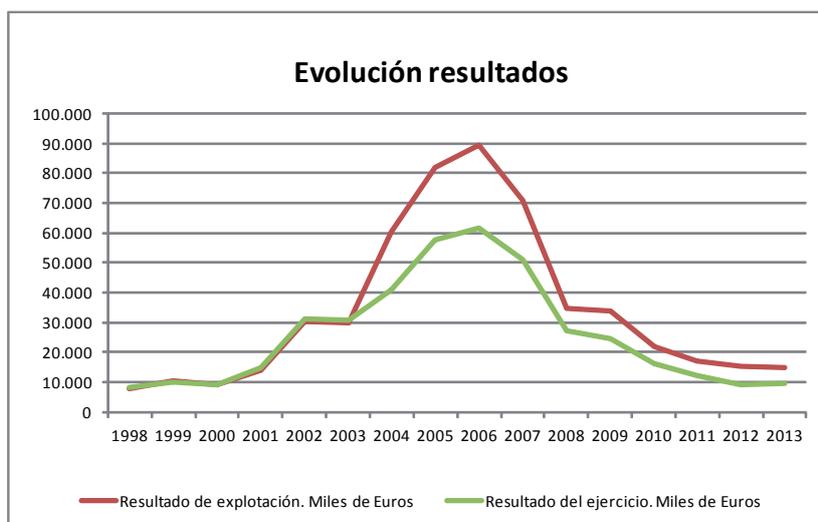
Figura 3

Fuente: Banco de España y elaboración propia.

Podemos ver en la figura 3 que en cuanto a número de tasaciones la actividad ha bajado más de un 60% desde 2006 con 1,7 millones de tasaciones, hasta 0,65 millones en 2013. El importe ha tenido una evolución muy similar aunque más acentuada, bajando casi un 70%, pasando de 857.922 millones en el pico de 2006, a tan solo 264.625 en 2013.

Si nos fijamos ahora en las cuentas de resultados del sector durante esta época (figura 4), las cifras tampoco son nada halagüeñas.

Figura 4

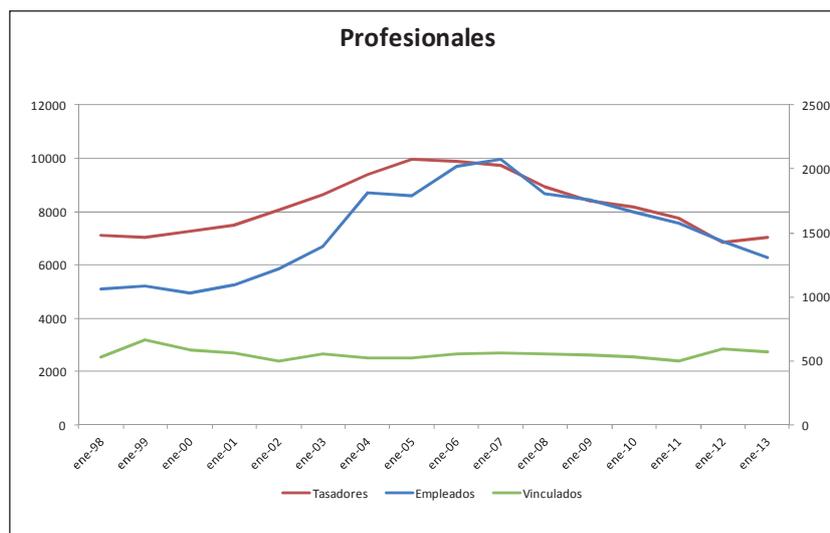


Fuente: Banco de España y elaboración propia.

Se observa cómo tanto el resultado de explotación como el total del ejercicio van completamente acompasados con la burbuja inmobiliaria y la posterior crisis, siendo este efecto más acentuado en el resultado de explotación, que es el que se vio más incrementado durante la burbuja, y por lo tanto ha tenido un mayor ajuste en los años de la crisis. En cuanto a números, el resultado de explotación pasa de unos 9 millones de euros en el año 2000 a más de 89 millones de euros en el pico del año 2006, lo que supone un aumento de casi un 900% en tan solo 6 años. A finales de 2013 se situó en 14,7 millones, lo que lo lleva a niveles de 2001. Por el lado del resultado del ejercicio, aunque la variación sea menos acusada que en el caso del beneficio de explotación, pasa de algo más de 9 millones de euros en el año 2000 a 61,7 millones de euros en 2006, lo que supone un aumento de un 580% en seis años, siendo también una cifra muy significativa, para volver a bajar llegando a finales de 2013 a 9,5 millones de euros, situándose prácticamente a niveles del año 2000.

En la figura 5 vemos la evolución de los empleados y los tasadores durante los últimos años.

Figura 5

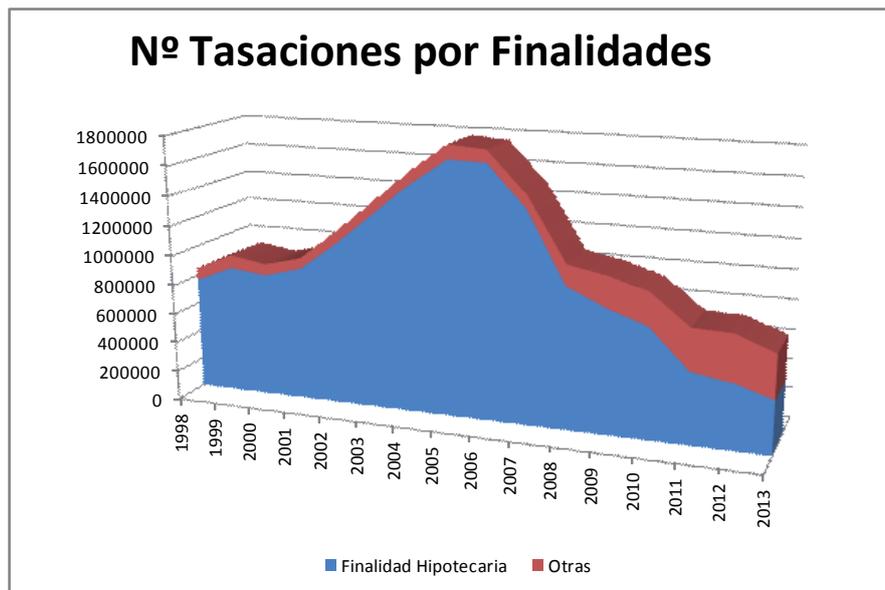


Fuente: Banco de España y elaboración propia.

En la figura 5 se puede observar cómo sí que ha habido un ajuste en la cantidad de empleados (unos 1.300 en la actualidad, eje de la derecha) y tasadores (unos 7.000 en la actualidad, eje de la izquierda), aunque el ajuste ha sido menor que el ajuste que se ha dado en la actividad, ya que esta ha caído un 70% en importe desde diciembre de 2006 mientras que los empleados y tasadores entorno a un 35% los primeros y un 28% los segundos, que pese a ser un fuerte ajuste no compensa la bajada de la actividad. En el caso de los tasadores, puede ser debido a que los que se declaran son profesionales con los que las sociedades de tasación establecen algún contrato de tipo mercantil para la realización de tasaciones, pero aunque el número de tasaciones sea mínimo a lo largo de un año, seguirán declarándolos como tasadores. Cabe destacar también que el número de vinculados (570 en la actualidad, eje de la derecha), que son tasadores con una relación más estable con las sociedades de tasación y que realizan normalmente las labores de supervisión de las tasaciones realizadas por el resto de tasadores, se ha mantenido casi inalterado desde el año 98.

También nos parece interesante observar la figura 6 para estudiar las diferentes finalidades a las que se destinan las tasaciones.

Figura 6



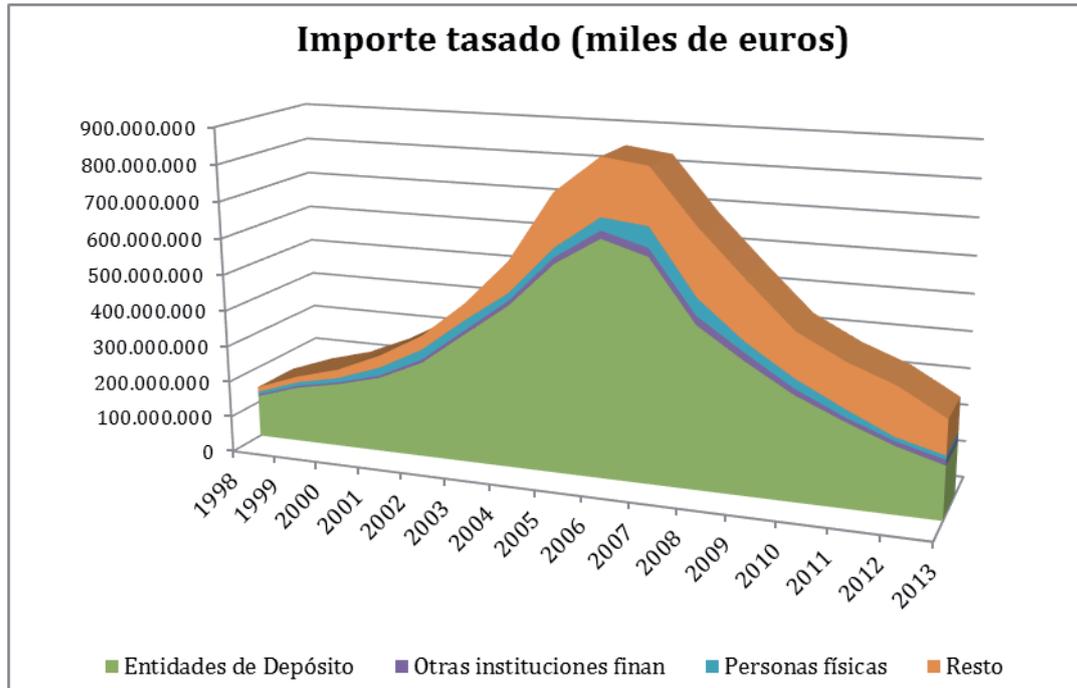
Fuente: Banco de España y elaboración propia.

En la figura 6 se puede observar una vez más el descenso del número total de tasaciones, pero lo que nos importa ahora es ver la diferencia en el porcentaje de tasaciones realizadas que se destinan a garantía hipotecaria. Se puede ver cómo desde el año 1998 hasta el 2007, más del 90% de las tasaciones realizadas eran con finalidad hipotecaria, mientras que en 2013 la proporción de tasaciones con finalidad hipotecaria está en torno al 55%. La crisis ha hecho que las sociedades de tasación tengan que reinventarse en cierta manera, ya que su principal actividad en el pasado, la tasación con fines hipotecarios, en esta época, al haberse concedido un número de créditos mucho menor, no les ha dado suficiente trabajo para poder sobrevivir solo con esa actividad, por lo que han tenido que diversificar hacia otras ramas de su actividad; un ejemplo de esta diversificación está en los modelos de valoración automatizados, que no son válidos para fines hipotecarios pero muchos fondos de inversión los solicitan a nuestras sociedades de tasación. Si se hace un análisis por

importe tasado en lugar de por número de tasaciones, los porcentajes que se obtienen son muy similares.

En cuanto a los clientes, es bien conocido que el sector financiero (principal cliente de las sociedades de tasación) ha sufrido una gran reestructuración, lo que obviamente ha afectado al sector de las tasadoras. En la figura 7 podemos ver la distribución por clientes de la actividad de las sociedades de tasación en los últimos años.

Figura 7



Fuente: *Banco de España y elaboración propia.*

En la figura 7 se puede ver claramente, además de cómo el perfil de actividad tuvo su pico entre los años 2006 y 2007, el cambio en la proporción de los clientes; siendo más de un 80% del importe tasado en 1998 para entidades de depósito y casi un 55% en el 2013, dándose la mayor parte de la reducción de la importancia de las entidades financieras en el conjunto de los clientes, entre 2006 y 2013. Si nos fijamos en las cifras respecto al número de tasaciones las conclusiones son muy similares.

5. LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES ESPAÑOLAS (ATASA Y AEV)

En la actualidad, en España existen dos asociaciones profesionales de tasadores:

1) ATASA - institución sin ánimo de lucro fundada en 1985.

Según podemos ver en su página web² sus objetivos son los siguientes:

² <http://www.atasa.com/index.php?es,principal,atasa> (Consultada el 17 de junio de 2014).

- Representación de los asociados y la actividad tasadora ante la Administración Pública y la sociedad en general.
- Establecimiento de normas técnicas, deontológicas y de conducta profesional.
- Defensa de la calidad de los trabajos de valoración.
- Realización de informes y dictámenes, en materia de arbitraje, solicitados por el Estado, entidades públicas o sus asociados.
- Fomento de la formación profesional.
- Estudio y propuesta a los poderes públicos de acciones necesarias para la defensa y prestigio del sector.
- Establecimiento de convenios de colaboración e intercambio de información.

2) AEV – Asociación Española de Análisis del Valor, entidad sin ánimo de lucro fundada a finales de 2012.

Tal y como podemos ver en su página web³, sus objetivos estatutarios son los siguientes:

- Favorecer el desarrollo de la actividad del sector de la valoración, la tasación y el análisis del valor.
- Promover buenas prácticas profesionales encaminadas a garantizar la independencia, autorregulación, transparencia y rigor técnico de sus asociados.
- Representar a sus socios, defender sus intereses y promover su reputación.

Casi todas las sociedades de tasación están inscritas en alguna de ellas, y dada la fragmentación del sector nos parece que tienen un papel muy importante que cumplir. Un aspecto en el que pueden realizar grandes aportaciones es en el tema de la autorregulación. No todo lo relativo a las tasaciones debe, desde nuestro punto de vista, ser regulado legalmente, ya que hay muchos temas técnicos, como pueden ser las características que debe tener un comparable para ser elegible, o la forma en que debe de medirse un inmueble, en los que son los técnicos del sector los que deben aportar su visión y los que más pueden conocer la problemática del tema (algunos de estos temas tienen una dinámica que es difícil abordar con normas legales). Además es el propio sector el que debe estar preocupado, más en momentos como el actual en los que se ha perdido la confianza en las sociedades de tasación a muchos niveles, por recuperar la confianza del mercado, y la única forma de conseguirlo es haciendo el trabajo de la forma más profesional y correcta posible.

Por otro lado, la gran concentración que ha sufrido el sector financiero, hace que las sociedades de tasación hayan perdido poder de negociación respecto a sus clientes. Una de las formas de solucionar en parte este problema y el de la concentración en clientes, es mediante operaciones corporativas en las que varias sociedades de tasación de diferentes zonas geográficas, o con diferentes clientes, podrían unirse. Las asociaciones también pueden ayudar a poner en contacto sociedades que crean que pueden “congeniar” mejor para una posible fusión.

6. EL FUTURO DE LA VALORACIÓN INMOBILIARIA

La supervisión de las sociedades de tasación por el Banco de España se debe más a la actividad que estas realizan que a la solvencia de las sociedades de tasación en sí. No es difícil entender que si las sociedades de tasación son las encargadas de valorar los diferentes activos inmobiliarios propios de los bancos, los activos adjudicados de los mismos y todas las

³ <http://www.asociacionaev.org/> (Consultada el 17 de junio de 2014).

garantías hipotecarias de los préstamos que las entidades de crédito conceden, el que estas valoraciones se realicen de la forma más fiable posible es de suma importancia para el correcto funcionamiento del sistema financiero.

Por tanto, la integración de España en el Mecanismo Único de Supervisión (MUS), parece lógico que debe afectar en gran manera a las sociedades de tasación y a la forma en que estas realizan sus valoraciones. Al igual que el Mecanismo Único de Supervisión ha llevado a una normativa armonizada europea en cuanto a la solvencia de las entidades de crédito⁴, y que contablemente también se está llegando a un consenso con las normas internacionales⁵, llegará un momento en el que también se tengan que armonizar las normas europeas de valoración, alcanzando unos estándares homogéneos para todos los países que forman parte de este Mecanismo Único de Supervisión. Por poner un ejemplo, no tendría mucho sentido poner un límite de LTV (Loan to Value) para que el crédito se considere plenamente garantizado, si el “value” cada país lo calcula de forma diferente.

Desde nuestro punto de vista, el modelo español que hemos explicado en este trabajo en cuanto a homologación de sociedades de tasación, y también en cuanto a los métodos de valoración y obligación de transparencia, tiene notables ventajas respecto a otros modelos europeos con menor regulación tanto a nivel de quién puede tasar, hay acceso libre a la profesión y los valoradores no tienen que ser supervisados por una sociedad de tasación, como en cuanto a la forma de tasar y los requisitos de los informes.

La regulación europea, tanto en la directiva 2014/17/UE relativa a crédito para viviendas (Mortgage Credit Directive-MCD.), como en el Asset Quality Review (Banco Central Europeo, 2014) realizado en junio de 2014, señala la importancia de asegurar que la valoración de las viviendas sea adecuada y homogénea. Para ello, considera necesario requerir a los estados miembros que tengan en cuenta los estándares de valoración reconocidos internacionalmente, en particular los desarrollados por el International Valuation Standards Committee (IVSC), los IVS (International Valuation Standards), por The European Group of Valuers’ Associations (TEGoVA), los EVS (European Valuation Standards) o por the Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS), cuyos estándares cumplen con los IVS, sin perjuicio de utilizar la legislación del país al que pertenecen, siempre que se demuestre que es más estricta que estos estándares.

Por lo tanto, parece claro, que la valoración en España se desarrollará de la mano de la evolución de la normativa europea, y que al igual que todo el sector financiero, se encuentra en un momento de cambios. En los próximos años tendrá lugar un desarrollo para el que conviene estar preparados y posicionados, con el objetivo de defender las ventajas de nuestro modelo en los foros europeos, y con los ojos bien abiertos, para poder adoptar cualquier mejora que otros países europeos posean y nosotros no hayamos tenido en cuenta.

7. LA VALORACIÓN INMOBILIARIA EN EUROPA

Como ya se ha señalado, el modelo existente en Europa dista mucho de ser homogéneo. De acuerdo con el estudio publicado por la Federación Hipotecaria Europea con datos a 2012

⁴ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencia de las entidades de crédito y las empresas de inversión y el reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

⁵ Las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs) y las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIFs).

(Federación Hipotecaria Europea, 2012), la valoración hipotecaria presenta una elevada heterogeneidad. En la figura 8 podemos ver las características de los modelos de valoración existentes en los principales países de la Unión Europea.

Figura 8

PAISES	MARCO REGULADOR	SUPERVISION DE TASADORES	TASADORES	REQUISITOS MÍNIMOS INFORMES	SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL OBLIGATORIO
ALEMANIA	Específico	No existe (1)	Regulado por marco legal	Sí	En la práctica
BELGICA	No existe	No existe	No hay requisitos mínimos	No	No
DINAMARCA	Específico	No existe (1)	No hay requisitos mínimos	Sí	No
ESPAÑA	Específico	Supervisor bancario	Regulado por marco legal	Sí	Regulado
FRANCIA	Autoregulado	Autoregulado	Autoregulado	No	Regulado
GRECIA	Autoregulado	Autoregulado	Autoregulado	No	No
HOLANDA	Autoregulado	Autoregulado	Autoregulado	Sí	Regulado
HUNGRIA	Específico	Autoregulado	No hay requisitos mínimos	Sí	No
IRLANDA	Autoregulado/otro marco legal	Autoregulado	Autoregulado	Sí	Regulado
ITALIA	Autoregulado/otro marco legal	Autoregulado	Autoregulado	No	No
LUXEMBURGO	Otro marco legal	No existe	No hay requisitos mínimos	No	Regulado
POLONIA	Específico	Supervisor bancario	Regulado por marco legal	Sí	Regulado
PORTUGAL	Otro marco legal	No existe	No hay requisitos mínimos	No	Regulado
R. CHECA	Específico	No existe (1)	Regulado por marco legal	No	Regulado
R.UNIDO	Autoregulado	Autoregulado	Autoregulado	Sí	Regulado
RUMANÍA	Específico	Autoregulado	Regulado por marco legal	No	Regulado
SUECIA	Autoregulado/otro marco legal	Autoregulado	Autoregulado	Sí	Regulado
			(1) SUPERVISOR BANCARIO INDIRECTAMENTE		

Fuente: Federación Hipotecaria Europea (2013) y elaboración propia.

Como se puede ver en el cuadro existe una gran heterogeneidad, por lo que toma más importancia lo señalado en el epígrafe anterior sobre la necesidad que aparecerá en un futuro no muy lejano, por no decir en la actualidad, de homogeneizar toda la normativa europea en materia tanto de valoración como de valoradores. Vemos que hay países como Bélgica en los que la valoración es plenamente libre y no está regulada en ningún ámbito; en la cara opuesta tenemos a España o a Polonia, que tienen una amplia regulación con estrictas normas en todos los ámbitos aquí definidos.

Ante esta disparidad en los usos y en la regulación, de momento se aplica la regla de mutuo reconocimiento⁶.

8. CONCLUSIONES

La correcta valoración de los activos es de la máxima importancia en una economía de mercado. Normalmente tal valoración tiene especial relevancia para las partes implicadas en una operación mercantil, pero en muchas ocasiones el valor otorgado trasciende a las partes y afecta a bienes superiores para el conjunto de la sociedad. En estos casos parece aconsejable que los responsables políticos se ocupen del valor establecido y del camino que ha llevado hasta él. Esto es lo que sucede, con frecuencia, con la valoración inmobiliaria: el valor que se establece para un inmueble resulta decisivo para el volumen de préstamo hipotecario que se puede conceder para su adquisición, y de esta manera, afecta decisivamente a la estabilidad del sistema financiero. Hemos vivido en la última década, en diferentes zonas geográficas del planeta, una crisis financiera en la que un exceso de crédito hipotecario ha llevado a que muchos de estos créditos primero entren en mora, luego resulten fallidos, y finalmente, a causa de unas valoraciones excesivamente optimistas, se traduzcan en pérdidas para las entidades financieras. Todavía más, cuando estas pérdidas se han convertido en inasumibles para mantener la solvencia de las citadas entidades, han tenido que ser los estados los que salgan al rescate de sus entidades para preservar la estabilidad del sistema financiero. No puede por lo tanto extrañarnos que una importante corriente de pensamiento abogue por una suficiente regulación de la tasación inmobiliaria, como se trasluce en los numerosos países que regulan de alguna manera este sector.

En este artículo hemos estudiado el modelo español de regulación de la tasación inmobiliaria, asentado en la creación y funcionamiento de las sociedades de tasación, donde juega un papel fundamental su independencia. Hemos analizado también la evolución del sector en los últimos años tras la crisis inmobiliaria que hemos sufrido, viendo que ha habido un ajuste drástico en los resultados de estas sociedades, si bien tal ajuste ha sido menor en el tamaño del sector.

Mirando hacia Europa vemos que la autorregulación es importante, por lo que la actividad asociativa juega un papel fundamental. La realidad europea es en este campo, como en tantos otros, de una enorme diversidad: conviven países con una alta regulación como España o Polonia, con otros como Bélgica que carece de ella. Sin embargo creemos que la convergencia del sistema bancario europeo obligará, más pronto que tarde, a una mayor unificación, al menos dentro del área Euro. También pensamos que el mecanismo español de supervisión de las sociedades de tasación, encomendado al Banco de España, puede ser un buen ejemplo para países donde este mecanismo está poco o nada desarrollado.

⁶ Mortgage credit directive-Valuation Provisions: “Art. 19- Member States shall ensure that reliable property valuation standards for mortgage lending purposes are developed within their territory. Member States shall require creditors to ensure that those standards are used where they carry out a property valuation or to take reasonable steps to ensure that those standards are applied where a valuation is conducted by a third party. Where national authorities are responsible for regulating independent appraisers who carry out property valuations they shall ensure that they comply with the national rules that are in place.

Member States shall ensure that internal and external appraisers conducting property valuations are professionally competent and sufficiently independent from the credit underwriting process so that they can provide an impartial and objective valuation, which shall be documented in a durable medium and a record of it kept by the creditor.”

Finalmente la crisis nos ha enseñado que algunas cosas del modelo español eran mejorables, y en este camino está avanzando la regulación, a la vez que pensamos que, dada la responsabilidad de las tasaciones excesivamente optimistas en la comentada crisis, no es correcto fijarnos como modelo en los países europeos menos regulados.

9. BIBLIOGRAFÍA⁷

- Banco Central Europeo (2014): *Asset Quality Review Manual*, European Central Bank, Frankfurt. Consultado el 28 de mayo de 2014 en: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/assetqualityreviewphase2manual201403en.pdf?e8cc41ce0e4ee40222cbe148574e4af7>
- Banco de España (2014): “Las sociedades de tasación. Actividad y resultados en 2013”, *Boletín Económico del Banco de España*, julio-agosto, págs. 109-123.
- España. Circular 4/2004 del Banco de España, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelo de estados financieros. *BOE*, 30 de diciembre de 2004, nº 314, págs. 42410-42508, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/c4-2004-be.html
- España. Circular 3/2014 del Banco de España, de 30 de Julio, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares 7/2010, 3/1998 y 4/2004, y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles mediante la modificación de la Circular 2/2014. *BOE*, 31 de julio de 2014, nº 185, págs. 61122-61138, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/534356-circular-banco-de-espana-3-2014-de-jul-medidas-para-fomentar-la-independencia.html
- España. Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre regulación del mercado hipotecario. *BOE*, 15 de abril de 1981, nº 90, págs. 8148-8150, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/l2-1981.html
- España. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *BOE*, 15 de mayo de 2013, nº 116, págs. 36373-36398, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/505327-l-1-2013-de-14-may-medidas-para-reforzar-la-proteccion-a-los-deudores-hipotecarios.html
- España. Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. *BOE*, 9 de abril de 2003, nº 85, págs. 13678-13707, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/o805-2003-eco.html
- España. Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. (Vigente hasta el 3 de mayo de 2009). *BOE*, 7 de abril de 1982, nº 83, págs. 9108-9118, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-rd685-1982.html
- España. Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación. *BOE*, 13 de junio de 1997, nº 141, págs. 18155-18160, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/rd775-1997.html
- España. Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. *BOE*, 2 de mayo de 2009, nº 107, págs. 38490-38516, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd716-2009.html
- J.L. Estevas (2004): “Evolución de la valoración inmobiliaria en los últimos 25 años”, *Directivos Construcción*, nº 168, junio, págs. 18-22.
- Europa. Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de la entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas

⁷ Para citar la legislación, he seguido las directrices marcadas por la norma ISO 690:2013, según la interpretación realizada por la Universidad Politécnica de Valencia. Consultada el 7 de noviembre de 2014 en: <http://riunet.upv.es/handle/10251/31590>.

2006/48/CE y 2006/49/CE. *DOUE*, 27 de junio de 2013, nº 176, págs. 338-436, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/508496-directiva-2013-36-ue-de-26-jun-acceso-actividad-de-las-entidades-de-credito.html

Europa. Directiva 2014/17/UE del parlamento europeo y del consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n o 1093/2010. *DOUE*, 28 de febrero de 2014, nº 60, págs. 34-85, consultado en su última revisión el 7 de abril de 2015 en: http://ec.europa.eu/finance/finances-retail/credit/mortgage/index_en.htm

Europa. Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012. *DOUE*, 27 de junio de 2013, nº 176, págs. 1-337, consultado en su última revisión el 29 de octubre de 2014 en: <http://portaljuridico.lexnova.es/legislacion/JURIDICO/218600/reglamento-ue-n-575-2013-del-parlamento-europeo-y-del-consejo-de-26-de-junio-de-2013-sobre-los>

Federación Hipotecaria Europea (2012): “Study on Valuation of Property for Lending Purposes”, *EMF Study*, septiembre.

Federación Hipotecaria Europea (2013): “A review of Europe’s mortgage and housing markets”, *EMF Study*, noviembre.

A. Gómez-Bezares, (2014): “Valoración inmobiliaria profesional: método y aptitudes”, Tesis Doctoral (defendida el 26 de febrero de 2015), Universidad de Burgos.

NICs: *Normas Internacionales de Contabilidad*, International Accounting Standards Board (IASB), consultado el 30 de marzo de 2014 en: <http://www.ifrs.org/IFRSs/Pages/Official-Unaccompanied-IFRS-Translations.aspx#es>

NIIFs: *Normas Internacionales de Información Financiera*, International Accounting Standards Board (IASB), consultado el 30 de marzo de 2014 en: <http://www.ifrs.org/IFRSs/Pages/Official-Unaccompanied-IFRS-Translations.aspx#es>

ANEXO - REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE TASACIÓN

Además de los diferentes estándares nacionales e internacionales del sector, que contienen un volumen importante de autorregulación, toda sociedad de tasación española deberá tener en cuenta el siguiente listado de normativa:

- Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre regulación del Mercado Hipotecario. Modificada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.
- Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero. En lo que al sector concierne, modificó la ley de disciplina e intervención de Entidades de Crédito, encomendando al Banco de España (art. 43.bis.6 de la ley de disciplina e intervención 26/1988) el control e inspección de la aplicación de la Ley 2/1981, sobre Regulación del Mercado Hipotecario.
- Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, confirmó las competencias en materia de supervisión.
- Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre Régimen de Homologación de los Servicios y Sociedades de Tasación.
- Circular del Banco de España 3/1998, de 27 de enero, por la que se dictan normas a sociedades y servicios de tasación homologados sobre información a rendir al Banco de España. Modificada por Circular 5/2003, de 19 de diciembre y por la 2/2009, de 18 de diciembre.
- Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.
- Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo del mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

- Circular del Banco de España 1/2009, de 18 de diciembre, a entidades de crédito y otras supervisadas en relación con la información sobre la estructura de capital y cuotas participativas de las entidades de crédito, y sobre sus oficinas, así como sobre los altos cargos de las entidades supervisadas.
- Circular del Banco de España 7/2010, de 30 de noviembre, a las Entidades de Crédito sobre el desarrollo de determinados aspectos de mercado hipotecario.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia en los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Real Decreto 256/2013, de 13 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave. Este Real Decreto modifica las reglas de honorabilidad aplicables en las sociedades de tasación (Disposición final primera).
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Circular del Banco de España 3/2014, de 30 de Julio, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares 7/2010, 3/1998 y 4/2004, y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles mediante la modificación de la Circular 2/2014.

EL ASUNTO INGLÉS DURANTE EL MINISTERIO DE EXTERIORES DE GREGORIO LÓPEZ BRAVO

MARÍA JESÚS CAVA MESA

*Catedrática de Historia Contemporánea. Universidad de Deusto.
Vicepresidenta de la CEHRI. Miembro numerario de la RSBAP*

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2015

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2015

RESUMEN: *Durante un coloquio sobre la Transición Democrática en España auspiciado por la Fundación BBV y la Fundación Mario Soares, Raul Morodo expuso y publicó en 1999: “Para Europa e incluso para Estados Unidos, el anacronismo del franquismo estaba claro. Anacrónico y, al mismo tiempo con riesgos si siguiese permaneciendo sin cambiar. Cuando Kissinger visita a Carrero Blanco, en 1973, percibe que el sistema, en la mente de Carrero, es continuar sin alterar. Y aquí estaba el peligro”.*

Indudablemente todos los trabajos de investigación acumulados sobre el franquismo permiten mantener esa opinión; sin embargo, no parece atinado prolongar la imagen de un modelo oscurantista monocorde para aquella década ligada a los epígonos del franquismo, y menos aún para los de la transición, a tenor de las negociaciones diplomáticas iniciadas –con poca fortuna la mayoría, todo hay que decirlo– con EE.UU., Reino Unido y otros países de la esfera internacional más próxima. Estas fueron negociaciones reales, a fin de cuentas, impulsadas de manera personal y diversa en estilo y resultados por varios ministros de la cartera de Asuntos Exteriores. A lo largo de ese corto periodo 1969-1977 se entrevistó, pese a las conocidas resistencias del sistema, un avance en las maneras de afrontar los espinosos asuntos que tuvieron en jaque al gobierno, internacionalmente.

ABSTRACT: *Almost all researching Works about Franquismo hold one opinion, but this pattern changed at the end of the regime, which is easy to see in diplomatic relations Spain had with EEUU, United Kingdom, etc. Those talks where real as it could be see in the foreing ministry.*

PALABRAS CLAVE: transición democrática, investigación franquismo, periodo histórico 1969-1977, relaciones internacionales en la transición, gestión Ministerio de Exteriores década de los años 70, política exterior y diplomática en el franquismo, documentación confidencial desclasificada.

KEYWORDS: democratic transition, Franco research, historical period 1969-1977, international relations in the transition, management Foreign decade of the 70s, foreign and diplomatic policy Franco, confidential documents declassified

SUMARIO: *Introducción.- La llegada de Gregorio López Bravo al Ministerio de Asuntos Exteriores.- La cita de mayo de 1972 en Londres.- Últimas intentonas.- Los albores de la transición*

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo, que es una aproximación sucinta al tema enunciado, consiste en dar a conocer algunos documentos registrados en los British National Archives (Kew Gardens, London) cuya desclasificación permite calibrar, desde la óptica británica, la imagen, lenguaje político, objetivos bilaterales y particularidades del *sight and insight* de algunos temas que en política internacional caracterizaron las relaciones entre ambos gobiernos: el británico y el español, durante los años finales del gobierno de Franco y los iniciales de la transición democrática. Y de entre ellos, un asunto que no por tópico, deba desaparecer de la investigación acerca de los porqués de algunos gestos y de algunos fracasos de la política exterior española: el tan traído y llevado asunto de Gibraltar.

Encarnación Lemus y Juan Carlos Pereira aluden¹ a la inevitable polémica historiográfica sobre el grado de *continuidad y cambio* en las relaciones internacionales durante la transición, con respecto al juicio que merece la etapa franquista. Es decir, la valoración del paso desde una gestión autoritaria, hasta lo que se etiqueta como política exterior también democrática, y todo lo que le acompaña. En verdad, durante este proceso, hay periodos cuyo tratamiento conviene deslindar y dar a conocer con más detalle. Ese es también, modestamente, otro objetivo de este breve trabajo. Señalar periodos y temas tabú. Porque los años que corresponden a la gestión del Ministerio de Asuntos Exteriores desde el inicio de la década de los 70, ha sido tratada pasando de puntillas sobre determinadas acciones, y ha venido cargada –quizás en exceso– de más tópicos de los debidos, en la interpretación de los supuestos que iban proyectándose con los epígonos de los gobiernos franquistas, y a tenor de su acción exterior.

¿Cómo puede caracterizarse una política exterior democrática? Para responder a esta interrogante, los profesores Lemus y Pereira acotan un periodo bien definido cronológicamente: entre 1975, con la proclamación del rey Juan Carlos, y 1986, con la integración en Europa.

Nos interesa centrarnos aquí, sin embargo, durante el quinquenio 1970-1975, por creerlo crucial en determinados temas que el gobierno español deseaba reconducir. De entre ellos, las relaciones con Gran Bretaña, que fueron –a buen seguro– un capítulo de interés para los miembros del gabinete español, deseoso de apuntalar el modelo que llegaba a su final, y para preparar eventualidades futuras, todavía poco definidas.

Trato de considerar, por tanto, el periodo de gestión diplomática liderada por Gregorio López Bravo, durante un breve periodo, pero suficientemente interesante como para entender la línea de comportamiento a rediseñar de manera conjunta con la política exterior británica. O eso se intentaba. Aquellos años transcurrieron desde 1969 a 1973. Tras este mandato, Laureano Lopez Rodó, luego Pedro Cortina y José María de Areilza, después², se vieron en la tarea de reforzar temas esenciales que habían quedado en estado letárgico, y dar credibilidad a la política que apuntaba en cuanto la apertura e impulso democratizador se hacían imprescindibles.

¹ J.C., PEREIRA (coord.), “Transición y Política exterior 1975-1986”, *La Política Exterior de España (1800-2003)*, Ariel, Barcelona, 2003, p.519.

² Ministros de Asuntos Exteriores, Madrid

29 de octubre de 1969

11 de junio de 1973

30 de enero de 1974

11 de diciembre de 1975

11 de junio de 1973

30 de enero de 1974

11 de diciembre de 1975

7 de julio de 1976

Gregorio López-Bravo de Castro

Laureano López Rodó

Pedro Cortina Mauri

José María de Areilza

Pues bien, de todos los asuntos que pivotaron en la gestión exterior española de los años 1970-1976 hubo uno, recurrente, como ya he señalado: Gibraltar.

Más allá de la estricta cuestión –interpretada en esos años como “crucial”– existen otras variables sobre las que seguir indagando para descubrir los ribetes menos diáfanos de la toma de decisiones en materia de política exterior de España. Los hubo en las conversaciones con los países anglosajones, sin duda. Sin embargo, el asunto gibraltareño significó una obsesión para los sucesivos ministros del periodo. Desde mi modesta opinión, las relaciones hispano-británicas fueron entendidas como estratégicamente necesarias, al tiempo que la amistad con los EE.UU. debía cultivarse. No obstante, la tesis española sobre “el derecho de cada país defendiendo su desarrollo interno y a no permitir la injerencia en él de ningún otro país u organización” fue el *leit motiv* mantenido férreamente en estos años³ también.

Gibraltar era más que una “roca” para el gobierno español en las relaciones bilaterales y multilaterales. Y para Reino Unido lo era igualmente, pero en otro sentido (“The Rock”). Por ello conviene recordar las medidas adoptadas por el gobierno español que, de manera resumida, se tradujeron en la práctica y para la opinión pública inglesa, del modo siguiente: desde 1969 habían sido cortadas las comunicaciones terrestres, marinas, aéreas, telefónica y telegráficas del territorio gibraltareño con el continente. Lo que la prensa británica llamó entonces “asedio” de Gibraltar pivotaría desde el inicio de la década, por tanto, como un asunto muy preocupante, tanto en el Foreign Office, como en el Ministerio de Asuntos Exteriores español⁴.

LA LLEGADA DE GREGORIO LÓPEZ BRAVO AL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

Desde el 25 de Febrero de 1957, hasta el 29 de Octubre de 1969, el Palacio de Santa Cruz estuvo dirigido por Fernando María Castiella y Maíz. El balance de su trayectoria dejó un eco destacado sobre determinados asuntos diplomáticos entre los que estuvo, como es sobradamente sabido, el tema de Gibraltar. Obviamente, el cómputo de su actuación no se redujo a un mono-tema, sino que de su mano avanzaron cuestiones de relevancia para la política española que no podemos siquiera enumerar aquí, en aras de la brevedad.

Su cese trajo al Ministerio a Gregorio López Bravo. Para algunos, calificado “continuator” de la labor iniciada por Castiella, sus casi cuatro años al frente del Ministerio ofrecen una suma de logros que ha sido poco destacada por la historiografía. Suele mencionarse el acercamiento con los países del Este de Europa, incluida la URSS, con la que no existían

³ M. HUGUET, *La política Exterior del Franquismo (1939-1975)*, J.V.PEREIRA, J.V. Op cit. P.514

⁴ España había delimitado el área libre para vuelos en la bahía de Algeciras. Mientras internacionalmente se veía con simpatía la descolonización de Gibraltar y la Asamblea General de la ONU había apoyado ese proceso (73 votos a favor, 19 en contra y 23 abstenciones). Gran Bretaña se negó a reconocer aquel dictado en mayo de 1968. La nueva constitución gibraltareña fue aprobada tras referéndum en aquel mes. Gibraltar sería “parte de los dominios de la Corona británica” hasta que la población gibraltareña decidiese democráticamente. En España se decidieron ampliar las aguas jurisdiccionales. Gran Bretaña mantuvo una actitud ajena al dictado español y la reacción no se dejó esperar: España cerró la verja. Los efectos en ambos lados fueron importantes.

⁵AIGH, R. H. & MORRIS, D. S. *Britain, Spain and Gibraltar 1945-1990: The Eternal Triangle*. Routledge, 2002.

relaciones diplomáticas, mediante la apertura de oficinas comerciales permanentes, entre otros aspectos de su gestión. Y a López Bravo se le asocia, asimismo, con el rechazo al establecimiento de relaciones con Israel⁵, y poco más.

Pero son los asuntos con Gran Bretaña los que nos interesa destacar ahora, en lo relativo al hilo conductor elegido para este artículo.

Por otra parte, la imagen genérica del cese en Exteriores de López Bravo se relaciona directamente con el fracaso obtenido al no lograr que las conversaciones con Reino Unido sobre Gibraltar obtuvieran el ansiado avance en la histórica reivindicación. En la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1973 no fue tratada la cuestión⁶ como le hubiera gustado al gobierno español. Y la presión desde la derecha más radical se hacía notar en aquellos momentos en Madrid con dureza, ante la incertidumbre de la situación política interna a corto plazo.

Considerado por algunos periódicos ingleses como político *moderado*, López Bravo se vio en situación comprometida. Y lo cierto es que, frente a la larga cambiada británica, el representante de la política exterior española retornó sin nada concreto que ofrecer, salvo la reactivación de conversaciones normalizadas que auguraban el respaldo a nivel internacional cargado de buenas intenciones al decir de algunos políticos del Reino Unido. Por el contrario, la opinión pública británica recibía con preocupación el mensaje de la prensa, respecto del futuro de los gibraltareños, ante el riesgo de una intensificación de medidas de control. Un futuro calificado igualmente de *tenebroso*, se dijo, si no *tormentoso*, también para López Bravo⁷.

La situación gubernativa en España se mantenía ligada al devenir de un Franco enfermo; ahora bien, la férula decisoria siempre tomaba por norte a El Pardo. Algunos interlocutores en el gabinete español aplicaron, sin embargo, pautas de diseño político mirando hacia el exterior –me atrevo a decir– que con cierta dosis de arrojo en sus propuestas con determi-

⁵ Foreign Relations of the United States, 1969–1976. Volume XLI, Western Europe; NATO, 1969–1972 298. *Memorandum of Conversation*. En una entrevista inicial con el Presidente Nixon, Lopez Bravo respondió sobre la aproximación hispano-israelí: “He stated that that was the Spanish policy exactly. He referred to the visit paid him on June 29 by the Israeli Minister of Foreign Affairs, Abba Eban, when the latter expressed his desire to establish diplomatic, or at least consular relations with Spain. The Spanish Minister told him [the Israeli Minister] frankly that in the present circumstances that would not be good for the general interest”. <http://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76v41/d298>.

⁶ *The Guardian* publicaba en mayo de 1973 –y algunos periódicos españoles resumían el 11 de aquel mes– la frase del Ministro a su llegada a Barajas: “No se puede seguir hablando sólo por hablar”. Se había producido el punto muerto de las conversaciones habidas en Londres con Sir Alec Douglas Home sobre Gibraltar. Queriéndole ver como “anglófilo”, *The Guardian* vino a señalar lapidario sin embargo: (...) “necesita un periodo de reflexión sobre su propia posición en el gabinete del general Franco”.

⁷ National Archives (Kew Gardens). FCO 9/1067- 1969 *Ministro de Industria*. FCO 9/ 1128. *Gibraltar. Lopez Bravo, 1970*. FCO. 9/1821-22-23. CAB 170/46; FCO 9/1601. Julio 1972. *Lopez Bravo, Ministro de Asuntos Exteriores*. PREM 1973 Jan 01 - 1973 Dec 31. *Defence co-operation between Spain and UK: including visit of Lopez Bravo, Spanish Foreign Minister, to UK*. PREM 15/1940 *Visit of Spanish Foreign Minister, Senor Gregorio Lopez Bravo, to UK, May 1973*

FCO 9/1818. Jan 01 - 1973 Dec 31. *Visit of Lopez Bravo, Spanish Foreign Minister, to UK, 8-10 May 1973: administration arrangements*.

FCO 9/1599 *Visit to UK of Spanish Foreign Secretary, Lopez Bravo, 19-22 July 1972*. FCO 9/1601 *Record of conversations between UK and Spanish Foreign Secretaries, Sir Alec Douglas-Home and Lopez Bravo, 19-21 July 1972*. FCO 9/1602. 1972 Jan 01-1972 Dec 31. *Visit of UK Foreign Secretary, Sir Alec Douglas-Home, to Madrid 27-28 November 1972*. FO 371/89499. *Propaganda (Hispanidad) en Gibraltar*. FO 954/27C *Propaganda*. FCO 11/6936.

nados gobiernos europeos. Allí donde quisieron ser escuchados, naturalmente. Y este fue el caso de Reino Unido.

En ese sentido, es reveladora la impresión que recoge el *Memorandum* enviado por el Embajador norteamericano en Madrid, a Washington, sobre un encuentro habido entre Franco, él mismo y el ministro López Bravo⁸ en la capital.

Las relaciones con los EE.UU. fueron cruciales, como es sabido, y aunque no forman parte de este análisis, hemos de recordar que desde 1970 los contactos de López Bravo con la Presidencia norteamericana (Nixon) y un Kissinger en plenitud, fueron ineludibles. Tal como se describió en la nota de 1970: “He appreciated the attitude of the American negotiators because of their understanding and realistic approach, qualities not consistent [sic] with firmness”.⁹

Quizás en busca de ese mismo realismo, López Bravo creyó que la aproximación de la política exterior española al Reino Unido fructificaría en términos más ambiciosos que lo comercial o defensivo, y el futuro de Gibraltar podría ir despejándose.

La cuestión clave estriba en confirmar si hubo error de cálculo en el ministro, y eludir relacionarlo tópicamente y directamente con su pérdida de estima política para la cartera, para recuperar matices de interés en la interpretación de la mecánica negociadora de ese periodo que se desdibujan con una evaluación global de la etapa. En otro sentido, atribuyendo lo negativo del episodio, sólo y unilateralmente a la diplomacia española, se incurre en el desconocimiento del ritual, alcance y contenido de los argumentos de derecho internacional público esgrimidos, y del desiderátum político que afloraron en ambas posiciones. Mi análisis trata de describir someramente los pasos dados en las conversaciones, pone de relieve las habilidades de dos tipos de diplomacia, y algunas de las argucias jurídico-políticas. Muy especialmente, al rehuir el Secretario para Asuntos Extranjeros y la Commonwealth el planeamiento español, no prestando atención al proyecto elaborado personalmente por el equipo liderado por López Bravo, para resolver el contencioso gibraltareño. Un proyecto elaborado en Madrid, cuyo contenido no podemos conocer con detalle, dado que su consulta es impracticable a nivel de archivo.

Si hubo o no acierto en la gestión de López Bravo, lo indudable fue que este afianzó un acercamiento real entre el Foreign Office y la diplomacia española. Y que asimismo fue creíble el cambio de signo que debía producirse en las relaciones bilaterales, ante un contexto político que apuntaba inexorable hacia el final de Franco y su modelo gubernativo, y ante una Europa cambiante.

⁸ National Archives, *Nixon Presidential Materials*, NSC Files, Box 706, Country Files—Europe, Spain, Vol. IV. Secret; Exdis. Foreign Relations of the United States, 1969–1976. Volume XLI, Western Europe; NATO, 1969–1972, Document 308. “Impressions: Throughout my 20-minute audience, Franco regarded me with a pleased, rather benign, expression, as he would an old friend. His eyes were animated and his mind was evidently clear. He moved in his usual slow mechanical way and the trembling of his hand was not much more apparent than during my previous visit to him about a year and a half ago. The most striking impression, however, was the difficulty he had in speaking. When he spoke, his words were slurred and his voice seemed to come from down in his throat and was hardly audible. A number of times, he seemed to want to say something and his lips moved but no sound came out. On these occasions, Bravo interjected and spoke as if for Franco while Franco appeared to understand and approve what Bravo said. Lopez Bravo carried on most of the conversation. Evidently, Franco understood without difficulty but is losing control of his speech”.

⁹ Foreign Relations of the United States, 1969–1976. Volume XLI, Western Europe; NATO, 1969–1972, Document 298. *Memorandum of Conversation*. <http://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76v41/d298>

LA ENTREVISTA EN MADRID DE 1972

El 29 de febrero de 1972 se celebraba un cacareado encuentro entre el General Franco y el Secretario de Asuntos Extranjeros y de la Commonwealth, Sir Alec Douglas-Home. Estuvieron presentes junto con el Jefe del Estado, el Ministro Gregorio López Bravo y el Marqués de Santa Cruz, además de John Russel (Embajador británico en España desde 1969 a 1974). Tras un protocolario inicio de conversación, remitiéndose al tópico de una afición compartida: la pesca del salmón, y formulando una declaración de intenciones relativa a una futura implementación de contactos entre ambos países, Sir Alec Douglas-Home afrontó la cuestión central, el tema de Gibraltar. La posición británica era clara: ellos no podían ejercer la coerción de un transfer de soberanía a un tercer país. La incorporación a España no se contemplaba y la hostilidad entendida desde la posición de los gibraltareños, sobre todo desde las “restricciones impuestas” en años previos, impulsaron al Secretario de Estado a plantear el deseo de que España efectuase algunos “gestos” favorables, aligerando tales restricciones. El registro de la conversación –que es conocida–¹⁰ recoge literalmente la respuesta de Franco. Cuando el intérprete llegó a la palabra *difícil*, que había utilizado el Ministro de Asuntos Exteriores, Franco corrigió con un “imposible”. La sagacidad diplomática inglesa del Secretario de Estado replicó entonces: “Seguramente nada es imposible para el Jefe del Estado”. Franco dijo de manera concisa: “Lo es”.

La propuesta de efectuar intercambios de personal especializado que analizara la situación de España in situ y viera sus avances, se nos antoja una cortesía ornamental más que otra cosa. La charla apenas duró 10 minutos más, concluyendo que la posición británica era opuesta –*en las presentes circunstancias*– a cualquier progreso en materia de *soberanía*. Con lo cual, la conversación finalizó con una alusión a que continuarían las consultas en Londres sobre tales intercambios, entre el Sr. López Bravo y Sir Alec. El impasse era evidente.

La documentación confidencial desclasificada en los archivos nacionales británicos que he consultado, confirma puntualmente la escalada de contactos efectuados por el Ministro español. Contactos que requieren de análisis preciso. Y análisis que, lamentablemente, no tiene posibilidad de contraste con la documentación diplomática del gobierno español procedente de esos años¹¹.

LA CITA DE MAYO DE 1972 EN LONDRES

Del 19 al 22 de Julio de 1972, Gregorio López Bravo fue invitado nuevamente por el Secretario de Estado para Asuntos Exteriores y la Commonwealth, Sir Alec Douglas-Home, para realizar una visita oficial a Londres. En aquella ocasión, acompañado por su esposa, asistió a un *royal garden party* en Buckingham Palace, el 20 de julio, donde fue presentado a Su Majestad la Reina. Pero lo más relevante fue el diálogo mantenido con Edward Heath. El encuentro entre el Premier y el ministro supuso, tal como indica la información oficial, un paso adelante en los contactos mantenidos en ocasiones previas (en especial desde la visita de Sir Alec Douglas-Home entre el 27 de febrero y el 1 de marzo de 1972). Considerada una

¹⁰ National Archives FCO 83/145. <http://www.nationalarchives.gov.uk/releases/2006/default.htm>

¹¹ Dado el cierre del Archivo del MAE y el traslado de sus fondos documentales contemporáneos al Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares no es posible su consulta normalizada, por razones diversas. Se hace imposible cualquier investigación al respecto con los fondos diplomáticos depositados en dicho archivo, y a resultas de las restricciones establecidas por fecha y tema.

oportunidad idónea para examinar una amplia gama de asuntos internacionales y respecto de las relaciones bilaterales, ambos ministros revisaron las opciones que existían en aquel momento para promover un acercamiento que incluyese más temas de interés entre ambos países. López Bravo no desperdició la ocasión de subrayar la postura española respecto del futuro de Gibraltar (la alusión a que debía estudiarse cuidadosamente el tema, tal como había dicho Sir Alec Douglas-Home en Madrid se recordó oportunamente en aquel encuentro). Los ministros compartieron la idea de que debían trabajar *conjuntamente* para llegar a un camino idóneo que hiciera progresar el asunto hacia la solución satisfactoria, y acordaron discutir esta materia en profundidad en la siguiente reunión de trabajo, a celebrar en el próximo mes de octubre.

El asunto de Gibraltar no fue el único punto de la agenda, López Bravo se entrevistó también con Geoffrey Rippon, canciller del ducado de Lancaster, para intercambiar aspectos sobre la ampliación de la Comunidad Europea. La idea argüida por Rippon fue que Gran Bretaña, como miembro de la Comunidad ampliada, se mostraba partidaria, literalmente, de apoyar el desarrollo de la relación de España con la Comunidad Económica Europea.

El “record” de la conversación entre el Secretario de Asuntos Extranjeros británico y el Ministro español que tuvo lugar en el despacho del Foreign Office el 19 de julio de 1972¹², detalla que a la misma asistieron además de Sir Alec Douglas-Home, Sir John Rusell, Mr. J. A. N. Graham, el Ministro español, el Embajador Jaime de Piniés, Santiago Martínez Caro, jefe del Gabinete Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, y el Marqués de los Arcos. La estrategia de López Bravo fue presentar las relaciones hispano-británicas *como un todo*, apelando a la situación que la nueva Europa exigía. Llegó a decir que Gran Bretaña y España no debían ser solo amigos, sino *aliados*. Esta fórmula política debía traer al menos dos consecuencias vinculadas estrechamente. Una, como aliados, debían consultarse y tratar de problemas políticos, y además también de objetivos en materia de defensa; en suma, actuando como aliados en relación a los “grandes problemas”. En segundo lugar, los acuerdos económicos entre España y Gran Bretaña deberían ir en progreso, paralelamente.

De hecho, Reino Unido era el cuarto exportador en España, en ese año, seguido por Italia y con Japón después. El ministro observó convenientemente que Gran Bretaña debía estar entre el primer o segundo lugar. Una idea que fue calificada como “revolucionaria”, en cuanto enfatizaría la pretendida alianza.

López Bravo indagó también sobre la preocupación del Foreign Office y su postura respecto de la CSCE (Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa) y puntualizó que el responsable español para dicha conferencia sería el Sr. Argüelles (MAE). En el caso británico sería Sir Thomas Brimelow, Subsecretario para Asuntos Extranjeros.

La atmósfera todavía vigente de la guerra fría se adivina en la mentalidad de estos políticos. Los comentarios expuestos durante estas mismas conversaciones así lo confirman; por lo que no es inusual comprobar alguna referencia a la URSS. De hecho Sir Alec recordó que los rusos habían expandido propaganda interesada, pero los ingleses creían que si Occidente coordinaba sus políticas, los rusos saldrían malparados. Añadió además que consideraban al Mutual and Balanced Force Reductions (MBFR) una formación bastante diferente. Los americanos –advirtió al ministro español– querrían probablemente una discusión simultáneamente con la CSCE. Gregorio López Bravo se mostró partidario de que las negociaciones de la MBFR tuvieran lugar fuera de la Conferencia y en una fecha posterior. Consideró un

¹² FCO 9/1599 *Visit to UK of Spanish Foreign Secretary, Lopez Bravo, 19-22 July 1972. FCO 9/1601 Record of conversations between UK and Spanish Foreign Secretaries, Sir Alec Douglas-Home and Lopez Bravo, 19-21 July 1972.*

error que se debatiera en paralelo y expresó que el gobierno federal alemán estaba de acuerdo con esto. Al hilo de estas cuestiones estratégicas, Sir Alec Douglas-Home llegó a decir que quizás los americanos pensarían de modo distinto después de celebrar elecciones en noviembre, fuera quien fuera elegido presidente; a lo que López Bravo apostilló que confiaba en que no fuera el senador McGovern.

En este punto de la conversación, Jaime de Piniés, buen conocedor del país norteamericano dada su experiencia diplomática en USA, observó que había aproximadamente 11 millones de nuevos electores en cada elección, en los Estados Unidos, y que en las cercanas elecciones presidenciales podría existir un extra de 14 millones de nuevos electores, debido a que se había rebajado la edad de voto a los 18 años.

Dos días después volvían a reunirse. Como el propio ministro español apuntó al inicio de la segunda reunión: después de *48 horas* de reflexión estaba verdaderamente interesado en conocer la reacción de su homónimo británico, respecto de la *nueva relación* entre Gran Bretaña y España. Para López Bravo, aquellas ideas eran la base del acercamiento y del completo sentido de su visita a Londres. Naturalmente quería saber el alcance de esta percepción para confirmar si era compartida por el ministro inglés.

Como siempre la respuesta británica fue la de un cortés *agreement* aludiendo a que *en principio esas ideas eran bien recibidas*, pero todo indicaba que los ingleses no podían avanzar en otros campos, *mientras el problema de Gibraltar se mantuviera*. Inmediatamente propuso Sir Alec que debían cooperar bilateralmente en el campo de la defensa pero que, de acuerdo con los encuentros previos celebrados con el ministro español, se había dicho resultaría imposible para las fuerzas armadas españolas, ante la situación reinante en Gibraltar.

López Bravo respondió seguidamente que debían asentar *todos los temas de modo conjunto* y que consideraba un error concentrar en exceso la negociación sobre el asunto de Gibraltar, haciendo depender al resto de aquel problema. Reiteró pues la sugerencia de que debían estudiarse tales relaciones *en todos los campos*.

Pero aun estando de acuerdo con ello, Sir Alec Douglas-Home dijo que era difícil: defensa era el campo que ofrecía mayores facilidades para comenzar, tal como el propio López Bravo había dicho, pero eso no podía hacerse sin conseguir algún progreso respecto del tema gibraltareño.

Como es fácil deducir, el laberinto retórico de estas conversaciones se pone de manifiesto en estos registros, sin paliativos.

La deriva de la conversación era evidente pero para no naufragar del todo, hubo que matizar la postura española, planteándola como una cuestión *de tiempo*.

López Bravo dijo al ministro inglés que él pensaba a largo plazo y que cuando había hablado de relaciones *ambiciosas* con Gran Bretaña en campos militares, económicos y políticos, el problema de Gibraltar debía insertarse en un campo más extenso, y para ser tratado simultáneamente.

La respuesta de la diplomacia británica fue devolver la pregunta a López Bravo respecto del *significado de la expresión relación ambiciosa*. El ministro español replicó que él creía que discutirían este concepto conjuntamente, lo pensarían conjuntamente y, finalmente, lo negociarían conjuntamente. Y no dudó en expresar que para los gibraltareños, seguramente, su modo de vida confinados en la “roca” debía ser menos atractiva que lo que supondría en un futuro, dado que podrían intervenir en un escenario más extenso. Recordó también que, en Madrid, Sir Alec le había solicitado *respuestas* sobre el modo cómo los derechos y las aspiraciones de los gibraltareños podrían ser garantizados.

Había respondido a ello, por lo cual no dudó en recordar a Sir Alec Douglas-Home (en lo que adivinamos elegante reproche) que se había visto sorprendido dos días antes (miércoles), cuando el mismo Sir Alec *se había mostrado reticente a recibir el documento que se había elaborado con “tremendo esfuerzo”, por España.*

Aun reconociendo dicho esfuerzo y lo valioso de las propuestas contempladas en el documento, éste denegó hacer cualquier otra observación, y dijo sólo comentaría algunos aspectos de las ideas del señor López Bravo.

Así pues, la postura británica fue puesta sobre la mesa, con claridad: Gran Bretaña tenía un acta del Parlamento que imponía que nada se hiciera para alterar el status de Gibraltar sin el acuerdo de los gibraltareños. Por consiguiente, el argumento del diplomático británico fue drástico: De haber recibido oficialmente el documento, tal como estaba, él se hubiera visto obligado a pasarlo a Sir Joshua Hassan, y los gibraltareños lo hubieran rechazado. Estaba absolutamente convencido de ello.

Con la idéntica franqueza, Douglas-Home dijo –textualmente– que el principal punto para tal rechazo sería *lo abrupto del cambio propuesto*. ¿En relación a qué propuestas del Ministerio de Exteriores español?, nos preguntamos.

Las deduzco de la conversación mantenida, en decisiones como estas: la instalación de un gobernador español desde el principio, de un jefe de policía español y de funcionarios principales que siendo gibraltareños, hubieran elegido la nacionalidad española. Todo ello era demasiado repentino¹³.

Por lo tanto era preferible no dar a conocer el documento, oficialmente, tal como estaba; y planteó a la consideración de López Bravo incluir cambios que lo hicieran más aceptable para Sir Joshua Hassan. Pero en todo caso, Sir Alec expuso claramente debía hablar con Mr. Hassan sobre las ideas acerca de Gibraltar que estaban promoviendo aquellos encuentros.

La respuesta de López Bravo solo apeló a la capacidad de persuasión del Secretario de Estado británico con respecto a Sir Joshua Hassan; a lo que la respuesta británica fue tan evidente como la que le había dado Franco en Madrid, o poco menos: era inviable tal como se planteaban las propuestas. Y de inmediato apeló al metafórico y muy visual ejemplo siguiente: no era posible que las banderas británica y española ondearan sobre Gibraltar... Como tampoco parecía plausible que hubiese *un gobernador español para los cinco primeros años*.

López Bravo entonces recurrió –como única salida airosa– a su todavía imborrable sorpresa de que no se hubiera siquiera aceptado el documento, dado que confiaba en que pudiera haber sido estudiado, detalladamente, y en que permitiera escuchar más tarde las opiniones del Secretario de Estado. Añadió, asimismo, un revelador comentario: *“The Spanish Head of State and the Spanish Prime Minister would find it very difficult to understand”*.

Apostilló que el documento se había hecho de muy buena fe, y se había mantenido absolutamente en secreto, sin intentar forzar la apertura del debate con los gibraltareños en aquellos momentos.

Ante su insistencia, su interlocutor británico repitió que de haber aceptado el documento, hubiera sido rechazado en el Parlamento; o lo que es igual, de haberlo aceptado, se hubiera visto obligado a hacerlo público.

¹³ FCO 9/1599 Visit to UK of Spanish Foreign Secretary, Lopez Bravo, 19-22 July 1972. FCO 9/1601 Record of conversations between UK and Spanish Foreign Secretaries, Sir Alec Douglas-Home and Lopez Bravo, 19-21 July 1972. Record of conversation between the Foreign and Commonwealth Secretary and the Spanish Foreign Minister at the Foreign and Commonwealth Office, 21 July 1972 (Secret).

En tales circunstancias, el ministro español no deseaba particularmente entregarle el documento, pero también se veía obligado a expresarle su sorpresa “*as a loyal friend*”.

Los ingleses entendían la situación como una cuestión táctica, reconociendo el gran trabajo que había supuesto la elaboración del documento sobre Gibraltar, y dijeron conservarían sólo el registro de los puntos planteados por López Bravo.

No contento con ello, el Secretario de Estado británico llegó a sugerir un debate informal con el propio Sir Joshua Hassan y, alternativamente, un estudio conjunto para una discusión posterior en profundidad. Indicó finalmente que, al menos deberían producirse otros dos encuentros más, antes de que pudieran realmente entrar en conversaciones en detalle.

Respetando su punto de vista, López Bravo apeló a la cortesía, pero también al realismo, y expresó que todo lo que deseaba era ayuda (*help*), considerando la opinión pública española. Llegado a este punto, se le preguntó si la situación le acarrearía dificultades al volver sin haber entregado a Sir Alec el documento.

La respuesta de López Bravo fue negativa, pero apostilló: “*Solo el Jefe del Estado español lo ha visto aunque sus colegas del Gabinete conocen de su existencia*”.

Lo que él requería era ayuda para probar que aquel trabajo avanzaba. Y reiteró la misma cantinela: una vez que Sir Joshua Hassan y los gibraltareños vieran que España y Gran Bretaña estaban construyendo una nueva relación, se mostrarían felices (*sic*). Después de todo, dijo, estarían en posición de elegir la nacionalidad española o británica, e ir adonde desearan en España. Frente a opinión tan optimista, Douglas-Home solo respondió que el horizonte de los gibraltareños estaba ligado a la “roca” y que no confiaba demasiado en lo expresado, dado que sospechaban incluso de él mismo.

De acuerdo con algunas reacciones formuladas en el propio Parlamento londinense, Sir Alec dijo con un sentido del humor muy británico: “*They believed we were only too likely to sell them down the river*”.

Y con idéntica elegancia expresó que confiaba en que el ministro español *no destruyera el documento*; cosa que éste dijo *no haría*.

Se estudió finalmente el comunicado final de forma conjunta y López Bravo dijo que ya estaba preparado y que también lo estaba para utilizar la palabra “*negociar*”. En ese sentido, era esencial fijar una fecha firme y pronta, respecto de un siguiente encuentro, previendo incluso si debido a ambas agendas, ese encuentro en la práctica tuviese que posponerse.

Era evidente que al ministro de Exteriores no le interesaba volver con las manos vacías, y por ello propuso que, a menos que él no pudiera anunciar un encuentro para octubre de aquel año, se encontraría bajo una gran presión que *dudaba si podría resistir*, forzándole a *montar un escándalo* en las Naciones Unidas; cosa que él deseaba *evitar*.

Mostrando su acuerdo, Sir Alec propuso una *corrección* para evitar dar la impresión de que había sido alcanzado un resultado de *progreso* en las conversaciones. Sin embargo, los británicos se mostraron favorables a que se incluyera la siguiente frase:

“The Ministers felt that working together in this fashion was the best way to make progress towards a satisfactory solution and agreed to discuss the matter further at their next working meeting in October”.

Antes de que el encuentro concluyera, el Secretario de Estado repitió que estaba obligado a discutir las ideas de López Bravo con Sir Joshua Hassan en términos generales, en un inmediato futuro. Y también estaba obligado a responder a las preguntas que se formularan en el Parlamento, el 24 de julio.

No veía dificultad en ello, adujo López Bravo, y por su parte, dijo comprometerse a resaltar importancia ante cualquier optimismo excesivo que el comunicado pudiese generar. De hecho, así sucedió a su regreso a España.

El 23 de julio de 1972, el periódico ABC publicaba la noticia de su vuelta de Londres, en tono altisonante, con este titular: “La solución final del problema de Gibraltar será positiva”. Sin embargo, el ministro, aunque calificó de excelente la acogida y facilitó datos de sus largas entrevistas, se limitó a glosar el comunicado conjunto hecho público en Londres y Madrid, dos horas antes de su llegada. En él se reiteraban básicamente las oportunidades para crear una nueva y más estrecha relación, el compromiso de estudiar los puntos de vista españoles sobre el futuro de Gibraltar, y las conversaciones sobre las cuestiones derivadas de la ampliación de la Comunidad Europea.

Sobre esa última cuestión, el encuentro habido con el canciller del ducado de Lancaster en verdad fue positivo. El gobierno español perseguía el respaldo británico para adaptar el acuerdo y conseguir la ampliación de sus firmas con la Comunidad Europea en términos comerciales. España había logrado el acuerdo preferencial con la Comunidad y pretendía su ampliación, lo cual hacía necesaria la renegociación del acuerdo previo. Todos los extremos debatidos tuvieron una reacción favorable en Mr. Rippon, respecto de objetivos que López Bravo planteó de forma optimista.

El ministro español confiaba en que España sería aceptada como “*full member*” de la Comunidad y que el inicio de esa estrategia podría iniciarse en 1976, contando con un período de transición de 5 años hasta que lograra la membresía al completo. Habiendo sido ministro de Industria previamente, López Bravo sabía que España debía poner a punto su sector industrial. En aquel momento, el 40% del producto nacional bruto provenía de este sector.

No obstante, aun cuando Rippon recordó las simpatías de franceses y alemanes a la solicitud española, no ocultó que los escandinavos y holandeses eran más reticentes. Confiaba sin embargo en que estas actitudes irían gradualmente modificándose.

Como en el tema anterior, se deduce de la actitud de López Bravo cierta urgencia, dado que requería resultados tangibles; por contra, Rippon recomendó ir *paso a paso* (*step by step*). Informó que los miembros de la Comunidad ampliada habían decidido el 19 de julio de aquel año como fecha para la preparación de una cumbre a celebrar en octubre. Y Rippon creyó posible que durante un encuentro de los ministros extranjeros en Roma, en septiembre, podrían establecerse acuerdos finales para la *Summit*, pero también dio a entender eufemísticamente que con toda probabilidad habría temas sobre los que se esperaba hicieran progresos.

Curiosamente, durante la entrevista mantenida con Edward Heath, López Bravo había respondido a la pregunta del Primer Ministro sobre su posible inserción en la CEE, en términos decididos. En concreto, no dudó en sugerir que el período transitorio comenzaría en 1976 y que esto podría llevar a España a ser considerada miembro completo entre 1980 y 1981. En tal sentido, el Primer Ministro se reafirmó en la idea de mantener buenas relaciones bilaterales, de nuevo. Y como no podía ser de otro modo, las buenas palabras de este otro encuentro evocaron además de la inevitable declaración de intenciones, otros muchos aspectos relevantes, pero el problema de Gibraltar reapareció constantemente, y con él, los intereses de 20.000 gibraltareños.

Siempre se le recordó a López Bravo que había que lograr el acuerdo de los gibraltareños respecto de la línea política a adoptar¹⁴.

¹⁴ ANB. FCO9/1601. *Record of a Conversation between the Prime Minister and the Spanish Foreign Minister*. 20 July 1972. 10 Downing Street.

A tenor de lo sucedido, el comunicado fue lo suficientemente ambiguo como para facilitarle al ministro una salida airosa, pero sólo delimitó un área de afinidades que se había ampliando entre ministros, logrando una cierta normalización en las relaciones bilaterales, aunque sin poder convencer a nadie de que la propuesta para una solución al problema de Gibraltar se gestionase, directa y conjuntamente, entre ambos gobiernos.

Ni que decir tiene, tal y como consta en el margen izquierdo del documento archivado en el F.O., este record fue enviado al gobernador de Gibraltar.

ÚLTIMAS INTENTONAS

Efectivamente, Gregorio López Bravo visitó más veces Londres. En Mayo de 1973 lo hizo para celebrar un nuevo encuentro con el Secretario de Estado británico. Llegaba como resultado de la reunión previa habida en *Noviembre* de 1972, en la que se acordó cubrir aquella mentada variedad de asuntos de común interés, incluyendo –como no podía ser de otro modo– las restricciones impuestas a Gibraltar.

Para tratar de cuestiones relativas a Defensa, en esa ocasión el ministro viajó acompañado del *Jefe del Ejército* (General Díez Alegría). En Madrid se había acordado que el Ministro de Defensa inglés preparase un “paper” como base para debatir los intereses defensivos de Reino Unido, con particular referencia a Europa. Entre los temas sugeridos previamente a la celebración de ese encuentro, las notas oficiales plantearon la discusión de posibles facilidades alternativas en materia de defensa, como en el caso de la base norteamericana de Rota. Las áreas de cooperación enunciadas en materia defensiva entre ambos países (ejercicios conjuntos, etc.) se incluirían asimismo en aquel bosquejo. Las dudas eran evidentes, pese a ese aparente tono de normalidad. Las preguntas sobre la conveniencia de una hipotética compra de material bélico por España ante el problema latente con Gibraltar se consideraron desde varios ángulos. Jaime de Piniés, como dije ya, Embajador en Londres en esa etapa, fue quien tramitó estos asuntos y advirtió que, pese a haber asignado el gobierno español 1,150,000,000 de Libras para adquirir equipos de defensa durante los siguientes siete años, parecía poco probable la compra de armas de fabricación británica, si no se adoptaba decisión alguna “*en principio, respecto del transfer de soberanía sobre Gibraltar*”. Como vemos, cada cual siguió empleando la misma conditio sine qua non.

El 9 de Marzo de 1973, ya se había consultado por telegrama cifrado a Madrid respecto del *meeting* anglo-español a celebrar en Mayo de aquel mismo año. Del programa a diseñar destacaba una apreciación inicial relativa al grado de consultas que el Ministro López Bravo deseaba celebrar contando con la presencia de Díez Alegría.

Una vez conocidos estos extremos, el programa se iniciaría con lo que la diplomacia británica denominaba “*tour d’horizon*”. Se les esperaba el 8 de Mayo, y las sesiones de trabajo se iniciarían ese mismo día, cubriendo temas como: Seguridad Este-Oeste, CSE, SALT, MBFR (*Mutual and Balanced Force Reductions*), la estrategia chino soviética a nivel mundial, etc. El general Díez Alegría iría a celebrar un encuentro con el ministro de Defensa británico,

Heath vino a decir al ministro español que ya habían tenido experiencias similares en otras partes del mundo y si fallaban en cuanto a sus obligaciones en Gibraltar, podrían tener serias repercusiones sobre esos otros proyectos. Sentía que muchas cosas dependían de la actitud adoptada por España hacia los gibraltareños. Y dijo también que su experiencia tras visitar Gibraltar era la de que el asunto era difícil. López Bravo repitió como un mantra su convicción de que el nuevo concepto de relaciones anglo-españolas favorecería a los gibraltareños, porque España respetaría su nacionalidad y estilo de vida.

asimismo. Interesaba intercambiar ideas que desvelaran desde un contexto general, lo concerniente a estrategia global en términos defensivos que los británicos iban a planear desde los años 70, pero para la siguiente década (incluyendo el debate sobre el nuevo equipamiento del ejército), etc. Interesaban los problemas de defensa en el área específica española, tanto en el Atlántico como en el Mediterráneo (las ambiciones soviéticas todavía parecieron amenazantes, a tenor de la mentalidad geopolítica de esos años), e inevitablemente, el papel que desempeñaría Gibraltar —por su valor estratégico— según el punto de vista británico. Por tanto, la cooperación hispano-británica se consideraba fundamental, y así se refleja en los *drafts*.

Es más, los ingleses creyeron que silenciar la posición británica en relación al valor estratégico de Gibraltar era inadecuado, pues alentaría las sospechas españolas agudizándolas; por lo que se aconsejó que el programa lo incluyera. Pero al tiempo, mantuvieron una actitud a la expectativa algo cicatera que llevó a que el embajador español en Londres urgiera en conocer si las cuestiones a debatir estaban ya definidas en el borrador del Programa del encuentro. La respuesta británica, más allá de la politesse, fue: *“If he asks whether our piece of paper is ready yet, the answer is that we are still working on it and that his answer will help us to complete it”*. Aquel borrador que deseaba contar con el consenso de la parte española, se nos antoja en exceso protocolario o más bien, producto de la ambigüedad.¹⁵

El 8 de Mayo de 1973, A.A. Acland firmaba el resumen de la conversación mantenida entre el ministro español y el secretario de Estado, nuevamente¹⁶. Como es lógico, desde posiciones políticas distintas podría decirse que hubo un firme deseo de continuar dichos contactos. Pero la postura británica fue tenaz y transparente: no podían arriesgarse a persuadir a los gibraltareños para que conversaran acerca de la *soberanía* del territorio. Incluso, pudiendo persuadirles (cosa inviable, fue subrayado), tampoco era posible llevar el tema al Parlamento. *“This was a fact of political life”*.

Aun diciendo comprender la posición española, y en concreto la actitud de López Bravo, el ejecutivo británico expresó su imposibilidad de hacer semejante acción. Por lo cual, Sir Alec apeló desde la posición del gobierno de Su Majestad, a considerar como base de la negociación otros *joint projects* entre ambos países.

¿Cuál era la preocupación del ministro español definitivamente en esos días? La extrema derecha en España y las Fuerzas armadas *pensaban que él estaba perdiendo el tiempo* y que los británicos estaban jugando su baza, apurando tiempos. Estaba convencido, y así lo expuso, que sin alguna declaración de principios del gobierno británico (para la cual no se requería aprobación parlamentaria, subrayó) no podría seguir adelante con el diálogo iniciado.

Por razones obvias, el ministro argumentó coloquialmente que los españoles *estarían locos si prefiriesen la confrontación*, perdiendo oportunidades en lo comercial, en lo defensivo y en cuanto a Europa. De practicar esa línea política, dijo, él se ganaría el respaldo popular en España... pero personalmente, él repudiaba tal política. Ahora bien, si Sir Alec no aportaba algún avance, algún nuevo elemento, él no podría continuar.

Como se deduce de estas negociaciones registradas y conservadas en el F.O., el escollo británico se mantuvo contundente, sin concesiones, y la actitud del ministro español fue digna de consideración, ante el esfuerzo negociador desplegado y las circunstancias políti-

¹⁵ FCO 9/1818. Jan 01 - 1973 Dec 31. *Visit of Lopez Bravo, Spanish Foreign Minister, to UK*, 8-10 May 1973: administration arrangements

¹⁶ ANB (Kew). FCO 9/1821. *Talks with the Spanish Foreign Minister, Sr. López Bravo* (secret), 8 de Mayo 1973.

cas que lo condicionaron. A mi parecer cabe decir incluso que el imputado fracaso personal, aireado por la prensa y medios políticos radicales de la derecha españolista en los 70, ninguneó su sincero empeño en construir un puente con un aliado imprescindible en la Europa de la década. Tanto, que una frase del ministro, a mi parecer bastante imprudente, quiso imprimir fuerza a su argumentación, advirtiendo al mandatario inglés de algo discutible pero revelador para el momento en que se dijo. Frase que recojo literalmente: “Furthermore, as the Prince of Spain had said, things would be even more difficult after Franco’s death when he was King”¹⁷.

El laconismo británico sólo agradeció educadamente que se aclarara tal posición, pero pidió un aplazamiento del tema de Gibraltar para conversar sobre los demás asuntos de común interés (comercio, defensa, Europa...). Temas sobre los que había grandes oportunidades, pero volvió a descartarse como primer objetivo un tratamiento del asunto de Gibraltar.

A tenor de la lógica y estrategia que López Bravo había diseñado, su respuesta no podía alejarse de la ortodoxia del franquismo: La comprensión de una política de cooperación, respondió, sólo podría explicarse al pueblo español a partir de alguna señal que explicitara que se hubiera tratado la cuestión de la soberanía de Gibraltar, sin remitirse al Tratado de Utrecht o a los ciudadanos de Gibraltar.

Las últimas consideraciones de López Bravo insistieron, por tanto, en *la transferencia de soberanía sobre el istmo para España*. Esto requeriría la aprobación española para el uso del aeropuerto, pero serviría como evidencia, tanto para gibraltareños como para españoles, del deseo por parte de Gran Bretaña *de cooperar con España de un modo más extenso e imaginativo (sic)*.

Antes de concluir la conversación para visitar al Primer Ministro, López Bravo dijo que lo que había planteado no era cuestión de “tácticas”, sino *una expresión absolutamente sincera de sus opiniones*.

Durante el encuentro con el primer Ministro, esta sí, la táctica británica fue imputar a los gibraltareños la postura más cerrada, identificando esta negativa como obstáculo que impedía cualquier gesto y avance. La disputa –se le dijo al diplomático español– estaba entre ellos y los españoles.

López Bravo no admitió esto, y remachó de nuevo: “*This was not so: the relationship was between Britain and Spain, as laid down in the Treaty of Utrecht*”. Y cuando el Primer ministro añadió que las provisiones del tratado habían *sido ignoradas por muchos años*, López Bravo no dudó en decir con tono que adivinamos poco apacible, que “*precisamente aquello había sido la causa del problema. Todos estaban pagando, dijo, un alto precio por el hecho de que el Tratado había sido observado de manera inadecuada en el pasado*” (literal).

Fue entonces cuando el Embajador Russell quiso desviar la atención hacia el asentimiento de Perón sobre el status acordado en las Falklands, y Piniés no dudó en mostrar su escepticismo ante tal afirmación.

La tesis de López Bravo pretendía, en todo caso, convencer a los británicos de que el inicio de un nuevo estilo en las relaciones bilaterales, trabajando conjuntamente, barrería los obstáculos sobre el problema de Gibraltar. Pero no ejerció el efecto deseado. La cuestión de la *soberanía* debía asentarse antes de una cooperación más estrecha. Y la réplica de López Bravo sugiriendo que el progreso negociador debía lograr *resultados, simultáneamente, en todos los frentes*, no se entendió de la misma manera.

¹⁷ ANB (Kew). FCO 9/1821. *Talks with the Spanish Foreign Minister, Sr. López Bravo*. (secret), 8 de Mayo 1973.

Lo que sí hubo fue coincidencia en que se necesitaba tiempo para mantener el diálogo y que el avance de esas conversaciones debía publicitarse. Sin duda alguna, la actitud receptiva para que continuaran las negociaciones se reiteró por los principales miembros del ejecutivo británico. Y no puede deducirse ningún tipo de rechazo hacia el ministro español en los contactos habidos, sino más bien una cierta actitud comprensiva.

López Bravo no ocultó en ningún momento que *necesitaba ayuda*, si las negociaciones iban a continuar, y rogó al Primer ministro que entendiera sus propias limitaciones y su posición personal.

Esto no fue óbice para que expresara al Secretario de Estado, y al propio E. Heath que sería una pena endurecer la política que él había impulsado, y tener que volver a *hacer ruido* en las Naciones Unidas.

Una vez abandonado el cargo López Bravo, y después del corto ministerio encabezado por Laureano López Rodó, el catalán Pedro Cortina, ministro de Exteriores desde Enero de 1974, como luego intentaría José María de Areilza en la misma cartera¹⁸, asumieron el problema de Gibraltar, de forma irrenunciable. Como dijo Cortina al Secretario de Estado James Callaghan, el problema no estaba en estado durmiente, y urgía la solución. Pero con idéntico candor apeló a evitar alharacas en las Naciones Unidas, como advertencia.

La retórica inglesa volvió a remitirse mimética y aburridamente, en tono victimista, a la opinión de los gibraltareños que acusaban –al decir de Callaghan– a los responsables del F.O. de abandonarlos y cosas semejantes.

Lo evidente es que Utrecht se había dejado de lado. Su olor a naftalina, jurídica y políticamente, estaba sobrepasado por la reclamación del derecho a decidir la soberanía por los gibraltareños.

“*Spain would not win over the people of Gibraltar while the restrictions remain*”, tuvo que oír el ministro español de 1975.¹⁹

¹⁸ A.N.B. FCO 9/2437. *Visita de José María de Areilza a Londres*. 24 de Febrero de 1976. Reservados. PREM 16/ 1128; FCO 9/2438. *Visit to UK by Spanish Foreign Minister Areilza*. Marzo 1976. PREM 16/1127; FCO 9/2438; *Areilza se entrevista con el primer Ministro británico*. FCO 9/2437; FCO 9/ 2438. José María de Areilza. Nombrado ministro de Asuntos Exteriores con el primer Gobierno de la monarquía el 15 de diciembre de 1975, sus convicciones monárquicas y su voluntad de propiciar el cambio democrático proyectando otra imagen en el ámbito internacional le destacaron pese a la brevedad de su presencia en Exteriores. Junto a Manuel Fraga Iribarne, Areilza fue uno de los “hombres fuertes” del primer gobierno de la Monarquía. Mantuvo al tiempo su condición de procurador en Cortes durante parte de la X Legislatura de las Cortes Españolas (1971-1977), entre el 23 de diciembre de 1975 y el 12 de julio de 1976.

¹⁹ A.N.B. FCO 9/2327. *Record of conversation between the Foreign and Commonwealth Secretary and the Spanish Foreign Minister at Waldorf Towers, New York, 23 September, 1975*. Cortina fue embajador en Francia. Ministro de Asuntos Exteriores en los dos gobiernos de Carlos Arias Navarro, por tanto, el último ministro de Exteriores de Franco y el primero de la Monarquía. Además de los contactos con el gobierno británico que contemplamos en este artículo, de su gestión sobresale un asunto delicado cuya resonancia internacional perdura: la descolonización del Sáhara Español, y el contencioso con Hassan II y Marruecos (Marcha verde). La diplomacia británica le calificó (nota confidencial) como un hábil negociador, y destacó una frase del diplomático catalán tomada de su primera entrevista al ser nombrado ministro: “España ni tenía amigos, ni enemigos, solo *intereses*”. Un “cold fish” que no aportó demasiada originalidad a la política exterior, consideraron los británicos, pero que se mostró contundente con los acuerdos a adoptar cuando fueron a expirar los acuerdos defensivos con los EEUU que expiraban el 26 de Septiembre de 1975.

A.N.B. FCO. 9/2327. Ministro Cortina. *Entrevista con Mr. Callaghan*.

LOS ALBORES DE LA TRANSICIÓN

Sabemos que con el mandato de Arias Navarro, durante su segunda presidencia, hubo numerosos actores que con el Rey a la cabeza deseaban introducir cambios que externalizaran el ansiado nuevo rumbo de navegación para el gobierno. El gabinete nombrado para este fin confirmó la sospecha de los más recalcitrantes partidarios del “atado y bien atado”. Pero aunque es bien cierto que hubo continuistas, también hubo aperturistas. Y de entre todos los así calificados por la historiografía más reciente, sólo recordaré al entonces ministro en la cartera de Exteriores, el vasco José María de Areilza. De obligado, es preciso reseñar que Adolfo Suárez pasó en esa fase a la cartera de ministro secretario general del “Movimiento”.

Tal como señala Cristina Palomares²⁰ a partir de los comentarios de José M^a de Areilza (*Diario de un ministro de la Monarquía*, 1077), las discrepancias respecto del contenido y formato –incluido lenguaje o como hoy diríamos, desde el análisis glotopolítico– del discurso de Arias (28 de Enero de 1976) fueron obvias. El mismo Fraga²¹ exhibió sus discrepancias sobre la actitud reacia del Presidente respecto del necesario cambio político. No cabe en este análisis la valoración del significado que supuso la crisis conducente a la llegada de Adolfo Suárez a la presidencia del Gobierno, pero sí parece conveniente subrayar que, sustituyendo a Arias Navarro desde el 3 de Julio de 1976, el proceso de transición evidenciaba algo más que mera improvisación. Ni Fraga, ni Areilza sobrevivieron a aquel maremoto, y la reforma democrática se instalaría con un punto de no retorno. En política exterior todo cambiaría y el tema de Gibraltar pasó al punto de stand-by.

A modo de reflexión final habría que deducir de estas y otras actuaciones en la acción exterior española, que durante la antesala del final de la dictadura, la política de Estado pudo estar pensada para entablar nuevas vías de diálogo con determinadas potencias en busca de estabilidad. Es el caso planteado con la negociación bilateral con Reino Unido durante este Ministerio.

Hubo más objetivos dispuestos desde Exteriores, obviamente, con objeto de consolidar la nueva imagen, deseosa claramente desde la década de los 70 de dar credibilidad a sus intereses y ambiciones en Europa y en la escena internacional. Seguramente, también, para acomodar con la previsible desaparición de Franco, un status que confirmara un cambio sin sobresaltos.

Para López Bravo, el reto de la negociación sobre Gibraltar hubiera supuesto un éxito, caso de lograr simplemente el avance de una solución negociada, directamente, con Reino Unido. Esto le hubiera granjeado el necesario respaldo para sus propios objetivos políticos en aquella opaca etapa. El tema pasaría a beneficio de inventario. Y lo que se colige del relato de aquellas circunstancias es, sin paliativos, la tozudez británica esgrimiendo sus postulados jurídico-políticos, cuya legitimidad no pueden cuestionarse, pero cuyo planteamiento ambiguo acabó con la paciencia del atildado ministro, al ver como se le repetía, como se ha efectuado luego en sucesivas circunstancias históricas, que *cualquier negociación sin consulta democrática a los gibraltareños no era practicable*.

²⁰ C. PALOMARES, *Sobrevivir después de Franco. Evolución y triunfo del reformismo, 1964-1977*, Alianza, Madrid, 2006, p.246-47.

²¹ Fraga había sido Embajador en Londres entre 1973-1975.

CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN RUSIA

TATIANA ALEXEEVA

*Profesora y Decana de Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de investigación
“Escuela Superior de Economía” – Sede en San Petersburgo,
ta_al@mail.ru*

Fecha de recepción: 29 de enero de 2015

Fecha de aceptación: 11 de febrero de 2015

RESUMEN: *El artículo es dedicado a la significación de la Constitución de Cádiz para las relaciones bilaterales entre España y Rusia al comienzo del siglo XIX y a su importancia intelectual de ella para la sociedad rusa. Se muestra en el artículo que después de dos años de contactos secretos entre R. Kóshelev, el representante del Imperador ruso, de un lado, y A.Colombi, sustituido más tarde por F. Cea Bermúdez, el representante del poder nacional español (ambos nombrados para negociar sobre una alianza militar y política), de otro lado, y después del inicio de la invasión de las tropas napoleónicas en el territorio de Rusia en el junio de 1812 se desarrollaron a los contactos oficiales. Las negociaciones culminaron con la celebración del tratado ruso-español, firmado el 20 de julio en Velíkie Luki por F. Cea Bermúdez y N. Rumiántsev. El art. 3 se declaró que el zar ruso reconoce la Constitución española de 1812. Alejandro I fue el primer monarca que recibió la Constitución. Pero la segunda promulgación de la Constitución de 1812 en 1820 hizo mucha adoración en la parte progressiva de la sociedad rusa y hostilidad del imperador y su corte. La importancia intelectual de la Constitución de 1812 es destacada en la sociedad rusa en la parte progressiva: la Constitución se convirtió al mito, al símbolo de la victoria del movimiento anti-absolutista y revolucionario. La significación del aspecto práctico también es notado en la recepción técnica-jurídica de algunos artículos de ella para elaborar los proyectos constitucionales por el decembrista N. Muraviev. La Constitución de 1812 fue un objeto del interés de los historiadores rusos y soviéticos, que subrayaron su papel en la evolución política de España en el contexto europeo. En las 30s del siglo XX investigadores empezaron a fijar su rol de un acto de la protesta del pueblo español. Ambas líneas se conservaron en los estudios de la II parte de XX. También se publicaron los primeros trabajos jurídicos de autores rusos y soviéticos dedicados a la Constitución de 1812 con la atención especial a su papel en la evolución constitucional de España y otros países europeos.*

ABSTRACT: *The article is devoted to the significance of the Constitution of Cadiz for bilateral relationship between Spain and Russia at the beginning of the XIX century and its intellectual importance for Russian society. It shows that after two years of secret contacts between R.Koshelev, the representative of the Russian Emperor, on one hand, and A.Colombi, substituted later by F.Cea Bermúdez, on the other hand (both nominated by the national power as representatives of Spain, appointed to negotiate on military and political alliance), and after the beginning of the invasion of the Napoleonic troops in the territory of Russia in June, 1812 developed to be official contacts. The negotiations culminated in the celebration of Russian-Spanish treaty, which was signed on July, 20, 1812 in Velikii Luki by F.Cea Bermúdez and N. Rumiántsev. Article 3 of the treaty stated that the Russian tsar Alexander I recognized the Constitution of 1812, so in that he was the first monarch in Europe. However the second promulgation of the Constitution of Cadiz in 1820 provoked admiration*

of the progressive part of the Russian society and hostility of the Emperor and his court. The intellectual importance of the Constitution of 1812 for the progressive part of the Russian society was outstanding. It became a symbol of the victory of the revolutionary and anti-absolutist movement for many Russians. The practical significance of the Constitution of 1812 in Russia is noted: the decembrist N. Muraviev took as models some of its provisions elaborating his constitutional projects.

The Constitution of 1812 was an object of scientific interest of Russian and Soviet historians, who emphasized its role in the political evolution of Spain in the European context. In the 30s of the XX century Soviet researchers paid particular attention to its role as the act of the Spanish people's protest. Both lines of the estimation of the Constitution were pursued during the II part of the XXth century. First publications of Russian and Soviet authors devoted to the Constitution of 1812 demonstrated particular attention to its legal analysis in the context of the constitutional development of Spain and another European countries

PALABRAS CLAVE: Constitución, Cádiz, Alejandro I, San Petersburgo, F. Cea Bermúdez, tratado de alianza, decembristas, proyectos constitucionales, las cortes, N. Muraviev.

KEY WORDS: CConstitution, Cadiz, Alexander I, St. Petersburg, F. Cea Bermúdez, the treaty of alliance, decembrists, constitutional projects, cortes, N. Muraviev

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El reconocimiento de la Constitución de 1812 por Alejandro I. 3. El texto de la constitución de Cádiz en San Petersburgo, en 1812. 4. Regimiento español. 5. La Constitución de 1812 y los decembristas. 6. La Constitución de 1812 en las obras de los historiadores y juristas rusos y soviéticos.

1. INTRODUCCIÓN

El papel de la Constitución de Cádiz en el desarrollo jurídico-político de España, de los países de América Latina, de Italia y de otros estados europeos había sido el objeto de muchas investigaciones emprendidas por los historiadores y juristas.¹ La Magna Carta de 1812 se hizo notoria también en Rusia.² En el presente artículo se analizan los aspectos más importantes de su significado intelectual y político en este país.

¹ Ver particularmente: "La Constitución española de 1812 y los decembristas rusos", en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, J.A. ESCUDERO (dir.), Espasa, Madrid, 2011, 3t.

² J.FERRANDO BADIA "Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812", *Revista de estudios políticos*, num. 126, 1962, p. 187; I.MADARIAGA, "Spain and Decembrists", *European Studies Review*, London, num. 2, april, 1973, Vvol.3, pp. 141 a 156. En ruso: A.PYPIN, *Movimiento social de Rusia en los tiempos de Alejandro I*, SPb, 1908; V. SEMEVSKY, *Las ideas políticas y sociales de los decembristas*, SPb, 1909 (ambos libros contenían comparaciones de textos escritos por los miembros de organizaciones secretas rusas con las constituciones de los Estados extranjeros, ante todo de Francia, para demostrar el uso de experiencias extranjeras por los autores de los proyectos constitucionales); Orlik O. "Los decembristas y el movimiento de liberación europeo", Moscú, 1975, p 19; N. MINÁEVA "Sobre los vínculos ideológicos del movimiento decembrista y la revolución española", en *Memorias científicas de la Universidad Estatal de Pedagogía de Moscú*, 1967, ed.(t.) 186, pp. 63 a 76; S. ROMÁNOVA, "D. Zavalishin y Manuel Calderón de

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 POR ALEJANDRO I.

El hecho de que la sociedad rusa haya sido bien informada sobre los acontecimientos militares y políticos en España y sobre la adopción de la Constitución de 1812 tuvo, ante todo, su fundamento político exterior y diplomático.

Es necesario destacar que el enviado ruso en Madrid, barón Grigory Stróganov, en mayo-junio de 1808, rehusó a reconocer a José Bonaparte como el Rey de España, alegando no tener instrucciones al respecto. No obstante, dichas instrucciones fueron dadas en la carta del Canciller N. Rumiántsev del 5 de julio de 1808, quien comunicó la intención de Alejandro I de reconocer a José Bonaparte y ordenó felicitarle al nuevo Rey y expresarle signos de atención.³ Sin embargo el enviado eludió cumplir la orden, invocando que tales acciones podrían generar el descontento del gobierno y del pueblo español.⁴ Más tarde G. Stróganov entró en contacto con la Junta Central creada y enviaba cartas a San Petersburgo sobre sus dirigentes.⁵

Pero el Emperador Alejandro I, durante los primeros dos años de guerra del pueblo español contra los franceses creía que esta guerra no constituía un serio peligro para Francia y no ejercía gran influencia sobre la situación político-militar en Europa. Alejandro I demostró esta falta de interés especial a los sucesos en la Península Pirenaica en una carta escrita poco antes de partir a Erfurt para negociar con Napoleón,⁶ respondiendo a la carta de su madre la Emperatriz viuda María Feodorovna. Ella llamó la atención de su hijo sobre el cambio de la situación de Napoleón después de la batalla de Bailén en julio de 1808: "...su honor quedará manchado si no termina con gloria sus asuntos españoles. Necesita que José sea el soberano de España, ya que la corona napolitana ya está entregada, y esta lucha tiene para él una importancia decisiva: o bien saldrá de esta con éxito, o perecerá en la misma, puesto que, en el caso de que los españoles siendo firmes y triunfaron, su ejemplo apasionará a otros pueblos que gimiendo bajo el yugo, querrán derrumbarlo".⁷

Alejandro I no daba importancia a los acontecimientos en la Península Pirenaica y no pensaba que podrían influenciar su comunicación con el Emperador de los franceses: "En lo que se refiere a la cuestión española, ya tiene dada su dirección a resolver, y la cita en Erfurt no podrá cambiar nada al respecto. No será pues el ejército ruso el que pueda dirigir este país. Además, Napoleón tiene las fuerzas más que suficientes para actuar en dos lados con superioridad en ambos. Únicamente la sola Providencia divina decidirá cuál debe ser el re-

la Barca", en *Memorias históricas*, Moscú, 1975, vol.96, pp. 338 a 346; E. PAVLIUCHENKO, "Introducción a la edición de cartas del decembrista N. Muraviev", en N. MURAVIEV, *Cartas del decembrista de 1813-1826*, Moscú, 2000, pp. 3 a 41; A. MEDUSHEVSKY, "Los proyectos constitucionales en Rusia", en LOS PROYECTOS CONSTITUCIONALES EN RUSIA DEL SIGLO XVII – PRINCIPIOS DEL SIGLO XIX, S. BERTOLISSI, A.SÁJAROV dir.), Moscú, 2000, pp. 120-135 y algunos otros trabajos.

³ Carta de G. STRÓGANOV A N. RUMIÁNTSEV (en frances y en ruso), en *La política exterior de Rusia del siglo XIX y de principios del siglo XX: Documentos del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia*, red. resp. A.L.Narochitskiy, Edición "Gospolitsdat", Moscú, 1965, serie 1, t. 4, p. 287.

⁴ Carta de G. STRÓGANOV A N. RUMIÁNTSEV (en frances y en ruso), *ibid.*, p. 312.

⁵ En octubre de 1808 G. Stróganov abandonó a España (ver más detalles en: M. DODOLEV, *Rusia y España. 1808-1823* (en ruso), Edición "Nauka", Moscú, 1984, pp. 24 – 25).

⁶ El encuentro de los emperadores duró del 27 de septiembre al 14 de octubre de 1808, las negociaciones finalizaron con la firma del tratado de aliado ruso-francés.

⁷ Carta autógrafa de la EMPERATRIZ MARÍA FEODOROVNA AL EMPERADOR ALEJANDRO I, en *Rússkaia stariná*, Edición histórica mensual, SPb., 1899, t. 98, p. 11.

sultado de los asuntos españoles, y este resultado determinará el modo de actuar al que los estados tendrán que atenerse posteriormente”.⁸

El Emperador ruso no daba muestra de preocupación alguna por la sustitución en el trono español de un rey de los Borbones impuesto por el hermano del Emperador de los franceses. En la Instrucción que Alejandro I dio en otoño de 1809 al general-ingeniero P. Sukhtelen,⁹ nombrado representante ruso ante la corte del Rey de Suecia, se indicaba: “En lo que se refiere a España, según Ud. conoce, no persisto, lo mismo que los ingleses, en la convicción de que su rey es Fernando VII. Estando vivo su padre, no tiene derecho a ser rey, y cómo podría serlo estando retenido en Francia”.¹⁰ Más aun, ha formado de manera precisa su relación a la cuestión del gobernante de España: “Deseo (puesto que lo considero un paso importante hacia el establecimiento de la paz general) que el rey Joseph gane al fin el amor y la lealtad de sus nuevos súbditos, y que la subordinación de España devuelva el bienestar a este reino, al que siempre yo he tenido respeto”.¹¹ La Corte imperial mantenía relaciones diplomáticas con José Bonaparte en el transcurso del siguiente año y medio, hasta la invasión de Rusia por el ejército napoleónico.

Pero los patriotas españoles, desde el mismo comienzo de la guerra consideraron, a Rusia como un aliado muy probable. La Junta Suprema de Sevilla, el día 27 de julio de 1808, dirigió un llamamiento a Alejandro I, explicando la situación creada en España como resultado de su invasión por las tropas napoleónicas, y puso en conocimiento sobre sus contactos político-militares con los ingleses.¹² La Junta Central envió el 25 de octubre de 1808 una carta firmada por su presidente Floridablanca, en la que le hacía partícipe de las consecuencias de la capitulación de tropas napoleónicas en Bailén y prescribía entrar en negociaciones secretas con representantes de la Corte imperial, con el fin de crear una “estrecha alianza” entre Rusia y España. El cónsul de España en San Petersburgo Antonio Colombi le puso al corriente de esta carta a Rodión Kóshelev, en diciembre de 1808.¹³

Gracias a los contactos de Alejandro I éste recibía de R. Kóshelev la información sobre los acontecimientos en España entre 1809 – 1810, incluso sobre la convocatoria de las Cortes y la intención de adoptar la Constitución. R. Kóshelev, el diplomático retirado, miembro del Consejo del Estado y persona de confianza de Alejandro I, matuvo de hecho en otoño

⁸ Carta autógrafa del EMPERADOR ALEJANDRO I a LA EMPERATRIZ MARÍA FEODOROVNA, *ibid.*, p. 21.

⁹ En 1812 P. Sukhtelen junto con el barón Nikolai encabezó la delegación rusa en las negociaciones con Suecia y en las negociaciones de paz con Inglaterra. Las negociaciones terminaron con la conclusión en la ciudad sueca de Örebro el día 6 (18) de julio de 1812 de dos tratados de paz con el texto igual entre Gran Bretaña y Rusia y entre Gran Bretaña y Suecia, que pusieron fin a las guerras inglesa-rusa e inglesa-sueca respectivamente (ver: www.оответственно.ворах.со.Швецией.кинул.Мадридной.Центральной.хунтой,.писал.в.Петербург.о.ее.лидерах.е.лях.тво.испанского.правитеццес.wikipedia.org/wiki/Tratados_de_Örebro).

¹⁰ EMPERADOR ALEJANDRO I a P. SUKHTELLEN (en frances y en ruso), en *La política exterior de Rusia del siglo XIX y de principios del siglo XX: Documentos del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia*, red. resp. A.L.Narochitskiy, Edición “Gospolitsdat”, Moscú, 1967, serie 1, t. 5, p. 280.

¹¹ EMPERADOR ALEJANDRO I a P. SUKHTELLEN (en frances y en ruso), *ibid.*, p. 281.

¹² Carta de la JUNTA SUPREMA DE SEVILLA al EMPERADOR ALEJANDRO I (el 27 de julio 1808 el asesor colegiado Mikháilov la tradujo en ruso del francés), en “*Rusia y España. Documentos y materiales. 1667-1917*” (trad. en ruso), comp. y coment. de S.Pozhárskaja, A. Saplin, Edición “Nauka”, Moscú, t. 2 (1800-1917), pp. 32-36.

¹³ Carta de A.COLOMBI a R. KÓSHELEV (en frances) *La política exterior de Rusia del siglo XIX y de principios del siglo XX: Documentos del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia*, red. resp. A.L.Narochitskiy, Edición “Gospolitsdat”, Moscú, 1965, serie 1, t. 4, p. 699; M. DODOLEV, *Rusia y España. 1808-1823*, p. 31.

de 1810 las relaciones secretas con los representantes del poder nacional español situado en Cádiz. El 6 de octubre (el 24 de septiembre según el calendario usado en Rusia) de 1810 R. Kóshelev mandó al Emperador las cartas recibidas por A. Colombi de Cádiz, y explicó que “las propuestas del Consejo de Regencia de entablar negociaciones con Rusia son dignas de atención”.¹⁴ Más tarde en su memoria a Alejandro I, de fecha 24 de octubre, (el 6 de octubre según el calendario usado en Rusia) de 1810 él expresó su pesar por no haber aceptado dicha propuesta.¹⁵

Sin embargo, el diálogo continuaba. El historiador soviético I.Zvávich subrayó: “Las negociaciones eran secretas tanto por su tema (se trataba de los esfuerzos comunes en la lucha contra Napoleón) como por su celebración. Los participantes intentaban de todos modos ocultar estas negociaciones de las miradas ajenas. Hasta el mismo Canciller N.P. Rumiántsev, dirigente oficial de la política exterior de Rusia, no ha sido informado sobre estas negociaciones”.¹⁶

Es destacable que a finales de 1810 la parte española iniciara la deliberación, no solamente de la cuestión de alianza ruso-española, sino también del matrimonio del rey Fernando VII con la Gran Princesa Anna Pávlovna, la hermana del Emperador; cuestión que fue propuesta a discutir aun en 1808. Pero esta iniciativa no encontró su desarrollo en el proceso de negociaciones.

Inicialmente fue el cónsul Antonio Colombi, muerto en marzo de 1811, quien actuaba como representante de España, nombrado por las Cortes Generales y Extraordinarias y el Consejo de Regencia, y luego Francisco Cea Bermúdez, quien llegó por primera vez a San Petersburgo como representante de una empresa comercial en diciembre de 1810. En febrero de 1811 él dejó la capital de Rusia. Dentro de algunos meses en el mismo 1811, después de visitar a Londres y Cádiz, F. Cea Bermúdez regresó a San Petersburgo. De conformidad con la Instrucción que el Consejo de Regencia le otorgó el 29 de julio de 1811, fue apoderado para concluir el tratado de alianza.¹⁷ Además, él entregó a R. Kóshelev la carta para el Emperador del príncipe-regente George y el oficio del Canciller Sir Richard Wellesley del 16 de agosto de 1811, que expresaban la intención de restablecer las relaciones de paz entre Gran Bretaña y Rusia. El 24 de noviembre de 1811 F. Cea Bermúdez le informó a R. Kóshelev sobre el objeto de su encomienda: hacer todo lo posible para concertar el tratado de paz y amistad deseado por los gobiernos español e inglés. También aclaró que le han sido otorgadas las facultades “a concluir semejante tratado con participación de Inglaterra o sin ella, en el supuesto de que Rusia lo considere más conveniente”.¹⁸ Durante varios meses la propuesta de F. Cea Bermúdez a concluir tratado de aliado fue objeto de constante deliberación en su comunicación con R. Kóshelev, quien escribía reiteradamente al respecto a Alejandro I.

¹⁴ Carta de R. KÓSHELEV al EMPERADOR ALEJANDRO I (en frances), en EL GRAN PRÍNCIPE NIKOLAY MIKHÁILOVICH (ROMÁNOV), *Emperador Alejandro I: Ensayo de investigación histórica*, t.2 (Anexos). SPb.: Expedición de preparación de papeles estatales. 1912. Pág. 15.

¹⁵ Carta de R. KÓSHELEV al EMPERADOR ALEJANDRO I (en frances), *ibid.*, pp. 16 – 17.

¹⁶ I. ZVÁVICH, “España en las relaciones diplomáticas de Rusia en 1812” (en ruso), *Istoricheskiy zhurnal*, num. 3-4, 1943, p. 45.

¹⁷ Instrucción del Gobierno español al Embajador en Rusia Francisco de Cea Bermúdez (trad. al ruso), en “*Rusia y España. Documentos y materiales. 1667-1917*”, t. 1, pp. 51 a 61.

¹⁸ Carta de F. CEA BERMÚDEZ A R. KÓSHELEV, en “La política exterior de Rusia del siglo XIX y de principios del siglo XX: Documentos del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia”, red. resp. A.L.Narochitskiy, Edición “Gospolitdat”, Moscú, 1962, serie 1, t. 6, p. 241.

En la noche del día 24 de junio de 1812, el ejército de Napoleón cruzó la frontera de Rusia. Al comenzar la guerra las relaciones diplomáticas con los representantes del poder francés en España se rompieron; el embajador de José Bonaparte abandonó San Petersburgo.

El Emperador ruso modificó su política exterior y tomó parte en la consolidación de las fuerzas contrarias a Napoleón. El día 18 de julio de 1812 en Örebro celebró el tratado de alianza entre Rusia y Gran Bretaña (de la misma manera y el mismo día fue firmado el tratado entre Gran Bretaña y Suecia).

El tratado ruso-español fue firmado el 20 de julio (el 8 según el calendario vigente en este tiempo en Rusia) de julio en Velíkie Luki. Hablando con más precisión, el tratado fue firmado en la estación postal de Senkovo cerca de Velíkie Luki (posteriormente las negociaciones ya tenían lugar en la misma ciudad). Es justamente allí donde se apresuraron a poner sus firmas bajo el documento F. Cea Bermúdez, llegado de San Petersburgo, y N. Rumiántsev, llegado del ejército en retroceso bajo, el mando de M.B. Barclay de Tolly. Es remarcable, que en su Memoria del 16 de julio de 1812 N. Rumiántsev, quien había preparado el borrador del tratado, le aseguraba a Alejandro I que su texto “no obligará a nada” al Emperador.¹⁹

El tratado era compuesto de un preámbulo, cinco artículos y las frases conclusivas. En el preámbulo se enunciaban ante todo las partes del tratado –los jefes de los estados: el Emperador de todas las Rusias Alejandro I y el Rey de España Fernando VII. También se indicaban los nombres de los representantes de los estados que firmaron el acto, y justificadas sus facultades. N.P. Rumiántsev actuaba en virtud del nombramiento imperial, y F. Cea Bermúdez en virtud de las facultades otorgadas por “el Consejo Supremo del Gobierno con residencia en Cádiz”, actuando “en nombre y poder” del Rey. La base de los acuerdos consistía en el deseo de “restablecer de manera más rigurosa y reafirmar las anteriores relaciones amistosas que existían entre Sus Monarquías”.

Los acuerdos alcanzados fueron afirmados en cinco artículos. Ante todo fueron declaradas “no solamente la amistad, sino también el franco consenso y la unión” entre los monarcas y sus estados (art.1). Las partes manifestaban su intención de hacer “la guerra valiente” contra “su enemigo común” (art.2); anunciaban el restablecimiento de relaciones comerciales y la intención de fomentarlas (art.4). Como tesis fundamental del tratado sirvió la que “el Emperador de todas las Rusias reconoce por legítimas las Cortes generales y extraordinarias reunidas actualmente en Cádiz, como también la Constitución que han decretado y sancionado” (art.3). De tal manera, Alejandro I vino a ser el primer monarca europeo quien reconoció la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812. En el artículo final las partes declararon la obligación de ratificar el tratado en el plazo máximo de tres meses desde el día de su firma (art.5). Por el Decreto del 2 de septiembre de 1812 las Cortes generales y extraordinarias anunciaban la ratificación del tratado ruso-español.²⁰ Alejandro I ratificó el tratado el 17 de octubre de 1812. Más tarde el texto del Tratado “Sobre la concertación de la alianza entre Rusia y España” en ruso fue insertado en las Leyes completas del Imperio Ruso y publicado en su tomo 32 junto con la nota sobre su ratificación por el Emperador.²¹ El 7 de noviembre de 1812 Alejandro I firmó el Manifiesto en que anunció “ante todo el mundo”

¹⁹ Carta de N.RUMIÁNTSEV A ALEJANDRO I, *ibid.*, p. 473.

²⁰ Decreto CLXXXIX de 2 setiembre de 1812, en *Colección de los decretos y órdenes* que han expedido las Cortes generales y extraordinarias, mandada publicar de orden de las mismas, La imprenta nacional, Madrid, 1813, vol. 3, pp. 67 a 69.

²¹ Tratado “Sobre la concertación de la alianza entre Rusia y España”, en *Leyes completas del Imperio Ruso. Colección primera: En 45 tomos* (en ruso), Tipografía del Departamento II de la Cancillería de Su Majestad Imperial, SPb., 1830, t. 32, art. 25.178, pp. 390-391.

la concertación de la alianza entre Rusia y el Reino Español.²² La referencia al “deseo de conservar la paz y el silencio tanto en el Estado Nuestro, como por doquier”, condicionado por las acciones militares, explicaba la demora en efectuar este “acto solemne”.

3. EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN SAN PETERSBURGO, EN 1812

A causa de la concertación en 1812 en la ciudad de Velíkie Luki del tratado de aliado ruso-español, su texto se hizo notorio en San Petersburgo. En el mismo 1812 la Constitución fue traducida para el Emperador ruso Alejandro I, del español al francés, por el Consejero de Comercio G. Rouvier.²³ El ejemplar manuscrito, hecho como obsequio del texto de la Constitución, está guardado actualmente en la Sección de manuscritos de la Biblioteca Rusa Nacional en San Petersburgo.²⁴ El comerciante-traductor compuso también comentarios en francés a los artículos de la Constitución y le presentó el manuscrito al Emperador (este manuscrito también está guardado en dicha Biblioteca).²⁵

En el mismo año la Constitución de 1812 fue publicada en San Petersburgo en francés por el editor Alexander Pluchart.²⁶ El abate Sr. Villar de Albi hizo la traducción del español para esta publicación. El Censor Asesor de la corte Zon el 3 de noviembre de 1812 dispuso: “Cinco ejemplares de esta obra deben ser presentados al Comité de censura de San Petersburgo, uno de los cuales será enviado al dicho Comité, otro – al Departamento del Ministerio de Instrucción popular, dos ejemplares – a la Biblioteca Pública Imperial, y uno – a la Academia de Ciencias”. Dos ejemplares de esta edición en la actualidad están guardados en la Biblioteca Rusa Nacional en San Petersburgo. Gracias a la edición de A. Pluchart las personas interesadas por los acontecimientos acaecidos en España han podido conocer el texto de la Constitución de 1812.

²² Manifiesto “Sobre la concertación de la alianza entre Rusia y el Reino Español, en *Leyes completas del Imperio Ruso. Colección primera: En 45 tomos* (en ruso), t. 33. art. 25.260, pp. 453-454.

²³ El título honorífico del Consejero de Comercio fue constituido en el Imperio Ruso en 1800 para los mercaderes “como un signo de respeto de sus méritos especiales en el fomento del comercio”. Según el “Reglamento de rangos de todos los grados militares, civiles y cortesanos” (la Ley de 1722 sobre el régimen del servicio público en el Imperio Ruso que estableció la correlación de rangos por primacía y la sucesión de las promociones de grados). Este título fue igualado al 8º grado del servicio civil de los 14 existentes. Es sabido que G. Rouvier recibió terrenos para la cría de ovejas y viticultura en la comarca Dneprovsky de la provincia de Tavria, donde fundó 12 granjas y las explotaba con éxito.

²⁴ Constitution politique de la monarchie espagnole, promulguée à Cadix le 12 Mars de l'année 1812; traduite de l'espagnol par G^{me} Rouvier, conseiller de commerce de Sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies au service actif de la Commission des loix Dedie a Alexandre 1er. Reliure du XIXe s. En carton recouvert de papier rouge estampe d'or. Tranches dorées. Dertrand, p.67. Fr. F. II. N^o 37. N^o de inventario 68. Este texto fue publicado por primera vez en 2013: *La Constitución de Cádiz de 1812: De la historia de las relaciones ruso-españolas*. En 2 t., autora de la idea y recopiladora T.Alexeeva, Instituto Cervantes, Centro de Libro RUDOMINO, Moscú, 2013, t. 1.

²⁵ ROUVIER G^{ME}. Analyse de la nouvelle Constitution politique de la monarchie espagnole, publiée à Cadix dans la presente année 1812 per Gme Rouvier. Reliure du XIXe s. (identique a celle du ms. precedent). Tranches dorées. F. II N 38. N^o de inventario 69.

²⁶ Constitution politique de la Monarchie Espagnole, publiée à Cadix le 19 Mars 1812, traduite de l'espagnol par Mr. l'Abbé Villar. St.-Petersbourg: de l'Imprimerie de Pluchart et comp. 127 p. A. Pluchart (1777-1827), natural de Braunschweig, fue invitado a San Petersburgo para editar una revista política ideada por el Ministerio de asuntos exteriores y dirigida contra la propaganda napoleónica. En 1806 A. Pluchart abrió su propia tipografía y una librería situada en la Avda. Nevsky, 15.

Además, en noviembre de 1812 Piotr Kaisárov tradujo la Constitución de 1812 al idioma ruso. La copia manuscrita fue el obsequio para el Emperador bajo el título “La Constitución Civil de la Monarquía Española”, también se encuentra en la Sección de manuscritos de la Biblioteca Rusa Nacional en San Petersburgo.²⁷

Es notable que el noble “súbdito fiel” y traductor P. Kaisárov, presentando su texto al Emperador, subrayó: la Constitución “ha sido inspirada por los valores heroicos de Su Majestad, y promete bajo los auspicios de la alianza generosa concertada por Vuestra Merced, Señor Benevolente, llevar a efecto las esperanzas de la humanidad que ya empezaban a borrarse de su memoria”.²⁸

En 1813 algunos términos de la Constitución fueron presentados en las revistas rusas. Por ejemplo, en la revista “Véstnik Evropy” fueron publicados “varios artículos” de los “Estatutos Públicos de la Monarquía Española”, traducidos del idioma francés, “reconocidos suficientemente para sacar la idea sobre el contenido de todo el libro”.²⁹

Ambas traducciones en ruso, tanto el texto completo manuscrito como el texto parcial publicado, reflejaban un nivel determinado de la cultura jurídico-política y fueron ejecutadas empleando la terminología jurídica que fue característica para la Rusia de aquel entonces. Al mismo tiempo, estos textos representan indiscutiblemente un gran interés histórico-cognoscitivo también para la actualidad.

4. REGIMIENTO ESPAÑOL

En primavera y en verano de 1813 en San Petersburgo tuvieron lugar los acontecimientos muy significativos en la historia de la Constitución de 1812 que encontraron su descripción detallada en la revista “Syn Otéchestva”. En la primera publicación (20 de abril a 2 de mayo de 1813)³⁰ se decía que durante 7 meses, en los cuarteles del poblado de Tsárskoe Seló, estaban los soldados españoles, cautivos y desertores de las subdivisiones españolas del ejército napoleónico que combatía contra Rusia. Por la disposición de Alejandro I, quien concedió “su amparo generoso a los súbditos de una potencia aliada, distinguida por la lealtad a su legítimo Rey y la firme defensa de su fe, sus leyes, costumbres e independencia”, de su número se crearon dos ediciones. El 2 de mayo de 1813, el día del 5º aniversario de la rebelión de los “españoles valientes en 1808”, fue celebrada la ceremonia de prestación de juramento a la Constitución de 1812 y al Rey Fernando VII. La ceremonia fue encabezada por el enviado Eusebio Bardají Azara, nombrado por la Regencia del reino. Dirigiéndose a sus compatriotas, con un discurso que fue publicado por completo traducido al ruso en el artículo de la revista, el enviado anunció que el regimiento creado llevara el nombre de

²⁷ Constitución Civil de la Monarquía Española, trad. en ruso por P.Kaisárov. 1812. 100 p. F II-3. N° 3377. Esta obra fue publicada por primera vez en 2013: *La Constitución de Cádiz de 1812: De la historia de las relaciones ruso-españolas*. En 2 t., autora de la idea y recopiladora T.Alexeeva, Instituto Cervantes, Centro de Libro RUDOMINO, Moscú, 2013, t. 1.

²⁸ Kaisárov Piotr (1777-1854) –hombre militar, funcionario, poeta y traductor. Cumplía encomiendas importantes de Alejandro I y ocupaba altos cargos, del 1811 al 1828 ha sido presidente de una comisión senatorial. Era miembro de varias logias masónicas. Las causas de la preparación por P. Kaisárov de la traducción al ruso para el Emperador del texto de la Constitución de 1812, la reacción de Alejandro I a esta traducción y el destino del documento presentado son todavía desconocidos.

²⁹ Estatuto Público de la Monarquía Española (en ruso), en *Véstnik Evropy*, num. 13, parte 70, 1813, pp. 48 a 67, num. 14, parte 70, 1813, pp. 130-132.

³⁰ “Juramento de los españoles en Rusia” (en Ruso), en *Syn Otéchestva*, num. XIX, 1813, pp. 301 a 315.

Alejandro en honor del Emperador ruso. Durante la ceremonia F. Cea Bermúdez leyó en voz alta algunos artículos de la Constitución de 1812; y todo su texto fue leído completamente en voz alta antes de la celebración de la ceremonia. El juramento se prestaba de conformidad con los decretos las cortes generales y extraordinarias, incluyendo el canto de Te Deum, y al final los batallones desfilaron delante del retrato de Fernando VII.

Dos meses más tarde, el día 7 (19) de julio de 1813, en el poblado de Tsárskoe Seló tuvo lugar la ceremonia de consagración de las banderas del regimiento de Alejandro que ya contaba entonces con tres batallones, reuniendo a 1800 hombres.³¹ La ceremonia fue celebrada en homenaje al quinto aniversario de la victoria de los españoles sobre las tropas napoleónicas en Bailén. En la presencia del Emperador Alejandro I, con oraciones, fue efectuada la consagración de las banderas que luego fueron entregadas al comandante del regimiento, el coronel O'Donnell y sus dos oficiales". La unidad partió a Cádiz para tomar parte en las acciones militares contra los franceses.

Según opina el académico M. Alekséev, investigador de las relaciones culturales ruso-españolas, dichos actos dieron un "nuevo impulso" a las "pasiones españolas de la sociedad rusa": estos actos "despertaron la atención general", "las revistas rusas exultaban, los poetas componían odas solemnes en honor del acontecimiento".³² El poema del conde D. Jvostov "Del juramento de los españoles en Tsárskoe Seló", pronunciado por el autor durante el desayuno en el Palacio imperial, después del juramento de los batallones españoles, también fue publicado en la revista "Syn Otéchestva".³³

5. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y LOS DECEMBRISTAS³⁴

La Constitución de 1812 jugó en Rusia un papel singular después de su segunda proclamación y su reconocimiento por Fernando VII en 1820. Las noticias de que el Rey ha firmado el decreto de convocatoria de las Cortes y del restablecimiento de la Constitución de 1812 encontraron en Rusia una reacción ambigua. Respondiendo a la nota sobre los eventos en España, entregada el 19 de abril de 1820 por el enviado F. Cea Bermúdez al Canciller de Rusia, éste último expresó en una nota de respuesta la posición negativa de Alejandro I al respecto. El historiador e investigador M. Dodolev notó de otro lado "la alegría de la parte avanzada de la sociedad rusa, la irritación y el temor de la parte reaccionaria".³⁵

Por ejemplo, el filósofo, periodista, miembro de la sociedad secreta P. Chaadáev en la carta al hermano del 25 de marzo de 1820, manifestó su alegría: "Otra grande noticia –y esta última resuena por todo el mundo: la revolución en España ha terminado, el rey se vio obligado a firmar el acta constitucional de 1812. El pueblo entero sublevado, la revolución acabada en 8 meses, y sin ninguna gota de sangre derramada, ninguna matanza, ninguna destrucción. La ausencia completa de violencia, en una palabra – nada que podría manchar un asunto tan excelente, ¿qué dirá Ud. al respecto? Lo sucedido servirá como un argumento

³¹ "Desde Tsárskoe Seló (en ruso), en *Syn Otéchestva*", num. 27, 1813, pp. 120 a 123.

³² M. ALEKSÉEV, "Ensayos de la historia de las relaciones literarias ruso-españolas" (en ruso), en *Kultura Ispanii*, red. resp. A.M. Deborin, Moscú, 1940, pp. 393 a 397.

³³ D. JVOSTOV, "Del juramento de los españoles en Tsárskoe Seló" (en ruso), en *Syn Otéchestva*, num. XIX, 1813, p. 343.

³⁴ Información general sobre decembristas: www.es.m.wikipedia.org/wiki/Revuelta_Decembrista

³⁵ M. DODOLEV, *Rusia y España. 1808-1823* (en ruso), p. 194.

perfecto en pro de las revoluciones”.³⁶ El historiador N. Karamzín en la carta a un amigo de 12 de abril de 1820 (Peterburgo) se extasiaba: “La Constitución de las Cortes es pura democracia à *quelque chose près*. Si ellos logran ordenar el Estado, me comprometo a ir andando a Madrid y llevaré conmigo a “Don Quijote” para caminar...”.³⁷

El famoso historiador soviético E. Tarlé mencionó “un efecto potente” del “trienio” español revolucionario en Rusia y otros países; precisamente después de este trienio “se ha revelado por primera vez con indiscutible claridad... cómo inestables son, en realidad, los tronos y altares, qué poco seguros de si mismos son sus defensores, cómo inestable es el orden de las cosas creado por la Santa Alianza”. Por eso, según opina E. Tarlé, los eventos en España impresionaron sobre todo a “los elementos con pensamiento revolucionario o los que solamente estaban en oposición” en los estados europeos considerados “atrasados desde el punto de vista económico, cultural, político”. Las causas de este gran interés han sido: “la duración relativa” de la revolución (desde enero de 1820 hasta mediados de 1823), su éxito (“los revolucionarios lograron casi todo este tiempo mantener de una u otra manera el poder gubernamental y todo el mecanismo de Estado”), “al fin, el hecho que el poder de los revolucionarios fue derribado *exclusivamente* con la intervención militar extranjera (francesa).³⁸

Con los decembristas está relacionado el significado práctico que tenía la Constitución de 1812 en Rusia. Nikita Muraviev la utilizó durante la elaboración de los proyectos constitucionales de la Sociedad secreta septentrional. Esta adopción fue descubierta por el académico N. Druzhinin³⁹ durante el estudio del texto encontrado en los papeles del decembrista S. Trubetskoy (la llamada “primera variante” de la Constitución de N. Muraviev).⁴⁰

La adopción del texto del artículo 2 de la Constitución de 1812 en la composición del artículo 1 del proyecto fue confirmada con la referencia respectiva en las márgenes, siendo sustituido el término español “nación” por uno más usado en Rusia “pueblo”. El artículo 2 del proyecto, aunque no contenía referencia a la fuente española, reproducía el texto de su artículo 3. El decembrista admitió solamente una pequeña corrección terminológica, sustituyendo la palabra “soberanía” por “poder supremo”, y “leyes” por “disposiciones”.

Los términos de los primeros dos artículos de la “primera variante” se han conservado también en la llamada “segunda variante”⁴¹— “el texto, conservado en la cartera del decembrista I. Pushchin, probablemente copiado con la mano de K. Rylév”.⁴² Pero dichos términos no fueron reproducidos en la “tercera variante”, que nos llegó en forma de un documento

³⁶ P. CHAADÁEV, Carta del 25.03.1820 al hermano M.Ya. (en ruso), en P. CHAADÁEV, *Obras y cartas*, red. M.Gershenzon, Sociedad de tipografías de A. Mámontov, Moscú, 1914, t.2, p. 53.

³⁷ N. KARAMZÍN, “Del Archivo Ostáfiévsky”(en ruso), en *Stariná y novizná*, Tipografía de M. Stasiulévich, SPb.,1897, lib.1. p., 99.

³⁸ E. TARLÉ, “Revolución militar en el Oeste de Europa y los decembristas” (en ruso), en E. TARLÉ, *Obras en 12 tomos*, Edición “Izdatelstvo AN URSS”, Moscú, 1958, t. 5, p. 10.

³⁹ N. DRUZHININ, *Decembrista Nikita Muraviev* (en ruso), Izdatelstvo politkatorzhan, Moscú, 1933, pp. 177, 181, 183, 298 y otras; N. DRUZHININ, “Decembrista Nikita Muraviev”(en ruso), en N. DRUZHININ, *Obras escogidas. Movimiento revolucionario en Rusia del siglo XIX*, Edición “Nauka”, Moscú, 1985, pp. 141, 144, 146, 249 y otras.

⁴⁰ La Constitución de N. Muraviev (Texto encontrado en los papeles del príncipe S.P. Trubetskoy) (en ruso), en N.DRUZHININ, *Decembrista Nikita Muraviev*, pp. 303 a 320; N. Druzhinin, *Obras escogidas. Movimiento revolucionario en Rusia del siglo XIX*, pp. 253 a 267.

⁴¹ La Constitución de Nikita Muraviev (de los papeles de I.I. Pushchin) (en ruso), en N.DRUZHININ, *Decembrista Nikita Muraviev*, pp. 321 a 346; N. Druzhinin, *Obras escogidas. Movimiento revolucionario en Rusia del siglo XIX*, pp. 268 a 288.

⁴² M.NÉCHKINA, *Movimiento de decembristas*, en 2 t. (en ruso), Moscú, 1955, t.1, p. 376.

escrito con la propia mano de N. Muraviev durante su estancia en la Fortaleza de Pedro y Pablo en el proceso del sumario.⁴³

En las tres “variantes” se nota que N. Muraviev conocía muchos términos de la Constitución de 1812 y adoptó algunos de estos, lo que había sido analizado en el curso de las investigaciones jurídico-históricas de la autora de este artículo.⁴⁴

La parte de la sociedad rusa con ideas progresistas resultó muy impresionada por los eventos en España de los años 20. “Los decembristas y las personas que compartían sus convicciones y que eran del mismo círculo social, resultaron verdaderamente conmovidos por los acontecimientos españoles, –las exaltaciones no cesaban. La similitud entre España y Rusia en ciertos sentidos, el papel decisivo del alzamiento de tropas –odo esto dejaba particularmente asombrados”, – notaba E. Tarlé.⁴⁵

Decembrista A. Beliáev escribía: “...La revolución en España con Riego a la cabeza, logrando obtener de Fernando la Constitución anterior, fascinaba a los entusiastas tan ardientes como lo fuimos nosotros...”⁴⁶

Durante la instrucción de sumario muchos decembristas han confesado que los miembros de las sociedades secretas mostraban un gran interés a los eventos de 1820-1823 en España y a la Constitución de 1812, para la cual P. Pestel tenía “frases de elogio” en una de las reuniones de la sociedad secreta.⁴⁷

La deliberación de los planes de transformaciones, que eran necesarias para Rusia, según su opinión, llevaba inevitablemente a la discusión sobre la creación de su fundamento jurídico-político. Las confesiones de los decembristas comprueban que los miembros de las sociedades secretas durante las discusiones se dirigían a la experiencia constitucional de diferentes Estados, entre ellos España. Pero la Constitución de 1812 llamaba la atención de los futuros decembristas, solamente en el contexto político-histórico de los años 20 del siglo XIX, y no de la época de su creación y primera promulgación. Para ellos fue sobre todo un símbolo y bandera de los eventos revolucionarios y no era sometida al estudio y análisis como la ley fundamental del país. Por eso el interés más grande de la mayoría no se hallaba su texto y sus singularidades jurídicas, sino en las circunstancias de su proclamación y derogación. A sola excepción, evidentemente, de N. Muraviev, quien tomó conocimiento de la Constitución de 1812 como la ley fundamental decretada por las Cortes generales y extraordinarias.

Deliberando la estrategia y táctica de la actividad de sociedades secretas y el plan de la futura insurrección, los principios de organización del poder, los decembristas parían de la necesidad de evitar el ejemplo “malo” de España. P. Péstel escribía: “Yo esta-

⁴³ La Constitución de Nikita Muraviev, escrita con su propia mano en el calabozo de la Fortaleza y presentada en el proceso de respuestas (en ruso), en N.DRUZHININ, *Decembrista Nikita Muraviev*, pp. 356 a 366; N. Druzhinin, *Obras escogidas. Movimiento revolucionario en Rusia del siglo XIX*, pp. 295 a 304.

⁴⁴ Ver: T.ALEXEEVA, “La Constitución española de 1812 y los decembristas rusos”, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, J.A. ESCUDERO (dir.), Espasa, Madrid, 2011, t. 3, pp. 524 a 542; T.ALEXEEVA, “Influenze della Costituzione di Cadice sui primi progetti costituzionali in Russia” (en italiano), en *1812: tra Cadice e Palermo - entre Cádiz y Palermo: Nazione, rivoluzione e costituzione. Rappresentanza politica, liberta garantite, autonomie*, Biblioteca centrale della Regione siciliana, A. ROMANO e F. VERGARA CAFFARELLI (a cura de) “Alberto Bombace”, Messina, 2012, pp. 37 a 54.

⁴⁵ E.TARLÉ, *Revolución militar...* p. 18.

⁴⁶ A. BELIÁEV, “Recuerdos de sobrevivido y repensado” (en ruso), en *Russkaya starina*, SPb., marzo, 1881, p. 488.

⁴⁷ K. RILEIEV, “Confesiones de K. Rileiev” (Documentos de la instrucción de K. Rileiev) (en ruso), en *Insurrección de los decembristas*, Edición “Gospolitsdat”, Moscú, 1925, t. 1, p. 178.

ba muy influenciado en aquel entonces por los sucesos en Nápoles, España y Portugal. En estos yo encontraba, según mis entendimientos, las pruebas indiscutibles de inestabilidad de las construcciones monárquicas y las causas completas y suficientes para desconfiar el verdadero consentimiento de los monarcas con las constituciones aceptadas por ellos”.⁴⁸

Los decembristas reprobaban la política de Alejandro I en los años 20 con respecto a España. Por ejemplo, A. Podzhio notaba con amargura: “... la política del nuestro Soberano, anteriormente movida por la liberación de los pueblos, ahora se ha vuelto para su supresión”.⁴⁹ La negación de Fernando VII, quien ha olvidado los “favores del pueblo”, de la gobernación constitucional fue usada por los decembristas como un argumento en pro del regicidio después de vencer la insurrección militar en Rusia.

6. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 EN LAS OBRAS DE LOS HISTORIADORES Y JURISTAS RUSOS Y SOVIÉTICOS

A partir de la II mitad del siglo XIX y hasta los años 30 del siglo XX, la Constitución de 1812 ha sido en Rusia un objeto de interés, principalmente para los historiadores que de una u otra manera tocaban en sus investigaciones la historia de España.

Hasta el día de hoy, para los interesados en España, conserva su actualidad el libro de A. Trachevsky “España del siglo XIX” publicado en 1872.⁵⁰ El autor del libro es un historiador con opiniones liberales que ha iniciado a la tradición de describir de una forma bastante breve la “ley fundamental estatal” española en el contexto de una narración general sobre el desarrollo del país. Según el parecer de A. Trachevsky, precisamente en el “espíritu europeo” de la Constitución de 1812 “se encuentra su fuerza atractiva para las futuras generaciones”. Al mismo tiempo, junto con los términos “acertados” del acta el científico rechazó los artículos que ha valorado como “no prácticos” y “contradictorios”.

La obra del conocido jurista y profesor Catedrático de Derecho de la Universidad Imperial de San Petersburgo A. Gradovsky “Derecho estatal de las potencias europeas más importantes”, editada en 1886, presentaba la evolución del Derecho de Estado de los países europeos, resumida en un aspecto comparativo, en todas las etapas del desarrollo constitucional. La obra contiene el primer estudio jurídico-histórico de la Constitución de 1812 en Rusia.⁵¹ A. Gradovsky ha analizado sus términos principales, muchos de los cuales “no podían ser reconocidos por el rey regresado del cautiverio”, puesto que la Constitución era “la causa de aquella parte de la sociedad española, en la cual el patriotismo, excitado por la lucha contra el enemigo, se unía con las ideas libertadoras del siglo”. Habiendo prestado especial atención al papel del pueblo en la historia de creación de la Constitución, A. Gradovsky escribía: “Creada en el momento de una mayor agitación popular, la Constitución de 1812 pereció en el período de la reacción de 1814; suprimida de manera forzada, se quedó como

⁴⁸ P. PESTEL, “Confesiones de P. Pestel” (Documentos de la instrucción de P. Pestel) (en ruso), en *Insurrección de los decembristas*, Edición “Gospolitisdat”, Moscú - Leningrad, 1927, t. 4, p. 91.

⁴⁹ Carta de A. PODGIO, Documentos de la instrucción de A. Podgio (en ruso), en *Insurrección de los decembristas*, Moscú, 1954, t. 11, p. 73.

⁵⁰ A. TRACHEVSKY, *España del siglo XIX, parte 1* (en ruso), Edición de K. Solaténkov, Moscú, 1872, pp. 195 a 211.

⁵¹ A. GRADOVSKY, *Derecho estatal de las potencias europeas más importantes* (en ruso), Tipografía de M. Stasiulévich, SPb., 1866, t. 1 (parte histórica), pp. 503 a 535.

una bandera para los pueblos de Europa del Sur, y jugaba, como lo veremos en adelante, un gran papel en las revoluciones del año 1820”. El profesor de Derecho apreció altamente el papel de la Constitución de Cádiz en el fomento del constitucionalismo europeo. De acuerdo a la opinión de A. Gradovsky, la Constitución española de 1812 es el acta adoptada en la primera etapa del desarrollo constitucional de los países de Europa continental (1789-1814), cuyo comienzo fue dado por la Gran revolución francesa, y su fin estuvo relacionado con la terminación de las guerras napoleónicas. En este período fueron promulgadas las primeras leyes fundamentales revolucionarias y pos revolucionarias en Francia, así como recibió su “divulgación” el proceso de “donar”, con las constituciones a los estados vencidos y los que fueron creados durante las campañas del ejército francés. Entre los primeros, según la opinión del Emperador de los franceses, se encontraba España, para la cual fue preparado el texto anunciado en Bayona en 1808. Pero del proceso de “divulgación” de las constituciones fuera de Francia, muy característico para aquel entonces, había cuatro excepciones: dos en el norte y dos en el sur de Europa. El comienzo del proceso constitucional en los estados de Europa del Norte fue dado por la aparición de las constituciones de Suecia en 1809 y de Noruega en 1814. En el sur de Europa el comienzo del proceso constitucional fue manifestado con la promulgación en 1812 de la Constitución Política de la Monarquía Española y la Constitución del Reino de Sicilia.

El profesor Catedrático de Historia Universal del Instituto histórico-filológico de Nézhinsk (más tarde de la Universidad de Kazán) V. Piskorsky en su “Esbozo de la evolución sociopolítica de España en el siglo XIX”, publicado por primera vez en 1901, los artículos más importantes de la Constitución de 1812, su significado para “la evolución general del sistema parlamentario de Europa del siglo XIX”.⁵² Según el profesor, “el reconocimiento del principio de soberanía del pueblo y la implantación del sistema representativo de una cámara – tales son los rasgos principales de la Constitución española de 1812 que la difieren, por ejemplo, de la Carta constitucional francesa de Luís XVIII, editada dos años más tarde”.

El profesor Catedrático de la Universidad Imperial de San Petersburgo, diputado de la Primera Duma del Estado, académico de la Academia de Ciencias de Rusia, y luego el Académico Honorario de la Academia de Ciencias de la URSS N. Karéev en su ensayo “Origen del estado popular de derecho moderno: estudio histórico de instituciones y pensamientos constitucionales hasta los mediados del siglo XIX”, publicado en 1908, dedicó varias páginas a la Constitución de 1812.⁵³ Prestó atención a su significado en la historia de instituciones y pensamientos constitucionales, determinado por la historia de su elaboración y promulgación, por su contenido que sufrió la influencia de la “constitución medieval aragonesa” y de la Constitución francesa de 1791, así como por la “popularidad que adquirió también fuera de España entre los liberales cerca de 1820”.

El historiador I. Luchitsky, profesor Catedrático de la Universidad de Kíev, diputado de la Tercera Duma del Estado, quien daba clases en los Cursos Superiores femeninos de San Petersburgo, en su artículo dedicado a las relaciones entre Napoleón y España, publicado

⁵² V. PISKORSKY, “Esbozo de la evolución sociopolítica de España en el siglo XIX” (en ruso), en *Historia de España y Portugal*, “Brokgaus-Efron S.A.”, SPb., 1901 (1909), pp. 215 a 218; Edición actual: V. PISKORSKY, “Historia de España y Portugal” (en ruso), *Historia de España y Portugal*, comp. por S. Shúmov y A. Andréev, Moonolit-Evrolinz-Tradíziya, Moscú, 2002, pp. 164-165.

⁵³ N. KARÉEV, *Origen del estado popular de derecho moderno: estudio histórico de instituciones y pensamientos constitucionales hasta los mediados del siglo XIX* (en ruso), Tipografía de M. Stasiulévich, SPb., 1908, pp. 228-229.

en 1911, presentó la Constitución de 1812 con una característica pequeña y expresiva que permitía valorarla como un acta de potente protesta contra el conquistador.⁵⁴

En los años 30 del siglo XX, debido a la proclamación en España de la II República, y con la Guerra Civil comenzada (1936-1939), en la URSS surgió un interés especial a la historia española en general y las páginas de la lucha del pueblo, por el derecho a decidir su propio destino en particular. En las ediciones de ciencias y de divulgación científica, aparecieron los artículos dedicados a las páginas brillantes de la historia del país, entre ellas, a la guerra del pueblo español contra Francia napoleónica.⁵⁵ En estos trabajos los autores prestaban atención también a la Constitución de 1812. El fundamento de este interés lo constituía, como antes, la idea de la Constitución como un acta de resistencia popular, como una ley fundamental legendaria, que demostraba la fuerza y la importancia del pueblo – de la nación. Entre estos trabajos había artículos preparados por el profesor Catedrático de Derecho Estatal I. Trainin.⁵⁶

El rasgo distintivo de todas las obras de los científicos soviéticos consistía en la referencia, obligatoria para aquella época, a la autoridad de C. Marx y al texto de su notable artículo “España revolucionaria”, que ofrecía una breve característica de singularidades históricas más importantes del país, de la marcha de los eventos de 1808-1814, de la actividad de las Cortes generales y extraordinarias, de las peculiaridades de la Constitución de 1812.⁵⁷ La influencia de este trabajo de C. Marx se deja ver en los manuales de la historia universal, en los artículos y libros de los historiadores y críticos literarios, editados en la segunda mitad del siglo XX.⁵⁸ El empleo de la metodología marxista, la concepción de clase en la valoración de la Constitución de 1812, las citas obligatorias eran propias, inclusive, de los artículos dedicados a la misma en todas las ediciones de la Gran Enciclopedia Soviética,⁵⁹ así como de la monografía del diplomático e historiador I. Maisky,⁶⁰ del artículo de B. Merin,⁶¹ dedicado

⁵⁴ I. LUCHITSKY, “Napoleón y España” (en ruso), en *Guerra Patria y la sociedad rusa*, red. A. Dzhivelégov, S. Melgunov, V. Pichet, Edición de I. Sytin, Moscú, 1911, t. 2, pp. 59-60.

⁵⁵ A. KUDRIÁVTSEV, “Revolución española de 1808-1814. Ensayo histórico” (en ruso), *Obras científicas de la cátedra de historia nueva y medieval*, Universidad Estatal de Pedagogía “A. Herzen” de Leningrado, Leningrado, 1939, t. 22, pp. 5 a 44; B. MINLOS (en ruso), 1) “Revolución española burguesa y burguesa-democrática de los siglos XIX-XX”, en *Historiador-marxista*, num. 2, 1937, pp. 98 a 124; 2) “El pasado revolucionario del pueblo español”, en *Bolshevik*, num. 22, 1936, pp. 119 a 124; G. TSVETKOV (en ruso), “Revoluciones españolas en la primera mitad del siglo XIX”, *Istorichesky zhurnal*, num. 7, 1938, pp. 109 a 119.

⁵⁶ I. TRAININ (en ruso), 1) “De la historia de revoluciones españolas (Revolución de 1808-1814)” (en ruso), en *Novy mir*, num. 1, 1937, pp. 207 a 220; 2) “Constitución española”, en *Sovétskoye gosudarstvo*, num. 1, 1936, pp. 57 a 67.

⁵⁷ C. MARX, “España revolucionaria” (trad. en ruso), en C. MARX, F. ENGELS, *Obras*, Ed. 2da, Edición “Politizdat”, Moscú, 1958, t. 10, pp. 423 a 480.

⁵⁸ M. ALEKSÉEV, “Estudios de la historia de relaciones literarias hispano-rusas”, en *Kultura Ispanii*, red. A.M. Deborin, pp. 353 a 425; M. DÓDOLEV: 1) “De la influencia de la revolución española de 1808-1814 sobre la política exterior de los estados europeos”, en *Nóvaya y novéishaya istoriya*, num. 2, 1968, pp. 30 a 40; 2) “Rusia y la guerra del pueblo español por la independencia (1808-1814)”, en *Voprosy istorii*, num. 11, 1972, pp. 33 a 44; I. MAISKY, “De la historia de la guerra de liberación del pueblo español. 1808-1814”, *Novaya y novéishaya istoriya*, num. 5, 1958; Z. PLAVSKIN, *Mariano José de Larra y su tiempo*, Leningrado, 1977, p. 12; los artículos respectivos en la Gran Enciclopedia Soviética de primera, segunda y tercera edición, en la Enciclopedia histórica, así como otras ediciones y publicaciones.

⁵⁹ Por ejemplo: La Gran Enciclopedia Soviética. 2da edición, red. princ. B. Vvedensky, en 52 t. Editora estatal científica “Boilshaya Sovétskaya Enziklopédiya”, 1953, t. 1, p. 289.

⁶⁰ I. MAISKY, *España. 1808-1917*, Edición “Nauka”, Moscú, 1957, p. 79 a 84.

⁶¹ B. MERIN, “La Constitución española de 1812”, en *Obras científicas de la Universidad de Pedagogía “N. K. Krúpskaya” de la región de Moscú. Obras de la cátedra de la historia universal*, ed. 3, Moscú, 1961, t. 101, p. 121 a 140.

especialmente al análisis histórico de la Constitución. Los historiadores rusos en los últimos decenios también siguen prestando atención a la Constitución de 1812, como un acta de determinada importancia histórica.

En 1996 la Constitución de Cádiz fue publicada por completo traducida al ruso por la autora del presente artículo;⁶² en Rusia aparecieron las publicaciones fundadas en el análisis jurídico del texto, donde también se examinaba el papel y el significado del acta en la historia del constitucionalismo, sobre la base de un análisis jurídico-comparativo.⁶³

Conclusión. El estudio de la Constitución de 1812 fuera de España, y particularmente en Rusia, no sólo satisface el interés cognoscitivo de los investigadores, sino también estimula las reflexiones acerca del significado de la Constitución en la vida de la sociedad, acerca de su influencia multifacética sobre la vida del pueblo, sobre la autoridad internacional del Estado, sobre su curso de política exterior. Además, la Constitución de Cádiz testimonia de su aporte en el desarrollo intelectual y jurídico-político de otros estados, en el presente caso de Rusia.

⁶² Constitución política de la Monarquía Española, trad. del castellano en ruso por T.Alexeeva), en T. ALEXEEVA, *Legislación de la revolución española de 1808 – 1814*, Edición de la Universidad Estatal de San Petersburgo, 1996, pp. 116 a 143.

⁶³ T. ALEXEEVA: “Principios de la Constitución de 1812”, en *Pravovedeniie*, SPb, num. 4, 1988, pp. 81 – 85; *Legislación de la revolución española de 1808 – 1814*, Edición de la Universidad Estatal de San Petersburgo, 1996, 144p.; “Constitución política de la Monarquía Española”, en *Pravovedeniie*, SPb, num. 2, 2002, pp. 175 – 186; *Historia de las constituciones españolas*, “Prospect”, Moscú, 2011, 296p. y otros artículos, publicados en ruso, también en inglés: “Russian (before the revolution of 1917) historians about the peculiarities of English Constitutionalism and its influence on the Constitutional Law of the Mediterranean Area States in the 19th century”, en *Il Modello costituzionale inglese e la sua recezione nell’area Mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell’800*, A. ROMANO (a cura di), Dott.A.Giuffrè editore, Milano, 1998, pp. 209 a 215; “The Spanish Constitution of 1812”, en *Geschichte und Perspektiven des Rechts im Ostseeraum. Erster Rechtshistorikertag im Ostseeraum 8 – 12 März 2000*, HRS.G. JORN ECKERT, KJELL A.MODEER (dir.), “Peter Lang”, Frankfurt am Main, 2002, pp. 11 a 22.

LA SOLIDARIDAD FAMILIAR EN TIEMPOS DE CRISIS. HACIA UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

DRA. ANA ISABEL HERRÁN ORTIZ
Prof. Titular de Derecho civil.
Universidad de Deusto. Bilbao

Fecha de recepción: 3 de junio de 2015
Fecha de aceptación: 18 de junio de 2015

RESUMEN: *El progresivo desamparo económico al que se han visto sometidas las familias como consecuencia de la crisis económica que azota a la sociedad española no ha pasado inadvertido para la doctrina jurisprudencial en nuestro país. Tanto es así, que en los últimos tiempos los jueces han incorporado de modo natural y constante en sus resoluciones en materia de Derecho de familia, principios y valores jurídicos que contemplan la situación de empobrecimiento a que se vienen enfrentando las familias españolas desde hace tiempo. Se evidencian con mayor crudeza los devastadores efectos de la crisis económica en los conflictos judiciales por el reconocimiento, modificación y extinción de la prestación de alimentos entre parientes; particularmente, cuando quien se encuentra en un estado de necesidad es un hijo mayor de edad. En este trabajo se pretende ofrecer un análisis de la incidencia de este nuevo contexto económico en la interpretación y aplicación judicial del Derecho de familia, a propósito de la obligación legal de prestación de alimentos a favor de los hijos.*

ABSTRACT: *The progressive economic distress to which families have been subjected as a result of the economic crisis hitting the Spanish society has not gone unnoticed by the jurisprudence in our country. So much so, that in recent times the judges have incorporated natural and constant way in its judgment relating to family law, legal principles and values that concern the situation of impoverishment that are facing Spanish families in a while. They show more harshly the devastating effects of the economic crisis in legal disputes for recognition, modification and termination of the provision of food to relatives; particularly when the person is in a state of need is an adult child. This paper is intended to provide an analysis of the impact of this new economic context in the interpretation and judicial application of family law, regarding the legal obligation to pay maintenance for the children.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de alimentos, parientes, jurisprudencia, crisis económica, hijos mayor de edad.

KEY WORDS: Right to food, relatives, jurisprudence, economic crisis, children adult.

SUMARIO: *I. Consideraciones previas.- II.-La obligación legal de alimentos en favor de los hijos menores de edad a la luz de jurisprudencia española: 1. Los alimentos de los hijos menores de edad. De nuevo sobre el debate jurisprudencial en torno a su fundamento legal. 2. La prestación de alimentos a los hijos menores. La controvertida delimitación del “mínimo vital”. 3. Algunas consideraciones sobre los límites jurisprudenciales en la prestación de alimentos a los hijos menores de edad.- III. La crisis económica y su repercusión en el de-*

recho de alimentos de los hijos mayores de edad: 1. La delimitación jurisprudencial del estado de necesidad del hijo mayor de edad como presupuesto de los alimentos. 2. La necesaria convivencia de los hijos mayores de edad en el domicilio familiar. A propósito de la interpretación del art. 93.2 del CC. 3. Notas sobre los alimentos en favor del hijo mayor de edad discapacitado y su consideración jurisprudencial como menor de edad “in potestate”.- IV. Breve reflexión sobre la prestación de alimentos por los abuelos.- V. A modo de valoración final.- VI.- Reseña bibliográfica

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Coinciden quienes dedican su vida profesional al ejercicio de la abogacía en señalar que el contexto social y económico actual ha condicionado de forma incuestionable la aplicación, interpretación y evolución del Derecho de familia. A los intentos del legislador por adaptar el marco normativo regulador del Derecho de familia en los últimos tiempos, con mayor o menor acierto, se une el desvelo de la jurisprudencia por establecer y delimitar criterios cada vez más detallados, uniformes y adaptados a la nueva realidad socio-económica de las familias, en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en los procesos de familia. Especialmente intensos están resultando los esfuerzos de Jueces y Tribunales por consolidar y afianzar principios y doctrina jurisprudencial en la determinación, modificación y extinción de las prestaciones de alimentos entre parientes, en particular, en relación con los hijos, menores y mayores de edad. Esta labor que no siempre resulta sencilla, habida cuenta de la singularidad de cada una de las situaciones familiares y personales que pudieran presentarse, ha permitido, con carácter general, como tendremos oportunidad de expresar, reformular, acomodar y ajustar las decisiones judiciales en el ámbito de la obligación de alimentos, a la realidad social y económica en la que actualmente se encuentran inmersas las familias españolas.

Sin ánimo de exhaustividad, pueden señalarse como efectos más relevantes de la crisis económica en los procesos de separación, nulidad y divorcio:

- 1º. Por un lado, el aumento de los procesos de crisis matrimonial realizados de mutuo acuerdo sin necesidad de acudir a la vía contenciosa.
- 2º. Por otro, el incremento de las reclamaciones, en ejecución, de pensiones compensatorias y de alimentos; así como el aumento de procedimientos de modificación de dichas prestaciones para conseguir su reducción o extinción. Y en su caso, la necesidad de que los jueces resuelvan cada vez con mayor precisión en el cálculo y determinación de los gastos¹.
- 3º. Finalmente, se aprecia el incremento de reclamaciones judiciales de alimentos por los hijos mayores de edad, alcanzada la emancipación, motivado por la grave situación económica actual; esta obligación, en ocasiones se hace extensiva a los abuelos respecto de los nietos menores de edad, ante la ausencia de recursos de los propios padres.

Hasta ahora, lo habitual venía siendo que la prestación de alimentos se extinguiera cuando el hijo concluía su formación, con una prórroga hasta que encontrara trabajo, o com-

¹ A propósito de los gastos de recogida y retorno de los hijos, ha establecido el Tribunal Supremo que ambos progenitores deben sufragar los costes del traslado de las visitas de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, atendiendo a sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad y horario laboral. Véase STS de 19 de noviembre de 2014, Rec. 1741/2013.

pletara sus estudios universitarios². Sin embargo, las circunstancias sociales, familiares y económicas han variado desde entonces considerablemente; y así, la realidad en la que se encuentran actualmente en nuestro país las familias difiere significativamente de la que existía en el año 2001, de suerte que la situación de incertidumbre y dificultad económica representa en no pocas ocasiones un principio interpretativo constante en los pronunciamientos judiciales (entre otras, STS de 29 de noviembre de 2014, Rec. 1961/2013).

Ciertamente, desde la irrupción de la crisis económica se han incrementado las demandas de padres e hijos, incluso nietos, que se reclaman judicialmente entre sí, la prestación de alimentos, o en su caso, solicitan su modificación o extinción; en algunos momentos, invocando los progenitores, que al estar en situación de desempleo o haber perdido poder adquisitivo por la rebaja de los sueldos, no son capaces de satisfacer la pensión alimentaria; y, por el contrario, argumentando otras veces los hijos, que el elevado desempleo juvenil en España les impide encontrar un trabajo para valerse por sí mismos, de ahí la necesidad de ampliar el periodo de formación para garantizar el acceso al mercado laboral y alcanzar la ansiada independencia económica. Por todo ello, son frecuentes los pronunciamientos judiciales, especialmente de las Audiencias Provinciales, que obligan al progenitor a seguir pagando una pensión a los hijos mayores de edad³, incluso cuando están en disposición subjetiva de acceder al mercado laboral⁴.

Nunca antes con tanta intensidad la obligación legal de alimentos había despertado el interés de la doctrina y la jurisprudencia, que se esfuerzan por interpretar, comprender e idear mecanismos jurídicos que permitan configurar la obligación legal de alimentos como fundamento y sostén económico familiar en tiempos de dificultades económicas para las familias y las administraciones públicas. Ciertamente, como reconoce ROGEL VIDE, considerando el carácter subsidiario de la obligación alimenticia, en clave jurídica cuando menos, para que tales alimentos procedan es necesario que se hayan agotado, previamente, todas las posibilidades de atender al sustento y atención de los potenciales alimentistas, posibilidades que empiezan, en buena lógica y atendiendo al sentido común, por la ayuda que una persona pueda y deba prestarse, de un modo u otro, a sí misma, recurriendo a sus propios medios⁵. Y lo cierto es que en la sociedad actual se percibe un significativo incremento de las prestaciones alimenticias de los padres respecto de los hijos mayores de edad, no en vano la circunstancia objetiva de alcanzar la mayoría de edad no constituye hoy día garantía de una independencia económica de los hijos, pues éstos siguen completando a dicha edad sus estudios con la realización de una carrera universitaria, un máster, la preparación de ope-

² Denegó el TS la pensión alimenticia a dos hermanas de 26 y 29 años, licenciadas en Derecho y Farmacia, argumentando que mantenerla “sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida que podría llegar a suponer un parasitismo social”. Véase STS de 1 de marzo de 2001, Rec. 46/1996.

³ Es por ello que “...esta norma ha de ser interpretada según lo prevenido en el art. 3.1 CC, es decir, de acuerdo con la realidad social actual, y en el art. 233-4 CCC se contempla la posibilidad de fijar alimentos a favor de los hijos mayores de edad, ... pero se prevé de forma expresa que se mantengan dichos alimentos hasta que los hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos, lo que debe interpretarse en el sentido de entender que basta con que se encuentren en condiciones de acceder a un trabajo que les reporte ingresos para que cese la obligación de alimentos de los hijos mayores. [...] se ha manifestado nítidamente la incapacidad del hijo para insertarse en la vida laboral, por venir desarrollando diversos trabajos de forma temporal, dadas las dificultades que por razones económicas concurren actualmente en nuestro entorno social...”. Véase SAP Tarragona, de 5 de mayo de 2014, Rec. 441/2013.

⁴ SAP Toledo de 22 de abril de 2015, Rec. 121/2014. En la citada sentencia se establece la posibilidad de delimitar temporalmente la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad, considerando la duración de su formación, y la posibilidad a medio de plazo de acceso real al mercado laboral.

⁵ C. ROGEL VIDE, “Crisis económica y solidaridad familiar. Los alimentos entre parientes”. *JURISMAT, Portimão*, núm. 2, 2013, pp. 17-32.

siciones, y otros cursos de formación complementaria, ante la indispensable capacitación profesional; por tanto, alcanzada la mayoría de edad, los hijos permanecen viviendo con los progenitores que, como bien ha declarado la jurisprudencia, asumen de forma natural la obligación de ayudar económicamente a sus hijos (STS de 5 de noviembre de 2008, rec. 962/2002).

Con todo, esta circunstancia no suscita conflictos generalmente mientras los progenitores mantienen una relación personal, matrimonial o no, satisfactoria, y la convivencia familiar no se ve interrumpida; de esta forma, los padres prosiguen satisfaciendo, voluntariamente, las necesidades de sus descendientes, cumpliendo así un deber moral o de conciencia, y no sólo en los casos de convivencia familiar, sino incluso cuando aquéllos salen del domicilio familiar o vivienda habitual de la familia por traslado a otra ciudad para completar su formación. Por el contrario, como tendremos oportunidad de exponer en epígrafes posteriores, será en las situaciones de crisis conyugal o de cese de la convivencia, en el supuesto de parejas estables no casadas, cuando se manifiesten las discrepancias entre los progenitores con ocasión de la reclamación, reducción o extinción de la pensión alimenticia a favor de los descendientes en procesos matrimoniales o en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, a partir del momento en que los hijos comunes alcanzan la mayoría de edad, a instancia del progenitor alimentante con quien no conviven los hijos.

II. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS EN FAVOR DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD A LA LUZ DE JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La obligación de prestar alimentos a los hijos, menores y mayores de edad, deriva de la filiación (natural o adoptiva, matrimonial o no matrimonial) y no de la institución de la patria potestad, puesto que dicha obligación recae sobre los progenitores aun cuando no la ejercen o han sido privados de ella (arts. 110 y 111.4.º CC)⁶. En todo caso, el deber de prestar alimentos a los hijos alcanza a ambos progenitores, de manera que en situaciones de crisis matrimonial, también el custodio (aquel en cuya compañía queden) habrá de colaborar a sufragar los alimentos, si bien es cierto que la atención, el cuidado y la asistencia constante que éste les presta constituyen una forma de contribución a las necesidades de los hijos susceptible de ser valorada (SAP Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de julio de 2012).

1. Los alimentos de los hijos menores de edad. De nuevo sobre el debate jurisprudencial en torno a su fundamento legal

Como apunta con acierto ABAD ARENAS, la obligación de alimentos presenta un régimen jurídico distinto según la prestación sea a favor de hijos mayores o menores de edad. En principio, los alimentos a los hijos mayores de edad no tienen carácter incondicional y para su reconocimiento debe acreditarse el estado de necesidad; además, pueden tener un contenido menor que el derecho de los hijos menores, llegándose incluso a reducir al mínimo imprescindible o, extinguirse y, finalmente, estos alimentos se encuentran afectados por las limitaciones propias del régimen legal de «alimentos entre parientes» a diferencia de los alimentos a hijos menores (STS de 24 de octubre de 2008, Rec. 2698/2004); y, por tanto,

⁶ Cfr. STS de 14 de octubre de 2014, rec. 660/2013 y SAP Barcelona de 25 de marzo de 2015, rec. 98/2014.

deberán establecerse siempre proporcionalmente al caudal y medios del alimentante y, a las necesidades del alimentista (STS de 19 de enero de 2015, rec.1972/2013).

Por su parte, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2015 (rec. 725/2014) que inicialmente "... se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención".

Recuerda BERROCAL LANZAROT que en los alimentos a los hijos mayores de edad no existe una presunción legal de necesidad, a diferencia de lo que se aplica en el caso de los hijos menores, bien al contrario, ésta deberá acreditarse. Así se desprende también del propio art. 152 Cc cuando expresamente dispone que cesará la obligación de alimentos "cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión, o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión para su subsistencia". Resultan de especial interés las afirmaciones de la AP Asturias, cuando asegura que "... la obligación de dar alimentos a los hijos es un deber natural de primer rango de diferente naturaleza a la obligación de alimentos entre parientes porque esta se fundamenta en el principio de solidaridad familiar mientras que aquella deriva directamente de la relación de filiación (arts. 39.3 CE y 110 y 111 del Código Civil, de manera que su finalidad no es la de proporcionar el sustento básico imprescindible para salvaguardar la vida del alimentista, sino que comprende una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (10 CE y 154.2 del Código Civil); en suma, a la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad no le son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes, en particular su concepción como una prestación de mínimos en los términos a que alude el artículo 142 del Cc, cuando expresa que se entiende por alimentos "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica" del alimentista, aun cuando a continuación el artículo 146 de ese mismo cuerpo legal matice esa expresión señalando que en todo caso los alimentos serán proporcionados al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe (SAP Asturias de 20 de abril de 2015, Sección 6, Rec. 113/2015).

Por el contrario, a partir de esta consideración, debe significarse que las necesidades del menor no pueden constreñirse estrictamente a los gastos insoslayables derivados de su escolarización, sustento y vestido, antes bien deben ampliarse hasta donde alcancen los medios y caudales de sus progenitores para proporcionarle la base material más favorable al completo desarrollo de su personalidad.

De acuerdo con lo anteriormente expresado, constituye doctrina jurisprudencial consolidada la que señala que la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad –dimanante de los artículos 39.3 de la Constitución Española y 110 y 154.1 del Código Civil–, presenta una marcada preferencia, como se desprende del art. 145.3 del Código Civil, por incardinarse en la patria potestad; de tal forma que la satisfacción de las necesidades de los hijos menores han de primar sobre la satisfacción de las propias necesidades de los progenitores, que han de sacrificarlas a favor de la satisfacción de las de aquellos (STS 5 de octubre de 1993 y 16 de julio de 2002), de suerte que la prestación alimenticia a favor de los

hijos menores tiene naturaleza de orden público, pues constituye, al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales uno de los deberes fundamentales de la patria potestad (SAP Valencia, 7 de febrero de 2011, rec. 1209/2010).

En definitiva, explica la jurisprudencia que la obligación alimenticia respecto de los hijos menores constituye una obligación legal incondicional (SAP Ourense de 17 de marzo de 2015, rec. 489/2014), de suerte que será indiferente que el progenitor obtenga recursos para que nazca la citada obligación de prestación, que no podrá quedar vacía de contenido por la simple alegación de carencia de bienes; y por otro, si bien la pensión alimenticia deberá ser proporcional al caudal y medios de quien los presta y las necesidades de quien la recibe (STS de 12 de febrero de 2015, rec. 2899/2013), deberá tener en todo caso un contenido mínimo e indispensable para atender las necesidades básicas de subsistencia del menor (STS de 2 de marzo de 2015, rec. 735/2014).

2. La prestación de alimentos a los hijos menores. La controvertida delimitación del “mínimo vital”

Siguiendo las afirmaciones de BERROCAL LANZAROT, la pensión de alimentos pueda cubrir no sólo las necesidades básicas de los hijos menores, sino que en su determinación “debe tenerse en cuenta el nivel de vida mantenido por la familia que, ha de continuar pese a la situación de crisis familiar”⁷; ciertamente, lo deseable será que la posición económica familiar no hubiere resentido como consecuencia de la crisis económica y familiar que ocasiona la ruptura de la convivencia; sin embargo, no puede desconocerse que lo que hasta entonces constituía un único núcleo familiar se rompe y divide, configurándose desde ese momento dos núcleos familiares diferentes, en los que los gastos se incrementan, pero no así los ingresos. En consecuencia, será inevitable que la crisis de la convivencia conlleve un descenso de los ingresos, y por ende, del nivel de vida hasta entonces mantenido por el núcleo familiar⁸. Resulta, por tanto, a nuestro juicio, una desacertada utilización de la pensión de alimentos de los hijos menores su consideración como elemento reequilibrador del nivel económico familiar anterior a la ruptura; y por lo mismo, tampoco consideramos que pueda justificar la concesión de una elevada pensión de alimentos a los hijos, la necesidad de compensar el desequilibrio económico de los progenitores⁹.

El Código Civil en su artículo 154 1.1º impone el deber de los progenitores respecto de los hijos menores de “alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. Por lo que un progenitor respecto de un hijo menor de edad sometido a su patria potestad no puede ampararse en la escasez de ingresos, en el incremento de gastos o, incluso, en la situación de

⁷ A. I. BERROCAL LANZAROT, “La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014, p. 624.

⁸ Se muestra contraria a esta argumentación la AP La Rioja cuando al establecer y delimitar conceptualmente el mínimo vital afirma que “...Para decidir sobre la adecuación de una pensión alimenticia a las circunstancias del caso, han de tenerse en cuenta el caudal o medios del obligado a abonarla, así como las necesidades de su destinatario y sin perder de vista el nivel económico del progenitor custodio, de conformidad con la regla proporcional que establece el artículo 146 del Cc, así como ha de procurarse que con ella se garantice, en la medida de lo posible, que los hijos sigan disfrutando del mismo nivel de vida que tenía antes de la crisis de la convivencia de sus padres, sin que sufran las consecuencias negativas de ésta en el plano puramente material, lo que es congruente con la general apreciación de las necesidades del alimentista conforme a su propias circunstancias personales, familiares y sociales” (SAP La Rioja de 17 abril de 2015, Rec. 123/2015).

⁹ P. CHAPARRO MATAMOROS, “Reflexiones en torno a la pensión de alimentos: la irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos. Comentario a la STS 162/2014, de 26 de Marzo”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p. 557.

desempleo, para no prestar alimentos suficientes, dentro de un mínimo decoroso de subsistencia, y más, cuando se trata de un progenitor no custodio, con lo que estaría desplazando con exclusiva esa obligación al otro progenitor que necesariamente tendrá que dar de comer a los hijos (SAP Valencia, 7 de febrero de 2011, Rec. 1209/2010). En este mismo sentido se expresa el TS, cuando recientemente ha sentado doctrina jurisprudencial afirmando que “La obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos”¹⁰.

En efecto, explica la jurisprudencia que la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada a los ingresos, recursos y disponibilidades económicas de los obligados a darlos (SAP Madrid de 29 de julio de 2014, Rec. 95/2014), y a las efectivas necesidades de los hijos¹¹, según los usos y circunstancias de la familia (arts. 93, 145, 146, 1319, 1362 y 1438 del CC). Ahora bien, la relación de proporcionalidad “...queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado “mínimo vital” o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad, a los efectos de garantizar, al menos y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tal”(SAP Valencia, 7 de febrero de 2011, Rec. 1209/2010).

Así las cosas, no faltan resoluciones que considerando el carácter incondicional de la obligación legal de prestación de alimentos a los hijos menores de edad, disponen que “aun cuando la ley exige que en la fijación de su cuantía se atienda a principios de proporcionalidad entre las necesidades de los hijos y la capacidad económica de los padres, siempre debe fijarse una cantidad prudencial mínima que permita cubrir parte de las necesidades más básicas de los hijos –el llamado mínimo vital– dada la obligatoriedad de su regulación que para estos casos imponen los arts. 91 y 93 del Código Civil “, concluyendo que “ese mínimo vital, aunque el alimentante carezca de ingresos o se encuentre desempleado, siempre que objetiva y físicamente pueda desarrollar una actividad laboral que le permita generar ingresos (...) no puede ser inferior a 100 euros” (Véase SAP Albacete de 19 de febrero de 2015, Recurso de Apelación 206/2014).

Ahora bien, se aprecia en la jurisprudencia, como consecuencia de la precariedad económica y laboral que se vive en nuestro país, una evolución en la delimitación del “mínimo vital”, que en la actualidad se establece en 150 euros, como consecuencia de la inestable situación económica de los progenitores, y de su situación de desempleo de larga duración (SAP Barcelona de 6 de noviembre, Rec. 1140/2012 y SAP Las Palmas de 24 de septiembre de 2014, Rec. 806/2013). Bien es cierto, que no faltan resoluciones que determinan una cuantía superior, fijándola en 180 euros (SAP Castellón de 29 de enero de 2015, rec. 912/2014))

¹⁰ Argumenta a estos efectos el TS que “La obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de “las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”. Entonces, no es necesaria una “...liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2º del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia” Véase STS de 14 de octubre de 2014, Rec. 660/2013.

¹¹ Entre otras así lo disponen, la SAP Murcia de 29 de enero de 2015, Rec. 912/2014 y la SAP Albacete de 28 de abril de 2015, Rec. 314/2014.

o en su caso, inferior, señalando 100 euros (SAP Asturias de 18 de enero de 2013, SAP de Barcelona de 22 de mayo de 2014) o incluso en cantidades casi simbólicas o testimoniales de 60 euros (SAP Madrid de 19 de mayo de 2010), atendiendo a la situación de indigencia económica e inseguridad laboral del progenitor obligado a prestarlos.

En todo caso, es doctrina jurisprudencial común que cuando se invoca una situación de penuria económica, debe recordarse que salvo supuestos de acreditada indigencia absoluta (SAP Albacete de 28 de abril de 2015, rec.314/2014), existe una obligación de prestar alimentos a los hijos menores que no puede ser inferior a un mínimo vital de subsistencia. Que no puede reducirse de una cuantía que se presenta como la indispensable para el sustento del menor¹², en sus manifestaciones más básicas, como máxima expresión del principio de *favor filii* (SAP Castellón de 2 de junio de 2001, rec. 373/2000).

3. Algunas consideraciones sobre los límites jurisprudenciales en la prestación de alimentos a los hijos menores de edad

La situación económica de las familias en nuestro país ha obligado a la jurisprudencia a afinar con la mayor precisión posible el contenido del deber legal de alimentos en relación con los hijos menores de edad; y así, recientemente, se ha pronunciado sobre la naturaleza de los gastos ocasionados al inicio del curso escolar, que a juicio del TS, constituyen gastos ordinarios, en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos y, por tanto, previsibles en su existencia y cuantía (STS de 15 octubre de 2014, Rec. 1983/2013). Luego, se trata de gastos a tener en cuenta cuando se determina la pensión alimenticia que el progenitor no custodio debe entregar como contribución al pago de alimentos de hijos comunes.

Es por ello que la SAP Asturias, con fundamento en la doctrina del Tribunal Supremo, ha declarado que “El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo “en todo caso”, conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC. Ahora bien, este interés no impide que aquéllos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades”. De ahí que, por tanto, añade, “ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2.014, rec. 2.419/2.013) lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante” (SAP Asturias de 27 de abril de 2015, rec. 112/2015).

¹² Por todas, SSTS 2 de marzo de 2015, rec. 735/2014 y 12 de febrero de 2015, rec. 2899/2013.

Por último, la crisis económica también se ha dejado sentir en la adopción de medidas de modificación de la cuantía de las pensiones de alimentos; así, por ejemplo, la reducción del sueldo como funcionario público del progenitor ha significado una reducción de la pensión alimenticia del hijo (SAP A Coruña de 27 de junio de 2013 y SAP Guadalajara, de 27 de marzo de 2012), y de igual manera la situación de desempleo de larga duración del padre ha implicado la reducción de la pensión alimenticia del hijo (SAP Murcia 29 de diciembre de 2011).

Abundando en lo expresado, ha señalado recientemente el TS que “la falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa “Cuando la fortuna de lo bligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia... Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres. (STS de 2 de marzo de 2015, N° de Recurso: 735/2014). Con todo, no se trata de meras dificultades económicas o cambios en la posición económica del alimentante, ya que de ser así, ha señalado el TS que “ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante”¹³.

Por otra parte, esa doctrina jurisprudencial (relativa a la necesidad por parte del alimentista del deber de emplear la debida diligencia en la búsqueda de autonomía personal y económica, contra el favorecimiento de la pasividad en la lucha por la vida y propia independencia) es aplicable a aquellos supuestos en que los hijos ya son mayores de edad, y tienen posibilidades reales y efectivas de incorporarse al mercado laboral, no a los menores, que no han finalizado su proceso de formación, como es el caso, no pudiendo por el solo hecho de sufrir retraso académico, con repetición de un curso, pretenderse la supresión de este derecho, y de la posibilidad de formación que debe ser procurada por los padres a los hijos dentro de sus posibilidades, tanto más cuando es función de los mismos inherente a la patria potestad, como bien se argumenta en la recurrida, educar a sus hijos, adoptando cuantas medidas sean necesarias, a fin de lograr su aprovechamiento en los estudios y procurarles una formación que les permita en un futuro lograr una independencia económica. En consecuencia, cuando se aprecie en la hija menor una real y demostrada necesidad, de la misma deriva la correlativa obligación de alimentos que debe ser prestada en todo caso por sus progenitores en proporción a sus posibilidades económicas¹⁴.

¹³ Véase STS 16 de diciembre de 2014, Rec. 2419/2013.

¹⁴ Cfr. Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 116/2015 de 4 de mayo de 2015, Rec. 135/2015.

A mayor abundamiento, ha señalado el propio TS “la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes –entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 CC– sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación. Pero, y esto es lo relevante para rechazar la existencia del interés casacional que se aduce, cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción, que fue lo que se decidió en ambas instancias durante el tiempo en que se mantuvieran dichas circunstancias. Ni la Sentencia de 5 de octubre de 1993 ni la posterior, también citada, de 16 de julio de 2002, se manifiestan en contra de la suspensión de la pensión, pues la primera toma en consideración el carácter ineludible de la prestación a cargo del progenitor para ratificar su mantenimiento por no concurrir causa de imposibilidad que justificara que fuera relevado de su obligación, lo que nada tiene que ver con el presente supuesto, y la de 16 de julio de 2002 abunda en la idea del distinto régimen aplicable a los alimentos, según se deban a menores o a mayores de edad y demás parientes, tomando en cuenta esa distinción para aplicar con flexibilidad, en interés del menor, el criterio de la proporcionalidad plasmado en los artículos 146 y 147 CC, pero sin excluirlo, y por tanto, sin que tal doctrina impida al órgano judicial valorar la concreta situación de necesidad del alimentista a la hora de decretar, no el cese, pero sí la suspensión de la percepción de la pensión” (STS de 24 de octubre de 2008, Rec. 2698/2004).

Para finalizar, en otro orden de consideraciones, y respecto a los efectos de la sentencia que establece los alimentos en favor de los hijos, sienta la STS de 14 de junio 2011 la siguiente doctrina: “Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda” (véase igualmente STS de 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013). Ello no obstante, esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces, lo que no es del caso.

En otro orden de consideraciones, y ello constituye un pronunciamiento novedoso, habida cuenta de que esta propia Sala mantenía de manera reiterada y pacífica que la cuantía de las pensiones de alimentos fijadas en la alzada cobraban vigencia desde la fecha de la sentencia de instancia, es lo cierto que resulta de obligada observancia, ahora, la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 26 de marzo de 2014, que tal y como se ha señalado en recientes STS de 13 y 20 de mayo de 2014 (rec.565/2.013 y 887/2.013 respectivamente), “en cuanto que partiendo de la base de que “los recursos que conforme a la ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en esta, por ello, refiere textualmente dicha sentencia, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán a las anteriores”. En consecuencia, “sólo la primera resolución que exige la pensión de alimentos será la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación”.

Supuesto lo anterior, concluye a este respecto el TS que “no se puede conceder a los alimentos efectos desde la sentencia de instancia, ya que los hijos estaban recibiendo los

alimentos en virtud de las medidas provisionales acordadas ... y se establece como doctrina la siguiente: cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que exige la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente” (STS de 26 de marzo de 2014, Rec. 1088/2013).

III. LA CRISIS ECONÓMICA Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

Conforme expresa el art. 93.2º del CC “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”. Así, interpretó el TS en la sentencia de 1 de marzo de 2001, que en relación a la prestación de alimentos, dicha obligación, salvo en el caso de hijos menores de edad, “se basa en el principio de la solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 de la CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Ahora bien la obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda”.

Más recientemente, ha declarado el TS a propósito de la naturaleza de los alimentos a favor de hijos mayores de edad que “El artículo 93 del Código Civil establece que en el caso de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, el Juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del mismo Código. Estos artículos regulan los alimentos entre parientes. En el matrimonio, en la patria potestad y en la tutela el Código Civil hace referencia a los alimentos, como deber dentro de cada una de estas instituciones. Pero los alimentos –y de ellos trata el Título Sexto del Código Civil– tienen entidad independiente y surgen como obligación entre determinados parientes y en determinadas circunstancias”¹⁵.

En efecto, ha declarado la jurisprudencia la diferente naturaleza jurídica de estos alimentos, respecto de los alimentos de los hijos menores de edad; y así, después de establecer el artículo 146 Cc que la cuantía de esos alimentos se fijará en proporcional caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (SAP Sevilla de 23 de enero de 2012, rec. 7617/2011), el artículo 152 CC dispone que la obligación de dar alimentos cesará o, como con carácter preferente determina la jurisprudencia quedará suspendida «cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin atender sus propias necesidades” (STS de 19 de enero de 2015, rec.1972/2013).

1. La delimitación jurisprudencial del estado de necesidad del hijo mayor de edad como presupuesto de los alimentos

En la actualidad, no cuestiona en modo alguno la jurisprudencia que un hijo mayor de edad, que carece de ingresos propios para sufragar sus propios gastos, depende de sus progenitores; y así, conforme al art. 142 Cc corresponderá a los padres “la educación e instruc-

¹⁵ Véase STS 703/2014 de 19 de enero de 2015, Rec. 1972/2013.

ción del alimentista mientras que sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”. Por consiguiente, considerando que la formación de los jóvenes se prolonga y es compleja su incorporación a un mundo laboral cada vez más competitivo, se les reconoce más allá de la minoría de edad, el derecho a los alimentos, si bien para que tal obligación sea jurídicamente exigible es preciso que el hijo mayor de edad actúe lealmente a través de una normal aplicación a sus estudios, y que colabore por su parte en su propio proceso formativo; se trata de evitar que la reclamación de alimentos sostenga situaciones abusivas, o de “parasitismo social” (STS 1 de marzo de 2001, Rec. 46/1996).

En sentido contrario a lo expresado por el TS, se ha impuesto a un padre la obligación de seguir abonando alimentos a su hija mayor de 30 años, al no encontrar ésta un trabajo estable que le permita independencia económica; de forma que la obligación de prestar alimentos cesará «cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria... de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia», lo que debe ser interpretado conforme a lo establecido en el art. 3.1 Cc, en cuanto a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas las normas; y así, «para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva» (SAP Coruña de 4 de julio de 2014, Rec. 141/2014).

El presente escenario económico y laboral de nuestro país, ha transformado el principio general (aplicado por la citada STS) por el cual, en tiempos pasados podía sostenerse que a toda persona que haya finalizado estudios universitarios, con buena salud, no se le debían reconocer nunca derecho de alimentos. Bien al contrario, ha reconocido la jurisprudencia que “En el año 2001 había una pujanza económica, con importante crecimiento. Ahora estamos en una profunda crisis económica, que afecta de manera especial a la economía española, con unas tasas de desempleo muy importantes, y gente joven emigrando, inmigración en retroceso, donde un título universitario no confiere una garantía de encontrar trabajo. Es por ello que, en la actualidad, que una persona de 30 años haya culminado sus estudios y no pueda encontrar trabajo no puede considerarse como “parasitismo social” (SAP A Coruña de 4 de julio de 2014, Rec. 141/2014). En sentido contrario, no han faltado pronunciamientos que, aplicando el citado principio contenido en el art. 3.1Cc, reconocen que el acceso al mercado laboral, aunque sea con una retribución reducida o con contratos de trabajo temporales, constituye causa suficiente para dejar sin efecto y extinguir la obligación de alimentos respecto de un hijo mayor de edad, aún en circunstancias de temporalidad laboral (Véase SAP Barcelona de 17 de junio de 2014). Se argumenta a este respecto que “lo determinante para conceder alimentos a los hijos mayores de edad que convivieran en el domicilio familiar, es la carencia de ingresos suficientes para subvenir a sus necesidades permitiéndoles vivir una vida independiente...”, y por ello, se prevé cada vez con mayor frecuencia la fijación de un límite temporal para percibir alimentos por los hijos mayores (SAP Soria 5 de diciembre de 2012. Rec. 155/2012)¹⁶.

¹⁶ Así lo ha reconocido también la jurisprudencia, argumentando que “la obligación de los padres de prestar alimentos carece de justificación para los hijos mayores de edad cuando éstos han alcanzado la posibilidad de proveer por sí mismos sus necesidades...; posibilidad... que se viene entendiendo concurre cuando ya se ha producido su incorporación al mundo del trabajo, que hay que entender producida en las condiciones de precariedad laboral, trabajo temporal o provisional, en que lo hacen gran parte de los jóvenes en nuestro país, que no obstante no ser empleo estable o fijo proporciona medios de subsistencia, pues no hay que olvidar que las normas hay que interpretarlas con arreglo a la realidad social existente en el momento de su aplicación (artículo 3.1 del Código Civil). Al respecto, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que el precepto citado excluye del derecho a alimentos no solo a los que de hecho ejer-

En este mismo sentido se ha manifestado la AP Murcia, al afirmar que “como decíamos en la Sentencia de este Tribunal de 2 de febrero de 2012, trayendo a colación otras de 18 de mayo de 2011 de la Audiencia Provincial de Málaga y en la de 9 de diciembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Asturias, que la obligación alimenticia de los padres respecto a los hijos mayores de edad no puede prolongarse indefinidamente en función sólo de los deseos del hijo en la ampliación de su formación y aún en mayor grado cuando esa mayor formación ofrece reiteradamente resultados negativos derivados de una falta de esfuerzo y aplicación al estudio.[...] las Audiencias Provinciales se muestran partidarias de establecer un límite temporal a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad, teniendo en cuenta que esa temporalidad ya se encuentra ínsita en la propia naturaleza del derecho reconocido en el art.º 93 del Código Civil”¹⁷. Es de este mismo parecer la AP Pontevedra cuando expresamente reconoce que en atención a las circunstancias personales concurrentes en el hijo, que se encuentra matriculado en la Escuela de Idiomas, sin precisar el idioma que estudia, no se puede concluir que esté en periodo de formación en aras a su integración en el mercado laboral, y considerando además que nunca ha estado anotado en el INEM como demandante de empleo, si bien se mantiene la pensión alimenticia, se prevé con el límite temporal de un año y medio contados a partir del dictado de la sentencia, por entender dicho periodo es suficiente para que pueda independizarse accediendo al mercado laboral, sin perjuicio de que, de no alcanzar el nivel adecuado de autosuficiencia, puede reclamar personalmente alimentos a sus progenitores propiamente con base en los arts. 142 y ss del Código Civil¹⁸.

Llega a la misma conclusión la SAP Madrid de 18 de marzo de 2014 cuando confirma la extinción de la pensión de alimentos respecto de un hijo de 24 años de edad, que a la fecha no había completado su formación académica ni se había incorporado al mercado laboral, no constando ninguna actividad ni periodo aunque fuera breve en que hubiera trabajado, lo que demuestra escaso interés en incorporarse a la vida laboral, y que a juicio del Tribunal “lo que debería de haber intentado a su edad 24 años, colaborando a sufragar sus propias necesidades, por su propia dignidad y autoestima, sin que pueda alegarse que se infringe el principio de solidaridad familiar, porque este principio exige la participación y colaboración de todas las partes, para salir adelante en la vida familiar, y no solo de los progenitores,

zan un oficio, profesión o industria, sino también a los que puedan ejercerlos, posibilidad que ha de entenderse no a la mera capacidad o habilidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias” (SAP de Ciudad Real (Sección 2ª), núm. 306/2014 de 18 diciembre, Rec. 220/2014).

¹⁷ Véase Sentencia A.P Murcia 473/2012, de 5 de julio, Rec. 510/2012. Abundando en lo expresado, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, en Sentencia de 19 de febrero de 2008, declara igualmente que “el artículo 93 párrafo 2.º del CC permite al Juez que en la misma resolución pueda fijar alimentos conforme a los art. 142 y ss. del CC, siempre que aquellos hijos mayores de edad (o emancipados) convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, requisito este último que como desarrolla la jurisprudencia significa que como regla general ha de asentarse en causas ajenas a su voluntad, y además el hijo dependiente ha de encontrarse en período de formación académica o profesional con aprovechamiento. Pues no hemos de olvidar que en efecto en virtud del art. 142 del CC prosigue el deber de los padres de sufragar los gastos derivados de educación e instrucción cuando el hijo es mayor de edad pero siempre que “no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.

¹⁸ Las Audiencias Provinciales se vienen mostrando favorables al establecimiento de un límite temporal para la pensión por alimentos de los hijos mayores de edad, teniendo en cuenta que esta temporalidad ya se encuentra presente en la propia naturaleza del derecho reconocido en el art. 93 párrafo 2º del Código Civil, sobre todo en aquellos supuestos en los que si bien todavía no existe causa de extinción de los alimentos se trata de personas en condiciones de obtener a corto plazo una ocupación laboral que garantice su propia subsistencia. La determinación de un límite temporal permite, por un lado, incentivar al alimentista a procurarse un medio de vida accediendo al mercado laboral; y por otro, evita tener que acudir en un momento ulterior a otro pleito para solicitar de la extinción de la pensión. Véase SAP Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 156/2015 de 29 de abril de 2015, Rec. 157/2015.

frente a la pasividad injustificada de su hijo, por lo que sin perjuicio de que pueda ejercer sus derechos en el proceso declarativo correspondiente, que deberá solicitar el mismo, en el juicio declarativo que corresponda frente a ambos progenitores (verbal artículo 250.8 de la L.E.C.), y en el que se resolverá si procede o no la supresión de la pensión alimenticia en base a lo dispuesto en el artículo 152 del Código Civil¹⁹.

Ciertamente, se admite la extinción de la pensión alimenticia a favor del hijo mayor cuando puede probarse la posible dejadez o desidia del hijo en finalizar sus estudios con el fin de obtener una cualificación que le permita acceder al mercado laboral (SAP Málaga 19 de julio de 201 y SAP Murcia 31 de julio de 2013), lo que además en numerosas ocasiones viene justificado por la precaria situación de económica como consecuencia del desempleo de los progenitores (SAP Valencia de 18 de julio de 2012); si bien ello entendemos deberá ponderarse igualmente con la situación del mercado laboral entre los jóvenes en nuestro país, y las serias dificultades de este colectivo para encontrar un empleo. Sorprende, por otra parte, la interpretación de la AP Madrid al establecer que “Es cierto que la hija peticionaria de los alimentos no puede ser catalogada como estudiante brillante, pues ha repetido varios cursos, pero tampoco consta acreditado que sea una mala estudiante por ser una persona vaga y holgazana que prefiera el relajo a la dedicación al estudio. A lo que debe añadirse que, la obligación de prestar alimentos, no solo se tiene para con aquellos que sean buenos estudiantes sino también para los que no lo sean tanto. En consecuencia no concurre esta causa de cese de la obligación de prestar alimentos” (SAP Madrid (Sección 21ª) de 24 febrero de 2015, Rec. 112/2014).

Es por ello que en las situaciones de hijos mayores de edad que prolongan el proceso de formación, y retrasan su acceso al mercado laboral, la jurisprudencia ha venido señalando que corresponde, en tales casos, bien la extinción de la obligación, bien el establecimiento de un límite temporal en su vigencia, porque de otro modo, y bajo el amparo de los derechos de quien voluntariamente ha decidido permanecer en una cómoda situación de dependencia, se estarían desconociendo los legítimos intereses, del progenitor, obligado con carácter ilimitado e incondicional, y bajo cualquier circunstancia, al cumplimiento de una obligación legal, respecto de quien, habiendo alcanzado la mayoría de edad, está en plenas condiciones personales de procurarse su propio sustento (por todas, SAP Asturias 30 de enero de 2002, SAP Toledo 22 de abril de 2015).

Sigue esta misma doctrina, la SAP Murcia de 31 de julio de 2013 cuando proclama que la pensión de alimentos no puede extenderse indefinidamente mientras persista la voluntad de estudiar del hijo, sino que esta formación deberá estar condicionada al esfuerzo, a los resultados que se obtengan y, en definitiva, a que prolongar los estudios no sea una manera de evitar la inserción en el mercado laboral. En este sentido, estimamos conveniente establecer un límite temporal al cobro de la pensión alimenticia por parte de estos hijos mayores que prolongan sus estudios, límite temporal que puede actuar como estímulo a su dedicación, aplicación y esfuerzo en finalizarlos para incorporarse al mundo laboral, y que puede oscilar, atendidas las concretas circunstancias desde el año (SAP Murcia de 2 de febrero de 2012), hasta los cinco años (SAP Toledo de 22 de abril de 2015).

Mención especial merecen, los hijos que siendo mayores de edad ni dedican su esfuerzo al estudio, como medio para la formación, ni ocupan su tiempo en intentar acceder al mercado laboral, y a quienes, en expresión de la SAP Málaga 6ª de 8 de abril de 2010, el reconocimiento permanente de una pensión de alimentos podría ocasionar la sensación de que teniendo cubiertas sus necesidades básicas con carácter permanente, no es necesario rea-

¹⁹ SAP Madrid, de 18 de marzo de 2014, Sección 22, Rec. 1411/2013.

lizar esfuerzo alguno por lograr mediante sus propios medios los recursos necesarios para vivir; y así, en una actitud de dejadez absoluta, no se esfuercen ni por culminar un proceso formativo académico o profesional, ni por acceder al mercado laboral, por lo que para tales casos es recomendable bien la extinción de la obligación o la fijación de límite temporal en su vigencia.

Sin embargo, lamenta un sector de la doctrina la interpretación a la que con carácter general llega la jurisprudencia cuando el hijo ya mayor de edad no ha concluido sus estudios por “causa que le sea imputable”. Y así, siguiendo las afirmaciones de MORENO-TORRES, dos son las posibles respuestas a estas situaciones: por un lado, considerar que el hijo no está en tales casos en situación de reclamar alimentos; y por otro lado, entender que lo que no se puede exigir son exclusivamente los medios económicos necesarios para atender a su formación, pero sí en cambio lo necesario para su subsistencia. Reconoce la autora que la primera es la solución que con mayor fuerza se impone en la jurisprudencia y la doctrina, si bien, no comparte dicha conclusión, en primer lugar porque, a su juicio, no es la establecida expresamente por la ley, ni es deseable, ni coherente con el principio de solidaridad familiar que constituye el fundamento último de la obligación legal de alimentos entre parientes²⁰; y en segundo lugar, porque dicha lectura no se desprende del art. 142 Cc, que por el contrario, no sanciona con la pérdida de la prestación alimenticia al hijo que no se aplica suficientemente en su actividad formativa. Se impone, en opinión de la citada jurista, la conclusión por la cual los gastos de instrucción y educación del alimentista únicamente formarán parte de la deuda alimenticia de los mayores de edad en el caso de que continúen su formación por una causa que no les sea imputable, lo que permite concluir que la consecuencia jurídica que nuestro ordenamiento prevé para el caso de que el hijo mayor de edad alargue indebida e injustificadamente su etapa de formación no es el cese de la obligación de alimentos de sus padres²¹, sino la reducción de la cuantía de los alimentos²². A nuestro parecer, ciertamente es ésta la interpretación más coherente con el principio del beneficio del alimentista, sin embargo, las resoluciones judiciales se inclinan mayoritariamente por establecer bien la extinción, bien un límite temporal para la prestación de alimentos cuando el periodo de formación se prolonga más allá de lo razonable por causa probada e imputable al alimentista, hijo mayor de edad²³.

Ahora bien, no han faltado pronunciamientos judiciales en los que ni siquiera la incorporación del hijo al mercado laboral ha determinado la extinción de la pensión de alimentos; de suerte que esta circunstancia solo determinará la extinción de la pensión si su situación laboral le permite alcanzar independencia económica. Por ello, únicamente cuando el hijo haya logrado, con continuidad o de forma consolidada, independencia económica, atendiendo en cada caso concreto, se declarará extinguido el deber de prestar alimentos a los hijos mayores de edad, y con efectos desde la fecha del pronunciamiento judicial²⁴.

Ello no obstante, el contexto social de crisis económica que azota a la sociedad española, y la transformación del mercado laboral han favorecido la interpretación jurisprudencial, por la cual el acceso al mercado laboral por los hijos mayores de edad, aunque sea en condi-

²⁰ M. L. MORENO-TORRES HERRERA, “Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pp. 286-287.

²¹ Así se establece en la SAP A Coruña de 4 de julio de 2014, Sección 3, Rec. 141/2014, respecto de una hija de 30 años con dificultades para el acceso al mercado laboral, a pesar de su formación.

²² Es de esta misma opinión MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, 1ª ed., Madrid, 2002.

²³ Entre otras así lo establecen las SAP Madrid de 18 de marzo de 2014, Sección: 22, Rec. 1411/2013 de 18 de marzo de 2014; la SAP Sevilla 23 de enero de 2012, Sección 2, Rec. 7617/2011.

²⁴ Así lo ha expresado la SAP A Coruña de 4 de julio de 2014, rec. 141/2014.

ciones precarias²⁵, puede ser causa de extinción²⁶, o en su caso reducción, de la pensión en el caso de los hijos mayores de edad²⁷; parece asumir de este modo la jurisprudencia española que en la actualidad no puede aspirarse, con carácter general, en nuestro país a unas condiciones laborales dignas y estables, que garanticen y consoliden la independencia económica de los más jóvenes.

2. La necesaria convivencia de los hijos mayores de edad en el domicilio familiar. A propósito de la interpretación del art. 93.2 del Cc

Señala el art. 93.2º Cc que “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”, y con fundamento en esta previsión legal, son numerosas las resoluciones judiciales que condicionan el reconocimiento de los alimentos a los hijos mayores de edad a la efectiva convivencia familiar; así, por ejemplo, ha declarado la AP de Barcelona que “La prestación alimenticia para el hijo mayor, ha de quedar extinguida por cuanto el mismo, en uso de la plena capacidad de obrar, ha decidido después de alcanzar la mayoría de edad, dejar la convivencia que venía manteniendo en el núcleo familiar materno. El vínculo de legitimación de los progenitores en cuanto a los alimentos de los hijos después de la mayoría de edad desaparece cuando los hijos adoptan los actos propios que tienen por conveniente, sin que se desplace en tal caso la legitimación al otro progenitor en el caso de que pasen a convivir con el mismo. Son en tal caso los hijos los que tienen la legitimación de reclamar alimentos a sus progenitores en caso de precisarlos”²⁸.

²⁵ Ha declarado igualmente la SAP Vizcaya que “La inestabilidad de los empleos desarrollados por los hijos, son circunstancias que derivan de la situación actual del mercado de trabajo al que acceden los jóvenes. En resumen, no cabe duda de que el demandante se ha incorporado al mercado laboral, sin que concurra la situación de necesidad, ya que se encuentran ante la posibilidad cierta de alcanzar una plena independencia económica». (SAP Vizcaya de 12 de julio de 2004, Rec. 809/2003). En este mismo sentido, véase SAP Barcelona de 17 de junio de 2014, rec. 278. por la que, interpretando las normas reguladoras de la concesión de la pensión de alimentos conforme a la realidad social actual (art. 3.1 CC), se determina que el acceso al mercado laboral, aunque sea con una retribución reducida o con contratos de trabajo temporales, es causa suficiente para dejar sin efecto la prestación fijada en proceso matrimonial.

²⁶ Especialmente significativa resulta en este sentido la decisión de la AP Santa Cruz de Tenerife al extinguir la pensión en favor de un hijo de 27 años que cursa una segunda carrera, considerando que no se justifica la percepción de una pensión, habida cuenta de la posibilidad de acceder al mercado laboral. Se dice expresamente en la citada resolución que “No desconoce obviamente este Tribunal la situación de crisis que atraviesa el país y, en particular, la desmotivación generalizada de las jóvenes generaciones en estas circunstancias. Pero, precisamente por eso y porque el futuro siempre ha sido y será incierto —en todas las épocas históricas— es preciso arrancar y tomar las riendas de la propia vida. En nada se favorece a un hijo si, completada satisfactoria y suficientemente su formación académica de acuerdo con su edad, se fomenta la comodidad y el inmovilismo con la dependencia económica de sus padres sine die, quienes seguirán estando ahí, como apoyo, no en sustitución de lo que ya son sus propias obligaciones y responsabilidades”. Véase SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de septiembre de 2013, rec. 625/2012.

²⁷ Afirma la SAP Barcelona de 17 de junio de 2014 (rec. 278/2013) que, interpretando las normas reguladoras de la concesión de la pensión de alimentos conforme a la realidad social actual (art. 3.1 CC), se determina que el acceso al mercado laboral, aunque sea con una retribución reducida o con contratos de trabajo temporales, es causa suficiente para dejar sin efecto la prestación fijada en proceso matrimonial, por lo que declara extinguida la obligación de alimentos de un padre respecto de uno de sus hijos, de 25 años de edad y en tales circunstancias de temporalidad laboral.

²⁸ SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 25 marzo de 2015, Rec.98/2014. Con anterioridad, el propio TS estableció que cuando se ejerce al salir del hogar familiar el mayor valor del ser humano como es el del ejercicio de la libertad personal, no puede ni debe olvidarse, dicha libertad, “exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área

Apunta a este respecto BERROCAL LANZAROT que la situación de convivencia no puede concebirse como la mera residencia en la misma vivienda, bien al contrario, se exige una convivencia familiar en sentido estricto²⁹. Tanto es así, que parece necesario entonces constatar la existencia de una ausencia de vida independiente económicamente; de forma que se puede equiparar la convivencia familiar con la falta de autonomía o de independencia económica (SAP Ciudad Real de 18 diciembre de 2014, rec. 220/2014). Sin embargo, se muestra flexible la jurisprudencia en ocasiones cuando define qué deba entenderse por convivencia familiar; y en consecuencia, ésta tendrá lugar «cuando un hijo mayor está a cargo económicamente de sus progenitores, aunque no conviva diariamente con ellos, siendo muy común que los hijos, por razón de sus estudios, se trasladen a vivir a otra localidad, sin que por ello se produzca la desaparición del criterio de la convivencia. Y a sensu contrario, no se daría el presupuesto legal, si a pesar de convivir con un progenitor, el hijo mayor no depende de él» (SAP Gerona, Secc. 1.ª, 21 marzo 2006).

A propósito de la citada flexibilidad jurisprudencial, especial consideración merece a este respecto la SAP de Cádiz de 23 de junio de 2004 en la que el padre solicita que se tenga por extinguida la pensión alimenticia a favor de su hija mayor de edad, ya que, según resultó acreditado en el proceso, convivía maritalmente con otra persona. Con todo, contrariamente a lo pudiera pensarse, sostuvo la Sala que tal pretensión no podía ser acogida, puesto que “a diferencia de lo que ocurre con la pensión compensatoria, la de alimentos para los hijos no se extingue por la convivencia marital del beneficiario con otra persona», argumentando que «Para que se produzca un efecto tan radical es necesario que como consecuencia de dicha convivencia, la situación económica del alimentista haya mejorado hasta el punto de que sea suficiente para hacer frente a sus propias necesidades, extremos del que no existe prueba alguna en autos»³⁰.

Concluye PÉREZ MARTÍN³¹, a propósito de la configuración de este requisito que existen situaciones en las que, la falta de convivencia de hijo mayor de edad en el domicilio familiar, se puede asimilar a la convivencia, así por ejemplo:

- a) Cuando el hijo mayor y el progenitor conviven en un domicilio distinto al familiar; a estos efectos, es opinión de este autor, que lo relevante no es el domicilio, como espacio físico, donde convivan sino que la falta de autonomía del hijo mayor de edad le obligue a convivir con uno de los progenitores.

de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas que de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza” (STS 151/2000 de 23 de febrero de 2000, Rec. 433/1995).

²⁹ A. I. BERROCAL LANZAROT, “Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados: a propósito del artículo 93.2 del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 88, núm. 731, 2012, pp. 1586-1587. Ciertamente, a tenor de los diversos pronunciamientos judiciales, debe interpretarse que la convivencia a que se refiere el art. 93, 2º Cc no se identifica con la convivencia en sentido físico. Lo relevante será la existencia de una unidad de economía familiar, que es lo que constituye el fundamento último del precepto.

³⁰ Sorprende una interpretación tan favorable al hijo mayor de edad, que contrasta poderosamente con la seguida en ocasiones por el propio TS (STS de 23 de febrero de 2000), y por las Audiencias Provinciales (SAP Málaga de 17 de diciembre de 2004), y según la cual la libertad del hijo, y su decisión de abandonar el domicilio familiar conlleva renunciar a las ventajas del acogimiento económico en el entorno familiar.

³¹ A. J. PÉREZ MARTÍN, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, I, Vol. 2, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2011, p. 556.

- b) Cuando el hijo mayor convive en el domicilio familiar, pero cursa estudios en una ciudad distinta, retornando los fines de semana o periodos breves de tiempo al domicilio familiar, se considera que estas ausencias del domicilio familiar están justificadas (SAP de Álava, Sección 1.^a, de 24 de mayo de 2000, Rec. 115/2000).

Abundando en lo expresado, concluye MORENO VELASCO que resulta importante, a los efectos del reconocimiento jurisprudencial de la pensión en el procedimiento matrimonial de sus padres, que regrese con frecuencia al domicilio familiar ya que si vive fuera del domicilio familiar y solo regresa esporádicamente a éste el requisito de la convivencia no concurriría³².

Claro que la mera residencia de los hijos mayores de edad con los padres en el domicilio familiar, no constituye por sí sola fundamento necesario para el reconocimiento de la prestación de alimentos a favor de éstos³³. Esto es, la jurisprudencia en estos casos se inclina por una exégesis finalista de lo previsto en el art. 93.2º Cc exigiendo legalmente para el reconocimiento de los alimentos que el hijo mayor de edad permanezca bajo el amparo económico del progenitor, conviviendo con él y dependiendo de éste como requisito para su legitimación, como gestor de los intereses de su hijo, para reclamar alimentos en su nombre³⁴.

Ahora bien, es lo cierto que la exigencia legal de “convivencia familiar” para el reconocimiento de alimentos a los hijos mayores de edad, constituye un elemento fundamental para la delimitación jurisprudencial de la legitimación activa de los padres en la reclamación de alimentos en representación de los hijos mayores de edad. En efecto, como ha declarado el TS “el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”. En opinión del Alto Tribunal, del citado art. 93.2 del Cc surge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. En efecto, en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponden al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del

³² V. MORENO VELASCO, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio”, *Diario La Ley*, núm. 7433, Sección Tribuna, 28 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-212.

³³ En efecto, pese a que la hija vive con la madre no se reconoce el requisito de la convivencia por cuanto «la hija habita en una dependencia que parece está dotada de los servicios mínimos de habitación, y lo que es más importante, la madre no ejerce las funciones de dirección y organización de la convivencia familiar, manteniendo ambas, vidas personales y económicas independientes». Cfr. SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de julio de 2009, Rec. 49/2009.

³⁴ Así se desprende de la SAP Málaga, sec. 6.^a, de 7 de mayo de 2009, rec. 744/2008, cuando explica que “la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran, concluyéndose de todo lo expuesto que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”.

otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores (STS Supremo Sala 1ª, de 24 de abril de 2000, rec. 4618/1999).

Así, cuando los hijos que han llegado a la mayoría de edad siguen viviendo en el que fuera domicilio familiar sin tener una economía propia e independiente, son los padres los únicos legitimados para disputar entre ellos la forma de repartirse la carga alimenticia representada por esos hijos dependientes, sin necesidad de tener que demandar también a aquéllos, meros beneficiarios pasivos de la economía del progenitor que los mantiene y con quien de hecho conviven (SAP Málaga de 17 de diciembre de 2004, rec. 1110/2002).

Ahora bien, nada obsta, a que cuando los hijos se independicen económicamente o salgan del domicilio familiar, puedan solicitar a los padres directamente los alimentos a que crean tener derecho, atendiendo a las que sean entonces sus necesidades no buscadas de propósito y no derivadas de su falta de aplicación al trabajo, en relación con los recursos y posibilidades de los padres en ese momento para atender las necesidades de aquéllos sin desatender las suyas propias (art. 152.2ºCc). En todo caso, bien entendido, que la legitimación de los hijos para reclamar alimentos a los padres de forma independiente, no deriva de la circunstancia de haber cumplido dieciocho años, sino de la de tener una economía separada e independiente de la del progenitor con quien viven, y naturalmente, el éxito de la reclamación dependerá de que demuestren que dicha economía propia es insuficiente (sin culpa suya y sin poderlo remediar) y que los padres demandados disfrutaban en cambio de una situación acomodada y de recursos suficientes para sostenerlos sin desatender sus propias necesidades (SAP Málaga de 7 de mayo de 2009, rec. 744/2008).

En cuanto a la controversia sobre legitimación activa para reclamar alimentos en nombre de los hijos mayores de edad, el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse (STS Sala 1ª, de 24 de abril de 2000, rec. 4618/1999) y ha declarado que los padres pueden pedir alimentos para los hijos que convivan con ellos, pese a su mayoría de edad, si los precisan, en el marco de los procesos matrimoniales, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo independiente (más reciente, STS de 12 de julio de 2014, Rec. 79/2013).

Por último, destaca la jurisprudencia la opción del alimentante en el sentido de satisfacer los alimentos mediante el acogimiento de su hija en su domicilio, sin que pueda excluirse dicha posibilidad mientras no se acredite la existencia de circunstancias de algún tipo que excluyan esa opción. Por ello, sin desconocer el derecho a tomar la decisión por los hijos mayores de edad de abandonar el hogar familiar, como una opción totalmente voluntaria, esta circunstancia a decir de la jurisprudencia, no permite estimar la pretensión de alimentos reclamada fuera del hogar familiar (Véase en este sentido, SAP Madrid (Sección 19ª), de 12 junio de 2013, Rec. 45/2012).

Recapitulando, coincidimos con MORENO-TORRES cuando afirma que la pretensión del art. 93.2.º Cc no es otra que legitimar para reclamar una pensión alimenticia a quien en principio no lo estaría (el progenitor conviviente), por no reunir la condición ni de alimentista ni de representante legal. De esta afirmación se desprende entonces que dicho precepto no modifica los presupuestos sustantivos que han de concurrir para el nacimiento del derecho de alimentos en favor de los hijos mayores de edad, que continúan siendo los señalados para los alimentos entre parientes con carácter general, a saber: la relación de parentesco, el estado de necesidad del alimentista y la posibilidad económica del alimentante³⁵.

³⁵ M.L. MORENO-TORRES HERRERA, “Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pp.289-290. Es de esta misma opinión MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*,

En definitiva, hacemos nuestra la interpretación de la citada autora, por la cual el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, a tenor del art. 93.2 Cc, no se encuentra sometido a unos presupuestos específicos, ello porque el art. 142, 2.º Cc no impone para el reconocimiento de este derecho una particular conducta en el alimentista, limitándose a ordenar la reducción de su cuantía sobre la base de la desidia o insuficiente interés del hijo en sus estudios; en efecto, el art. 93, 2.º Cc no exige la convivencia con uno de los padres como requisito para ser acreedor de alimentos del otro, sino como circunstancia que ha de concurrir para que la fijación de alimentos pueda tener lugar en el marco del proceso matrimonial de los padres, a instancias del progenitor conviviente, y que ciertamente en ocasiones constituirá un indicio de que el hijo mayor de edad ha alcanzado la independencia económica, pero sin presuponer que dicha falta de convivencia familiar por sí sola excluya el derecho a la percepción de alimentos.

3. Notas sobre los alimentos en favor del hijo mayor de edad discapacitado y su consideración jurisprudencial como menor de edad “in potestate”

Particularmente significativa resulta la doctrina sentada por el TS a propósito de los alimentos a un hijo mayor de edad en situación de discapacidad, y por la cual “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.”³⁶. Por ello, en consideración a los principios que proclama la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007³⁷, deben eliminarse cuantas barreras puedan impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, de suerte que se promueva un cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad.

Por ello, como con acierto puntualiza el TS en la citada sentencia, “Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o

Editorial Tirant lo Blanch, 1º ed., Valencia, 1999. Puede concluirse que el art. 93.2 Cc no establece los requisitos necesarios para que el hijo sea acreedor de alimentos, lo que se determina de acuerdo con los arts. 142 y ss Cc, es la posibilidad de que el juez determine el cumplimiento de la obligación en el mismo proceso en el que se dirime la nulidad, separación o divorcio si se cumplen los requisitos establecidos en el citado precepto.

³⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 7 de julio de 2014, rec. 2103/2012.

³⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”.

Es de esta opinión VIVAS TESÓN, cuando proclama la necesidad de articular mecanismos de tutela y protección de las personas con discapacidad, que faciliten el reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad en el mismo sentido y con idénticas consecuencias que a los menores de edad; por ello, a su juicio, muestra escasa sensibilidad el legislador español, en numerosas ocasiones respecto a las personas con capacidad de obrar limitada, cuando no reconoce idénticas garantías y derechos que los que se atribuyen por la legislación española a los menores de edad. Por consiguiente, propone entre otros mecanismos de tutela la configuración de un principio general de interés superior de la persona con discapacidad, o el reconocimiento de un derecho a ser oído en términos similares al que se reconoce al menor de edad³⁸. En efecto, la ratificación del citado Convenio, con sus principios, y derechos a favor de la persona con discapacidad, determina, en opinión de la citada jurista, la necesidad de acoger estos principios de tutela y garantía en las resoluciones judiciales, tal y como ha interpretado el TS al equiparar al hijo mayor de edad discapacitado y sin recursos económicos con el menor de edad.

Con anterioridad tuvo oportunidad de pronunciarse a este respecto la AP Murcia, concluyendo que si bien el hijo mayor de edad llevaba años trabajando, la escasa cuantía del salario que percibía (477,56 €), no permitía garantizar la independencia económica de la hija ni la posibilidad de que ésta lo haga, pues de sobra conoce el apelante que el trabajo que realiza su hija lo es en un establecimiento especial que da trabajo en situaciones de minusvalía y que hija padece acondroplasia y se encuentra conviviendo con la madre que la asiste, por lo que, a pesar de los ingresos obtenidos por la misma, resulta necesario, dadas las circunstancias físicas de la hija, que el padre siga contribuyendo en la cuantía que hasta ahora lo venía haciendo dadas las posibilidades del mismo” (SAP Murcia de (Sección 5ª) de 17 enero de 2006, rec. 416/2005).

En este mismo sentido, se ha pronunciado la AP Vizcaya, cuando en el marco de un proceso de incapacitación, señaló que teniendo en cuenta las circunstancias personales de la hija mayor de edad, y ante la mera existencia de ingresos provenientes de instituciones públicas para paliar la situación de incapacidad, no justifican por sí solas la supresión de la pensión, por no cumplirse los requisitos del art. 93 del CC; ya que, considerando los gastos de asistencia médica y medicación, y las necesidades básicas a las que no se puede hacer frente sólo con la pensión que percibe, y teniendo además otro tipo de necesidades, materiales y sociales que generan una dedicación casi exclusiva de su madre, y que también deben ser valoradas, no puede permitirse la extinción de la pensión³⁹.

³⁸ I. VIVAS TESÓN, “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XC, septiembre- octubre, núm. 745, 2014, pp. 1511-1512.

³⁹ Recuerda la citada sentencia que cuando los hijos mayores de edad están incapacitados “No nos encontramos ante un hijo mayor de edad que convive en el domicilio familiar, y que aunque obtenga pequeños ingresos, alcanza a cubrir sus necesidades básicas, siendo además previsible que su situación laboral evolucione hacia unas mejores condiciones, no necesitando la ayuda de sus progenitores en ningún otro ámbito de su vida.

IV. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS POR LOS ABUELOS

Resulta obligado inicialmente poner de manifiesto la diferente naturaleza jurídica de la obligación de alimentos que incumbe a los padres, “ex at. 93 Cc”, respecto de la obligación de alimentos entre parientes que se reconoce en los artículos 142 y ss. Cc, y en la que se fundamenta la pretensión de alimentos de los nietos frente a los ascendientes. A esta diferenciación alude una célebre sentencia del Juzgado de Gijón que establece para los abuelos maternos y paternos la obligación de prestar alimentos a la nieta menor de edad, cuando expresa que la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso para con los hijos mayores de edad, pues la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda (St. Jugado núm. 11 Gijón de 27 de mayo de 2014). Es por ello que, según explica la citada sentencia, corresponde atender a los criterios legales establecidos en materia de alimentos entre parientes, desde una doble perspectiva: por un lado, la de los conceptos que deban integrar tales alimentos (artículo 142 Cc), como “todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, además de “la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”; y por otro lado, la relativa a los criterios de proporcionalidad para fijar su cuantía (arts. 146, 147 y 152.2 Cc). De esta forma, la cuantía de los alimentos “... será proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”, y “se reducirá o aumentará proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”, y por último, se extinguirá “...cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.

Bien es verdad, que en todo caso, y atendiendo las especiales circunstancias que en cada caso puedan concurrir acoge la jurisprudencia, “...la petición subsidiaria de los abuelos paternos de la prestación de alimentos, en su propia casa, a sus tres nietos y que en nada afecta a la obligación principal de los padres y a lo que se acuerde y decida en la pensión alimenticia de los hijos en los autos de divorcio de sus padres y revocarse la sentencia apelada con aplicación de la obligación alternativa del art. 149 del Código Civil”⁴⁰.

Por otra parte, precisamente por su carácter excepcional, no corresponderá a los abuelos satisfacer cantidad alguna en concepto de gastos extraordinarios, propios de la fijación de una pensión de alimentos paterno-filiales (art. 93 Cc), pero que no integran el concepto de alimentos legales entre parientes; debiendo, por el contrario, analizarse en cada caso si tal

... tiene unas necesidades que no pueden ser cubiertas con una mera aportación económica, que no alcanza ni para cubrir sus necesidades meramente materiales y tampoco las necesidades de dedicación y ayuda, que conlleva su situación, siendo evidente que no tienen por qué ser cubiertas exclusivamente por el progenitor que con ella convive.

El padre tiene ingresos, y aunque en la actualidad obtenga de su trabajo personal menores ingresos que antes, también es cierto que sus obligaciones con respeto, a sus otros hijos y esposa han disminuido, por lo que resulta incuestionable que puede y debe hacer frente a la cuantía de alimentos que venía aportando a favor de (la hija incapacitada)...” Véase SAP Vizcaya (Sección 4ª) Sentencia núm. 39/2003 de 15 enero de 2003, rec. 385/2002.

⁴⁰ Ciertamente el carácter subsidiario de la obligación para los abuelos, y la ausencia de circunstancias que impida la prestación de alimentos en el propio domicilio del alimentante el que permite acoger esta posibilidad como privilegio del alimentante. Así lo ha expresado la SAP Sevilla de 15 Ene. 2009, Rec. 6751/2008.

gasto extraordinario será susceptible de incluirse en los conceptos del artículo 142 Cc, y si procederá su asunción por los abuelos.

Con anterioridad, el propio Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a la prestación de alimentos por los abuelos, y en este sentido apuntó que cuando los padres, como primeros obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad, no se encuentran en condiciones de hacerlo, se hace extensiva la legitimación pasiva a los abuelos, pero no por ignorar la obligación o deber de los padres en primera instancia, sino por su probada imposibilidad para dicho cumplimiento⁴¹. En la misma resolución señala el TS que si el ascendiente (abuela materna en este caso) ya viene cumpliendo de manera voluntaria dicho deber de acuerdo con sus posibilidades, "... su llamada al pleito era no sólo innecesaria, sino incluso temeraria, en cuanto la pretensión contra ella habría carecido de contenido al estar ya cumplida extraprocesalmente la obligación alimenticia que a ella le afectaba, ..., de acuerdo con sus posibilidades, sin que exista por otra parte, dato alguno que permita afirmar que no se da la proporcionalidad exigida por la Ley entre todos los obligados, es claro que no puede aceptarse la concurrencia de la citada infracción legal".

Con todo, la SAP de Tarragona, Secc. 3ª, de 26 de febrero de 2003 (rec. 359/2002) examina detenidamente esta controversia en un supuesto en que se plantea por los abuelos paternos demandados la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en cuanto a los abuelos maternos. Y así, tras acoger la doctrina jurisprudencial que exige llamar al juicio a todos los obligados, al menos, a los que se encuentran en el mismo grado o, en su caso, en grados precedentes, a fin de establecer la proporción en que cada uno habrá de contribuir a la prestación alimenticia, establece que este principio presenta tres excepciones, a saber: primera, el caso de urgente necesidad del alimentista; segunda, cuando uno de los obligados no pueda contribuir de forma notoria y justificada; y tercera, frente a aquellos que judicial o extrajudicialmente ya están cumpliendo con esta obligación, ya que en tal supuesto falta el principio de interés legítimo contra ellos, que es esencial para viabilidad de toda acción. En este sentido, ha seguido la misma doctrina la SAP de Barcelona, Secc. 18ª, de 12 de diciembre de 2007 (rec. 368/2007), al considerar que "el hecho de estar ya cumpliendo la obligación de alimentos de forma voluntaria por parte de los abuelos maternos, excluye también la necesidad de demandarlos en el supuesto enjuiciado en, pues el tribunal juzgador entiende acreditado que la madre recibe ayuda periódica de sus padres para alimentar al menor"; claro que, esta doctrina ha encontrado pronunciamientos contradictorios en los que se considera necesario reclamar a todos los abuelos cuando sus economías sean muy similares. De este modo, no se excluye la legitimación pasiva de los abuelos que de forma voluntaria prestan alimentos a sus nietos, como requisito para determinarse en el correspondiente procedimiento en qué medida cumplen con esa obligación y los medios con los que cuentan, como presupuesto inexcusable para determinar la proporción en que, en su caso, deban prestar alimentos, en relación con los abuelos paternos, que sí fueron demandados (SAP de Tarragona, Secc. 3ª, de 26 de febrero de 2003, rec. 359/2002).

⁴¹ Reconoce el TS que la obligación legal de alimentos descansa en la existencia de un vínculo de parentesco entre quien se encuentra en un estado de necesidad y tiene derecho a pedirlos y quien por encontrarse con posibilidades económicas, debe prestarlos; de este modo, cuando sean dos o más los obligados a satisfacerlos, declarado probado que los menores en edad escolar carecen de bienes de fortuna y reclamados a quienes no pueden prestar la asistencia debida, ni su padre por encontrarse en paradero desconocido, ni su madre, por carecer de medios económicos suficientes, debe admitirse la posibilidad, de obtenerlos de los demás parientes, sin ignorar que los progenitores son los primeros obligados a satisfacer el derecho a alimentos en su más amplio sentido de los menores, fundamentalmente como emanación de su derecho deber de patria potestad. Cfr. STS de 2 de diciembre de 1983, Ponente: Excmo Sr. Rafael Pérez Gimeno.

Lo cierto es, sin embargo, que si bien en la actualidad son muchas las familias que encuentran un soporte fundamental en el apoyo económico y solidario de los abuelos, no es menos cierto que el deber legal de alimentos debe diferenciarse de la decisión libre y unilateral de alguno de los abuelos de realizar determinados pagos para el amparo de los nietos, ya sean en dinero o en especie, porque en ningún caso obedecen al cumplimiento de una obligación, y según ha declarado la jurisprudencia (SAP Murcia de 8 de julio de 2014), no podrán justificar la solicitud de reducción de la pensión alimenticia que los progenitores deben satisfacer. Más recientemente, la AP Madrid ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto, señalando igualmente que no puede ampararse el progenitor a quien se reclaman alimentos en la ausencia de necesidad de la hija porque ya le proporcionan los alimentos sus abuelos maternos. Y a este respecto debemos recordar que se establece un orden legal de prestación de alimentos en el artículo 144 del Código Civil y, la obligación de los abuelos para con sus nietos, es posterior, a la de los padres para con sus hijos⁴².

Por último, a propósito de la determinación de contenido y cuantía de los alimentos que prestan los abuelos a sus nietos, en opinión de CALLEJO RODRÍGUEZ habrá que atender a los criterios legales establecidos en materia de alimentos entre parientes desde una doble perspectiva: en primer lugar, la de los conceptos que hayan de integrar tales alimentos, reflejados en el artículo 142 CC; y en segundo lugar, la relativa a los criterios de proporcionalidad para la fijación de su cuantía arts. 146, 157 y 152.2 CC⁴³. Bien entendido en todo caso respecto a la forma de satisfacción, tal y como se ha apuntado con anterioridad que la jurisprudencia no observa dificultad legal alguna en que pueda satisfacerse mediante la prestación de alimentos en el propio domicilio de los abuelos, salvo causa probada que acredite su imposibilidad⁴⁴.

V. A MODO DE VALORACION FINAL

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este estudio, no podía sustraerse la doctrina jurisprudencial a la devastadora incidencia que la crisis financiera que atraviesa nuestro país ha significado para las estructuras familiares y sociales. Y así, encontramos que de una manera espontánea las resoluciones judiciales han incorporado el argumento de la crisis económica y sus consecuencias como principio fundamentales en la interpretación y aplicación del Derecho de familia.

No resulta fácil para la jurisprudencia en ocasiones conciliar el evidente retraso en la posibilidad de independización económica de los hijos mayores de edad, que hasta edad bien avanzada conviven en el domicilio familiar y dependen económicamente de sus padres, ante la imposibilidad de acceder al mercado laboral a una edad temprana con las indiscutibles

⁴² Concluye la citada sentencia señalando que “Siendo así que la encomiable actitud de unos abuelos que, ante el incumplimiento de un padre de alimentar a su hija, no dejan a su nieta desamparada pres-tándole la necesaria ayuda para sobrevivir, ni exonera al padre incumplidor de su obligación de prestar alimentos a su hija ni genera la obligación de los abuelos de prestar los alimentos a su nieta por delante de los padres de esta”. SAP Madrid (Sección 21ª) de 24 febrero de 2015, Rec. 112/2014.

⁴³ C. CALLEJO RODRÍGUEZ, “Alimentos a cargo de los abuelos por insolvencia de los padres”, *Diario LA LEY Derecho de familia*, núm. 4, Cuarto trimestre de 2014, p. 10.

⁴⁴ Véase SAP de Sevilla, Secc. 6ª, de 15 de enero de 2009, rec. 6751/2008), que admite la petición realizada por los abuelos (ex art. 149.2 CC) para que sus nietos recibieran las comidas en casa de aquéllos, por no encontrar impedimento alguno legal ni moral, ni concurrir circunstancias de hecho que impidiesen dicha opción, por la proximidad del domicilio de los menores con el de los abuelos.

dificultades y limitaciones económicas a las que deben hacer frente los progenitores. Nunca como hasta ahora se había mostrado de forma tan visible que el tratamiento legal y jurisprudencial de la obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad se encuentra condicionado por la falta de armonía entre la edad en la que, conforme al art. 315 Cc, tiene lugar la emancipación legal, y la edad en la que social y económicamente de facto se está alcanzando la independencia económica por los hijos en la sociedad española.

En efecto, no duda la jurisprudencia cuando de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad se trata en establecer y delimitar esta obligación a partir de la institución de la patria potestad, por lo que el estado de necesidad se presume, de suerte que cuando mediante circunstancias sobrevenidas se hace necesario, bien modificarlo o extinguir la pensión reconocida al hijo menor, atendiendo a la precaria situación económica de los progenitores solo excepcional y restrictivamente se reconoce la suspensión de la misma, y en todo caso, se muestra mayoritariamente favorable al establecimiento de lo que se ha venido en definir como “mínimo vital” o “mínimo de subsistencia” en favor de los hijos menores.

Ahora bien, no debemos olvidar en estos casos, cuando el progenitor no custodio carece completamente de medios, o se encuentra en la más absoluta situación de pobreza, ello no le exime de su responsabilidad parental con los hijos menores, y se le requiere el mismo compromiso y dedicación en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la patria potestad, realizando cuantas actuaciones sean precisas y se encuentren jurídicamente a su alcance para obtener los alimentos que la ley garantiza a sus hijos. Así, cuando ellos mismos no puedan cubrir dichas necesidades, se les puede exigir que reclamen dichos alimentos conforme a los arts. 142 y ss del Cc, a otros parientes, tal y como de hecho ya está sucediendo en las reclamaciones judiciales de alimentos por parte de los nietos a los abuelos.

Por otra parte, pudiera concluirse, en principio que la jurisprudencia se muestra especialmente generosa con el interés de los hijos mayores de edad, habida cuenta que las más de las veces realiza una lectura flexible y muy favorable de las exigencias legales que con carácter general deben concurrir en relación con el derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad. Tanto es así que para la vacilante doctrina jurisprudencial en ocasiones ni siquiera la desidia o dejadez en la responsabilidad por los estudios o la pereza en la búsqueda de un empleo implicará la pérdida o extinción de la pensión alimenticia; bien al contrario, podrá determinar la reducción de la pensión alimenticia, que no deberá comprender desde entonces la satisfacción de los gastos propios de formación.

Mucho tiempo, y no pocos avatares sociales y económicos, han transcurrido desde que el Tribunal Supremo en el año 2001 se revelara contrario a fomentar una actitud de “parasitismo social” en los jóvenes de entonces, cuando pretendía alcanzada la mayoría de edad continuar con sus estudios, en lugar de acceder al mercado laboral. En la actualidad, los tribunales de nuestro país se muestran sensibles, salvo excepciones, con el hecho de que los hijos mayores de edad continúen dependiendo económicamente de sus padres mientras no hayan terminado su formación, y ello aunque decidan vivir fuera del domicilio familiar. Ello no obstante, entendemos que el reconocimiento de esta libertad no debe representar un mayor esfuerzo económico para los progenitores, lo que puede resolverse estableciendo una pensión cuyo importe no supere el efectivamente desembolsado por los alimentantes mientras acogieron al hijo mayor de edad en su domicilio.

Finalmente, podemos concluir que las dificultades y problemas económicos a los que se enfrentan las familias españolas en la actualidad han suscitado la aparición de un nuevo fenómeno, cuya incidencia se ha dejado sentir en los últimos tiempos en la jurisprudencia, captando igualmente el interés de la doctrina. En efecto, la prestación de alimentos por los abuelos a los nietos menores de edad, como obligación que de forma natural y voluntaria vie-

nen cumpliendo los ascendientes, está dando paso recientemente a una realidad mucho más compleja, y dramática en la que los hijos reclaman judicialmente alimentos a sus padres en favor de los nietos, ante la falta de recursos propios para satisfacerlos. Y si bien este hecho no es nuevo, pues era ya conocido para la jurisprudencia, la precariedad laboral, la inestabilidad económica y las dificultades propias de una larga crisis financiera han favorecido la reformulación jurisprudencial, desde una nueva perspectiva, sin duda más flexible y tolerante, de la obligación legal de alimentos entre parientes, y en particular, de los alimentos a los descendientes menores de edad.

V. RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- E. ABAD ARENAS, "Reclamación de alimentos en favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal", *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, pp. 15-75.
- A. I. BERROCAL LANZAROT, "La pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los gastos extraordinarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, mayo-junio, 2013, pp. 1820-1880.
- A. I. BERROCAL LANZAROT, "Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados: a propósito del artículo 93.2 del Código Civil", *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, Año núm. 88, núm. 731, 2012, pp. 1568-1612.
- C. CALLEJO RODRÍGUEZ, "Alimentos a cargo de los abuelos por insolvencia de los padres", en *Diario LA LEY Derecho de familia*, núm. 4, Cuarto trimestre de 2014, pp. 1-13.
- P. CHAPARRO MATAMOROS, "Reflexiones en torno a la pensión de alimentos: la irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos. Comentario a la STS núm. 162/2014, de 26 de marzo", *Revista boliviana de derecho*, núm. 19, enero 2015, pp. 546-561.
- M. I. DE LA IGLESIA MONJE, "Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIX, noviembre diciembre, núm. 740, 2013, pp. 4167-4182.
- C. FLORIT FERNÁNDEZ, *Las pensiones alimenticias treinta años después de la modificación del Código civil por la Ley 11/1981 de 13 de mayo*, Universidad de Murcia, 2014.
- N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *Últimas tendencias en derecho de alimentos*, en LLAMAS POMBO, E. (coord.), "Nuevos conflictos en el Derecho de Familia", 1ª ed., LA LEY, Madrid, Febrero 2009, pp. 647-718.
- N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002.
- V. MORENO VELASCO, "Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio", *Diario La Ley*, Nº 7433, Sección Tribuna, 28 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-212.
- M. L. MORENO-TORRES HERRERA, Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pp. 281-309.
- A. J. PÉREZ MARTÍN, y L. PÉREZ RUFÍÁN, "La crisis económica y la pensión alimenticia", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54, 2012, pp. 25-46.
- C. ROGEL VIDE, "Crisis Económica y Solidaridad Familiar. Los Alimentos entre Parientes", *JURISMAT*, Portimão, núm. 2, 2013, pp. 17-32.
- C. ROGEL VIDE, *Alimentos y auxilios para la vida*, Editorial Reus, Madrid, 2012.
- I. TENA PIAZUELO, *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- I. VIVAS TESÓN, "La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* efectos de alimentos matrimoniales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XC, septiembre- octubre, núm. 745, 2014, pp. 2510-2541.

ESPAÑA EN SU CINE

Aprendiendo sociología con películas españolas

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado Penalista

Escuela Internacional de Postgrado de Granada

Fecha de recepción: 3 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 16 de junio de 2015

Reseña del libro:

ESPAÑA EN SU CINE
Aprendiendo sociología con películas españolas.
Dykinson. Madrid. (2015)
RODRÍGUEZ DÍAZ, Álvaro
(Editor)

ALVARO RODRIGUEZ DIAZ, editor y coautor del libro España en su cine, junto con un esmerado elenco de expertos (la mayoría sociólogos) que han contribuido a acercar la sociología al cine, lo que es un reflejo de la realidad no sólo social sino también cultural y económica. La obra la coordina el profesor RODRIGUEZ DIAZ, y colaborando como coautores MAESTRE ALFONSO, MARTIN GUTIERREZ, RODRIGUEZ RODRIGUEZ, MARTINEZ CASALÉ, BRUQUETAS CALLEJO, CASTRO VAZQUEZ, CASTRO MAESTRO, BEJARANO BELLA, MUÑOZ SANCHEZ, PEREZ FLORES, ROMERO RECHE, ROJO LABAIEN, MARTIN PALOMO, MUÑOZ TERRÓN, RODRIGUEZ DÍAZ, LOZANO VEGA, OLID GONZALEZ, INGLÉS YUBA, JUNCÁ PUJOL Y RODRIGUEZ HERRERO.

En el índice de la obra, los autores han escogido determinadas obras fílmicas, las cuales tienen todas un denominador común, es el reflejo exacto, y fotografía cabal, de un trozo de la historia de nuestro país del siglo pasado (siglo XX) y que nos explica desde una trama novelada aspectos de la vida cotidiana, que enlazan con la rutina, y sobre todo con un fondo agri dulce nos visualiza un modo de entender España, en sus necesidades reales vividas por el ciudadano de a pie.

La presentación de la obra, que hace el coordinador editor RODRIGUEZ DIAZ es obligada su lectura porque como él bien dice “la sociedad está presente en las películas que se realiza. Porque la película es una acción social. La historia del cine español es la historia de la sociedad española.” Y así tiene razón el autor porque en los años del franquismo después de la guerra civil, y motivado por una férrea censura las películas todas tenían un tono y tinte especialmente folclórico y/o religioso.

En este recorrido cinéfilo, agrada observar referencias a películas como la de BIENVENIDO MR. MARSHALL. El comentario de MARTIN GUTIERREZ es certero y sutil. Como todo el mundo sabe, es una gran película, del gran cineasta GARCIA BERLANGA y demuestra con una crítica social embadurnada con tono de comedia, pone de manifiesto la penuria y necesidad en la que se vivía en los años posteriores a la postguerra. Como dice el autor, “el HAMBRE” que padecían los maltratados españolitos desde el final de la guerra, y la necesidad de esperanza el “algo” y los americanos son como dice el autor ese “algo”.

Otra película que refleja magníficamente el problema de la migración es la *SEMPRE XONXA* (CHANO PIÑEIRO, 1989). En esta obra RODRIGUEZ RODRIGUEZ explica cómo se representa de los años 80 un tipo de migración determinada (la americana), en un territorio Galicia y en un tiempo concreto (los años 60, 70).

No podía faltar una película magnífica, ejemplo del surrealismo más atrevido y de inteligente concepción de su director JOSE LUIS CUERDA, y nos referimos a la película *AMANECE QUE NO ES POCO*. El estudio que lleva a cabo los autores MARTINEZ CASALÉ Y BRUQUETAS CALLEJO es ciertamente magnífico. Se dice que es una película irónica, yo diría más, es majestuosa en su discurso y su puesta en escena. Es una forma maravillosa de entender la locura desde la libertad de un genio como lo es JOSE LUIS CUERDA. Por eso coincido con los autores que la película lo de menos es su dimensión política, lo más brillante es el tono jocosos, cómico. Y lo extraordinario no se sitúa en un mundo lejano, sino en la vibrante coreografía de un ambiente rural plagado de tópicos al uso.

Otra magnífica película que refleja otra faceta de la emigración como un desarrollo y futuro es la de UN FRANCO, 14 PESETAS. Que relata la odisea de dos personajes en busca de un porvenir a través de la emigración, habida cuenta del negro panorama que se cernía sobre ellos en su vida cotidiana, en la España de las necesidades, de las carencias, y falta de libertad, y desconocimiento a todo tipo de derechos sociales.

Otra película esplendorosa y que resume con acierto en su comentario BEJARANO BELLA, es la de los SANTOS INOCENTES. Y lateralizamos unas palabras del autor que reflejan extraordinariamente el sentido crítico de la película: desigualdad e injusticia social en la España rural del franquismo. Esta película, centrada en una gloriosa novela del GRAN MIGUEL DELIBES, que como nadie ha sabido penetrar en el alma humana, y sobre todo retratar con tanta exquisita brillantez las injusticias sociales. Esta película se sitúa en plena dictadura franquista, precisamente en la época de la más pujante tecnocracia y es un retrato durísimo y exacto de la miseria rural y al clasismo imperante reflejado magníficamente por los personajes de la trama. Fundamentalmente por el Señorito Iván, hijo de la marquesa y heredero del latifundio, y su antagonista Paco “el bajo” que junto con Azarías, como explica el autor, caracteriza la resignación y el servilismo. Es un retrato que evidencia la injusticia social y la desigualdad más notoria y la absoluta falta de conciencia social y desprecio al entorno natural.

Otra película magníficamente retratada y de un registro completamente diferente pero que evidencia otra de las taras características del español de los años 60 y del desarrollismo y la incipiente pujanza de un turismo en ebullición es la película *TRES SUECAS PARA TRES RODRIGUEZ*, que como explican los autores MUÑOZ SANCHEZ Y PEREZ FLORES es un acercamiento a la sociología del cine del destape en la transición. En opinión de los autores, la particularidad de la película es la expresión RODRIGUEZ, haciendo alusión a la castiza situación en la que la familia se marcha de vacaciones mientras el padre permanece en la ciudad realizando su trabajo. La película es un reflejo de la España reprimida en contraposición con esa industria del turismo que despegaba y aportaba turistas, especialmente nórdicos que representaban como dicen los autores iconos de deseo sexual que desplegaban un fenómeno de valores muy diferentes al establecido en la España oficial. De hecho surgió un fenómeno en el cine español de esa época que fue apodado como “landismo” ya que su actor el magnífico ALFREDO LANDA supo retratar un personaje, de macho español reprimido y en busca de situaciones eróticas, que casi siempre evidenciaban una crítica a la censura y a la represión imperante en los hábitos sociales.

Por no hacer este recorrido pesado, escogemos otra película muestra de la picaresca de las élites en la transición democrática, en certeras palabras de ROMERO RECHE que es la

de “patrimonio nacional” que es una muestra y una exacta radiografía de la política de la transición. Y así coincidimos con el autor que no se trata de una película sobre el franquismo sino sobre la historia de la típica cacería franquista y una sutil e irónica crítica a la corrupción del poder.

En fin, el libro analiza a la sociedad española a través de las películas. Y es cierto como dicen los autores que los guiones de una película, aun siendo ficciones se inscriben en lo cotidiano y nos facilitan un retrato imaginario de la real, de la vida misma. Y su proyección en la pantalla nos permite interpretar a la sociedad con argumentos dialecticos gracias a las imágenes y a las relaciones sociales que constituyen los actores, con sus diálogos y silencios.

Es una obra de lectura necesaria, todos los autores han sabido analizar con sensibilidad y depurada crítica una radiografía de España en sus distintos ciclos desde el franquismo, postfranquismo, transición y democracia. Un acierto el libro, y todos los autores han sabido captar la realidad social magníficamente.

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, RÉGIMEN JURÍDICO, PROCEDIMIENTOS Y CONTROL. ESQUEMAS

NADIA UNDA BENKADRA

*Responsable del Área de Derecho Administrativo y Urbanismo
Letrada Iure Licet Abogados*

Fecha de recepción: 9 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 16 de junio de 2015

Reseña del libro:

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, RÉGIMEN JURÍDICO, PROCEDIMIENTOS Y CONTROL. ESQUEMAS

Dykinson. Madrid. (2015)

BURZACO SAMPER, María

***(Profesora Propia Adjunta de Derecho Administrativo
en la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE)***

El libro, objeto de esta reseña, y que el lector tiene a su disposición, proporciona una visión actualizada del Derecho Público, tanto desde la perspectiva del procedimiento administrativo común como en su vertiente contenciosa.

Los propósitos que presiden la obra discurren por el camino de proporcionar al lector un manual de consulta, eminentemente práctico, donde de forma esquemática, clara y precisa se exponen los entresijos de una regulación nada fácil, como es la normativa que regula el procedimiento administrativo común y el contencioso-administrativo.

Si tenemos en cuenta que las Leyes, son una consecución de preceptos, que no se explican por ellos mismos, se hace necesario contar con una obra como la que nos ofrece su autora, a través de la cual con un afán didáctico podamos entender la aplicación del derecho administrativo.

Todo ello hace que la obra resulte indispensable y de gran ayuda, tanto para aquellos que resulten neófitos en la materia y quieran disponer de una primera aproximación jurídica, como para aquellos que nos relacionamos frecuentemente con la Administración, y necesitamos pautas fiables para desenvolvernos con éxito ante los distintos organismos públicos, así como en Sala. También, esta obra está enfocada, por su claridad expositiva, al autoaprendizaje o preparación de oposiciones.

En cualquier caso, es de agradecer que la obra evite disquisiciones doctrinales, que aunque necesarias en determinados momentos, resultan poco prácticas, sobre todo teniendo en cuenta en el mundo en el que nos desenvolvemos en la actualidad, donde la inmediatez y la rapidez de respuesta se hacen indispensables.

La obra se encuentra dividida en tres grandes capítulos.

El primer capítulo expone el Régimen Jurídico de aplicación por las Administraciones Públicas, donde se exponen los principios generales que resultan de aplicación, la configu-

ración de las disposiciones administrativas, la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El segundo de los capítulos se centra en el estudio pormenorizado del Procedimiento Administrativo Común, cuya regulación reside en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

Por último, en el tercer capítulo, el autor se enfrenta al Proceso Contencioso Administrativo regulada por la vigente Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En conclusión, se trata de una propuesta actualizada, inteligente y eminentemente práctica, lo que sin duda, va a resultar de gran utilidad al lector.

COMENTARIOS A LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

*Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto
Abogada en Iure Licet*

Fecha de recepción: 5 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 16 de junio de 2015

Reseña del libro:

COMENTARIOS A LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA Dykinson. Madrid. (2015) AA.VV.

El libro que el lector tiene a su disposición es una magnífica obra colectiva que resalta la indiscutible necesidad existente de una actualización de la normativa marítima, con inspiración, tanto nacional como internacional. Si bien las expectativas que genera esta nueva norma son positivas, lo cierto es que, tal y como se desprende de las páginas de la presente obra, los retos existentes son muy amplios.

La obra se encuentra dividida en treinta y cinco capítulos, a lo largo de los cuales los diferentes autores que colaboran en la misma tratan los diferentes aspectos de la norma, incidiendo en los que puedan resultar de mayor interés.

Los primeros tres capítulos del libro inciden precisamente en el largo recorrido que ha sido necesario para la elaboración de una ley de navegación marítima, pasando por los tratados internacionales existentes en la materia y destacando especialmente las aportaciones de ANAVE a la nueva norma de navegación marítima. Estos tres primeros capítulos permiten al lector acercarse a la nueva ley, a los efectos de que comprenda los diferentes aspectos a tratar en la obra por los diversos autores que convergen en la misma.

Uno de los aspectos prácticos que mayor relevancia tiene en el presente libro son los contratos marítimos, de diversa naturaleza, y las implicaciones que la nueva norma ha tenido en los mismos. De esta manera, el cuarto capítulo trata de forma profusa el contrato de construcción naval, mientras que el quinto de los capítulos versa sobre el contrato de compraventa de buques. Por su parte, el noveno de los capítulos estudia el contrato de arrendamiento de buque, del mismo modo que el siguiente capítulo, el décimo, aborda el contrato de fletamento; al igual que lo hace el décimo cuarto, aunque lo realiza desde la perspectiva del Derecho inglés. El capítulo inmediatamente posterior, el décimo quinto, analiza la problemática jurídica que puede derivar, en la práctica contractual general, en relación al caso concreto de la indeterminación del buque en la ejecución de los contratos. Por su parte, el décimo sexto capítulo trata sobre el contrato de pasaje, mientras que el siguiente, el décimo séptimo, analiza el contrato de remolque. En esta misma línea, los capítulos décimo noveno y vigésimo, abordan las temáticas del contrato de manipulación portuaria y el de practicaje.

Analizados los aspectos contractuales antes mencionados, los diferentes autores de esta obra colectiva proceden a efectuar un examen en profundidad de la responsabilidad derivada de la navegación marítima. De esta manera, el capítulo décimo primero trata sobre la

responsabilidad del porteador por pérdida o daños, mientras que el capítulo décimo segundo versa igualmente sobre este mismo tema, aunque centrándose únicamente en la responsabilidad por retraso del porteador. Igualmente, el capítulo décimo octavo analiza la responsabilidad del consignatario del buque ante los daños sufridos por la carga. Asimismo, el capítulo vigésimo quinto analiza, junto con el vigésimo sexto, la responsabilidad por contaminación y los límites de la responsabilidad en la ley de navegación marítima.

Finalmente, el resto de los capítulos, que tratan nociones igual de relevantes para la navegación marítima, analizan aspectos más heterogéneos de la norma. Desde los privilegios marítimos hasta los procedimientos en la materia, pasando por las normas sobre el capitán, los derechos de la gente de mar, el derecho de retención de mercancías, el practicaje, el abordaje, la liquidación de las averías, el salvamento, el seguro de los buques, las cláusulas de jurisdicción, el embargo preventivo, la venta forzosa, el abandono de buques y la certificación pública de expedientes de Derecho marítimo.

En conclusión, esta obra colectiva conforma, no sólo un profuso recorrido de la nueva ley de navegación marítima, de indispensable lectura, sino también un medio de evidenciar los innumerables retos que aún es necesario abordar en la materia.

LA CRISIS NINJA Y OTROS MISTERIOS DE LA ECONOMIA ACTUAL

LAURA MARTIN LAITA
Licenciada en Periodismo

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2015
Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2015

Reseña del libro:

LA CRISIS NINJA Y OTROS MISTERIOS DE LA ECONOMIA ACTUAL **Espasa Libros. (2009)** **(ALBADIA, Leopoldo)**

El ejemplar que el lector sostiene en sus manos desarrolla, con naturalidad, sencillez y franqueza, el origen de la crisis y su desarrollo, desde el banco más pudiente del continente americano, hasta la más diminuta de las empresas de cualquier recóndito pueblo europeo. Este libro de obligada lectura tanto para estudiantes, como para empresarios, profesores o trabajadores, está escrito por Leopoldo Abadía, ingeniero industrial y profesor en el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa.

Esta obra se encuentra dividida en ocho capítulos, a lo largo de los cuales el autor, de forma clara, afable, y no menos acertada, nos sumerge en la economía, con un contenido tan vigente como relevante, la crisis económica. No obstante el libro no profundiza demasiado en dicha materia, ni utiliza terminología farragosa, algo que por otro lado convierte la obra en una lectura ligera y amena. De hecho, el autor facilita la comprensión de la información tiñendo de cotidianidad a sus párrafos al enriquecerlos con anécdotas personales.

En el primer capítulo, pasando por alto las nada desdeñables informaciones sobre la vida del autor, se explica el fundamento del término *Ninja* (No Incomes, No Job, No Assets), y el sustancial germen de la crisis desde EE.UU. Según se detalla, el despliegue del mercado inmobiliario y el declive de los tipos de interés dieron como resultado que los bancos constituyeran un plan para acrecentar los beneficios: Conceder hipotecas con un eminente riesgo de impago a los ya nombrados *Ninjas*. Por este mismo camino y con el impulso de la globalización, estos bancos estadounidenses solicitaron dinero a otros bancos foráneos, los cuales consideraron (muy erróneamente) que era una aguda inversión. Los bancos estadounidenses ofrecen los *Mortgage Backed Securities*, que son básicamente una amalgama de hipotecas de todo tipo de laya (de bajo, medio y alto riesgo de impago). Todos los bancos del mundo empiezan a tener este tipo de inversiones lo que deriva en el recelo entre unos y otros. Esta circunstancia junto con el hecho, no menos nimio, de que los bancos se proporcionan dinero entre sí en el ya conocido Mercado Interbancario, hace que, en Europa, suba el Euribor (índice de referencia de las hipotecas). Posteriormente, el mercado inmobiliario estadounidense se desploma por lo que todo el plan anteriormente explicado y sus participantes van desmoronándose como si de unas fichas de dominó se tratara.

En el segundo capítulo se aborda con franqueza el concepto de “modelo”, entendido como la norma moral que hace al individuo ser consciente de las repercusiones a gran escala que se producen si se emprende algo, aunque a primera vista parezca que no ha de tener ningun-

na trascendencia. Concluye finalmente que esta crisis en la que nos hallamos es financiera y asimismo de comunicación, imprudencia, avaricia, soberbia y confianza.

Más adelante, el tercer capítulo se centra en el amplio concepto de globalización y sus consecuencias, en particular se refiere a la libertad del individuo. En la actualidad el mundo está interrelacionado a nivel económico, político y sociocultural, por lo que el autor concluye que hoy en día, y a consecuencia de la globalización, reflexionamos sobre hechos de los que en tiempos pretéritos no éramos ni siquiera conscientes. La libertad sigue siendo innata al ser humano, pero la globalización produce que se utilice dicha libertad con prudencia y responsabilidad, siendo consecuentes con nuestras decisiones y siendo conscientes de qué o a quién podemos desfavorecer con nuestros actos.

El cuarto de los capítulos aborda, con la naturalidad que singulariza esta obra, los Presupuestos Generales del Estado, partiendo de la base que aportan los presupuestos de un hogar y concluyendo con los presupuestos de una empresa. Destacable es la facilidad con la que Abadía consigue engranar conceptos tan dispares como la economía familiar y la crisis, demostrando que el hecho de que las familias lleguen con más dificultad a fin de mes en Europa, está estrechamente relacionado con el desplome del mercado inmobiliario en EE.UU.

Posteriormente, el quinto capítulo se ocupa de explicar cómo la falta de ética y sentido común junto con la ambición y la estupidez de los individuos que comenzaron la crisis ha derivado en ésta misma. Cabe destacar la pincelada alentadora que el autor agrega a un hecho tan trágico como quedarse en paro, animando al lector a no quedarse ‘parado’ sino a emplear todos los recursos necesarios para normalizar cuanto antes su situación, en definitiva, a ser heroicamente optimista.

El capítulo sexto plantea tres criterios esenciales para salir de la crisis: el optimismo, la prudencia y el no distraerse. Más adelante añade el esfuerzo como algo fundamental. Sentado lo anterior se agrega el concepto de responsabilidad, tanto global como individual, como principio para sobrellevar la ya nombrada crisis.

Del séptimo y el octavo capítulo cabría mencionar que no plantean nada inédito. Única pero acertadamente explica con ejemplos de la naturaleza y de la vida cotidiana complejas concepciones que quizá no quedaron del todo desovilladas durante el resto de los capítulos.

En definitiva, la esencia de la obra continúa absolutamente vigente en los últimos tiempos donde la ciudadanía sufre aún las consecuencias de la ya mencionada crisis. Es por ello que en esta desoladora coyuntura resulta esencial adoptar la postura que propone Abadía con medidas que son totalmente viables y relativamente sencillas para todo individuo.

No parece oportuno concluir sin elogiar la encomiable forma en que Abadía llama al optimismo como recurso predilecto hacia la salida de la crisis: *“Este es el mejor momento para ser heroicamente optimista. Porque ahora cuesta”*. Pero en el mismo camino nos sumerge en la honesta realidad, invitándonos a ser proactivos en la búsqueda de empleo con una frase que merece poner el broche final a estas breves líneas:

“Es distinto estar en el paro que estar parado. Lo del paro le puede pasar a cualquiera, lo de estar “parado” no te puede pasar nunca, mucho menos cuando estás en el paro. Hay que moverse.”

LOS EFECTOS DEL TRABAJO CON PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES INSTITUCIONALIZADAS

ISABEL CABRERA CEPEDA
*Servicio Andaluz de Salud
Trabajadora Social*

Fecha de recepción: 13 de enero de 2015

Fecha de aceptación: 21 de enero de 2015

Reseña del libro:

LOS EFECTOS DEL TRABAJO CON PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES INSTITUCIONALIZADAS

Dykinson. Madrid. (2013)
(NIETO MORALES, Concepción)

La autora del libro es profesora del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, que realiza un estudio en centros residenciales para personas mayores institucionalizadas, analizando por un lado a los mayores y por otro a los profesionales sanitarios que les atiende, con el objetivo de averiguar cuales son los efectos que produce en los profesionales el trabajo de cuidados que realizan.

En el momento presente, cuando mayor valor se proporciona a la experiencia laboral, el libro nos aporta a través del estudio realizado experiencias prácticas y opiniones de los profesionales que son de gran valor para detectar los efectos que el trabajo tiene sobre ellos.

El libro se encuentra dividido con una línea imaginaria en dos partes, como se ha dicho antes estudia a las personas mayores y para ello enmarca teóricamente el estudio realizando un recorrido de la realidad demográfica y esperanza de vida en España, los cambios familiares y desencadenantes de aspectos y consecuencias del envejecimiento, la evolución del entorno social de las personas mayores, el estudio de la geriatría y gerontología, las políticas sociales, el Estado y la sociedad del Bienestar.

La promulgación de la Ley de Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia Ley 39/2006, desencadena un cambio importante en la atención y el cuidado a las personas mayores en España, aunque en los últimos años la crisis y recortes económicos hayan producido un retroceso en los avances que se produjeron.

Por otra parte, la externalización del trabajo y la consiguiente privatización y/o concertación de trabajo que conlleva la gestión privada de centros residenciales origina bajos salarios, aunque no siempre peores condiciones laborales.

La segunda parte del libro, realiza un recorrido teórico por la trayectoria histórica de los diversos tipos de empresas y trabajos, desde los primeros estudios del mundo laboral de Taylor hasta nuestros días con las empresas flexibles, habiendo pasado por la escuela de relaciones humanas que trata de humanizar la empresa y el trato a los trabajadores.

Los cambios sociales han contribuido a grandes transformaciones en la empresa actual, donde se refleja la importancia de la cultura empresarial, el capital humano, el trabajo en equipo, la comunicación, la formación continua debido a los rápidos cambios sociales junto

a la importancia del clima laboral, la satisfacción y los efectos de la actividad laboral en la salud de la persona.

Desde hace unas décadas también se concede gran importancia al estrés, síndrome de desgaste profesional, efectos psicológicos del trabajo en la persona, problema de acoso laboral, etc.

El trabajo con personas mayores institucionalizadas como cualquier trabajo de cuidados de enfermería produce problemas músculo esqueléticos y de circulación, además de carga emocional y saturación por problemas de cuidados de enfermos imposibilitados y con problemas psicológicos.

Este libro aborda una problemática en la recta final de la vida de las personas mayores y de los profesionales que les cuidan, que en el momento actual debido a la compleja crisis económica que ha desencadenado gran desempleo y que se trata de no aflorar por miedos a pérdidas, aunque no por ello desaparecen los efectos.

A nivel legislativo sobre salud laboral nos encontramos con la prevención de los riesgos laborales, aunque solo tiene efectos de reconocimiento puesto que no desaparecen las enfermedades profesionales, si que es un paso adelante para los trabajadores.

Desde la crisis económica ha disminuido el número de personas mayores institucionalizadas, debido a que muchos mayores con sus pensiones se han convertido en sostén económico de familiares, que han pasado de ser cuidados por profesionales a serlo por sus familias.

De los efectos del trabajo en el personal sanitario, la autora concluye que se debe de orientar otra forma de gestión del trabajo y de los centros para personas mayores. Además de proporcionar al trabajador herramientas para evitar las situaciones que conlleve enfermedad de cualquier tipo, ya sean patologías psicológicas o físicas debido al trabajo.

Hay que resaltar que lo más importante de esta publicación, son los conocimientos que proporciona el estudio desde el punto de vista de profesionales que padecen síntomas y efectos laborales por el trabajo que realizan.

En las conclusiones de la publicación se pone gran énfasis en orientar soluciones para corregir y/o disminuir los problemas que produce el trabajo con personas mayores en el personal sanitario. Entre ellas, una de las que mas me ha llamado la atención es la de realizar una buena gestión de los recursos humanos, proporcionando valoración del trabajo y permitiendo una buena adaptación de los empleados a la actividad laboral, además de cuantos beneficios se proporcionen a los empleados que repercutirán en la eficacia y calidad en el desempeño profesional.

Concluyendo, el libro conlleva reflexiones profundas y orientaciones sobre los efectos del trabajo en el personal sanitario que cuida a personas mayores institucionalizadas en centros públicos, que desafortunadamente se está externalizando el trabajo con el consiguiente deterioro económico, mayor carga de trabajo y peores condiciones laborales que afectaran de forma mas perniciosa en la salud laboral de los trabajadores.

“Es distinto estar en el paro que estar parado. Lo del paro le puede pasar a cualquiera, lo de estar “parado” no te puede pasar nunca, mucho menos cuando estás en el paro. Hay que moverse.”

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015 CONFORME A LAS LEYES ORGÁNICAS 1 Y 2/2015, DE 30 DE MARZO

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS
*Graduado en Derecho Económico
Prácticas en IURE LICET*

*Fecha de recepción: 10 de junio de 2015
Fecha de aceptación: 15 de junio de 2015*

Reseña del libro:

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015 Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo La Ley. Madrid. (2015) (MANZANARES SAMANIEGO, José Luis)

Los procelosos vientos que se avecinan con la promulgación del nuevo Código Penal requerían ser atemperados por alguien que goce de esa ‘altura de miras’, que en tantísimas ocasiones se pierde en el horizonte, y que resulta esencial para la aprehensión de una reforma que nace del clamor, el oportunismo, la indefinición y como no de la impaciencia tan propia del compulsivo reformismo que caracteriza a nuestro legislador.

Sin duda, ese ‘alguien’ no podía ser otro que José Luis Manzanares Samaniego cuyo *iter* curricular resulta tan excelso como plausible, acumulando durante el transcurso de su intensa vida profesional la condición de magistrado del Tribunal Supremo o de Letrado del Ministerio de Justicia. Un bagaje que imprime de un conocimiento intangible al autor que se trasluce de la lectura de las líneas de su obra.

Lejos de decantarse por el acomodo expositivo del apego a lo aséptico, el autor destripa cada sintagma de la literatura del Código Penal y discurre acerca de la bondad o mala fortuna de la reforma. De tal modo, no abandona ninguna de las cuestiones que mayor estupor ha generado no sólo en el nivel más profano de la sociedad civil sino en aquellos avezados que observan ciertos aspectos de la reforma, más como gestos de absoluto ‘delirio normativo’ que como ejercicio serio y honesto del poder legislativo.

La obra se estructura en una intensa introducción que aglutina una contextualización de la reforma del Código Penal, y que divide en tres subapartados: la seguridad jurídica, la prisión perpetua revisable y la supresión de las faltas penales.

El autor tiñe sus líneas introductorias de un tono eminentemente crítico y atisba la seguridad jurídica, con ocasión del nuevo rumbo del Código Penal, más como una ilusión que como una realidad del sistema. Ello lo inunda de frases que claman por la esperanza de lo que debe implicar la palabra ‘democracia’ que no es un mero *slogan* publicitario sino la expresión de un sinfín de connotaciones que evocan a los pretéritos esfuerzos de quienes apostaron por el cambio y que no pueden ahora condenarse al olvido.

En la misma estela crítica, el autor se muestra especialmente combativo con la eliminación de las faltas del Código Penal, desmontando todos los espurios motivos que se han invocado para acometer tal nefasta opción político-criminal.

A tal respecto, el principio de intervención mínima del Derecho Penal se ha convertido en el subterfugio perfecto para justificar la eliminación de las faltas, pero la realidad es bien distinta. Pues nos enfrentamos ante un panorama en que la responsabilidad de quien antaño cometía una falta se acrecienta sobremanera, bien al subsumirse en ese nuevo y eufemístico delito de carácter leve, o bien al subsumirse como una nueva sanción en la vía administrativa.

También el autor nos hace partícipes de una de las más importantes novedades de la reforma penal, es decir, la prisión perpetua revisable. Una cuestión que orienta desde una perspectiva comparada y que a pesar de los consabidos detractores que arrastra desde su propuesta, el autor lo trata con una integridad que se deglute con sabor a honorable rectitud.

Tras una breve introducción nos adentra sin mayores ambages en la literatura del nuevo Código Penal y conjuga los nuevos tenores literales con breves consideraciones. En el devenir lógico del relato de los preceptos del Código Penal se observará la modificación del régimen de las penas, la reforma del decomiso, la esencial modificación en sede de delitos patrimoniales y societarios, la elevación de penas en determinados delitos, la concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las reformas en los delitos de corrupción y un largo etcétera. Un sinfín de modificaciones que deleitarán la curiosidad y la estupefacción de quien se impregne de las páginas de esta obra.

En fin, esta obra absolutamente imprescindible para aquel que quiera adentrarse en los entresijos de la nueva reforma del Código Penal supone, sin duda, la antesala de la convicción de una falta de seguridad jurídica que suscitará nuevas lides en terrenos hasta ahora inusitados.

Fecha de recepción: 6 de mayo de 2015

Fecha de aceptación: 19 de mayo de 2015

El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha se publicó en dos partes: 1ª en 1605 (52 capítulos); 2ª en 1615 (74 capítulos). Por lo tanto, este año se celebra el cuarto centenario de la publicación de esta última.

Como sabemos, con esta obra **Miguel de Cervantes** (1547-1616) se propuso ridiculizar los libros de caballería, mostrando los disparates que hace un hidalgo que enloquece por la lectura de tales libros.

Entre los temas tratados en esta obra destacan: la justicia, la libertad, el valor, el amor, la amistad y otros relacionados con su época. Como ejemplo de lo dicho anteriormente, transcribimos el inicio del capítulo LVIII - parte II -, donde su principal protagonista nos da una definición de lo que es la **Libertad**:

“CAPÍTULO LVIII”

Que trata de cómo menudearon sobre don Quijote aventuras tantas, que no se daban vagar unas a otras

Cuando don Quijote se vio en la campaña rasa, libre y desembarazado de los requiebros de Altisidora, le pareció que estaba en su centro y que los espíritus se le renovaban para proseguir de nuevo el asunto de sus caballerías, y volviéndose a Sancho le dijo:

—La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres. Digo esto, Sancho, porque bien has visto el regalo, la abundancia que en este castillo que dejamos hemos tenido; pues en mitad de aquellos banquetes sazonados y de aquellas bebidas de nieve me parecía a mí que estaba metido entre las estrechezas de la hambre, porque no lo gozaba con la libertad que lo gozara si fueran míos, que las obligaciones de las recompensas de los beneficios y mercedes recibidas son ataduras que no dejan campear al ánimo libre. ¡Venturoso aquel a quien el cielo dio un pedazo de pan sin que le quede obligación de agradecerlo a otro que al mismo cielo!”.

“¿QUÉ TENGO YO QUE MI AMISTAD PROCURAS?”

Lope de Vega (1562-1635): autor de obra prolija, destacó en todos los géneros literarios, principalmente en teatro y poesía. Al igual que otros autores de su época, tuvo una vida intensa, reflejando en la lírica su vida apasionada y sus contradicciones espirituales. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en este célebre soneto, perteneciente a su obra **Rimas sacras**:

¿Qué tengo yo, que mi amistad procuras?
¿Qué interés se te sigue, Jesús mío,
que a mi puerta, cubierto de rocío,
pasas las noches del invierno oscuras?

¡Oh. cuánto fueron mis entrañas duras,
pues no te abrí! ¡Qué extraño desvarío
si de mi ingratitud el hielo frío
secó las llagas de tus plantas puras!

¡Cuántas veces el ángel me decía:
“Alma, asómate agora a la ventana;
verás con cuánto amor llamar porfía”!

¡Y cuántas, hermosura soberana,
“Mañana le abriremos”, respondía,
para lo mismo responder mañana !

BIBLIOGRAFÍA

- M. DE CERVANTES**, *Don Quijote de la Mancha*, RAE, Madrid, 2004, págs 303-304 (Ed. Francisco Rico).
- L. DE VEGA**, *Obras poéticas*, Editorial Planeta, Barcelona, 1989, págs 984-985 (Ed. José Manuel Blecua).