

Estudios de Deusto

Vol. 53/2 Julio-Diciembre 2005

Sumario

La dimensión jurídica de la novela *El Proceso* de Franz Kafka

José Andrés Álvarez Patallo

El «resultado» en la obligación del médico.

¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?
Ricardo de Angel Yágüez

Criterios y valoraciones políticas de la prensa

Ignacio María Beobide Ezpeleta

Cómputo de algunos plazos en el concurso de acreedores

Fernando Gómez Martín

Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea

Luis Ignacio Gordillo Pérez

Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: Viejos problemas y nuevos dilemas

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

**Segunda época. Vol. 53/2
Desde su fundación vol. 75
(Fasc. 115)
Julio-Diciembre 2005**

Bilbao
Universidad de Deusto
2005

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

Ricardo de Angel	Aitziber Emaldi
Iciar Basterretxea	Marta Enciso
Rosario Besné	Ramón Múgica
María Pilar Canedo	Javier San Juan
Javier Caño	Gema Tomás
Jorge Caramés	Demetrio Velasco

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa	26 euros
Otros países	50 \$
Número suelto	14,50 euros

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: RGM, S.A.

Sumario

Estudios

José ANDRÉS ALVAREZ PATALLO, <i>La dimensión jurídica de la novela El Proceso de Franz Kafka</i>	11
Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, <i>El «resultado» en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?</i>	49
Ignacio María BEOBIDE EZPELETA, <i>Criterios y valoraciones políticas de la prensa</i>	103
Fernando GÓMEZ MARTÍN, <i>Cómputo de algunos plazos en el concurso de acreedores</i>	183
Luis Ignacio GORDILLO PÉREZ, <i>Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea</i>	253
Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, <i>Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: Viejos problemas y nuevos dilemas</i>	307

ESTUDIOS

LA DIMENSION JURIDICA DE LA NOVELA *EL PROCESO* DE FRANZ KAFKA

José Andrés Álvarez Patallo

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Sumario: Introducción. La pesadilla de la Justicia. De la Justicia y sus servidores. Kafka ante la Ley. El laberinto de la burocracia. El hombre frente al sistema. Exculpación de los funcionarios. Vigencia de la novela. Bibliografía.

Introducción

El Proceso, de Franz Kafka (1883-1924), trata sobre Josef K., un joven concupiscente que ocupa un cargo de gran relevancia en un banco y que una mañana resulta arrestado por un crimen que no ha cometido. Este detalle es fundamental y el autor nos lo brinda en la primera frase del libro como clave de todo lo que ha de venir a continuación: «Alguien debió de haber calumniado a Josef K., porque, sin haber hecho nada malo, una mañana fue detenido». El propio protagonista habrá de insistir sobre su inocencia en el capítulo VII: «¿Es usted inocente? —preguntó—. Sí, dijo K.». A pesar de esa inocencia proclamada, Josef K. se verá sometido a un proceso judicial que irá minando sus fuerzas y su credibilidad social y, finalmente, será ejecutado sin haber llegado nunca a ver al Juez que le condena.

Descubrí a Franz Kafka leyendo *La Metamorfosis* (1912) y me cautivó la sensibilidad que subyacía bajo esa pesadilla absurda que suponía que una persona se despertase por la mañana y descubriese que se ha convertido en un insecto monstruoso. Con posterioridad leí *El Proceso* con la idea de ahondar en ese subconsciente atormentado y angustioso y para mi sorpresa me encontré con que la ambientación de la novela en el mundo jurídico, si bien en lo sustancial no refleja la realidad actual, sí recoge una visión crítica del sistema judicial de la que incluso en nuestros días en muchos aspectos podemos extraer importantes lecciones. Ello me llevó a pensar que quizá Kafka hubiese sufrido la incoacción de un procedimiento judicial contra él dado el realismo con que describe las experiencias de Josef K. ante un sistema judicial que escapa a su comprensión, pero, ahondando en la obra y la figura de Kafka, comprendí que ese conocimiento preciso del sistema judicial y de la Administración Pública procedía de su propia experiencia profesional.

Todo ello me hizo concebir el proyecto de escribir este artículo que, modestamente, trata de entresacar la dimensión jurídica y administrativa presente en *El Proceso*.

La interpretación de la obra de Kafka se ha realizado siempre desde un punto de vista principalmente psicoanalítico, viendo en la burocracia que describe en sus novelas la representación de un padre autoritario. No discuto que ello sea así, pues el propio Kafka nos lo confirma en la *Carta al padre* (1919) cuando señala que «por supuesto, me engañaba: no era libre, o, en el mejor de los casos imaginables, no lo era todavía. Mis escritos trataban sobre ti, lo único que hacía en ellos era llorar lo que no podía llorar en tu pecho». Ese documento autobiográfico es fundamental desde su mismo comienzo para comprender la herida que en la personalidad de Kafka abrió la influencia terrible de su padre:

Queridísimo padre:

No hace mucho tiempo me preguntaste por qué afirmo tenerte miedo. Como de costumbre, no supe qué responderte, en parte precisamente a causa de ese miedo que te tengo y en parte porque para explicarlo necesitaría tener presentes más factores de los que soy capaz de manejar al mismo tiempo cuando hablo. Esta respuesta que intento darte ahora por escrito será igualmente muy incompleta, porque también a la hora de escribir me atenazan el miedo y sus consecuencias, y porque las dimensiones del asunto van mucho más allá de lo que mi memoria y mi entendimiento son capaces de abarcar.

Ciertamente, si uno lee con detenimiento la *Carta al padre*, se dará cuenta de que el padre de Kafka no era tan autoritario como el propio autor nos lo ha querido presentar y él mismo debe reconocerlo cuando señala que «sin embargo, lo que más me aleja del matrimonio es la convicción, ya irrevocable, de que para mantener una familia, y sobre todo para dirigirla, hace falta todo eso que he visto en ti, y además todo junto, lo bueno y lo malo, tal como se halla fusionado orgánicamente en tu persona». De hecho, Kafka reconoce reiteradamente a lo largo de la *Carta al padre* que la culpa de su mala relación con su progenitor no era imputable exclusivamente a éste, sino que él mismo debía asumir su parte de responsabilidad. El padre que Kafka nos describe es simplemente un hombre trabajador, con don de gentes, tenaz, que supo establecer un negocio próspero que permitió a su familia llevar una vida acomodada. Sus principales pecados fueron poseer una personalidad aplastante y una gran autoconfianza, con un punto de crueldad que nunca llegó a violencia, y demostrar poca afectividad hacia sus hijos. Al final, uno llega fácilmente a la conclusión de que fue un padre que, como muchos otros, se vio obligado a trabajar duro, pero que intentó criar a sus hijos lo mejor que supo y pudo. Lo que ocurre es que Kafka

fue también un hombre de una personalidad difícil, lleno de complejos, que se define a sí mismo como hipocondríaco, depresivo, obsesivo, con muy baja autoestima y atormentado por un sentimiento de culpa. El mismo dice en la *Carta al padre*: «aun así, debo decir que a mí me resultaría insoportable un hijo tan silencioso, insensible, seco y postrado como yo».

Los temas usuales en la obra de Kafka son la angustia vital, la soledad, el absurdo, el aislamiento de la colectividad, el sentido de la vida, y de hecho su obra habría de ejercer una notable influencia en pensadores y escritores posteriores del existencialismo. Además de la agobiante influencia de su padre, también hay que tomar en consideración que Franz Kafka fue un hombre desarraigado, un checo germanoparlante que vivía en Praga en una sociedad crecientemente nacionalista, y un judío. De hecho, desconocemos mucho sobre su personalidad debido a que sus tres hermanas, la traductora de muchas de sus obras al checo, Milena Jesenská, y muchos de sus amigos murieron en los campos de exterminio nazis y los alemanes destruyeron gran parte de sus papeles.

El propio Max Brod, a quien debemos que haya sobrevivido la mayor parte de la obra de Kafka, en la advertencia preliminar de la primera edición de *El Castillo* (1920), publicada póstumamente al igual que *El Proceso*, advierte que es una afirmación errónea de la crítica acerca de *El Proceso* que dicha novela hubiera sido una forma de condenar la corrupción de la Justicia. Sin embargo, a mi juicio también sería un error excluir totalmente dicha interpretación.

No trataré de reducir la referida novela a sus aspectos jurídicos y administrativos, pues tiene un calado mucho más profundo. Soy plenamente consciente de que la obra de Kafka presenta muchas dimensiones y que no se presta a interpretaciones reduccionistas, pero estoy plenamente de acuerdo con las palabras de José M. González García en su artículo «Jaulas, máquinas y laberintos (Imágenes de la burocracia en Kafka, Musil y Weber)» cuando señala que «en ningún caso las páginas que siguen pretenden ser una interpretación exhaustiva de la obra de Kafka, pues ésta, como la *Cábala*, tiene infinitos registros y significados. Es imposible penetrar en su núcleo. Cada vez que apresamos uno de sus posibles significados y nos quedamos con él en las manos, tenemos que reconocer que sólo hemos arrancado una capa de la corteza y que el núcleo se nos ha escapado una vez más. Las novelas y narraciones de Kafka han sido objeto de múltiples interpretaciones, algunas de ellas inverosímiles, casi todas posibles, pero ninguna definitiva ni verdadera».

Cuando Francis Ford Coppola adaptó al cine la novela de Joseph Conrad *El corazón de las tinieblas*, buscó una ambientación para esa his-

toria de violencia y poder desquiciados que conectara más directamente con el público de la época que una colonia en Africa, y eligió la guerra de Vietnam. Mi opinión es que efectivamente Kafka describía un mundo interior en *El Proceso*, pero a la hora de situar la historia en el mundo real eligió un ambiente que conocía bien y que se prestaba perfectamente a esa atmósfera opresiva, laberíntica y angustiosa que quería recrear: la Justicia.

Ahora bien, cuando Kafka utiliza la Justicia para simbolizar el poder autoritario no se está refiriendo en exclusiva a ella, salvo en algunos aspectos determinados que más adelante pasaremos a desmenuzar, sino que se está refiriendo al Estado en general y a su burocracia. Es esa imagen de aparato estatal despersonalizado la que Kafka utiliza en *El Proceso* y en otras obras (especialmente *El Castillo*) para simbolizar un poder absoluto e inaccesible que aprisiona a las personas.

Franz Kafka estudió Derecho en la Universidad Alemana de Praga y el 18 de junio de 1906 obtuvo el título de Doctor. Comenzó a ejercer en el despacho de abogados de su tío Richard Löwy. Un año después comienza a trabajar en la compañía de seguros *Assicurazioni Generali* y, aunque en un principio se mostró muy interesado por el mundo de los seguros, el trabajo era agotador y no le dejaba tiempo para escribir, por lo que en 1908 optó por un empleo que le permitiese disfrutar de un horario mejor y así comenzó a trabajar en lo que sería el embrión de la Administración de la Seguridad Social, esto es, el Instituto de Seguros de Accidentes de Trabajo del Reino de Bohemia. En definitiva, Kafka tenía un profundo conocimiento del Derecho, de la Justicia y de la Administración, si bien no podemos considerarlo un jurista, ni él nunca pretendió serlo, puesto que nunca disfrutó con el estudio de las Leyes. En la *Carta al padre* escribe:

Así, en realidad no pude escoger profesión libremente, pues sabía que todo lo que no fuera el asunto principal me sería igual de indiferente que lo habían sido todas las asignaturas del bachillerato; por lo tanto, lo más práctico era buscarme una profesión que, sin herir en exceso mi vanidad, me permitiera ejercer más cómodamente esa indiferencia. ¿Y qué podía haber más adecuado que la carrera de Derecho? (...)

Eso significaba que en los meses anteriores a los exámenes mis nervios sufrían un gran desgaste y yo me alimentaba intelectualmente de auténtico serrín, que además miles de mandíbulas habían masticado previamente.

En una carta a Milena Jesenská recuerda igualmente sus estudios de Derecho con muy poco cariño:

Yo tenía más o menos veinte años y me paseaba incesantemente en mi habitación, estudiando nerviosamente todas esas cosas, para mí sin

sentido, que exigía el programa de primer año. Era en verano, hacía mucho calor, un tiempo realmente insoportable, me detenía a cada rato junto a la ventana con el repugnante Derecho romano entre los dientes.

Ahora bien, el poco apego de Kafka por los estudios de Derecho y la crítica feroz que realiza de la Justicia en *El Proceso* no significan que odiase la profesión jurídica como han pretendido algunos autores. Esta impregnó profundamente su obra y aparece constantemente en ella. En una carta a Milena Jesenská del 4 de julio de 1920 le dice respecto a la *Carta al padre*: «y trata de comprender al leerla todas las argucias legales; es una carta de abogado».

También, en uno de los capítulos inconclusos de *El Proceso* (El Fiscal) se nos dice que Josef K., el protagonista de la novela, acudía regularmente a una tertulia de juristas en la que pasaba muy buenos momentos:

A pesar de la experiencia mundana que K. había adquirido en los largos años de trabajo en el banco, sus contertulios de la cervecería le habían parecido siempre muy dignos de su aprecio. No negaba que para él era un gran honor ser admitido en su compañía. Se trataba casi exclusivamente de jueces, fiscales y abogados.

En el capítulo VII de *El Proceso*, cuando Josef K. acude a visitar al pintor Titorelli, éste está pintando un cuadro en el que el protagonista no consigue identificar una figura. Titorelli le explica que es la Justicia, a lo que Josef K. responde:

Ahora la reconozco, aquí la venda ante los ojos y aquí la balanza. ¿Pero no tiene alas en los talones y no parece estar corriendo? (...) No es una buena combinación. La Justicia tiene que ser inmóvil para que no oscile la balanza, de otra manera la sentencia no puede ser justa.

Creo que no se puede describir de una manera más gráfica el principio de justicia rogada presente en el artículo 216 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual señala que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». Respecto a la prueba, el tribunal no puede suplir la actividad probatoria de las partes, por lo que el artículo 217 de la citada Ley Procesal establece que «cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones». El artículo 282 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil abunda más en el tema al prescribir que «las pruebas se practicarán a instancia de parte».

Respecto de las pretensiones, el principio de justicia rogada impone la congruencia procesal, es decir, que el tribunal se limite a resolver sobre aquello que le ha sido sometido a consideración. El artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate».

En definitiva, el juez no puede acudir a las partes ni suplir su iniciativa procesal porque ello le inclinaría a favor de una u otra y perdería su imparcialidad. El juez debe permanecer inmóvil, es decir, debe limitarse a resolver la controversia que las partes someten a su consideración y sobre la base de las pruebas aportadas por aquéllas.

Como se ve, *El Proceso*, que es ante todo una novela y no un tratado jurídico y que por tanto está plagado de licencias literarias y de fantasías oníricas, contiene sin embargo algunos conceptos jurídicos muy precisos fruto de la formación jurídica y de la experiencia profesional de Franz Kafka.

Franz Kafka estudió Derecho sin convicción, comprobó que el ejercicio como abogado no era lo suyo y, tras su paso por la compañía de seguros, trabajó como funcionario como mal menor para poder cultivar la literatura. Ahora bien, pese a las numerosas excedencias que hubo de tomar a causa de su delicada salud, fue un funcionario esforzado y responsable que se tomó muy en serio su tarea y que ascendió en la jerarquía administrativa. Al mismo tiempo, escribió robando horas al sueño y quebrando su frágil salud más de lo que ya lo estaba.

En concreto, Kafka comenzó a escribir *El Proceso* a mediados de agosto de 1914 y nunca llegó a terminarlo. Lo escribió de manera desordenada, dejó capítulos inconclusos y no lo corrigió. En junio de 1920, ya muy enfermo, le confió el manuscrito a su amigo y albacea testamentario Max Brod con el encargo de destruirlo junto con el resto de sus papeles tras su muerte. Sin embargo, Brod no destruyó la obra de Kafka, sino que, antes al contrario, la ordenó y corrigió, pues era buen conocedor de la misma, y, de este modo, *El Proceso* fue publicado a título póstumo en 1925, convirtiéndose en un hito de la literatura universal y en epítome de la angustia del hombre contemporáneo.

A continuación vamos a analizar más en profundidad los aspectos jurídicos de esta novela al hilo del siguiente guión. Primero desbrozaremos aquellos pasajes que, estando ambientados en actuaciones judi-

ciales, tienen un claro carácter onírico. Después, ya centrados en las consideraciones jurídicas que Kafka va vertiendo a lo largo del libro, comenzaremos por entresacar algunas de ellas que nos muestran cómo trasluce la formación jurídica del autor a través de su dimensión literaria y analizaremos las consideraciones vertidas por Kafka acerca de la Justicia, el procedimiento, los jueces, los abogados, la Administración, los funcionarios, la burocracia y el Derecho.

La pesadilla de la justicia

En algunos momentos de la novela Kafka narra el proceso judicial en términos hiperbólicos y absurdos, es decir, como si se tratase de una pesadilla, lo cual contribuye a realzar el ambiente angustioso de la historia y, sin recurrir al empleo, tan corriente en nuestros días, de interminables peroratas introspectivas, consigue que el lector se sienta prisionero de una burocracia opresiva y laberíntica en la que el protagonista se va debilitando y llega a aceptar resignadamente un castigo que no merece. El protagonista comienza rebelándose contra el sistema y denunciando su corrupción e injusticia hasta que, en la parábola del campesino ante la ley del capítulo IX, justo antes del capítulo final en que será ejecutado, un sacerdote le explica respecto del funcionamiento del sistema que «no es necesario tomarlo todo por verdadero, sólo hay que tomarlo por necesario», a lo que responde amargamente Josef K.: «Triste opinión, la mentira se erige en el orden del mundo».

Uno de los pasajes más oníricos es el del primer interrogatorio, en el capítulo II. La descripción de la asamblea formada por unos hombres de barbas ralas que llevaban la misma insignia en el pecho, vestidos con levitas negras, «largas, flojas y raídas», la galería circundante en la que el público se tenía que encorvar tocando el techo con la cabeza y la espalda, el hecho de que sea un niño quien conduce al acusado a presencia del juez de instrucción, el que durante el interrogatorio tenga lugar un episodio de abuso sexual contra una mujer, son disparates propios de una pesadilla que componen esa urdimbre absurda que envuelve las historias de Kafka.

Lo mismo puede decirse del capítulo V, «El azotador», en que describe el castigo físico impuesto por el juez de instrucción a los dos agentes corruptos que llevaron a cabo el arresto de Joseph K. El castigo tiene lugar en un cuarto trastero del propio banco en que trabaja Joseph K. y es ejecutado por un verdugo vestido con un saco de cuero «que le dejaba el pecho y los brazos al desnudo». La situación es en sí absurda, pero llama la atención el dramatismo con que el autor describe la esce-

na, la humillación de los castigados y la crueldad del ejecutor, pese a que Kafka no estaba describiendo una experiencia propia, pues en la *Carta al padre* reconoce que éste prácticamente nunca le pegó.

Finalmente, el capítulo en que se ejecuta la pena de muerte contra Joseph K. está narrado también en clave de pesadilla. Los verdugos «venían vestidos de larga levita, pálidos y gordos, con sombreros de copa que parecían adheridos a sus cabezas». Cuando le conducían del brazo al lugar de la ejecución por las calles desiertas en medio de la noche, Joseph K. vio a la señorita Bürstner (vecina suya y con la que había mantenido una furtiva relación), a la que en vano intenta alcanzar. Finalmente, la ejecución tiene lugar en un descampado de las afueras de la ciudad clavándole un cuchillo en el corazón.

A la vista de lo expuesto, se comprende que el armazón de la ambientación de la novela es una fantasía absurda, una pesadilla disparatada y angustiada, pero, si analizamos la obra más atentamente, podremos encontrar entreveradas muchas situaciones que no tienen nada de fantástico, sino que son muy realistas y aplicables al funcionamiento de la burocracia incluso en la actualidad, cuando ha transcurrido casi un siglo desde que *El Proceso* fuera escrito. También podemos encontrar muchas reflexiones que parecen traslucir la opinión que Franz Kafka tenía sobre el Derecho, la Justicia y la Administración.

De la Justicia y sus servidores

El tiempo que Kafka empleó trabajando como abogado no dejó muy buena impresión en él acerca de la Justicia según él mismo reconoció en alguno de sus escritos. En el capítulo III, cuando Joseph K. visita el juzgado, reflexiona que había venido «por el afán de comprobar que las interioridades de este juzgado eran tan repugnantes como sus manifestaciones exteriores». Esa animadversión por la Justicia es personalizada muy a menudo en los jueces, a los que Kafka nos presenta como seres vanidosos y prepotentes. En el capítulo III, cuando Joseph K. conoce al estudiante de Derecho que ejercía de ayudante del juez de instrucción, dice de él: «A K. le pareció que esta frase delataba rabia pero también la altanería del futuro magistrado frente a un miserable acusado». En el capítulo V, cuando Joseph K. intenta detener el castigo físico que había de imponerse a los dos agentes que le habían arrestado, conmina al azotador del siguiente modo: «Si usted tuviera a un alto juez en su poder, entonces, ¡válgame Dios!, no le impediría darle duro, al contrario, aun le daría dinero para que se afirmase usted en la buena causa». Esta es, por otra parte, una constante de la novela: Kafka nos

presenta a los altos funcionarios inaccesibles como corresponsables de la injusticia y corrupción de la burocracia, mientras que exculpa a los funcionarios de las escalas inferiores. Así, en el mismo capítulo, el protagonista también le dice al azotador: «Porque yo no los tengo por culpables a ellos [los agentes que le habían arrestado], sino a la gran organización y a los altos funcionarios».

En el capítulo VI, cuando Joseph K. está contemplando el retrato de un juez piensa: «quizá sea mi juez», a lo que Leni, la enfermera del abogado que le defiende, responde:

Yo le conozco, viene aquí con frecuencia. El cuadro es de sus años mozos, pero jamás pudo haberse parecido a él, pues es diminuto. En el cuadro se ha hecho estirar, pues es increíblemente vanidoso, como todos los de aquí.

En los mismos términos se describe a los jueces en el capítulo VII, también contemplando el retrato de uno de ellos:

«¿Cómo? —dijo K. fingiendo adrede que no entendía al pintor— ¿no es un juez sentado en su sitial?». «Sí —dijo el pintor—, pero no es un juez de los gordos, y jamás ha estado sentado en semejante trono». «¿Y se hace pintar en una pose tan solemne? Ni que fuera el presidente de la Corte Suprema». «Sí —dijo el pintor—, son unos señores muy vanidosos».

Hoy en día, salvo casos muy excepcionales, los jueces en España han adquirido conciencia de su condición de servidores públicos y de la alta responsabilidad que supone administrar la justicia que emana del pueblo (artículo 117.1 de la Constitución). Sin embargo, no hace mucho tiempo, era corriente que los jueces se comportaran en España de la manera autoritaria y prepotente que se describe en *El Proceso*.

Respecto a los abogados, la imagen que Kafka nos ofrece no es mucho más halagüeña. Es plenamente consciente de la necesidad de emplear abogado para ayudar al justiciable a desenvolverse a través del laberinto de la Justicia y denuncia la falta de reconocimiento por parte de la Administración de Justicia hacia su labor y las condiciones deplorables en que tienen que ejercer su función. Sin embargo, una vez reconocida la importancia de la profesión de abogado, Kafka nos ofrece una descripción mordaz acerca de los abogados, sus corruptelas, las ínfulas de algunos de ellos y la incompetencia profesional de otros.

La mayoría de las certeras consideraciones de Kafka acerca de los abogados están contenidas en el capítulo VII y son narradas en forma de disertación del doctor Huld, el abogado de Joseph K., aunque también se encuentran en otros pasajes del libro. En el referido capítulo, el protagonista, que se había mostrado muy reticente acerca del empleo de abogado en su proceso, llega al convencimiento de que es la

mejor opción, conclusión que es absolutamente acertada no sólo por los conocimientos jurídicos del abogado, sino porque permite que el justiciable se abstraiga de su propio proceso de modo que éste interfiera lo menos posible en su vida cotidiana, y el abogado, al ser un profesional, siempre mantendrá la distancia necesaria para llevar la dirección del asunto al margen de sentimientos y pasiones. De hecho, es conveniente que los abogados, en los procesos relativos a asuntos propios, empleen a otro abogado para que les represente. En estos términos reflexiona Joseph K.:

La decisión de tomar él mismo las riendas de su defensa se le antojaba ahora más comprometida de lo que inicialmente había pensado. Mientras que la defensa corría a cargo del abogado, él, en el fondo, se veía poco afectado por el proceso. Lo podía observar desde lejos, estando él mismo fuera de alcance; podía, cuando quería, informarse de la marcha del asunto y, cuando quería, podía sacar la cabeza. En cambio, si se ocupaba de la defensa, tendría que exponerse íntegramente a la justicia. Si quería lograr su absolución, tendría que afrontar peligros mucho mayores que hasta ahora.

Kafka, a la vez que reconoce la importancia de la labor del abogado, lamenta el menosprecio que la Administración de Justicia hace de los profesionales.

En estas condiciones, la defensa padecía una situación desfavorable, difícil. Pero era justamente esto lo que se buscaba. Porque la ley no estipulaba la defensa, únicamente la toleraba, y no todos estaban de acuerdo en este punto. Por tanto, en un sentido estricto, no había abogados reconocidos ante el tribunal, y los abogados que actuaban ante él en el fondo no eran sino unos oscuros picapleitos. Todo esto era muy degradante para la profesión. Si K. iba alguna vez a las secretarías, debía visitar la sala destinada a los abogados. Seguramente se asustaría al ver a la gente ahí reunida. El cuartucho que tenían asignado mostraba el desprecio con que los trataba el tribunal.

Hoy en día, casi siempre que se ha efectuado una remodelación de los edificios de los Juzgados, se ha aprovechado para suprimir las salas de togas, de modo que éstas se amontonan en las bancadas de las salas de vistas y los abogados carecen de un lugar digno para esperar su turno para entrar en sala, lo que en no pocas ocasiones puede suponer mañanas enteras de espera, sin un lugar adecuado para descansar o para revisar los últimos detalles del juicio.

Pero el abogado no sólo debe luchar con el menosprecio a su labor por parte de la Administración de Justicia, sino que debe llevar adelante la defensa del caso salvando las presiones de su cliente. Este siempre

cree que su caso es el más importante y que no está suficientemente atendido e incluso llega a desconfiar de las buenas relaciones entre su abogado y el de la parte contraria o con jueces y fiscales:

¿Qué se proponía el abogado? ¿Consolar o desesperar a K.? Este no lo sabía, pero no le cabía ni la menor duda; su defensa no estaba en buenas manos. Podía ser cierto lo que contaba el abogado, aunque se transparentaba demasiado que trataba de colocarse en el primer plano y, probablemente, jamás había llevado un proceso tan importante como el de K. Pero era sospechoso que hiciera tanto hincapié en sus relaciones personales con los funcionarios. ¿Se explotaría exclusivamente a favor de K.?

Asimismo, en el capítulo VIII Joseph K. mantiene una conversación con un comerciante que también es cliente del doctor Huld y aprovechan para intercambiar información acerca del grado de diligencia con que el abogado defiende sus respectivos asuntos:

«Corría continuamente a ver al abogado. Este había presentado varios alegatos...» «¿Varios alegatos?», le interrumpió K. «Sí, por cierto», dijo el comerciante. «Esto me interesa especialmente —dijo K.—, en mi caso todavía está elaborando el primero. Todavía no ha hecho nada. Ahora me doy cuenta de que descuida mi asunto vergonzosamente.»

El abogado de Joseph K. se escuda, como siempre hacen los abogados con mayor o menor razón, en la complejidad del proceso judicial, el cual queda fuera del alcance de la comprensión de su cliente. En el capítulo VIII el doctor Huld intenta sin demasiada convicción explicar al comerciante las distintas interpretaciones posibles acerca de una controversia procesal que ha surgido en su caso:

«Este juez, por ejemplo, sitúa el comienzo del proceso en otro momento que yo. Esto no es más que una diferencia de opinión. Ocorre que en cierto estadio del proceso se da, según una vieja usanza, un campanillazo. Este juez cree que éste significa el inicio del proceso. Ahora no te puedo exponer todo lo que habla en contra de esta interpretación, tampoco lo entenderías. Muchos detalles obran en tu contra, sólo esto te debe importar.»

Asimismo, la enfermera del abogado le dice a éste:

«Los escritos que le has prestado deben ser difíciles de entender.» «Sí —dijo el abogado—, lo son, en efecto. Tampoco creo que se entere de nada. Sólo deben proporcionarle un atisbo de lo difícil que es la lucha.»

Por eso el doctor Huld llega a la siguiente conclusión en el capítulo VII:

Había que dejar trabajar al abogado sin inmiscuirse. De nada serían los reproches, sobre todo cuando los motivos de la actuación del abogado no se podían hacer comprender en toda la envergadura.

La consecuencia es que el trabajo del abogado llega a hacerse muy poco gratificante. «En el ejercicio de la profesión —dijo el abogado en tono tranquilo—, a partir de cierto momento ya no ocurre nada que sea sustancialmente nuevo». A ello hay que sumar los sinsabores que provoca que la última palabra en la resolución del proceso corresponda al juez. Existen conspicuos juristas ejerciendo como abogados que defienden su caso de un modo brillante y, sin embargo, ven desestimada su pretensión por un juez mediocre o que no ha estudiado suficientemente el asunto, lo cual es descorazonador, sobre todo cuando el abogado debe explicárselo a su cliente. Además, el artículo 218.1, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que «el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes». Esta norma plasma legalmente el aforismo clásico *iura novit curia*, que significa que el juez, incluso cuando estima la pretensión del demandante, puede hacerlo apoyándose en unos argumentos jurídicos totalmente diferentes de los empleados por el letrado:

A veces uno se maravillaba de que una sola vida alcanzase para aprender lo imprescindible para trabajar allí con algún provecho. Por cierto que había horas de abatimiento, cuando se le antojaba a uno no haber conseguido nada, cuando uno tenía la impresión de que sólo los procesos predestinados a un desenlace feliz llegan a buen fin por sí solos y sin la ayuda de nadie. En cambio, todos los demás se perdían a pesar del fiel seguimiento del proceso por parte del abogado, a pesar de sus desvelos y los pequeños logros que tanto le animaban a uno.

No obstante, Kafka es plenamente consciente de que existe mucha picaresca en la profesión, a veces por motivos económicos y a veces por pura incompetencia. En el capítulo VII el doctor Huld nos habla de que «un viejo funcionario, un señor bondadoso y tranquilo, estudiaba un asunto difícil, al que los alegatos del abogado habían embrollado todavía más». Asimismo, en el capítulo VIII se nos describe con gran ironía el contenido de un alegato jurídico desde el punto de vista de un cliente:

Contenía muchos latinajos que yo no comprendo, luego páginas enteras de invocaciones al tribunal, adulaciones a ciertos funcionarios sin mencionar nombres pero que un iniciado fácilmente podía adivinar, luego las autoalabanzas del propio abogado humillándose ante el tri-

*bunal como un perro y, por último, un análisis de procesos antiguos su-
puestamente parecidos al mío.*

Por cierto que el símil con el perro al referirse al trato que la Justicia y la Administración, la burocracia en general y sus colaboradores, dispensan al ciudadano es una constante en la novela. En el capítulo VIII el abogado humilla al comerciante que, pese a ser su cliente, se ha convertido en una víctima del sistema indigna de compasión.

Esto ya no era un cliente, era el perro del abogado. Si éste le hubiera ordenado meterse debajo de la cama como si fuera la perrera y que ladrara desde ahí, lo habría hecho encantado.

En el capítulo V Joseph K. trata de disimular ante los ordenanzas del banco los gritos de los agentes azotados por orden del juez de instrucción con la siguiente excusa:

«¡Buenas noches, señor Procurador! —respondieron—. ¿Pasa algo?» «¡No, no! —contestó K.— Es un perro que ladra en el patio.»

Y la propia novela termina, si es que puede emplearse esta expresión respecto de una obra inacabada, con la siguiente frase pronunciada por Joseph K. cuando se consuma la ejecución de la pena de muerte:

«¡Como un perro!», dijo. Era como si la vergüenza fuese a sobrevivirle.

Pero, al margen de esta digresión, resulta muy irónica la descripción de la manera ensoberbecida con que los abogados establecen categorías entre ellos mismos. Tal parece que, ya que deben humillarse ante el tribunal, resulta tranquilizador para sus conciencias saber que aún queda alguien por debajo de ellos. En el capítulo VIII el comerciante Block, cliente como Joseph K. del doctor Huld, le confía la siguiente información:

«Probablemente usted ya ha oído hablar al doctor Huld sobre esos abogados de segundo orden; se los habrá pintado como seres despreciables, y lo son, en efecto. Pero cuando los compara consigo mismo y con sus colegas, siempre incurre en una pequeña falta sobre la cual ahora quiero llamarle la atención. Entonces llama a los abogados de su círculo, los grandes abogados. Esto es falso. Cualquiera se puede llamar “grande”, si quiere, pero en esto lo que decide es la usanza judicial. De acuerdo con esa usanza hay, además de los abogados de poca monta, abogados pequeños y abogados grandes. Este abogado y los de su círculo no son sino pequeños abogados. Los abogados grandes, de los que sólo he oído pero a los que nunca vi, están por encima de los pequeños, a mayor distancia que éstos de los tan vituperados abogados de pacotilla.»

No obstante, poco después el doctor Huld ofrecerá a Joseph K. la réplica a esta confidencia volviendo a situarse a sí mismo dentro de la pléyade de los grandes abogados, no ya sólo por su experiencia y relaciones, sino por su abnegación y absoluta entrega a las causas de sus defendidos:

«Usted se habrá fijado en que tengo un gran bufete pero ningún personal auxiliar. Antes esto era diferente. Tiempos hubo en que varios juristas trabajaban para mí. Hoy trabajo solo. Esto obedece en parte al giro que han tomado mis actividades. Me limito a casos judiciales como el suyo. En parte se debe también al profundo conocimiento que adquirí en este tipo de jurisprudencia. No me podía dejar ayudar por nadie, si no quería atentar contra mis clientes. Pero la decisión de hacer yo mismo todo el trabajo implicó consecuencias inevitables; tuve que rechazar casi todas las solicitudes de defensa y pude aceptar únicamente aquéllas que me interesaban especialmente. Al fin y al cabo hay muchos pobres diablos, incluso en mi cercanía inmediata, que se lanzan sobre cada migaja que yo desecho. Caí enfermo a causa del exceso de trabajo. Sin embargo, no me arrepiento de mi decisión. Debí —es posible— rechazar un mayor número de representaciones, pero la entrega total a los procesos que he tomado a mi cargo es absolutamente indeclinable. El éxito es mi recompensa. En un escrito he encontrado muy bien expresada la diferencia que existe entre la representación en asuntos de Derecho ordinario y la representación en casos como el que nos ocupa. Allí se decía: el abogado de Derecho común conduce a su cliente por un hilo hasta el juicio, pero el otro lo carga directamente sobre sus hombros y lo lleva, sin flaquear, incluso más allá del juicio.»

En definitiva, Franz Kafka efectúa una descripción brillante y mordaz del mundo de la Justicia que claramente encierra sus propias impresiones extraídas de su experiencia como abogado. No obstante, aun tratándose de una visión muy personal y subjetiva de la Justicia que él conoció, muchas de sus consideraciones serían trasladables a nuestros días y a quienes ejerzan en el mundo de la abogacía, si son capaces de ejercer un poco de autocrítica, les habrán resultado familiares.

Kafka ante la Ley

Resumidamente podemos decir que la opinión de Kafka es que la Ley debe ser accesible a los ciudadanos, pero que esto no es así, de manera que se esconde detrás de guardianes que impiden a los ciudadanos acceder a ella para obtener la defensa de sus derechos. En la parábola que se contiene en el capítulo IX nos lo dice claramente: «Piensa que la Ley debe ser asequible a todo el mundo y en todo momento». Sin em-

bargo, la realidad es bien diferente: «Delante de la puerta de entrada a la Ley hay un guardián». En su obra *Sobre la cuestión de las leyes*, manuscrito extraído de los cuadernos de 1920, Kafka insiste en esta idea de utilización de la Ley como instrumento de dominación a favor de una aristocracia: «Nuestras leyes, por desgracia, no son conocidas por todos; son un secreto de un grupo pequeño de aristócratas que nos domina». En *El Proceso*, en el capítulo III, cuando Joseph K. retorna a la sala de interrogatorios mantiene esta conversación con la esposa del ujier:

Sobre la mesa de la tarima había unos libros. «¿Puedo mirar esos libros?» Preguntó K., no porque sintiera mucha curiosidad, sino por no haber venido tan inútilmente. «No —dijo la mujer, cerrando la puerta—. Estos libros pertenecen al juez de instrucción». «Oh, comprendo —dijo K.—. Serán los libros de la ley de este tribunal, donde no sólo se condena al inocente, sino que se le condena sin que se entere del motivo.»

Así volvemos a la constante de que el Derecho se emplea como un instrumento de dominación por parte de una minoría impune e inaccesible para el ciudadano, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente. En el primer capítulo de *El Proceso* ya es patente este planteamiento; se detiene a Joseph K. y no se le comunica el motivo: «El proceso está incoado y usted se enterará de todo en su debido momento». Asimismo, el inspector encargado de su arresto le dice: «Yo no puedo decirle si está acusado, mejor dicho, no sé si lo está. Usted está arrestado, esto es lo único que sé». Se aprecia claramente cómo los guardianes de la Ley, siendo desconocedores ellos mismos de su contenido tal como se dice en la parábola del capítulo IX anteriormente mencionada, se encargan de hacer la Ley inaccesible al ciudadano y de servir de ejecutores de la dominación por parte de una aristocracia: «A mí me han contratado como azotador, luego azoto», se nos dice en el capítulo V. Los propios jueces son mecanismos de este planteamiento (capítulo VII):

Los procedimientos ante las diversas cortes eran secretos incluso para los funcionarios inferiores, por lo que éstos apenas podían seguir hasta el final los casos que pasaban por sus manos. La causa entraba en su campo de visión sin que supiesen de dónde venía y seguía su curso sin que ellos supiesen adónde iba a parar. De modo que se les escapaba a esos funcionarios la enseñanza que se podía sacar del estudio de las diversas etapas de un proceso, de la sentencia final y de sus fundamentos. Sólo podían ocuparse de aquella parte del proceso que la ley les asignaba y, por tanto, solían saber de lo que venía después —del fruto de su propio trabajo— menos que la defensa, la cual, generalmente, asistía al acusado hasta el final de su proceso.

En el capítulo VII el doctor Huld le explica a Joseph K. la situación de indefensión en que se encuentra el acusado ante el sistema:

K. debía tener en cuenta que no se trataba de un procedimiento público. Si el tribunal lo juzgaba necesario, podía hacerse público, pero la ley no lo prescribía. Debido a esto, ni el acusado ni la defensa tenían acceso a las actas del tribunal, y menos al acta de acusación. Por esto, por regla general, no se sabía o no se sabía bien qué en concreto debía refutar el primer alegato, y era casual si contenía algo que pudiera ser de interés para la causa. Los buenos alegatos se podían elaborar mucho más tarde, cuando en el curso de los interrogatorios se dibujasen o al menos se dejasen adivinar los diversos aspectos de la acusación y sus fundamentos. En estas condiciones, la defensa padecía una situación desfavorable, difícil. Pero era justamente esto lo que se buscaba.

En el mismo capítulo, el pintor Titorelli insiste sobre la cuestión: «Los jueces que yo conozco no tienen competencia para absolver definitivamente. Esta competencia incumbe únicamente a la corte superior que, tanto para usted como para mí y todo el mundo, es totalmente inaccesible». Ante esta situación Joseph K. inicia una lucha que comienza en el capítulo I cuando en vano trata de esclarecer la situación hablando con alguien más cualificado que los agentes que han practicado el arresto:

«Unas pocas palabras con una persona de mi condición aclararían todo mucho más que los discursos más largos de estos dos (...) Conduzcanme a su superior», dijo. «Cuando él lo desee, no antes» —dijo el vigilante de nombre Willem.

El sistema es absolutamente hermético y el autor lo deja muy claro, pues en el primer capítulo Joseph K. se pregunta: «¿Quién me ha acusado y qué juzgado conoce de mi caso?». Sin embargo la lucha del protagonista será baldía, pues, cuando está a punto de consumarse la ejecución en el capítulo X, la pregunta continúa sin respuesta: «¿Dónde estaba el juez, al que nunca había visto? ¿Dónde estaba el tribunal supremo, al que nunca había llegado?».

El resumen de este planteamiento de Kafka se nos ofrece a través de un discurso brillante pronunciado por Joseph K. ante la asamblea en la que está teniendo lugar su primer interrogatorio en el capítulo II. Llama la atención la euforia con que el protagonista acomete la tarea de desenmascarar a los que emplean la ley como instrumento de dominación, que contrasta claramente con la actitud de extenuación y resignación que muestra al final del libro:

«No hay duda —dijo K. en voz muy baja y regocijado por la tensa atención reinante, la cual, al poco tiempo, se convirtió en una especie de zumbido que resultaba aún más enervante que el aplauso más arre-

batado—, no hay duda de que detrás de todas las manifestaciones de este tribunal se halla una gran organización que se sirve no sólo de vigilantes sobornables, inspectores y jueces necios y, evidentemente, muy modestos, sino, además, de altos magistrados con el inevitable séquito de ujieres, amanuenses, gendarmes y quizá hasta verdugos; no me arredra pronunciar esta última palabra. ¿Y cuál es el sentido de toda esta tremenda organización? Consiste en arrestar a personas inocentes para incoar contra ellas un procedimiento tan falaz como el mío.»

Aunque, tal como he dicho anteriormente, Max Brod estaba en contra de considerar *El Proceso* exclusivamente como una obra reivindicativa contra el funcionamiento de la Justicia, tampoco puede descartarse totalmente que la visión de Kafka acerca de la utilización de la Ley como un instrumento de dominación por parte de una aristocracia (o más bien de una oligarquía por utilizar correctamente la nomenclatura aristotélica) estuviera inspirada por sus ideales socialistas.

El laberinto de la burocracia

Tal como ya he advertido anteriormente, aunque existen referencias muy precisas a la Justicia, a los jueces, a los abogados y a la Ley, que hemos tratado de desglosar en los apartados precedentes, en *El Proceso* se confunden muchas veces todas estas cuestiones, pues Kafka clama en general contra un poder autoritario y arbitrario. Esto es lo que ha llevado a muchos autores a interpretar en términos psicoanalíticos su obra, asimilando ese poder a la figura de su padre. Sin embargo, a continuación trataré de exponer cómo también cabe encontrar en su obra una proclama contra el Estado, entendido éste como un sistema de dominación, que puede aparecer simbolizado en cualquiera de sus administraciones, en la burocracia en general, o en el Derecho.

En el capítulo I, cuando tiene lugar el arresto, el protagonista se pregunta lo siguiente:

¿Quiénes eran? ¿De qué hablaban? ¿De qué autoridad dependían? Si K. vivía en un Estado de Derecho, si en todas partes reinaba la paz, si todas las leyes eran respetadas, ¿quién se atrevía a invadir su vivienda?

En este párrafo se nos introduce una idea constante en toda la novela y, en general, en toda la obra de Kafka, que es el sometimiento a un poder desconocido, en el que es imposible acceder a los responsables. Igualmente se habla de la inviolabilidad del domicilio. Pero lo que más interesa es la mención expresa del Estado de Derecho. Esta es una ex-

presión muy manoseada en nuestros días, pero no lo era cuando Kafka escribió *El Proceso*. La sumisión de los poderes públicos a normas jurídicas ya existía en la Grecia clásica, donde se hablaba de «gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres» (Platón). Pero la expresión Estado de Derecho en su acepción actual aparece formulada probablemente por primera vez en 1.829 en la obra de Robert von Mohl *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, en la que se citan como características de este modelo de Estado las siguientes:

- Reconocimiento formal de los derechos del ciudadano: la libertad civil en su sentido más amplio, la igualdad ante el Derecho, la garantía de la propiedad.
- Imperio de la Ley.
- Existencia de una representación popular y participación de la misma en la elaboración de las leyes.
- Gobierno constitucional responsable.
- Independencia de los jueces.

Sin embargo, el desarrollo del concepto de Estado de Derecho tendrá lugar con posterioridad, especialmente a lo largo del siglo xx. Kafka no pudo conocer por tanto el desarrollo posterior y la popularización actual del concepto y la expresión Estado de Derecho, por lo que su empleo en *El Proceso* denota una sólida formación jurídica.

Por otra parte, Kafka utiliza la expresión «Estado de Derecho» de una manera muy precisa, pues, si comparamos las características de este modelo de funcionamiento del Estado según la obra de Mohl con el modelo de justicia que se describe en *El Proceso*, se deduce fácilmente que Kafka pretendía reflejar en su novela un sistema totalitario y arbitrario, cuyos responsables además son desconocidos e inaccesibles, es decir, todo lo contrario de un Estado de Derecho.

Hay que tener en cuenta que Kafka vivió en un país, el Imperio Austro-Húngaro, de fuerte tradición burocrática. Evidentemente Kafka no era un liberal, pero se mostró muy en contra, como a continuación vamos a exponer, de la creciente burocratización de la sociedad que ya era claramente perceptible en el tiempo en que vivió, sobre todo cuando esa burocracia se emplea como instrumento de dominación por parte de una oligarquía.

Los insignes sociólogos Max y Alfred Weber ejercieron una gran importancia sobre Kafka y su obra. El segundo fue el promotor en la ceremonia de doctorado de Kafka, ya que era catedrático de economía en la Universidad Alemana de Praga en la que éste estudió. Durante los años de estudiante de Kafka, Alfred Weber ejerció gran influencia sobre él y sobre Max Brod y de hecho se considera que el artículo publi-

cado por Alfred Weber en 1910 titulado *El Funcionario* es el precedente directo de una de las narraciones más importantes de Kafka: *En la colonia penitenciaria* (escrita en 1914 y publicada en 1919). Alfred Weber describe en su artículo cómo se levanta un monstruoso aparato en nuestras vidas, que posee la tendencia a invadir esferas de la existencia hasta entonces libres y naturales para encerrarlas en departamentos y subdepartamentos. Es una visión laberíntica de la burocracia que también está muy presente en *El Proceso* (capítulo III):

K. dijo: «Ya he visto bastante, ahora quiero marcharme.» «Todavía no ha visto todo» —dijo el ujier impasible. «No quiero ver todo —dijo K., que realmente se sentía cansado—. Quiero irme, ¿dónde está la salida?» «No habrá perdido el sentido de la orientación, ¿verdad? —preguntó el ujier sorprendido—. Usted va hasta la esquina y luego, por el pasillo, derecho hacia la puerta.» «Venga conmigo —dijo K.—, enséñeme el camino. Me extraviaré; aquí hay demasiados caminos.»

No es que los hermanos Weber estuvieran en contra del Estado, sino que estaban preocupados por poner límites a una hipertrofia burocrática que puede llegar a asfixiar al ciudadano y probablemente sea también ésa la idea de Kafka. En *El Proceso* se presenta a la burocracia como un monstruo maligno (capítulo VII):

Y tratar de comprender que el inmenso organismo era inatacable... Si uno, en el sitio donde le tocaba estar, cambiaba algo por su cuenta, sólo habría removido el suelo debajo de sus propios pies y se desnucaría, mientras que el grandioso organismo fácilmente se podría resarcir en otra parte —puesto que todo estaba relacionado— del rasguño sufrido en algún punto. El organismo permanecía inalterable, salvo que se volviese aun más hermético, más suspicaz, más frío y todavía más maligno.

Ese monstruo despiadado termina alienando a las personas. Al principio se trata solamente de tratarlas sin respeto a su dignidad (capítulo I):

«¿Supongo que me puedo sentar?», preguntó. «No es costumbre», respondió el inspector (...)

«Primero me asaltan, luego se quedan aquí sentados o en pie alrededor de mí, y me dejan en pie delante de ustedes (...) Allí hay unos mirrones», dijo K. «¿Qué gente molesta y desconsiderada!».

También en el capítulo III:

«No se tiene ninguna consideración con el público —dijo el ujier—. Fíjese en esta sala de espera.»

No olvidemos tampoco a este respecto las consideraciones vertidas anteriormente sobre la comparación del ciudadano frente a la burocracia con un perro.

Después se inicia un proceso largo y complejo, del que nunca te ves libre y que devora todas tus energías inútilmente. En el capítulo VII, cuando Joseph K. acude a solicitar la ayuda del pintor Titorelli, éste se lo expone claramente:

«Pero en esto coinciden todos —dice K.—: que no se dictan acusaciones infundadas y que el tribunal, cuando hay acusación, está firmemente convencido de que hay culpa también, siendo esta convicción casi inamovible.» «¿Casi? —dijo el pintor alzando una mano—. Jamás el tribunal cambia de opinión. Si yo pinto aquí a todos los jueces uno al lado del otro, y usted se defiende delante de ese lienzo, usted tendría más éxito que si se defendiera ante el propio tribunal.» (...)

«Así que ni una sola absolución... —dijo K. como si se hablara a sí mismo y a sus esperanzas—. Esto confirma la opinión que yo tengo de este tribunal. Todo es inútil. Un solo verdugo podría suplir a toda la justicia.»

Esa presunción de culpabilidad genera una sensación de impotencia que se refleja en *El Proceso* ya desde el capítulo I:

«No obstante, no se nos escapa que la autoridad a cuyo servicio estamos, antes de disponer un arresto, se informa perfectamente sobre las causas y sobre la persona del arrestado. En esto no hay errores.»

Joseph K. es desprovisto de sus ropas y objetos personales como consecuencia del arresto:

Le devolverían todo si el fallo resultaba favorable. «Es mejor que nos entregue las cosas a nosotros y no al depósito —dijeron—, porque en el depósito se producen sustracciones y, además, allí todo se vende pasado cierto tiempo, sin importar que el proceso haya terminado o no. ¡Y cuánto duran esos procesos, sobre todo últimamente! Por cierto que el depósito le entregará lo cobrado, pero es poco (...)»

El proceso, una vez iniciado, es como el castigo de Sísifo, pues nunca se termina, tal como el pintor Titorelli le explica a Joseph K. en el capítulo VII al desgranar las posibles soluciones a su situación: la absolución real, la absolución aparente y la dilación indefinida. La primera se correspondería con la absolución ordinaria que causa cosa juzgada, es decir, que impide que pueda volver a plantearse nuevamente la misma acusación contra el absuelto. Pero esta solución, aunque es la prevista en la ley para los inocentes, no se conoce que haya sido aplicada nunca. Luego está la absolución aparente, que supone que, mediante el tráfico de influencias, se convence al juez para absolver provisionalmente al acusado:

Al impartirla no se ha modificado nada, con la excepción de que ahora el expediente se ha engrosado con la absolución y sus fundamen-

tos. Por lo demás, sigue sujeto a procesamiento; el expediente es transferido a los tribunales superiores, de ahí vuelve al inferior, y así va y viene intermitentemente. Este ir y venir es imprevisible. Visto desde fuera, puede tomar la apariencia de que todo ha quedado sepultado en el olvido, que el expediente se ha perdido, y la absolución es definitiva. Pero alguien que sabe no se hará ilusiones. Ningún expediente se pierde, la justicia no perdona. Un buen día —nadie sabe cuándo— cualquier juez mira las actas un poco más atentamente, se da cuenta de que la acusación está viva y ordena el arresto inmediato.

Finalmente está la dilación indefinida, que «consiste en retener el proceso permanentemente en su fase inicial, la más baja» y se basa igualmente en la corrupción:

El proceso no puede quedar paralizado sin que existan unos motivos. Por tanto, hay que guardar las apariencias; algo tiene que moverse. Por tanto, de tiempo en tiempo, hay que dictar alguna orden, hay que interrogar al acusado, hay que instrumentar investigaciones, etcétera.

De este modo, ese proceso interminable te devora y consume todos tus recursos y tus energías (capítulo VIII):

«Aparte de él tengo otros cinco abogadillos.» «¡Cinco!», exclamó K. El número le asombraba y repitió: «¿Cinco abogados aparte de éste?» El comerciante asintió con la cabeza. «Además, estoy en tratos con un sexto.» «¿Y para que necesita tantos abogados?», preguntó K. «Los necesito a todos», dijo el comerciante. «¿Puede darme una explicación?», preguntó K. «Con mucho gusto —dijo el comerciante—. Ante todo, no quiero perder mi proceso, claro está. Por tanto, no debo descuidar nada de lo que está en mis manos. Aunque su utilidad fuera mínima, ni ese mínimo debo desperdiciar. Por eso he invertido cuanto poseo en mi proceso. He sacado todo el dinero del negocio. Si antes mis oficinas ocupaban casi un piso entero, ahora me basta con un cuartucho en el patio trasero, donde trabajo únicamente con un aprendiz. Este retroceso no se debe tanto a la retirada del dinero, como a la mengua de mi capacidad de trabajo. Si uno quiere hacer algo en su proceso, ya no puede ocuparse de otra cosa.»

El propio Joseph K. va experimentando un progresivo desvalimiento ante el laberinto de la burocracia hasta alcanzar la resignación y quedar abandonado a la voluntad del tribunal. En el capítulo VII se nos ilustra con estas palabras:

Pero ahora, cuando necesitaba de toda su inteligencia para el trabajo, cuando su fulminante carrera estaba amenazando al vicedirector, cuando en las breves tardes y noches deseaba disfrutar de su juventud y cuando las horas volaban más aprisa que nunca, justo ahora tenía

que ponerse a escribir este desdichado alegato. Sus pensamientos terminaron en puras lamentaciones (...)

La mera decisión de defenderse él mismo le había dejado planchado. ¿Y qué pasaría después? ¡Qué días le esperaban! ¿Encontraría realmente un camino que le condujera fuera del laberinto? ¿No le obligaría esta empresa a aislarse de todo lo demás? ¿Sobreviviría? ¿Y cómo podría conciliar la defensa con el trabajo en el banco? No se trataba sólo de confeccionar un alegato, para lo cual quizá bastaba con pedir un permiso, aunque, por otra parte, pedir un permiso ahora podía ser muy prematuro pues, evidentemente, no se trataba sólo de un alegato, sino de todo un proceso, acaso inacabable. ¡Con qué obstáculo había tropezado, de repente, en su carrera! ¿Y ahora debía ponerse a trabajar para el banco? Miró la mesa de trabajo. ¿Ahora debía recibir a clientes y negociar con ellos? Ahora que estaba en marcha su proceso y los funcionarios empollaban las actas en sus buhardillas, ¿él se ocuparía de los negocios bancarios? ¿No sería esto una tortura ideada por el tribunal para que le acompañara dondequiera que fuese?

A este proceso de destrucción interior hay que añadir uno paralelo de destrucción social, por la mala reputación que supone el verse incurso en un procedimiento judicial. En el capítulo VI, el tío de Joseph K. le recrimina a este respecto:

«Joseph, querido Joseph, piensa en ti, en tu familia, en nuestro buen nombre. Hasta ahora eras un motivo de honra para nosotros, tú no puedes convertirte ahora en nuestra vergüenza (...) ¿Es que quieres perder el proceso? ¿Sabes lo que eso significaría? Significaría que quedarías simplemente aniquilado, y que toda la parentela sería arrasada detrás de ti o, al menos, humillada.»

El propio Joseph K. acaba reconociendo el peligro social que supone tener incoado un proceso contra él (capítulo VII):

Su posición en el banco ya no estaba del todo al margen del proceso. El mismo se había descuidado y lo había mencionado con una inexplicable fruición ante algunos conocidos; otros se habían enterado por caminos extraños; su relación con la señorita Bürstner parecía también depender del proceso —en suma, apenas tenía ya la libertad de desentenderse del proceso, pues estaba metido hasta la ingle—.

Al final, la burocracia —el sistema— termina derrotando moralmente a las personas, que se convierten en seres alienados, sin dignidad ni autoestima. En el capítulo III, cuando Joseph K. visita el juzgado, entra en contacto por primera vez con otros acusados, que nos son presentados como almas en pena dignas de compasión. A continuación transcribiré ese episodio, que es muy significativo y está escrito con una sensibilidad y un lirismo conmovedores:

Cuando los más próximos a la puerta vieron a K. y al ujier se levantaron en ademán de saludo; cuando los siguientes vieron esto, creyeron que tenían que saludar también, de modo que todos se ponían en pie conforme pasaban los dos. Nunca quedaban del todo derechos, las espaldas estaban encorvadas y las rodillas dobladas: parecían mendigos de la calle. K. se volvió hacia el ujier que venía detrás de él y le dijo: «¡Cuántas humillaciones deben haber soportado éstos!» «Sí —dijo el ujier—, todos los que usted ve aquí son acusados.» «¿De veras? Entonces somos compañeros de infortunio.» Y se dirigió al más cercano, un hombre alto, esbelto y casi cano. «¿Qué es lo que están esperando aquí?», preguntó K. cortésmente. Ante esta inesperada pregunta, el interpelado se turbó visiblemente. Era penoso verle tan turbado: sin duda se trataba de un hombre de mundo y en otras circunstancias se habría dominado perfectamente. Pero aquí no supo qué contestar a una pregunta tan simple y miró a los demás en busca de ayuda. Sin esta ayuda, desde luego, nadie podía esperar una contestación de él. Entonces le socorrió el ujier, quien, para tranquilizar y animar al hombre, dijo: «El señor sólo le pregunta qué está esperando. Contéstele, por favor.» La voz conocida del ujier obtuvo algún resultado, pues el hombre empezó a decir: «Espero...», pero luego se quedó otra vez trabado. Otros que también estaban esperando se habían acercado, formando un grupo alrededor, pero el ujier les dijo: «Fuera, despejen el pasillo.» Retrocedieron un poco, pero no hasta sus asientos. Entretanto, el interpelado se había recobrado y contestó incluso con una pequeña sonrisa: «Hace un mes que he presentado una petición de pruebas y deseo saber qué curso ha tomado.»

Esta imagen patética de los acusados no es tan ficticia como pudiera parecer, pues refleja la experiencia que Kafka tenía como abogado y como funcionario. Max Brod cita estas palabras de Kafka acerca de los obreros accidentados con los que tenía que tratar en el Instituto del Seguro de Accidentes de Trabajo: «¡Qué gente tan modesta! Vienen a nosotros pidiendo por favor. En lugar de asaltar el establecimiento y hacerlo trizas, vienen pidiendo por favor». Impresiones como ésta hicieron que Kafka fuera desarrollando una imagen negativa del referido Instituto, al que llamaba «nido de burócratas». Ese desprecio por el ciudadano no es exclusivo de la Administración y Kafka lo refiere también de los abogados respecto de sus clientes, lo que para él resulta todavía mucho más mezquino, pues convierte a los abogados en lacayos del sistema que son utilizados en esa labor de dominación por parte de una oligarquía. En el capítulo VIII Leni, la enfermera del doctor Huld, le explica a Joseph K. acerca del comerciante Block lo siguiente:

«Es muy simpático pero charlatán. Por eso el abogado no le aguanta. En todo caso, sólo le recibe cuando está de humor para ha-

cerlo. Ya he tratado por todos los medios de cambiar esto, pero es imposible. Figúrate, a veces anuncio a Block, y él lo recibe a los tres días. Si Block en el momento en que le llama no está, ha perdido la oportunidad y hay que anunciarle otra vez».

En el mismo capítulo, el doctor Huld recibe al comerciante Block para mostrarle a Joseph K. el trato tan considerado que éste recibe en comparación con el que le correspondería recibir de no ser un cliente recomendado:

Se podía creer que Block, en vez de estar contento porque el abogado le había recibido, temiera recibir una paliza. Comenzó a temblar de pies a cabeza (...) Se puso de rodillas ante la cama. «Ya estoy de rodillas mi abogado» (...) Leni sabía perfectamente cómo ablandar al abogado. Señalando la mano de éste, aguzó los labios, como para besar. Inmediatamente, Block besó la mano del abogado e, instado por Leni, lo repitió dos veces (...) «¿Cómo se portó hoy?», preguntó el abogado en lugar de contestar. Antes de responder, Leni bajó la vista hacia Block y saboreó un rato cómo éste elevaba las manos hacia ella y las juntaba implorantes. Por fin, se volvió hacia el abogado y dijo con aire grave: «Ha estado tranquilo y diligente.» Un viejo comerciante, un hombre de largas barbas imploraba a una jovencita que hablara favorablemente de él.

Cuando el justiciable o el administrado, el ciudadano en definitiva, llega a este estado de alienación, se consuma la dominación por parte del sistema. La opinión de Kafka es pesimista acerca de este estado de cosas: hay que amoldarse al sistema y soportarlo como un mal menor, como garantía de seguridad, si se quiere sobrevivir. Pero esa sumisión no es fruto de la convicción, sino de la derrota, como a continuación vamos a ver.

El hombre frente al sistema

El sistema que Kafka nos presenta en *El Proceso* es totalitario, arbitrario y corrupto. Ya nos hemos referido anteriormente al atropello que supone incoar un proceso contra un ciudadano sin que éste conozca el motivo, ni el procedimiento ni el tribunal que ha de juzgar su caso. También nos hemos referido a la arbitrariedad del sistema, ante el que los argumentos y las pruebas son inútiles, pues una vez que se pone en marcha ya no atiende a razones. Ahora vamos a ver cómo el sistema es además corrupto. Ya asomaba esa corrupción en la manera de conseguir la absolución aparente y la dilación indefinida como medios para eludir una condena, pero ahora vamos a detenernos un poco más en analizar

el sistema burocrático que Kafka nos presenta, en el que el tráfico de influencias, la prevaricación y el cohecho son la moneda de cambio corriente.

Ya en el primer capítulo, cuando se produce el arresto, los agentes encargados de llevarlo a cabo, le explican la corrupción existente, de la que ellos sólo recogen las migajas aunque, paradójicamente, habrán de recibir un castigo ejemplar por ello en el capítulo V. En el capítulo VII se dice abiertamente:

Aquí se sobornaba, se espiaba, incluso se decía que hubo tiempos en que se robaban los expedientes. No se podía negar que de esta manera se podían obtener unos resultados sorprendentemente favorables para el acusado.

En el mismo capítulo, Joseph K. se ve obligado a recurrir a la ayuda del pintor Titorelli, que, al ser retratista de jueces, tiene una gran influencia sobre ellos:

«Yo solito le sacaré.» «¿Y cómo lo hará? —preguntó K.—, ya que usted mismo dice que el tribunal no atiende a pruebas.» «A lo que no atiende es a pruebas que se sometan directamente al tribunal —dijo el pintor levantando el dedo índice como si K. no hubiera percibido la sutil diferencia—. Otra cosa es lo que se intenta a espaldas del tribunal, en el salón de consultas, en los corredores o, por ejemplo, también aquí, en mi estudio (...)

La ley, y no la he leído, dice que el inocente será absuelto. En cambio, no dice que se pueda influir en los jueces. Ahora bien, yo he visto justamente lo contrario. No sé de ninguna absolución real, pero sí de grandes despliegues de influencia personal sobre los jueces.»

En el capítulo II, durante el interrogatorio, Joseph K. hace una denuncia pública de la corrupción del sistema y de la necesidad de reformarlo:

«¿Cómo evitar que los funcionarios, dadas las circunstancias, caigan en la más abyecta corrupción? Ni el magistrado más encumbrado podrá acabar con ella. Por esto, los vigilantes tratan de robar las ropas de los detenidos; por esto, inspectores violan viviendas; por esto, los inocentes, en lugar de ser interrogados, son degradados ante toda una asamblea. Los vigilantes me hablaron de depósitos donde se entregan las pertenencias de los detenidos. Quisiera yo ver esos depósitos donde se pudre lo que el arrestado ha obtenido con su trabajo, si no es que es robado por los ladronzuelos de la administración.»

También en el capítulo III se insiste en el mismo tema:

«Más bien creo que el proceso, por negligencia o tal vez incluso por temores del personal, se cancelará, si no se ha cancelado ya. Tam-

bién es posible que en espera de un buen soborno se seguirá la parodia de un proceso» (...)

El propio protagonista, en el capítulo primero, intenta utilizar en su favor la amistad que le une con el fiscal Hasterer. Sin embargo, Kafka no desarrolla posteriormente esta línea argumental de modo pleno, pues comenzó un capítulo dedicado al fiscal pero lo dejó inacabado. Probablemente se insertaría a continuación del capítulo VII, ya que su comienzo está escrito en la hoja en que finaliza éste. Es en el capítulo VII, el dedicado al abogado y al pintor, donde aparecen de modo más frecuente las referencias al uso de las influencias personales en el funcionamiento de la burocracia. No sabremos si la inclusión a continuación del capítulo dedicado al fiscal Hasterer habría de abundar más en ese argumento, aunque la descripción que Kafka nos hace de este personaje no parece que vaya dirigida a presentarle como un funcionario corrupto, pues se refiere a él en términos elogiosos.

La actitud que adopta Joseph K. ante ese sistema totalitario, arbitrario y corrupto es la de un joven idealista y orgulloso. Denuncia públicamente los vicios del sistema y trata de derrotarlo, aunque desde una posición desdeñosa y soberbia. En el capítulo III el protagonista charla con la esposa del ujier:

«¿Usted se propone introducir aquí alguna reforma? —preguntó la mujer despacio y con reticencia, como si lo que decía fuera tan peligroso para ella como para K.— Ya lo he deducido de su discurso que, personalmente, me gustó mucho (...) ¿Cree usted que logrará mejorar algo?» (...) «En el fondo —dijo K.—, no es mi cometido lograr aquí mejoras, y si a usted, por ejemplo, se le ocurriese contárselo al juez, se reiría de usted o la castigaría. De hecho, no me habría metido en ello por voluntad propia, y jamás la necesidad que este sistema tiene de reforma me habría quitado el sueño. Pero por la circunstancia de que, presuntamente, estoy detenido —pues lo estoy— me he visto obligado a tomar cartas en el asunto, y esto en mi propio interés (...)

No me importa nada la sentencia que me caiga. Una condena sólo me haría reír, si es que llega a haber sentencia, lo que dudo sinceramente.»

Joseph K. no quiere reformar el sistema, quiere derrotarlo, pero no desde adentro y utilizando los recursos, pocos, que el sistema pone a su disposición, sino desde fuera y humillando al poder constituido. En el capítulo II, tras el interrogatorio, el juez de instrucción dirige la siguiente admonición a Joseph K.:

«Sólo le quería decir —dijo el juez— que hoy ha echado a perder la ventaja que siempre significa un interrogatorio para el arrestado.» K. se rió sin apartar la vista de la puerta. «¡Sarta de bribones!», exclamó; abrió la puerta y bajó la escalera.

En uno de los capítulos inconclusos, titulado «Visita a Elsa», Kafka nos detalla la lista de desaires de Joseph K. hacia el tribunal y se aprecia el último intento del sistema para hacer volver al joven díscolo al redil:

Un día, poco antes de marcharse del banco, K. recibió una llamada telefónica. Se le conminaba a presentarse inmediatamente en la secretaría del tribunal. Se le advirtió: no debía desobedecer. Sus inconcebibles declaraciones de que los interrogatorios eran inútiles porque no conducían ni podían conducir a ningún resultado, de que no acudiría más al tribunal, de que no respondería a citaciones, ni telefónicas ni por escrito, y de que echaría a cualquier mensajero, todas estas manifestaciones habían sido registradas y ya le habían perjudicado mucho. ¿Por qué no se avenía a las disposiciones? ¿No se trataba de aclarar su complicado asunto? ¿Quería interferir temerariamente y provocar medidas de fuerza de las que hasta ahora se había desistido? La citación de hoy era un último intento. Que hiciera lo que quisiera, pero que tuviera presente que el alto tribunal no se dejaría burlar.

La actitud de Joseph K. contrasta con la del comerciante Block, el cual se amolda al sistema para sobrevivir. Ya hemos visto anteriormente cómo había contratado a cinco abogados y estaba en tratos con un sexto, dilapidando sus fuerzas y su dinero en utilizar todos los recursos a su alcance para sacar adelante su proceso. En el capítulo VIII le dice al protagonista: «A uno le entran ganas de dejar correr el carro adonde quiera, meterse en la cama y no saber nada de nada. Claro que esto sería lo más tonto de todo». Más adelante le recrimina a Joseph K. su displicencia:

«Pero si usted cree que es un privilegiado porque le está permitido estar sentado y presenciar todo esto tranquilamente mientras que yo me arrastro a cuatro patas, como usted lo expresa, le recordaré el viejo proverbio que dice: para el sospechoso más vale estar en movimiento que en quietud, porque el que está quieto puede, sin saberlo, estar sentado sobre el platillo de la balanza donde él y sus culpas son pesados.»

Por tanto, la disyuntiva es clara: morir de pie o vivir de rodillas. Joseph K. prefiere permanecer de pie y no doblarse y ello le cuesta la vida, mientras que el comerciante Block opta por sobrevivir aunque ello le suponga someterse y literalmente permanecer de rodillas. El planteamiento de Kafka es pesimista, nos presenta la opción de modo descarnado y lejos de cualquier atisbo de idealismo: que nadie piense que se puede derrotar al sistema, no hay lugar para la revolución. El sistema debe ser aceptado, pese a su iniquidad, como mal menor si se quiere sobrevivir. Ahora bien, esta aceptación, de producirse, no se al-

canza por convicción, sino por resignación, porque la lucha es desproporcionada y el sistema termina arrollando a quien se enfrenta a él. El resumen de esta conclusión nos lo brinda el autor en la parábola del capítulo IX a la que ya hemos hecho referencia, pero que conviene reiterar ahora:

«No —dijo el sacerdote—, no es necesario tomarlo todo por verdadero, sólo hay que tomarlo por necesario.» «Triste opinión —dijo K.—, la mentira se erige en el orden del mundo.»

Exculpación de los funcionarios

En *El Proceso* los funcionarios *de a pie* resultan totalmente exonerados de cualquier responsabilidad por la iniquidad del sistema. Ello responde a una doble solidaridad: en primer lugar porque el propio Kafka era funcionario, y en segundo lugar, tal como nos dice el autor en la *Carta al padre*, porque se puso del lado de los empleados cuando vio la manera autoritaria en que su padre los trataba en su negocio, que no era sin embargo infrecuente o especialmente cruel para los estándares de la época, puesto que se trataba de manera muy similar a los empleados en *Assicurazioni Generali*.

Ya en el capítulo primero de *El Proceso* el inspector que le comunica a Joseph K. la detención se escuda en la obediencia debida: «Era mi deber» —dijo el inspector. «Un deber tonto», dijo K. tercamente. «Puede ser —dijo el inspector—, pero no vamos a perder el tiempo en vanas discusiones». De hecho, cuando, como consecuencia de la denuncia pública de Joseph K., los agentes que habían practicado el arresto son azotados, aquél les exculpa tal como vimos en su momento, haciendo responsables a los altos funcionarios.

El epítome de la teoría de Kafka es la parábola del capítulo IX, tal como ya hemos tenido ocasión de decir anteriormente. En relación al concreto aspecto que ahora estamos examinando, en dicha parábola se nos dice respecto al guardián de la ley: «Tan sólo era un guardián y, como tal, cumplió con su deber», y «de todo esto se deduce que [el guardián] no sabe nada del aspecto y significado del interior de la ley y que, a este respecto, está engañado. Pero también con respecto al hombre del campo se dice que está engañado, pues le está supeditado y no lo sabe». La conclusión es muy clara: la Administración debe servir al ciudadano. Una Administración empleada como instrumento de dominación por parte de una oligarquía es una aberración, y el funcionario al final está tan engañado como el propio ciudadano y desconoce que está siendo empleado para llevar a cabo esa dominación espúrea.

Junto a esta consideración global en *El Proceso* se contienen otras reflexiones acerca de los funcionarios mucho más condescendientes que las referidas a los abogados. En primer lugar, Kafka lucha contra el tópico de que todos los funcionarios son unos perezosos. En el capítulo III la mujer del ujier le dice a Joseph K.: «Usted dice que los funcionarios son unos perezosos, pero no todos lo son, al menos no este juez que tanto escribe». Y en el capítulo VII el doctor Huld insiste en la misma idea: «El viejo funcionario trabajó ininterrumpidamente durante un día y una noche —esos funcionarios son realmente muy trabajadores, más que nadie—.» Al contrario, los funcionarios, en lugar de conformarse con hacer lo preciso de su deber, se esfuerzan en dignificar su función. La descripción que Kafka hace de las condiciones de trabajo de los funcionarios es deprimente, lo cual podría corresponderse con una visión onírica alejada de la realidad, pero no parece que sea así a la vista de las condiciones en que muchos funcionarios hoy en día deben realizar su trabajo en España. En el capítulo III se nos dice:

Se acercó y vio que decía, escrito en letra infantil y torpe: «Subida a las secretarías» ¿De modo que las secretarías estaban en las buhardillas de esta horrible casa? Este tribunal no era, pues, una institución que pudiera inspirar mucho respeto.

Ante esta situación los funcionarios toman la decisión de que, al menos, el encargado de información al público vaya dignamente vestido:

«Nosotros los funcionarios hemos pensado que al informante, que siempre es el primero en tomar contacto con la gente, hay que vestirle elegantemente en señal de dignidad (...)

Como de nuestra administración, que en este aspecto es algo rara, no pudimos lograr que lo costeara, hemos hecho una colecta entre nosotros —también contribuyeron algunos litigantes— y le compramos ese hermoso traje, entre otros».

Kafka también lucha contra la idea de que los funcionarios carecen de sentimientos al ejecutar su, a veces ingrato, trabajo. En el capítulo III un funcionario así se lo confiesa a Joseph K.: «Quizá nadie de nosotros sea duro de corazón: todos deseáramos ayudar, pero los representantes de la justicia fácilmente damos la impresión de ser duros y de no querer ayudar a nadie. Yo sufro por este motivo.» Y, si una vez más acudimos a la parábola del guardián de la ley del capítulo IX, se nos dice respecto del guardián cuya misión es impedir el acceso del campesino a la ley:

«Luego no le despide, ni mucho menos, sino que le da, como leemos, un banquito y permite que se siente al lado de la puerta. La paciencia con que soporta los ruegos del hombre durante años, los pe-

queños interrogatorios, la aceptación de los regalos, la benevolencia con que permite que el hombre maldiga a voces su mala suerte de haber tropezado con este guardián, todo esto revela los sentimientos pasivos del guardián».

En definitiva, Kafka se aleja mucho de la tentación de criminalizar a los funcionarios, de matar al mensajero, de confundir la burocracia con los trabajadores de la Administración.

Vigencia de la novela

Franz Kafka describe en *El Proceso* un sistema totalitario, arbitrario y corrupto. En líneas generales este sistema no se corresponde en absoluto con la situación actual en España. La Constitución, tal como hemos visto, define a España como un Estado social y democrático de Derecho. Al ser un Estado de Derecho, los poderes públicos están sometidos al principio de legalidad o imperio de la ley, lo que debería servir para evitar la arbitrariedad en su actuación. Esto aparece recogido en el apartado primero del artículo 9 de la Constitución cuando señala que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», lo que vuelve a ser reiterado en el apartado tercero del mismo precepto cuando señala que «la Constitución garantiza el principio de legalidad, (...) la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Y ese sometimiento a la ley vuelve a reiterarse para la Administración en el artículo 103.1 y para el Poder Judicial en el artículo 117.1. Por si fuera poco, el artículo 106.1 encomienda a los tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Por otra parte, al ser España un Estado democrático en el que la soberanía reside en el pueblo, «del que emanan los poderes del Estado» (artículo 1.2 de la Constitución), las leyes son aprobadas en un Parlamento elegido por los ciudadanos, de modo que también existe un control sobre el legislador.

Respecto a la corrupción se han establecido numerosos controles para luchar contra ella, si bien es impensable que pueda llegar a ser erradicada completamente al estar el Estado servido por personas y ser el hombre un ser naturalmente imperfecto.

Kafka describe también un sistema en que la ley es desconocida para los ciudadanos, lo cual también es impensable en nuestros días, pues el artículo 2.1 del Código Civil establece que las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial

del Estado si en ellas no se dispone otra cosa, y el artículo 9.3 de la Constitución garantiza la publicidad de las normas.

Otra de las obsesiones de Kafka a lo largo de su obra y más concretamente en *El Proceso* es el desconocimiento de la oligarquía que domina los aparatos de poder y que resulta inaccesible para el ciudadano y está exenta de cualquier responsabilidad. En este sentido se ha avanzado mucho en la relación del ciudadano con la burocracia. El artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recoge un catálogo no exhaustivo de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas, entre los que destacan los siguientes que a Joseph K. le hubieran resultado muy útiles:

- *A conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de los documentos contenidos en ellos.*
- *A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.*
- *A exigir las responsabilidades de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.*

También en el ámbito judicial se ha producido un gran avance en este sentido, pues nuestros procedimientos han evolucionado hacia la implantación de los principios de intermediación y oralidad, lo que permite al ciudadano acceder al juez que conoce de su caso. A modo de ejemplo podemos citar el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que:

1. Los jueces y los magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.

2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el juez o los magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto.

Por último, en relación a la transparencia, hay que destacar la labor de internet para acercar la Administración al ciudadano, pues en las páginas web de los ministerios, del Parlamento o del Poder Judicial se ofrece amplia información sobre competencias, organigramas, direcciones, legislación, etcétera. A ello hay que unir el esfuerzo realizado por las Administraciones públicas para mejorar la calidad de la atención al

ciudadano, con mejores instalaciones en las que se suprimen barreras arquitectónicas, se respeta la intimidad, se reducen las esperas y se ofrece una atención más personalizada. Es una lástima que algunas empresas, especialmente las de telefonía, estén siguiendo el camino opuesto de manera que todas las gestiones deben hacerse por vía telefónica, con largos tiempos de espera, con objeciones cuya veracidad el usuario no puede comprobar, y sin que éste llegue nunca a saber quién es el responsable de su queja. También es frecuente el abuso sobre el ciudadano por parte de las entidades financieras mediante el cobro de comisiones o la modificación unilateral de las condiciones de los contratos. Estas empresas, sobre todo cuando funcionan mal, se corresponderían actualmente con el poder oculto, totalitario y arbitrario que Kafka reflejaba en sus novelas.

Por otra parte, el artículo 24 de la Constitución recoge un catálogo de derechos del ciudadano frente a la Justicia que fueron completamente conculcados en el caso de Joseph K.:

- Derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.
- Derecho a la defensa y a la asistencia letrada.
- Derecho a ser informado de la acusación.
- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.
- Derecho a la presunción de inocencia.

Asimismo, el ciudadano tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados como consecuencia del funcionamiento de la Administración y de la Justicia (artículos 106.2 y 121 de la Constitución).

Ahora bien, una vez que resulta evidente que la situación jurídica actual es diametralmente opuesta a la descrita en *El Proceso*, hay que reconocer que aún hoy podemos extraer valiosas enseñanzas de la novela de Kafka.

En primer lugar, aunque España es un Estado democrático, a nadie se le escapa que en ciertas ocasiones se legisla en beneficio de determinados grupos de interés, bien por razones de presión económica o de opinión, lo que supone que la idea de Kafka de que la ley es un instrumento de dominación por parte de una oligarquía no está totalmente desterrada de nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, no podemos decir que la ley se mantenga en secreto para el ciudadano por las razones antedichas, pero ello no quiere decir que sea accesible. Pese a la seguridad jurídica proclamada en el artículo 9.3 de la Constitución, el legislador está empeñado desde hace años

en realizar una labor de producción normativa desbocada, especialmente en sectores jurídicos que se constituyen en instrumento de la política económica del Gobierno, como son los impuestos o la normativa socio-laboral. En este último ámbito concretamente sería mucho más deseable realizar una labor de sistematización que permitiera codificar y actualizar toda la normativa preconstitucional que continúa siendo el cuerpo normativo principal en materia de Seguridad Social. A ello hay que unir que se legisla con una técnica cada vez más deficiente que permite la existencia de numerosas lagunas y ello ha conducido a la apropiación de la ley por parte de la Administración. En efecto, al amparo de la variada casuística que puede plantearse y que la ley no siempre contempla de un modo claro o específico, la Administración emite docenas de criterios interpretativos, circulares y órdenes de servicio teóricamente para fijar de modo uniforme la actuación administrativa en todo el territorio del Estado. Utilizando la terminología del Derecho consuetudinario, esos criterios interpretativos y órdenes de servicio serían dictados *secundum legem*, es decir, para fijar la interpretación que los distintos órganos de la Administración deben dar a determinados preceptos, pero también se emiten en muchas ocasiones *praeter legem*, es decir, integrando las lagunas legales. El resultado perverso de esta práctica es que la Administración se erige en legislador y el ciudadano se encuentra en ocasiones con que, sin que la norma jurídica haya sido modificada, lo que hasta ayer era admitido por la Administración hoy ya no lo es porque han cambiado las instrucciones internas de ésta.

Todo ello ha llevado a los tribunales a tener que emplearse a fondo para realizar una labor de control sobre la Administración y de interpretación normativa que tampoco es deseable. Frente a lo que Kafka describe, el poder judicial, pese a lamentables casos particulares, a las dificultades procesales y a la escandalosa pobreza de medios, es hoy el más fiel garante de las libertades públicas y de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, sin llegar a reducir la labor judicial a un simple silogismo jurídico como defendía Beccaria, es responsabilidad del legislador fijar de la manera más clara posible la norma jurídica que ha de regir la actuación de los ciudadanos y los poderes públicos, no siendo labor judicial realizar una constante labor de integración que muchas veces raya con la función legislativa y que provoca una dispersión de criterios entre territorios y entre momentos temporales que perjudica gravísimamente la seguridad jurídica y que hace pensar al ciudadano que la resolución de su asunto dependerá del criterio del tribunal que le corresponda.

En definitiva, si entre los juristas existe claramente una sensación de inseguridad jurídica, podemos afirmar sin lugar a dudas que la ley

sigue siendo desconocida e inaccesible para el ciudadano igual que lo era para Joseph K.

Por otra parte, mientras que en Estados Unidos y Gran Bretaña la Administración está sometida al Derecho común, lo que significa que se ha mantenido en posición de igualdad con los ciudadanos, teniendo que solicitar la tutela judicial para el ejercicio de su función, la Europa continental se encaminó entre los siglos XIX y XX hacia un modelo de Administración pública sometida a un Derecho Administrativo, es decir, un Derecho especial que tiene por objeto regular el funcionamiento de la Administración planteando la relación jurídica con el ciudadano desde una posición de inferioridad de éste. La Administración aparece así dotada de numerosas prerrogativas, que en España se plasman principalmente en la autotutela. En virtud de esta prerrogativa la Administración puede dictar resoluciones que son ejecutivas y que pueden incidir directamente en el patrimonio del ciudadano. Asimismo, si éste no cumple con el contenido de la resolución administrativa voluntariamente, la Administración puede ejecutar dicha resolución por sus propios medios. El ciudadano no puede valerse, salvo en el caso excepcional de la expropiación, de interdictos para detener esa actuación administrativa y debe impugnarla ante los tribunales de justicia. Ahora bien, para ello debe impugnarla previamente ante la propia Administración, y sólo cuando ésta haya resuelto, de modo expreso o por silencio administrativo, podrá el ciudadano recabar la tutela de los tribunales. Además, dicha impugnación no suspende por sí misma la ejecución de la resolución administrativa, que se presume ajustada a Derecho mientras no sea revocada. Por si fuera poco, las controversias con la Administración se dirimen ante una jurisdicción especial, la contencioso-administrativa, que, dicho sea de paso, siempre está atascada de procedimientos pendientes y nunca se toman las medidas legislativas y presupuestarias necesarias para agilizar la resolución de los asuntos porque, por si no fuera bastante con tener un Derecho especial, a la Administración no le interesa que funcione ágilmente la jurisdicción encargada de controlarla, y eso pese a que, como hemos visto, el artículo 24 de la Constitución declara el derecho del ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas.

A esta situación hay que sumar la tendencia expansiva del Estado, que ha venido a regular y controlar cada faceta de nuestras vidas, muchas veces bajo la excusa de la protección al ciudadano. Nos encontramos ante lo que Max Horkheimer (1895-1973) llamó «un mundo totalmente administrado». En este proceso tuvo una participación destacada la aparición del concepto de Estado Social, que, por cierto, aparece consagrado en el artículo 1.º de la Constitución Española de 1978: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que

propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». El concepto de Estado Social aparece en el siglo XX y es posterior a Kafka, pero lo traigo a colación para ilustrar la culminación de un proceso que ya se había iniciado en vida del autor. El Estado social aparece como contrapeso al Estado liberal y supone que el Estado no debe mantener una posición abstencionista, sino que debe intervenir activamente en la sociedad con el objeto de garantizar que los derechos sociales consagrados en la Constitución no sean meras declaraciones teóricas, sino que se cumplan efectivamente. Hermann Heller acuñó el término en 1930 y se basa en que lo característico del Estado liberal de Derecho, al que él se oponía, es que el estatuto de las relaciones sociales y el sistema de la distribución de los bienes se tomaban como un *statu quo* inalterable, mientras que lo esencial del Estado social consiste justamente en que el orden existente no es justo y que, para reformarlo, la sociedad no es autónoma y no está sustraída a la intervención estatal. El individuo se encuentra frecuentemente en una situación de necesidad que le impide desarrollar sus capacidades y gozar de las situaciones de ventaja que abstractamente le reconoce el ordenamiento jurídico. Entonces el Estado debe crear las condiciones necesarias que permitan al individuo desarrollar completamente su personalidad. Así lo enuncia la Constitución Española en el artículo 9.2 cuando señala que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». El fin del Estado social, se dice, es la emancipación plena del individuo, pero el peaje que ha tenido que pagar el individuo para alcanzar esa pretendida emancipación ha sido el sometimiento al intervencionismo del Estado. Tal como dijimos anteriormente, Kafka no era un liberal y tampoco su obra está estructurada política o jurídicamente, pero, no obstante, hubiera resultado interesante comprobar cuál hubiera sido la opinión del genial escritor ante una sociedad como la actual, en que la burocracia y el intervencionismo del Estado se han incrementado hasta alcanzar todas las áreas de la vida humana, si bien utilizando como justificación la liberación del hombre y su pleno desarrollo como persona y como ciudadano. Quizá hubiera abandonado sus ideales socialistas para abrazar el principio liberal de que el fin del Estado es garantizar la libertad limitándola sólo en la medida en que sea necesario.

Respecto al proceso de destrucción al que el sistema somete al acusado, en nuestros días, lejos de haberse superado, se ha visto reforzado

hasta el infinito debido a la repercusión de los medios de comunicación, en los que se ventilan juicios paralelos que condenan anticipadamente a personas que posteriormente resultan absueltas, si bien la absolución desgraciadamente no suele encontrar tanta repercusión mediática como la acusación. En el mismo sentido, resulta lamentable la manera en que los medios de comunicación cumplen con las sentencias que les obligan a rectificar noticias falsas o difamatorias.

Por otra parte, ya vimos que nuestra Constitución consagra en virtud de su artículo 24.2 y del artículo 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el principio de presunción de inocencia del que Joseph K. se vio privado, pero la presunción de culpabilidad permanece latente en el ámbito administrativo a través, por ejemplo, de la presunción de legalidad de los actos administrativos. De este modo, el artículo 57.1 de la referida ley establece que «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa», lo cual viene a ser reiterado en los artículos 94 y 111. Ello significa que cuando la Administración pública ha resuelto en contra de un ciudadano, éste tiene que impugnar dicha resolución, ya sea en vía administrativa o judicial, desde una posición de inferioridad material, pudiendo llegar incluso a ejecutarse la resolución administrativa aunque después se demuestre su ilicitud. Aunque en tal caso el ciudadano tendría derecho al resarcimiento de los perjuicios causados, éstos ya han tenido lugar.

Por último, la sociedad de la información, que tantos beneficios ha supuesto para el ciudadano, encierra un peligro muy kafkiano, que es la posibilidad de acceder, almacenar y procesar datos confidenciales del individuo (artículo 18.4 de la Constitución y Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

En definitiva, *El Proceso* narra en clave de pesadilla el enfrentamiento de una persona con el sistema judicial. Ello puede ser interpretado de múltiples maneras: literaria, psicológica, sociológica, política o jurídica. Ciertamente ninguna de ellas es excluyente ni definitiva, y quizá la menos consistente sea la que se ha analizado en este trabajo. Pero, aunque la descripción del universo jurídico y burocrático contenida en *El Proceso* sirva únicamente como ambientación de la trama, es lo suficientemente brillante e incluso realista como para ser trasladable a la actualidad en muchos aspectos y por eso he creído que podría resultar interesante plantear el estudio de la obra de Kafka desde este punto de vista.

Bibliografía

- Franz KAFKA. *El Proceso*. Traducción y prólogo por Tina de Alarcón. Edimat Libros, S.A. 2004.
- Joan PARRA (Traducción) - Jordi LLOVET (Prólogo y notas). *Carta al padre. Franz Kafka*. Ediciones de Bolsillo. 2004.
- Max BROD. *Kafka*. Emecé Editores. 2000.
- Elías CANETTI. *El otro proceso de Kafka*. Alianza Editorial, S.A. 1995.
- Thomas HOBBS. *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Alianza Editorial, S.A. 2002.
- Cesare BECCARIA. *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*. Alianza Editorial, S.A. 1986.
- Jean Jacques ROUSSEAU. *El contrato social*. Ediciones Buma. 1985.
- Hans KELSEN. *Teoría pura del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. 2003.
- Hermann HELLER. *¿Estado de Derecho o dictadura? Escritos políticos*. Alianza Editorial, S.A. Madrid. 1985.
- Julio LONDOÑO. «Introducción al Derecho en la obra de Franz Kafka». *Revista Universitas Estudiantes*. Universidad Javeriana. Bogotá. 2004.
- José M. GONZÁLEZ GARCÍA. «Jaulas, máquinas y laberintos (Imágenes de la burocracia en Kafka, Musil y Weber)». *Revista La Balsa de la Medusa*. N.º 8-1988.
- José Luis MEDIAVILLA RUIZ. *Especulaciones en torno a Kafka. Pensamiento político y neurosis*. La Mandrágora. 1971.

EL «RESULTADO» EN LA OBLIGACION DEL MEDICO. ¿IDEAS SENSATAS QUE PUEDEN VOLVERSE LOCAS?¹

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto. Bilbao, España

Sumario: I. Intento de justificar un título extraño. II. Obligación de medios y obligación de resultado. III. La doctrina del «resultado desproporcionado».

I. Intento de justificar un título *extraño*

El *título principal* de este trabajo obedece al propósito de formular alguna consideración sobre lo que puede significar (o no) una palabra, «resultado», en nuestras disquisiciones sobre la responsabilidad del médico. Y se me ha ocurrido un subtítulo que recuerda aquel pasaje de Chesterton² en el que decía que «*el mundo está lleno de ideas cristianas que se han vuelto locas*». Parafraseándole, me ha parecido que podía rotularse la exposición con una rúbrica *chocante*, esto es, destinada a causar extrañeza, que dice nuestro diccionario, o simplemente a llamar la atención.

Porque, en efecto, lo que planteo, simplemente a efectos de inspirar alguna reflexión, es la posibilidad de que cuando en el *discurso* sobre la responsabilidad contractual del médico decimos que, en ocasiones, su obligación es *de resultado*, no *de medios* o *de actividad*, así como cuando afirmamos que se produce una inversión de la carga de la prueba, desplazando sobre el médico la demostración de su propia diligencia si se produce un «*resultado desproporcionado*», acaso estemos utilizando unos conceptos en sí mismos sensatos o razonables, pero que corren el riesgo de «volverse locos».

¹ Este trabajo es la contribución del autor al Libro-homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, con motivo de su jubilación como Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Salamanca.

² El autor, en el tono que le caracterizaba (mitad humorístico, mitad desgarrado, pero casi siempre intentando combatir tópicos), se refería a las manifestaciones de *cierto feminismo* de su tiempo.

II. Obligación de medios y obligación de resultado

1. Desde que Demogue la pusiera en circulación en la primera mitad del siglo pasado³, esta distinción se ha afinado en la teoría general de la obligación, estando presente en todas las obras de carácter general y dando lugar, a su vez, a una copiosa bibliografía monográfica⁴.

No obstante, existen entre los autores considerables divergencias respecto al alcance que debe atribuirse a la distinción, es decir, sobre sus consecuencias, tanto en el plano sustantivo como en el procesal⁵. Dicho de otro modo, no se trata, en absoluto, de una construcción doctrinal *pacífica*.

En este momento, sin entrar en mayores profundidades, me limito, en primer lugar, a transcribir lo que Jordano Fraga⁶ dice como formulación más sintética del significado de la distinción. En la obligación de resultado, el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere* se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente —diligencia que puede ser técnico-profesional o común—, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor —en lo debido por éste— el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada.

En segundo término, cumple resumir qué significado, en el sentido de consecuencias, se suele asignar a la distinción que me ocupa.

³ DEMOGUE: *Traité des obligations en général*, V, París, 1925, y VI, París, 1931.

⁴ En nuestra doctrina, son dignos de mención, al menos, los siguientes trabajos: JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, y «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, enero-marzo 1991, pp. 5-96, y CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

⁵ Me remito a la abundante aportación bibliográfica y a los finos análisis de los dos autores españoles que acabo de citar. Especial mención, en cuanto «denuncia» de la relatividad de la distinción, merece el trabajo de MENGONI, «Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni “di mezzi”», en *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, primera parte, pp. 185-209, 280-320 y 366-396. Se trata, a mi entender, de una obra capital sobre la materia, con una formidable documentación de Derecho romano y Derecho común. Destaca, como decía, la ponderada valoración que se hace de la distinción *medios-resultado*, que el autor lleva a los que creo que son sus justos límites.

⁶ *Obligaciones de medios...*, p. 7.

A tal efecto, puede acudirse a la síntesis de Díez-Picazo⁷, cuando señala:

Existe un diferente criterio en orden a la forma de cumplimiento de cada una de las obligaciones y, a la inversa, la del incumplimiento. En la obligación de medios, el deudor cumple y, por consiguiente, se libera, al satisfacer el derecho del acreedor desplegando la actividad en sí misma. En la obligación de resultado, en cambio, sólo hay verdadero cumplimiento cuando el resultado ha sido obtenido. De lo anterior se desprende un sistema diverso en orden a la distribución de los riesgos y a la incidencia del caso fortuito. En caso de falta de obtención del resultado, el derecho a la contraprestación sólo se conserva si ha existido *mora accipiendi* o la imposibilidad ha sido debida a causa imputable al acreedor.

La diferencia se ha colocado también en el diferente papel que la diligencia cumple en uno y otro tipo de obligaciones. En las obligaciones de resultado, la diligencia es lo que Díez-Picazo llama pura diligencia promotora, mientras que en las obligaciones de medios la diligencia es el objeto mismo de la obligación.

Diversa distribución de la carga de la prueba de justificación de la imposibilidad de cumplimiento. Si el deudor compromete un resultado y el resultado no se produce, deberá ser considerado como incumplimiento, a menos que él mismo pueda justificar la existencia de un caso fortuito. En cambio, si no se comprometió el resultado, habrá de ser el acreedor quien demuestre la existencia de falta de diligencia en el deudor⁸.

2. Es conocido el *entusiasmo* con el que la jurisprudencia acude a la distinción en juicios sobre responsabilidad del médico. Curiosamente, tanto cuando razona en el plano y en términos de responsabilidad contractual, como cuando (con dudosa lógica) lo hace en los de la extracontractual⁹.

Forzoso es recordar, con la necesaria brevedad, que en materia de responsabilidad médica el Tribunal Supremo viene manteniendo una

⁷ *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen segundo, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 247.

⁸ Díez-PICAZO advierte que este último punto de vista (característico de la jurisprudencia francesa) había sido criticado por JORDANO FRAGA, para quien no existen principios relativos a la carga de la prueba que sean distintos (pp. 74-96 de este último autor).

⁹ También MENGONI utilizó la palabra *entusiasmo* al referirse a la acogida de la distinción de DEMOGUE por parte de muchos autores franceses, inspirados en el Tribunal de Casación (p. 185). Por otra parte, estimo dignas de toda consideración las razones invocadas por MENGONI contra la aplicación de la distinción en el terreno de la responsabilidad extracontractual (pp. 313-315).

doctrina que gira en torno a dos afirmaciones: que la obligación contractual del médico es de medios, no de resultado, y que para que el profesional pueda ser condenado, es necesario que se pruebe (por el demandante, se entiende) la culpa del facultativo, esto es, la violación por su parte de los deberes de pericia y diligencia que se sintetizan en la conocida expresión de *lex artis*.

Esta doctrina viene reiterándose en incontables sentencias. Y aunque no sea fácil encontrar una de la que pueda decirse que es «la primera», procede la cita de un pasaje de la de 26.5.86, que confirmó la absolución del médico demandado. Se dijo en ella: *«Todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos,...»*¹⁰.

Esta doctrina se repite en muchísimas resoluciones hasta el día de hoy, inspiradas sobre todo por la, a mi juicio, excelentemente argumentada y tan bien redactada de 7.2.90.

3. Pero también hace ya tiempo que en la jurisprudencia se ha instalado la afirmación de que, en ocasiones, la obligación del médico es de resultado. Una de las primeras sentencias que desarrolló un *cuero de doctrina* en relación con la distinción entre obligaciones de actividad y de resultado, precisamente en materia de responsabilidad médica, fue la de 22.4.97. Declaró en uno de sus fundamentos jurídicos:

«Concretando lo anterior a la responsabilidad del médico y haciendo abstracción de la responsabilidad derivada de delito, es preciso partir de la naturaleza de su obligación, tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extra

¹⁰ Interesa recordar que la Audiencia había absuelto al médico *«por estimar que aquél procedió como un buen técnico de la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo»*.

contractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia... La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias,...».

Se insistió en estas ideas (aunque en algunas de ellas sin énfasis en la presunción de culpa) en las sentencias de 28.6.87 (operación de *lifting* y fallecimiento del paciente), 2.12.97 (operación de alargamiento de las piernas para alcanzar mayor estatura) y 13.4.99 (fallecimiento por asfixia mecánica ocasionada por un edema de glotis secundario).

Se encuentra una aplicación de la distinción que nos ocupa, en el ámbito de la Odontología, en la sentencia de 28.6.99. Procede reproducir los hechos que el Tribunal Supremo consideró probados, como «piedra de toque», al menos *a sensu contrario*, de la solidez (*como único criterio de decisión*) de la distinción conceptual que nos viene ocupando. Luego volveré sobre esto.

Como tales «hechos probados», la Sala declaró: «*Todo lo cual se resume en que si el dictamen pericial es ilógico o absurdo, puede ser revisado en casación. Y en el presente caso, el dictamen pericial que obra en autos de primera instancia y constan aclaraciones en el rollo de apelación (ordenadas para mejor proveer) es impreciso y muy poco*

clarificador: no parece admitir incorrecciones en el tratamiento médico, pero tampoco se pronuncia específicamente sobre la bondad del mismo, no se define ni contradice el informe del Colegio de Odontólogos que clarísimamente mantiene la incorrección del tratamiento del médico demandado, acepta el tratamiento de éste durante nueve años y fueron otros médicos los que dejaron la boca rehabilitada, rehabilitación que expone en las aclaraciones ante la Audiencia Provincial, aclarando qué significa “rehabilitación”; es decir, otro médico ha arreglado lo que el médico demandado no ha hecho en nueve años de doloroso tratamiento; afirma que la boca ha sido rehabilitada (“reposición de la función tomada en un conjunto”), pero no por el médico demandado, sino posteriormente. Es ilógica y absurda la valoración que de este dictamen hace la sentencia de instancia, que, tras destacar la fiabilidad del dictamen pericial, en un breve párrafo (el último del fundamento 4.º) expone su valoración y concluye que “no puede sentarse que el tratamiento fuera incorrecto o mal aplicado...”; ilógicamente y absurdamente contempla un caso de tratamiento dental de nueve años, que no obtiene el resultado idóneo, que se rehabilita la boca por otros médicos y, pese a ello, valora la prueba pericial en el sentido de excluir toda responsabilidad al médico demandado».

En el fundamento jurídico tercero, la sentencia dijo: «Primero. La relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1.544 en relación con el 1.583 del Código Civil, es aquél por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7.2.90, que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: “...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...”.

Segundo. En relación con lo anterior, la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear (“rehabilitar” dice el dictamen pericial) la boca del paciente,

demandante en la instancia y recurrente en casación. Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación —obligación del resultado— tal como se deduce del dictamen pericial, debidamente valorado y puesto en relación con la prueba de confesión, ambas pruebas objeto de los motivos primero y tercero de casación que se han estimado. Por tanto, se estima también el motivo de casación quinto por entenderse infringido el artículo 1.583 (en relación con el 1.544 del Código Civil) al no subsumir la sentencia de instancia la obligación del médico como derivada de contrato de obra, obligación de resultado que no se obtuvo; y el motivo cuarto, por entenderse infringido el artículo 1.101 del Código Civil ya que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta el incumplimiento de la obligación de resultado, resultado que no obtuvo e incumplimiento imputable al deudor de tal obligación, el médico; cuya imputabilidad deriva de la no prueba (ni siquiera alegación) de caso fortuito (artículo 1.105) y presunción de culpa contractual (que deriva como principio general, del artículo 1.183 del Código Civil); y cuyo resultado final no obtenido implica el incumplimiento de la obligación».

Creo que también contribuye a dudar de la solidez de un razonamiento basado sólo en la obligación de resultado la sentencia de 11.12.01. La formulación teórica se halla en el fundamento jurídico tercero, que reza: *«Se ha reiterado en numerosas sentencias que la obligación del médico es una obligación de actividad (o de medios) en el sentido de que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad y excepcionalmente es una obligación de resultado, cuando se ha comprometido a la obtención de un resultado; distinción que tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, a la responsabilidad y a la prueba y que han destacado, entre otras, las sentencias de 22.4.97, 27.6.97, 21.7.97 y 13.12.97. A su vez, un daño causado por la actuación médica, es decir, la responsabilidad médica puede tener un origen extracontractual o derivar del contrato, si bien esta Sala ha mantenido reiteradamente la yuxtaposición de responsabilidades: sentencias de 28.6.97, 10.11.99 y 30.12.99. La cuestión esencial estriba en la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el resultado dañoso, que acredita la culpa del mismo. En caso de obligación de actividad, se prueba el nexo causal (caso de la sentencia de 13.12.97) o se prueba que no lo hubo (sentencias de 31.12.97 y 13.4.99) o se aplica la doctrina del resultado desproporcionado (sentencias, entre otras, de 29.6.99 y 9.12.99). En caso de obligación de resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en sentencias de 28.6.97, 2.12.97, 28.6.99, 24.9.99 y 2.11.99».*

A renglón seguido, la sentencia ahondó en modalidades de obligación de resultado en materia médica. Dijo al respecto el fundamento jurídico cuarto: *«El presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra y añade: “proporcionando la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue”; es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso.*

Son los casos que la jurisprudencia ha tratado: operación de cirugía estética (lifting) en la sentencia de 28.6.97, tratamiento para alargamiento de las piernas en la de 2.12.97, colocación de dispositivo intrauterino anticonceptivo en la de 24.9.99 e intervención en oftalmología en la de 2.11.99. La sentencia de 28.6.99 contempla el caso de un tratamiento odontológico, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda; es un tema de gran similitud al presente».

Luego, la resolución aplicó estos principios al caso enjuiciado, a cuyo fin dijo en un primer pasaje: *«Estudiando la aplicación normativa, “quaestio iuris”, sin entrar en la relación de hechos, “quaestio facti”, el motivo no puede prosperar: la primera actuación del demandado no tuvo el resultado buscado, por lo que de común acuerdo —él y la paciente demandante— tuvo lugar una segunda, que tampoco obtuvo el resultado, por lo que, tras consultas y deliberaciones, tuvo que desplazarse a los Estados Unidos de América, donde sí lo obtuvo. El incumplimiento de su obligación de resultado, obligación contractual, se advierte claro, al que se ha aplicado correctamente el artículo 1.103 del Código Civil sin infracción del artículo 1.902 ni del 1.105, ambos del mismo cuerpo legal, ya que no hay prueba alguna de un hecho fortuito o de fuerza mayor que haya sido causa del mal resultado que produjo la actuación del médico demandado».*

Y en otro ulterior manifestó: *«En el motivo segundo se enuncia como infringido el artículo 1.214 del Código Civil relativo a la doctrina de la carga de la prueba: no se ha infringido; en la obligación de resultado, la responsabilidad se produce cuando no se obtiene éste correctamente y es la parte obligada la que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación: lo cual*

no ha ocurrido en el presente caso, en que la relación de hechos que han quedado acreditados demuestra que el mal resultado ha sido por causa de la actividad médica».

En la sentencia de 25.10.02 se resolvió la demanda contra una clínica dental y el INSALUD. El Juzgado había desestimado la demanda. La Audiencia confirmó la resolución del Juzgado, excepto en materia de costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, diciendo: *«Conviene por lo antes expuesto declarar los hechos estimados probados en la instancia, en que se encuentran conformes las sentencias de primero y segundo grado, para determinar, a su vista, si se ha infringido por la sentencia de la Audiencia de Avila el artículo 1.902 y la jurisprudencia que lo desarrolla, que se aducen en el motivo único como vulnerados. Con relación al demandado, médico odontólogo, don Luis Angel M. G., hay que consignar que practicó al hoy recurrente en casación cuatro endodoncias en las piezas dentarias números 17, 45, 34 y 35 y el posterior empaste de las mismas y ello se practicó, tras una primera consulta realizada el 27 de mayo de 1993, los días 29 de julio, 13 y 20 de agosto, 7 y 17 de septiembre y 8 y 15 de octubre de 1993. La imputada responsabilidad reparatoria de tal profesional radicaría, a juicio de la demandante, en que al realizar el último empaste en las piezas 34 y 35, contrajo el señor H. O. una osteomielitis, o bien que sufriendo una infección en la mandíbula inferior, no fue correctamente diagnosticado, ni tratado adecuadamente.*

Es desmentido en la instancia —lo referente al tratamiento inadecuado— por ambas sentencias y con apoyo en la prueba practicada en los autos, el reproche de que a consecuencia de las endodoncias contrajo una osteomielitis, enfermedad inflamatoria infecciosa causada por gérmenes piojenos a nivel del tejido óseo, porque en las radiografías de las piezas dentarias no se aprecia ninguna zona compatible con infección residual, las endodoncias pueden estimarse correctamente realizadas y resulta excepcional que de una endodoncia derive un proceso osteomielítico, siendo, por otra parte correcto y, por tanto, conforme a la “lex artis” que transcurra el plazo de un mes, tras la práctica de la endodoncia, para practicar el corriente empaste de la pieza dentaria, tras comprobar la ausencia de infección... Como el resultado no se ha producido por la conducta del demandado, el motivo parece ... Otro tanto cabe decir respecto al Instituto de la Salud, con relación a los Centros Ambulatorios de Avila, Nuestra Señora de Sonsoles de la misma localidad y complejo hospitalario de Salamanca... También la prueba practicada en la instancia enerva tales imputaciones, porque añade que el demandante era alérgico a la penicilina y sus derivados y resistente a determinados antibióticos, que precisó colubio en el trata-

miento, pero se aplicó un tratamiento adecuado y aún habría que añadir que el sistema inmunológico del recurrente estaba deteriorado con anterioridad a la infección por haber padecido alcoholismo crónico, aunque no bebiese en tales fechas y por haber sido toxicómano por haber ingerido hachís y cocaína. Por último, rechazó el demandante un tratamiento más agresivo para eliminar completamente la infección. Todo ello hace obligado el rechazo del motivo, tanto en lo referente a la causalidad de su infección, atribuida gratuitamente al odontólogo demandado, como al reproche de falta de cuidado, imputado al mismo y a los centros en que fue atendida su dolencia».

Volvió sobre la distinción entre obligación de medios y de resultado la sentencia de 26.3.04, dictada en la reclamación formulada por la madre de un niño que, habiendo sufrido una caída de bicicleta, fue asistido en un hospital del INSALUD. La sentencia del Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de la demandante, contra la sentencia de la Audiencia que había desestimado íntegramente la demanda. Dijo la Sala Primera: *«En sede de responsabilidad médica, tanto contractual como en la extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño y el mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente. Esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado: 1.º. Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de “locatio operis” (25.4.94 y 11.2.97); y 2.º. En aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las sentencias de 29.7.94, 2.12.96 y 21.7.97 (sentencia de 19.2.98)».*

Más adelante, la sentencia declaró: *«La medida de la culpabilidad no está en la clásica diligencia del buen padre de familia, sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado (cirugía estética)».*

Recientemente, se insistió en estos criterios en la sentencia de 29.10.04, recaída en una de las ya abundantes demandas basadas en el fracaso de intervención quirúrgica encaminada a la esterilización, esto es, a la ligadura de trompas o a la vasectomía (sobre todo, de esta última).

La resolución declaró no haber lugar al recurso de casación del actor, pero fue porque no había probado su paternidad respecto de la criatura que su esposa había alumbrado. Ello no impidió que el Tribunal Supremo recordara doctrina contenida en sentencias anteriores sobre el mismo episodio de la vasectomía real o supuestamente fallida. Dice la resolución en un pasaje: *«El primero de ellos, es la corrección de la intervención médica de vasectomía; se ha insistido en que el contrato que vincula al médico y paciente es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios; sin embargo, también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (ya lo dijo la antigua sentencia de 21.3.50 y lo dicen las modernas de 28.6.97 y 22.7.03), de odontología (sentencias de 28.6.99 y 11.12.01), oftalmología (sentencia de 2.11.99) y, asimismo, en la intervención de vasectomía, lo que ya apunta la sentencia de 11.2.97 que dice literalmente: “no cabe duda que el resultado” en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una “cirugía asistencial” que identificaría la prestación del profesional con la “locatio operarum” y una “cirugía satisfactiva” (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquélla con la “locatio operis”, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. En este orden ha sido, también, una demanda por incumplimiento contractual en atención a que la operación de vasectomía no produjo los resultados esperados, lo que originó la reclamación resuelta por esta Sala en sentencia de 31.1.96».*

3. Pero todo lo que precede, como decía al principio, no es más que un mero recordatorio, como punto de partida para formular alguna consideración en torno a la *razonabilidad* de la aplicación de la distinción entre obligación de medios y de resultado al caso de la responsabilidad del médico.

En primer lugar, aun sabiéndome incurso en la ligereza de introducirme en un terreno que no me es propio, me permito el atrevimiento de poner en duda que la (supuesta) diferencia *conceptual* romana entre *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* sea soporte suficiente para, no ya distinguir entre obligación de medios y de resultado, sino para llevar las consecuencias del binomio al terreno de la responsabilidad del médico por un alegado defectuoso cumplimiento de su prestación.

Y, anticipándome un tanto, aventuro la opinión de que la distinción que me ocupa (medios-resultado) sólo tiene sentido a efectos de afirmar que el médico responde cuando no cumple en absoluto, o cumple defectuosamente, una *prestación profesional* cuyo objeto consiste, *exclusivamente*, en la entrega de una cosa; entendida esta última palabra en su más estricta acepción de *bien de naturaleza corporal y tangible*.

Para empezar, la palabra «resultado» (*efecto y consecuencia de un hecho, operación o deliberación*) es lo bastante vaga¹¹ como para llevarla, en el punto que nos ocupa, a un terreno que no sea el de las *cosas* en el sentido que acabo de decir, esto es, el de bienes tangibles.

De otra parte, como pone de manifiesto Montés Penadés¹², la distinción entre medios y resultado no debe ser exagerada, porque es evidente que las prestaciones de medios incluyen instrumentalmente prestaciones de resultado. Hay «resultados» que, aun cuando no sean la *perfectio* o *consumatio operis*, pueden estimarse como útiles en sí mismos. Así, dice el autor, el médico no promete la curación, pero se obliga a un determinado acto (una operación, una intervención, una exploración) que son un resultado, instrumental si se quiere, pero apreciable en y por sí mismo¹³.

¹¹ Con acierto, la sentencia de 10.6.75 se cuidó de decir algo que, aunque obvio, no sobra: «...*toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado*». La resolución se refería, precisamente, a la distinción entre arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios. Lo que en aquel pasaje se hacía era —opinión que comparto— poner en entredicho la tópica afirmación de que para suponer la existencia de un arrendamiento de obra *es suficiente* que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado.

¹² «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión*, Madrid, 1995, p. 44, siguiendo a LÓPEZ LÓPEZ (en trabajo inédito).

¹³ Añade MONTÉS PENADÉS: «*Por otra parte, la obtención del resultado implica siempre un cierto grado de diligencia, y en todo caso una actividad, cuya imposibilidad o dificul-*

4. Pero además, como decía antes, quizá no sea correcta la afirmación de que la obtención de un «resultado» (distinto del consistente en la entrega de una cosa por el deudor al acreedor, se entiende) estuviera en la raíz de la diferencia, en Roma, entre la *l.c. operarum* y la *l.c. operis*.

Espigando en la obra de algunos romanistas¹⁴, extraigo las siguientes apreciaciones (sería fatuidad decir conclusiones, porque no me he visto en la necesidad de consultar las fuentes romanas):

Tanto si se acepta, como si no, que en el Derecho romano prejustiniano (o incluso en el justiniano) se consideraran figuras diferentes la *l.c. rei*, la *l.c. operarum* y la *l.c. operis*¹⁵, como si se admite, o no,

tad puede en ocasiones ser valorada, y por ello también el esfuerzo más o menos diligente del deudor en ese orden. Finalmente, muchos deberes o prestaciones de medios o de diligencia están rodeados de deberes de conducta o deberes auxiliares que no consisten en mera diligencia. Así, la custodia de las cosas entregadas por el comitente al mandatario. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado puede ser útil, no obstante lo indicado, para indicar la existencia, en nuestro sistema, de obligaciones de hacer en que el deudor está vinculado a conseguir un resultado determinado, asumiendo los riesgos de ese resultado que debe ser entendido como perfectio o consumatio operis».

¹⁴ Como se verá, me limito a obras de carácter general, en bastantes casos *manuales*, porque considero que es suficiente a los fines que persigo. Las citas se hacen en orden cronológico, en función de la edición que en cada caso he utilizado, esto es, con independencia de la primera correspondiente a cada obra. Las referencias son a: DÍAZ GONZÁLEZ, *Instituciones de Derecho romano*, 2.^a ed., II, Barcelona, 1913, pp. 381-386; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6.^a ed., París, 1918, pp. 578-585; SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, 17.^a ed., versión en español, Madrid, 1928, pp. 395-399; PETIT, *Tratado elemental de Derecho romano*, traducción española de la 9.^a ed. francesa, Madrid, 1940, pp. 391-392; SANTA CRUZ TELEJERO, *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1946, pp. 407-410; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed., Milán, 1947, pp. 289-299; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Milán, 1954, pp. 391-395; DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, Turín, 1954, pp. 256-259; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción de la ed. inglesa, Barcelona, 1960, pp. 518-525; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padua, 1960, pp. 219-252; ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 8.^a ed., Madrid, 1960, II, pp. 622-629; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4.^a ed., Milán, 1965, pp. 497-506; KASER, *Derecho romano privado*, traducción española de la 5.^a ed. alemana, Madrid, 1968, pp. 197-202; BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, traducción española de la 8.^a ed. italiana, 5.^a ed., Madrid, 1979, pp. 496-499; GUARINO, *Diritto privato romano*, 6.^a ed., Nápoles, 1981, pp. 779-791; GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, 2.^a ed., Madrid, 1982, I, pp. 415-417; ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 10.^a ed. italiana, Buenos Aires, 1986, pp. 384-388; TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, pp. 461-472; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Turín, 1991, pp. 567-572; MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, pp. 326-328; D'ORS, *Derecho privado romano*, 9.^a ed., Pamplona, 1997, pp. 561-572; PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, Valencia, 1997, pp. 602-614; IGLESIAS, *Derecho romano*, 12.^a ed., Barcelona, 1999, pp. 264-268.

¹⁵ Extremo no relevante a nuestros efectos. Sobre este punto se manifiestan, entre otros, SCHULZ, p. 518, KASER, pp. 197-198, ARANGIO-RUIZ, p. 385, PUGLIESE, pp. 567-568, o IGLESIAS, p. 264.

que en cualquiera de las tres modalidades, en su origen, se halla presente una *cosa*¹⁶, lo que encuentro en la exposición de los romanistas es, desde luego, una muy frecuente alusión al *resultado* como elemento de diferenciación entre *l.c. operarum* y *l.c. operis*.

Así, por ejemplo, en Girard¹⁷, que al establecer la diferencia entre *l.c. operarum* y *l. operis faciendi*, señala que el criterio fundamental radica «probablemente» en saber si el contrato tiene por objeto el trabajo, «abstracción hecha de su resultado».

En Sohm se dice que en la *l.c. operarum* el objeto es la prestación de una *cantidad* de trabajo, mientras que en la *l.c. operis* no basta desplegar una cierta actividad o cantidad de trabajo, sino que debe alcanzarse el «*resultado* apetecido»; una parte se obliga a poner a disposición de la otra, dice el autor, la obra acabada. Petit señala que hay *locatio operis* cuando el que presta sus servicios recibe de la otra parte *tradición de una cosa* sobre la que tiene que realizar su trabajo.

Perozzi resalta que la diferencia reside en que en la *l.c. operis* el obligado *debe sólo un resultado: opus*. Di Marzo dice que *l.c. operis* era el contrato que obligaba a proporcionar, con el trabajo propio o de otro, un *resultado* que genéricamente se llamaba *opus*¹⁸.

¹⁶ A favor, ARANGIO-RUIZ, p. 386, y en contra —con gran vehemencia—, BETTI, p. 220. La interpretación afirmativa consistiría en que en la *l.c. rei*, la *cosa* es el bien arrendado; en la *l.c. operarum*, la *presencia* de la *cosa* se encuentra en el hecho de que originariamente las actividades o los *trabajos* objeto de este contrato serían, en realidad, *consecuencia* de la *l.c. servi*, esto es, del «arrendamiento» del esclavo, de suerte que, por extensión, la *cosa* serían las *operae* de ese esclavo; en la *l.c. operis*, por fin, la *cosa* sería el objeto material que el *locator* (es decir, el que hoy llamamos comitente o dueño de la obra) *colocaba* (de *locare*) en manos de la otra parte, el *conductor*, para que éste llevara a cabo sobre él la *obra* correspondiente (el *opus*), consistente en edificar, confeccionar, reparar, lavar o cualquier otra actuación de tipo también material. A efectos de esto último que acabo de decir, téngase presente que en la *l.c. operis* se invertían las denominaciones de las partes, respecto a la *l.c. operarum*, de manera que mientras que en esta última el *locator* es quien presta su actividad de *trabajo*, en la *l.c. operis* el *locator* es el que hoy denominamos *dueño de la obra* o comitente. En efecto, se entiende que, en la *l.c. operis*, el que encargaba la obra (que, como regla general, entregaba al *conductor* los materiales con los que dicha obra había de realizarse) hacía algo así como *arrendarlos* a quien se comprometía a llevar a cabo en esos materiales la *obra* de fabricación, construcción, reparación, elaboración, confección, etc.

¹⁷ En este caso, como en los demás del presente pasaje, omito la referencia a páginas concretas, bastando las que para todos los autores he hecho en nota anterior. Advierto que, en algunos casos, los subrayados son míos.

¹⁸ Este autor añade que «tal relación de la *l.operis* con la entrega de la cosa sobre la que debiera ejercitarse la actividad, o de la materia con la que debiera llevarse a cabo la obra, explica por qué quedaron fuera del ámbito de aquélla las prestaciones de los médicos, de los abogados, de los agrimensores...».

Schulz señala que en la *l.c. operis* una parte prometía producir un cierto efecto o *resultado* con su trabajo, por ejemplo construir una casa o confeccionar un traje.

Betti, por su parte, pone de relieve que el objeto de la *locatio operis facienda* no es la actividad que el artesano o contratista¹⁹ se comprometa a desarrollar en interés del *locator* o comitente, «sino la obra (*opus*), esto es, *el resultado*» que el *conductor* pone a disposición de la otra parte. En otro pasaje, Betti reitera que en la *locatio operis facienda* el *conductor* asume la obligación de un «*resultado*»; resultado —dice el autor— de una operación (*opus*) que se ha de obtener de una materia puesta a disposición de aquél por parte del comitente o *locator*. En la misma línea, Arias Ramos, al referirse a la *l.c. operis*, dice que el objeto del arriendo no es aquí el trabajo en sí, sino *su resultado*.

Biondi contempla la *l. operis* como un desarrollo ulterior a la *l.c. rei* y a la *l.c. operarum*. En la primera, un «empresario» (*conductor*) se obliga a conseguir un *determinado resultado* a favor de la otra parte²⁰.

En Kaser, en sentido similar, se dice que si la *locatio conductio* se concierta como contrato de obra, el *conductor* se obliga a conseguir con su actividad un *determinado resultado* en una persona o cosa que le ha sido previamente entregada por quien le hace el encargo²¹.

¹⁹ Traduzco por *contratista* la palabra italiana que utiliza el autor, esto es, la de *appaltatore*, término este último al que recurre BETTI haciendo uso de la denominación que el *arrendamiento de obra* tiene en el Código Civil italiano (*appalto*). Se da la circunstancia de que entre los romanistas franceses se suele representar al *conductor* de la *l.c. operis* como *empresario*; también aquí, este modo de hablar deriva del hecho de que *entrepreneur* equivale en francés al *contratista* que decimos en castellano (y que dice el propio Código Civil español).

²⁰ Este autor acierta, a mi juicio, a explicar con claridad y sencillez la circunstancia de que en la *l.c. operis* está siempre presente una *cosa*. Dice, en efecto, en un primer lugar, que la *l.c. operis* procede de la *l. rei*: siempre hay un *locare rem*, si bien no tiene un objetivo de goce, sino el de que el *conductor* desarrolle sobre una cosa una determinada actividad (p. 498). Y más adelante (p. 504), al referirse al «*resultado*» constituido por lo que en general se llamaba *opus*, BIONDI señala que tal *opus* puede tener la finalidad, en primer lugar, de *transformar la cosa entregada* por el *locator*, o de *modificarla* (por ejemplo, una prenda al lavadero o al sastre, para que la lave o la arregle, una piedra preciosa a un artífice para que la engaste, una cosa al transportista para que la lleve a otro lugar, un esclavo para que sea instruido en un arte, una cosa con fines de custodia, siempre que no se trate de depósito); y en segundo lugar, la finalidad de que con la cosa entregada *se cree una cosa nueva* (construir un edificio, llevar a cabo una plantación, fabricar un objeto cualquiera).

²¹ Más adelante dice que «lo debido es *el resultado* de un trabajo, esto es, la obra, no como en el contrato de servicios, la prestación del trabajo simplemente». Por cierto, la *autoridad* que es KASER señala previamente que servicios tan elevados como los de preceptor en *artes liberales*, los de médico, asesor judicial, agrimensor, no estaban excluidos de la *locatio conductio*. Después de poner de manifiesto lo que a todos nos consta, esto es, que para las personas pertenecientes a las clases superiores significó un insulto a la buena tradi-

Bonfante dice que en la *l.c. operis* el objeto es *una obra determinada*. Por su parte, Guarino pone de relieve que la *locatio operis* surgió como *locatio* de una cosa al artífice, con el deber por parte de éste de transformarla, trabajando sobre ella, y de devolverla al *locator* contra el pago de una *merces*. Este autor advierte que, con el paso del tiempo, en el periodo clásico, la *locatio operis* se apartó de este *paradigma inicial* y asumió formas variables; por ello, se entiende entre los juristas clásicos que fuese *locatio operis* no sólo cuando un artífice se obligase a transformar con su trabajo y con su arte la cosa entregada por un *locator*, sino también cuando, sin haber obtenido los materiales del *locator*, el artífice se obligaba a la transformación de una cosa existente o a la creación de una cosa entonces no existente (por ejemplo, construir un edificio, fabricar una herramienta, etc.)²². En García Garrido se lee que *l.c. operis* es el «encargo de una obra por el arrendador que con este fin *entrega una cosa* al arrendatario y le paga una cantidad para que éste entregue la *obra terminada*»²³.

La palabra *resultado* está presente también en Arangio-Ruiz, al señalar que la *l.c. operarum* consiste en poner a disposición de otro, por cierto tiempo, los propios servicios, mientras que en la *l.c. operis* consiste en prometer a otro, mediante el pago de una *merces*, toda la actividad necesaria para alcanzar *determinado resultado de trabajo* (la construcción de una casa o de un anillo, el transporte de personas o cosas, el lavado de ropa)²⁴.

ción percibir una retribución por la prestación de los servicios propios de esas profesiones, por lo que la misma tradición imponía al favorecido un deber moral de corresponder a ellas con un donativo honorífico (*honorarium*), señala el autor que en el periodo clásico tardío ese honorario es concebido ya como una prestación jurídicamente debida, que podía ser reclamada judicialmente, no en un proceso ordinario, sino en el llamado *extraordinaria cognitio*. Observación esta última que se halla, por lo demás, en casi todos los autores consultados.

²² Esto, después de haber señalado GUARINO que, mientras la *locatio conductio*, en el periodo clásico, se diferenciaba en tres *especies* principales, en el Derecho justinianeo pasaron a ser consideradas como *géneros* contractuales distintos.

²³ Este autor indica más adelante que el objeto de este contrato puede ser muy variado: transportar, construir, fabricar, reparar, curar, etc. y sobre el que los juristas examinan una numerosa casuística. Entre esos «objetos», y a los efectos que me ocupan, llama la atención el de «curar», que, junto al de «instruir a un esclavo», que citan otros romanistas, es el que más dudas podría plantear sobre si por «resultado» debe entenderse «obra» (en el sentido de *cosa terminada*).

²⁴ Indica el autor que basta leer las pocas líneas que GAYO dedica a la *locatio conductio*, o recorrer en el Digesto el título respectivo, para verificar que la distinción entre las dos figuras no es la confección de los romanos. No sólo ellos no hacen nunca explícitamente esa distinción (que, añade el autor, sería esencial para orientarse), sino que tratan sin orden los casos que la doctrina moderna separa según su correspondencia a cada uno de los tres tipos de *locatio*.

Torrent, como casi todos los autores antes citados, al igual que muchos de los posteriores, pone el acento en que en la *l. operis faciendi* se entregaba *una cosa corporal* a otra persona, para que ésta realizase sobre ella una determinada actividad (la transportase, la transformase en utilidad del *locator*).

También en Pugliese se acentúa que en la *locatio operis* se encuentran dos grupos de supuestos; en el primero, los casos en los que el *locator* entrega a la otra parte *una cosa* a fin de que el segundo desarrolle sobre ella una actividad, y en el segundo, aquéllos en que lo que se conviene es un *opus faciendum*, es decir, se conviene la ejecución de una determinada obra según un determinado proyecto o modelo. En ambos casos está presente *la cosa* y, añade el autor, la obligación del *conductor* de entregar al *locator* el *opus perfectum*.

Cuando Miquel describe los elementos personales de las tres formas de *locatio*, y al referirse en concreto a la *l.c. operis*, dice que *locator* es el que pone a disposición del *conductor* unos *materiales* para que éste haga con ellos una obra. Y, al referirse al «elemento real», en la *l.c. operis*, el autor dice que el *conductor* se obliga a realizar *una obra (opus)*, porque lo que aquí cuenta no es el trabajo desarrollado, sino el *resultado* de ese trabajo.

También D'Ors identifica *l.c. operis* con la idea de «una obra encargada, que el *conductor* debe entregar terminada, sobre *una cosa* que el *locator* ha puesto *en sus manos* con este fin»²⁵. Panero caracteriza la *l.c. operis* como contrato por cuya virtud una persona suministra *materiales* a otra, para que, *con ellos*, realice una *obra (opus)* mediante un precio.

En Iglesias se encuentra de nuevo la palabra *resultado*, cuando se dice que la *l.c. operis* recae sobre el *resultado* de un trabajo, esto es, sobre el producto del mismo, ya acabado. Como ejemplos se ofrecen el transporte de cosas o personas, la confección de un traje o la construcción de una casa.

5. El elenco de obras que acabo de citar me lleva a la observación de que, aun a veces con puntos de vista diversos sobre el significado unitario o plural de las *locationes* en las fuentes romanas, los romanistas coinciden en general al distinguir entre el *simple trabajo o activi-*

²⁵ De nuevo se produce la incertidumbre, en quien no se ve en la necesidad de consultar las fuentes, como es mi caso ahora, al ver cómo entre actividades del *conductor* se encuentran, junto a ejemplos de evidente *acción* sobre *una cosa* (construir, fabricar, reparar, medir, o incluso transportar u hospedar —esto último en sentido muy figurado—), las hipótesis de «curar» y de «instruir».

dad, como objeto de la *l.c. operarum*, y el *resultado de una actividad* en la *l.c. operis*.

Pero, además, parece existir también coincidencia en que por *resultado* no se quiere decir un *buen fin* de una actividad humana (esto es, identificando *resultado* con *objetivo* o *propósito*), sino el consistente, precisamente, como decía antes, en un bien de naturaleza material o corporal.

Dan lugar a dudas (no a dudas sobre el significado *crítico* de las fuentes, sino en el sentido de incertidumbre sobre lo que podríamos llamar «la lógica de las cosas») casos como el del instruir, hospedar o curar²⁶. Por lo que se refiere al *instruir*, el obstáculo —que hoy llamaríamos *conceptual*— se solventa si tenemos en cuenta que los romanistas se refieren en general a *instruir a un esclavo*, lo que en realidad nos lleva de nuevo a *una cosa* entregada por el *locator* al *conductor*. Es tentador suponer que el *resultado* no consistiría en que, en efecto, el esclavo acabase siendo realmente *instruido*, sino en que el *conductor* lo devolviera al *locator* que lo había entregado a aquél.

También podría *resolverse* la cuestión (aunque siempre con esquemas propios de nuestro actual modo de pensar, lo cual ya es forzar un tanto las cosas, lo reconozco) en lo que respecta a la obligación de hospedar. Cabe entender que si el *fondista*, en versión de nuestro Código Civil, desarrollaba a su manera una que llamaríamos hoy *actividad empresarial*, el *resultado* (es decir, el *opus*) consistiera en proporcionar de hecho al viajero los medios que entraña el alojamiento; esto es, algo más que un *simple hacer* (en realidad, un *dar* como «prestación fundamental»).

La necesidad de especular (o la posibilidad de hacerlo, admítaseme al menos como tal) sube de tono cuando se habla de la *actividad de «curar»*.

Aunque, como hemos visto antes, en algunos romanistas se menciona la actividad del médico como ejemplo de *l.c. operarum*, se citan textos que parecen inscribirla en la *l.c. operis*²⁷. Y aquí es donde se suscita inevitablemente la incertidumbre, pues, en primer lugar, se hace

²⁶ No tanto el de transportar, pues en el desarrollo de esta actividad, en definitiva, *se actúa* sobre una cosa, aunque no haya transformación o modificación de la misma. Más complicado sería el caso de transporte de personas, pero observo que algunos romanistas, cuando hablan de transportar como objeto de la *l.c. operis*, sólo se refieren al transporte de mercancías.

²⁷ Así, D. 9, 2, 7, 8, según D'ORS (p. 569), D. 50, 13, 3, en MENGONI (p. 192, nota), o D. 9, 1, 3, D. 9, 3, 7, y D. 38, 1, 26, en NÚÑEZ PAZ, *La responsabilidad de los médicos en Derecho romano*, Gijón, 1996, pp. 90-95.

necesario extremar la ficción del *ser humano como res*²⁸. En segundo término, es necesario *entender* que el médico se obligara de verdad a obtener la curación del paciente, porque entenderlo así contravendría las reglas del sentido común, del que los juristas romanos se hallaban muy bien provistos.

Me parece que es ese sentido común el que obliga a entender en su significado natural los textos romanos, de suerte que cuando, por ejemplo, en D. 38, 1, 27 se dice que el liberto que ejerce la medicina «*debe curar gratis a los amigos de su patrono*»²⁹, debe considerarse que *curar* no es una *obligación* contraída por el liberto, sino que por *curar* tiene que interpretarse la actividad *encaminada a la curación*; esto es, un fin u objetivo, no constitutivo de obligación en sentido estricto, del mismo modo que obtener éxito en un pleito, es decir, *ganarlo*, no es sino un objetivo de la actividad profesional del abogado³⁰.

Por otro lado, no encuentro en los textos romanos ningún lugar en el que, a mi juicio, tenga cabida la obligación del médico como *de re-*

²⁸ Adviértanse los esfuerzos de imaginación que es necesario hacer para llevar hasta todas sus consecuencias la tesis (que NÚÑEZ PAZ cita precisamente cuando analiza la cuestión que ahora me ocupa, p. 90, nota) según la cual, superada la concepción pandectística de la tripartición *l.c. rei*, *l.c. operis* y *l.c. operarum*, hoy se sostiene la construcción jurisprudencial unitaria del contrato de arrendamiento; en los tres casos, señala la autora citando a AMIRANTE, el *locator* entrega al *conductor* una *res*, y el *conductor*, bajo ciertas condiciones de disfrute o de actuación sobre dicha *res*, se compromete a su restitución. Se supone —añado por mi parte— que en la *l.c. operarum* la *res* es el trabajo, esto es, la actividad. Idea esta última que se encuentra en casi todos los romanistas, al atribuir la condición de *locator*, precisamente en la *l.c. operarum*, al que comprometía sus *operae*.

²⁹ Adopto en todos los casos la traducción de D'ORS y otros en *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1975.

³⁰ Y ya que hablo de abogado, no está de más recordar aquel curioso pasaje del Digesto (50, 13, 1, 12) en el que se lee: «*Cabe preguntarse si hay acción para reclamar los honorarios cuando éstos se han prometido formalmente o se ha hecho un pacto acerca de "una participación en el resultado" del litigio. Acerca de tales pactos hay un rescripto de nuestro emperador "Antonino Caracala" y su padre de consagrada memoria "Septimio Severo", que dice así: "Tú mismo confiesas que te fue prometida una cantidad por el resultado del litigio, según una mala costumbre; pero esto es así cuando la promesa es de participar como socio en lo que se obtenga de un litigio pendiente, pero si se promete una suma como honorarios después de haber terminado el litigio, podrá reclamarse aquélla hasta el límite de lo aceptable, aunque se haya convenido en concepto de premio por el éxito..."*». Se observa la sabiduría del texto al considerar «una mala costumbre» el pacto de percibir —el abogado— una cantidad en función del resultado del litigio; lo que, a mayor abundamiento, entraña un juicio negativo del hipotético pacto de no percibir el abogado ninguna retribución si el resultado del pleito es adverso. El texto que sigue al transcrito da a entender que el abogado tiene derecho en todo caso a una cantidad que «*no exceda de la cuantía lícita*». Pero, además, en todo caso, téngase presente que estamos hablando del derecho o no del abogado a recibir una contraprestación, no de un problema de *responsabilidad* en sentido estricto.

sultado. En concreto, no lo hallo en D. 9, 3, 7, pues allí se habla —según creo— de la *merces* ya pagada al médico; entiendo que ese pago había sido por su *actividad bien hecha*, no por un hipotético *buen resultado* de tal actividad. Del mismo modo que tampoco lo hallo en D. 9, 1, 3³¹.

6. Cuestión distinta de la de si la obtención de un determinado resultado fuera o no determinante, en Roma, de *responsabilidad en sentido estricto*, es la consistente en si el derecho a obtener retribución por una actividad dependiera o no de que un *resultado* hubiese sido realmente obtenido. Porque, en efecto, puede ocurrir que un objetivo incumplimiento de la prestación no entrañe *responsabilidad* para el incumplidor, cuestión que nada tiene que ver con la posibilidad de que por ese incumplimiento el deudor carezca de derecho a la contraprestación.

Pues bien, en lo que todos los romanistas coinciden, como parece que no podía ser menos, es en que la diferencia entre *l.c. operarum* y *l.c. operis* radicaba en una distinta forma de atribuir el que, a mi juicio, es el *riesgo económico* más significativo en las obligaciones recíprocas, esto es, el de tener (o no) una de las partes derecho a la contraprestación comprometida por la otra. Es decir, los romanistas están de acuerdo en que, en la *l.c. operis*, el obligado a prestar la actividad no tenía derecho a retribución más que desde el momento en el que la otra parte hubiere recibido la obra (*operis probatio*); en otras palabras, si el *opus* (resultado) hubiere sido efectivamente producido o realizado³².

7. Cuestión a su vez distinta de la de *responsabilidad en su acepción más rigurosa* (entiendo por tal la resultante de *no hacer* la obra, o *hacerla mal*, o *hacerla tardíamente*) era en Roma, en la *l.c. operis*, la

³¹ Por eso, me llama la atención que NÚÑEZ PÉREZ, *La responsabilidad...*, pp. 92-94, cite esos textos como soporte de una calificación de la relación contractual médico-paciente como *l.c. operis* y que (p. 93) diga del primero de esos pasajes del Digesto: «*Se trata de un trabajo terminado más que de un tratamiento. Nos encontraríamos, pues, ante una obligación de resultado o en terminología doctrinal alemana, procedente de un "Werkvertrag" en lugar de un "Dienstvertrag"*». Es posible que la tesis de la autora (la de la *l.c. operis*) tenga su fundamento, más que en el hecho de que el médico comprometiera un *resultado*, en la circunstancia, que ella misma apunta (p. 94), de que en la actividad del médico faltaba la relación de dependencia característica de la *l.c. operarum*, lo que llevaría, a contrario, a la *l.c. operis*. Y no es de descartar, aventuro, que la caracterización como *l.c. operis*, en su caso, pudiera resultar de la interpretación de que la persona del enfermo (*res*) se *locaba* —es decir, se entregaba— al médico a efectos de la acción *profesional* de éste.

³² Así se dice expresamente, por ejemplo, en PETIT (pp. 391-392), SCHULZ (p. 524), TORRENT (p. 466), GIRARD (p. 583) o PEROZZI (p. 297, nota). De forma implícita, la misma idea se encuentra en todos los demás autores que vengo citando.

que pesaba sobre el *conductor* por no devolver al *locator* la *cosa* que éste había entregado al primero para que con ella llevase a cabo el *opus*.

Creo que procede cuidarse de este extremo, porque nos acerca también a la idea de que en el Derecho romano el hoy llamado arrendamiento de obra tenía que tener su desenlace en la entrega de *una cosa* por el *conductor* (prestador de la actividad) al *locator*.

También aquí los romanistas coinciden. Distinguen entre la responsabilidad por *imperitia* y la resultante de la no restitución de la *res locata*. Así, en Santa Cruz Teijeiro³³, Voci³⁴, Schulz³⁵, Betti³⁶, Torrent³⁷, Iglesias³⁸ o Biondi³⁹.

8. A mi juicio, de los dos números precedentes se desprende una idea que entiendo capital para entender qué significado atribuyen los romanistas a la palabra «*resultado*» cuando, al desarrollar el concepto de *l.c. operis*, colocan precisamente en ese *resultado* el rasgo diferencial de aquella figura contractual.

En efecto, me parece que puede sostenerse la tesis de que el *resultado* era siempre la entrega de una cosa (cosa material) por parte del obligado a realizar la actividad que la *l.c. operis* llevaba consigo. Es

³³ El *conductor* responde por la custodia de la cosa, pp. 409-410.

³⁴ P. 394.

³⁵ El *locator* respondía por custodia, p. 523. Advierte este autor que los compiladores sustituyeron usualmente la expresión *diligentia in custodiendo* en lugar de la clásica *custodia*, mediante numerosas interpolaciones.

³⁶ Este autor, pp. 249-250, tiene el acierto, a mi juicio, de distinguir entre la responsabilidad por un *mal hacer* y la resultante de no restituir la cosa el *conductor* al *locator*. Señala que en la *l.c. operis* se deben distinguir dos aspectos, el relativo a la entrega de una cosa y el referente a la «elaboración» de esa cosa. Y en relación con el primer aspecto, el de la entrega de la cosa *elaborada*, por el *conductor* al *locator*, dice BETTI que este extremo se debe juzgar en conexión con «*el concepto de custodia (custodiam praestare) que los romanos usan para expresar una garantía de conservación de la cosa que nos ha sido entregada, a efectos de su restitución a la persona que la ha entregado, por tanto, una responsabilidad por falta de restitución*».

³⁷ P. 467. Señala el autor que «*otro problema especial que presenta este arrendamiento se da en torno a la responsabilidad del conductor por la restitución de la cosa*». E indica como ejemplos el del tintorero, el del sastre, el del naviero, el del posadero y el de quien alquila establos para guardar animales. Interesa señalar que en algunos de estos casos de *l.c. operis*, la *cosa* no da lugar a construcción o transformación ninguna por parte del *conductor*; en efecto, en el caso del naviero o del posadero, también por ejemplo, sólo existe el *opus* de transportar o custodiar.

³⁸ P. 267. Desde otra perspectiva, este autor pone de relieve que sobre el contratista o *conductor* pesa el riesgo de la cosa —*periculum*— hasta el momento de la entrega o de la *adprobatio*.

³⁹ P. 505. También indica que el *conductor operis* responde de la *custodia*.

decir, esa entrega de una cosa era el «momento final», por así decirlo, e inexcusable, del *opus* comprometido por el *conductor*.

Y por eso, creo también que cualquier otra interpretación de la palabra *resultado*, en la doctrina que desarrolla y explica los textos romanos (por ejemplo, la consistente en considerar que *resultado* significa el *buen fin* o *satisfactorio desenlace* de una acción humana —pongamos por caso que el enfermo se cure o que el pleito se gane—), constituye una visión extralimitada de lo que realmente quieren decir los romanistas cuando abundantemente, como hemos visto, hacen uso de la palabra que tanto me viene ocupando.

De ahí la conveniencia, en mi opinión, de indagar (en la doctrina de los romanistas, insisto, no en las fuentes) acerca del que hoy llamaríamos «criterio de imputación» de responsabilidad al *conductor* (hoy *contratista*, procede recordarlo) en el caso de falta de ejecución o de defectuoso cumplimiento del *opus*. Dicho de otro modo, indagar sobre si la mera circunstancia objetiva de que el *opus* no se realizase era por sí misma determinante de *responsabilidad* en el *conductor*.

En los autores consultados, encuentro la opinión común de que, en la *l.c. operis*, el que hoy llamaríamos *régimen de responsabilidad* (esto es, la atribución de las consecuencias del incumplimiento) giraba en torno al criterio de la *imperitia*. Quiere decir que el *locator* respondía si en su actividad no se hubiere ajustado al canon de *pericia* constituido por las «reglas del arte». Esto es, el *conductor* responde por su *impericia* profesional⁴⁰.

Betti dice que la exacta elaboración (del *opus*) según las reglas del arte se debe juzgar de acuerdo con el criterio de la habilidad técnica y pericia artesana, cuya falta se equipara a culpa según un criterio de autorresponsabilidad⁴¹. Kaser, después de decir que el *conductor* responde por la custodia de la cosa que le fue entregada, añade que responde por *imperitia*, esto es, por los perjuicios causados como consecuencia de su falta de aptitud para realizar la labor que le fue encomendada⁴². Pugliese identifica como obligación principal del *conductor* la de *realizar su trabajo según la regla del arte* y entregar al *locator* el *opus perfectum*⁴³.

⁴⁰ Así, por ejemplo, en PEROZZI, p. 297, en VOGLI, p. 394, en SCHULZ, p. 593, y en BIONDI, p. 505.

⁴¹ P. 250. En la p. 248, BETTI, separándose de la tesis de una supuesta garantía implícita, dice que cuando uno (el *conductor*) asume una obra que presupone una experiencia o pericia técnica, tiene por ello mismo la carga (que a la vez es el compromiso) de poseerla, por lo que responde en tanto en cuanto no tenga la pericia requerida para la realización del *opus*.

⁴² P. 201.

⁴³ De forma indirecta dice lo mismo D'ORS, p. 569, cuando señala que el *locator* «sufre el riesgo ajeno al oficio», lo que significa que ese riesgo es del *conductor* o ejecutante de la obra.

Por su parte, en su gran obra sobre el impacto del Derecho común en el Derecho actual, Bussi⁴⁴, en opinión que incluye tanto la *l.c. operis* como la *l.c. operarum* en su modalidad de «según medida», dice que quien ha prometido un *opus* responde por la culpa en que ha incurrido en la ejecución de ese *opus*.

9. Todo lo anterior constituye, según creo, un conjunto de reglas *sensatas*.

En efecto, si el obligado a llevar a cabo o efectuar un *resultado* (repto, una *obra material*) no lo ejecuta, carece de derecho a retribución. Si, en su caso, no entrega a la otra parte la *obra terminada*, habiendo recibido de aquélla los materiales, responde de su perecimiento o de sus deterioros. Y si la obra ejecutada adolece de defectos, su eventual responsabilidad se juzga a la luz del criterio de la *pericia* que cabía esperar de él, esto es, aplicando el criterio de la *lex artis*.

Por eso, como decía antes, tratar de extraer cualquier otra conclusión con fundamento en la distinción romana entre *l.c. operarum* y *l.c. operis* (que indudablemente inspira la diferencia entre «arrendamiento de servicios» y «arrendamiento de obra» en los códigos de la familia del francés) constituye, según creo, sacar las cosas de quicio.

10. Concluyo este capítulo con algunas consideraciones sobre la oportunidad de «revisar» la fórmula argumental consistente en llevar al mundo de las actividades profesionales la distinción *medios-resultado*.

a) No estimo incorrecto decir que en alguna actividad profesional, o al menos en alguna de sus manifestaciones, cabe hablar de *obligación de resultado*, trasladándola conceptualmente al contrato de obra (o, al revés, a partir de esta última categoría contractual, llegar a la idea de *resultado*). Creo que es correcto decir, por ejemplo, como manifestó una muy citada sentencia, que es arrendamiento de obra el que tiene por objeto la emisión de un dictamen por parte de un abogado, o —según se ha dicho frecuentemente en la jurisprudencia— el concertado con el arquitecto para que éste redacte un proyecto. En uno y otro caso, la *proyección* de la «obligación de resultado» se limita, a mi entender, a concluir en la inexigibilidad de contraprestación, por parte del profesional, si la *obra material* (dictamen o proyecto) no se ha realizado. Pero, también a mi juicio, no se debe ir más lejos, porque las eventuales consecuencias de un cumplimiento tardío constitutivo de mora y,

⁴⁴ *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padua, 1971, p. 56.

sobre todo, de un cumplimiento defectuoso (dictamen notoriamente erróneo o proyecto no ajustado a las reglas de la arquitectura) tendrían que ser objeto de un análisis no basado en el *resultado*, sino en la aplicación de las exigencias de pericia que comprende la llamada *lex artis*.

Trasladado esto al terreno de la actividad profesional del médico, me parece que el verdadero campo en el que podría aplicarse con rigor la calificación de arrendamiento de obra, con su ingrediente de *resultado*, es el de aquellas especialidades en las que lo que el facultativo compromete —siendo, pues, objeto del contrato— es (también) una *cosa corporal*. Es decir, un genuino *resultado* constituido por una «realidad física». Pienso, por ejemplo, en la prestación comprometida por el radiólogo (entregar al paciente la «placa» de rayos X, o de resonancia magnética, o de ecografía) o en la del analista (entregar la hoja de resultados de los análisis practicados al paciente). En ambos casos, existiendo como existe una evidente prestación *implícita* de hacer, la que determina el cumplimiento de las obligaciones del profesional es la de dar, esto es, la de entrega del *resultado físico*. Por eso, por el *objetivo incumplir*, el facultativo no puede pretender la contraprestación si esa entrega no se ha producido.

Distinto es el problema de la responsabilidad por cumplimiento tardío o por cumplimiento defectuoso.

Sin perjuicio de no impensables responsabilidades por mora en la entrega del *resultado* (por ejemplo, retraso en la entrega del resultado de una ecografía, que es *causa* del retraso del diagnóstico, sobre todo si el «desenlace» es irreparable⁴⁵), cabe imaginar también las derivadas de un *defectuoso dar*; por ejemplo, el radiólogo o el analista se equivocan en la identidad de los pacientes y entregan a uno la «placa» o la hoja de análisis correspondiente a otro. En esta hipótesis, creo que sigue siendo correcto razonar en el plano de las *obligaciones de resultado*⁴⁶.

⁴⁵ Procede recordar el asunto resuelto por la sentencia de 6.6.97, primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*. El fracaso de una prueba de diagnóstico genético prenatal practicada a la futura madre dio lugar a que ésta conociera tal fracaso en un momento en el que ya había transcurrido el plazo legal para haber podido optar por la interrupción del embarazo. Como es sabido, la Sala Primera estimó el recurso de casación de la actora y condenó a uno de los médicos demandados y al Servicio Valenciano de Salud.

⁴⁶ Digo esto porque en casos como los citados no se necesita ningún *juicio científico-médico* para llegar al *juicio en Derecho*. Lo mismo que ocurre, por ejemplo, en el curioso caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (7.ª) de 24.2.05, en el que se había extraído al paciente una pieza dental diferente de la que estaba prevista en un primer momento.

Si, por el contrario, el carácter defectuoso del cumplimiento se predica de haberse practicado el examen radiológico o la prueba analítica de forma distinta a la impuesta por la *lex artis*, entiendo que el enjuiciamiento de la actividad del profesional nada tiene que ver con la idea de *resultado*, siendo precisamente ese canon de la *lex artis* el que llevará a la conclusión del juzgador⁴⁷.

Excluidas esas hipótesis de actividad médica cuyo objeto es un *dar*, estimo que hablar de *obligación de resultado* (o, dicho de otro modo, contrato de obra) queda fuera de lugar, incluso en los casos (cirugía estética, esterilización, odontología, se dice) en los que las sentencias citadas al principio ponen el acento.

Cabe pensar en actuaciones médicas en cuyo «desenlace» (en el sentido puramente cronológico de la palabra) puede estar presente una *cosa material*. Sería el caso al que se refirió como *obiter dictum* la sentencia de 7.2.90, que alguna de las mencionadas por mí al comienzo de este capítulo cita como precedente de la distinción entre obligación de medios y de resultado, aplicada a la responsabilidad del médico. Se dijo en aquella primera resolución que el objeto de la relación jurídica médico-enfermo es «*en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado*», añadiéndose unas palabras en las que —si no se interpretan según creo que procede— puede estar la raíz de algún equívoco. Dice en efecto la resolución: «... *salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole...*».

b) No obstante, me parece que en la alusión a las prótesis dentarias procede alguna reflexión, susceptible de elevarse a «principio».

La prótesis dentaria (de la que hoy existen tan sofisticadas manifestaciones) es, desde luego, una *cosa material*. Pero sería un error, a mi juicio, entender que existe cumplimiento defectuoso de la prestación del odontólogo *sólo* por la circunstancia de que su «aplicación»

⁴⁷ Esto es tanto más claro, como acabo de señalar, si el médico formula, además, una *interpretación* del *resultado* de la resonancia magnética, del análisis o del electroencefalograma. Me viene a la mente el caso resuelto por la sentencia de 4.2.99, segunda del Tribunal Supremo en problemas de *wrongful birth*. En él se alegaba por los actores que la médico codemandada había incurrido en culpa profesional al no detectar, en las pruebas ecográficas practicadas a la gestante, las malformaciones de que adolecía el feto. Pero la médico fue absuelta, ya desde la primera instancia, por considerar el juzgador que los datos con los que aquella contaba no permitían deducir que la actora estuviera incluida en el supuesto de embarazo de alto riesgo. La Audiencia añadió que debía excluirse la culpa de la médico porque con el nivel I de ecografía por ella utilizado sólo podrían haberse detectado las anomalías en un 20% de los casos.

al paciente no hubiera conducido al *resultado* deseado y aun esperado por él⁴⁸.

Esto último nos lleva a un problema añadido (o si se quiere, previo a los demás) sobre lo que por *resultado* deba entenderse.

Es claro que todo contrato médico-paciente responde a la búsqueda por el primero —en propósito que se supone compartido por el segundo— de la curación o alivio de una dolencia. Este sería, en términos *humanos*, el *resultado* que espera. Pero, vistas las cosas desde una perspectiva jurídica, valorar *en Derecho* el desenlace de una actividad médica (el *resultado ocurrido*, pues, por definición, tenemos que juzgar *a posteriori*) —en definitiva, determinar si el *resultado* del que hablan algunas sentencias se ha producido o no— significa necesariamente, a mi entender, la toma en consideración de una premisa que sólo la ciencia médica puede dejar sentada o dar por buena. Esa premisa es la siguiente: conocer cuál *podía haber sido* el *resultado* consistente en el *buen fin* de un objetivo médico significa *saber* —también *a posteriori*, a partir del momento en el que el conflicto jurídico se ha desencadenado— qué debe entenderse, precisamente, por *buen fin*. Y ésta es una cuestión que, a mi entender, sólo puede desentrañarse a la luz de lo que resulte del *estado de la ciencia médica* en el momento en el que la actividad del profesional tuvo lugar.

Por esto último, me parece artificioso colocar el problema de la *obligación de resultado* del médico (como de hecho ocurre) sólo en el ámbito de las actuaciones profesionales que, por así decirlo, *operan* sobre la persona del paciente; es decir, las que entrañan un *hacer* del profesional que implica, por su parte, una «acción física». Si pensamos en la manifestación en la que esa «acción física» no existe (o puede no existir), la de diagnosticar, también entra en juego un *resultado*; no me refiero al *buen fin* del diagnóstico (que sea el correcto), sino a la manifestación, por el médico, de una opinión sobre la dolencia que el paciente sufre o cree sufrir. También esto me parece que es un *resultado*⁴⁹.

Volviendo al ejemplo de las prótesis (de cualquier tipo), la cuestión sería muy sencilla si la prestación del médico consistiera sólo en el *dar* constituido por la *entrega* de la *cosa* que la prótesis es.

⁴⁸ Lo que se dice debe extenderse a las muchísimas manifestaciones de *prótesis* en la medicina actual; además de las de odontología y traumatología, quizá las más conocidas, hoy se aplican prótesis en ginecología, oftalmología, neurocirugía, cirugía cardiovascular, urología, etc.

⁴⁹ Entre las sentencias más recientes sobre responsabilidad por diagnóstico (aunque en este caso con absolución del médico demandado), procede la cita de la de 25.6.03.

Pero es claro que las cosas no son así de fáciles, porque la aplicación de una prótesis es consecuencia de una acción de diagnóstico e incluso, en muchos casos, *elemento o ingrediente* de una decisión de tratamiento. En uno y otro caso, al igual que ocurriría en una intervención quirúrgica —respecto de la que no es usual, sino al contrario, que las resoluciones judiciales hablen de obligación de *resultado*—, el profesional desarrolla una actividad de *hacer* que, a mi juicio, sólo debe ponerse en relación con el *resultado* (en este caso la *cosa*, la prótesis) si respecto de aquélla (la actividad de hacer) puede predicarse un apartamiento o vulneración de la *lex artis* rectora⁵⁰.

Por decirlo de otro modo: no me parece demasiado fundado situar en la *cosa* (la prótesis) la idea de resultado, porque hacerlo significaría atribuir un tratamiento diferente a la intervención cuyo objeto es la extirpación de amígdalas o de apéndice, por ejemplo, a la que lo tiene en la colocación de una prótesis dentaria, u oftalmológica, o urológica⁵¹.

⁵⁰ Por esto que acabo de decir, me parece que fue atinada la puntualización de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (1.ª) de 16.1.01, cuando dijo que las funciones del odontólogo «*exceden con mucho de esa concreta actividad de implantación de prótesis, debiendo atenderse en cada caso al contenido concreto de su deber de prestación y las posibilidades reales de compromiso de la obtención de un resultado en el estado actual de la ciencia*».

⁵¹ La calificación como de *resultado* de la prestación del odontólogo o estomatólogo ha causado una cierta conmoción en el sector profesional correspondiente. Precisamente, a tal calificación responde una publicación del Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid, 2004, titulada *Posibilidades de predicción de resultados en Odontología, basadas en la evidencia científica*. Esta obra colectiva, según sus páginas introductorias, tiene su fundamento en dos sentencias del Tribunal Supremo (de 1999 y 2001) en las que se condenó al dentista a indemnizar al paciente por el mero hecho de que el resultado esperado no se había logrado, «*sin ni siquiera entrar a valorar la conducta desplegada por el profesional ni analizar si incurrió en negligencia en su actuación*» (p. 5). Por ello, el trabajo sienta uno de sus objetivos (p. 6): «*Todos aquellos para quienes el resultado de un tratamiento odontológico es siempre previsible deben ver en la presente obra una explicación de los numerosos factores, ajenos a la voluntad y a la conducta del dentista, que pueden intervenir en la producción de un resultado diferente al previsto*». En la misma línea (p. 8), se dice que «*Los tratamientos de lo que se ha llamado medicina satisfactiva o voluntaria, al igual que los de la medicina curativa, no están libres de una cierta aleatoriedad biológica y por ello no se puede asegurar que un paciente no va a tener una reacción idiosincrásica desfavorable o incluso letal, sea rara o extraña, o sea desconocida en el estado actual de la ciencia*». De ahí que el grueso de la publicación se encamine a poner de relieve —creo que con todo el rigor científico exigible— cómo los diversos tratamientos odontológicos se pueden ver afectados por factores que, siendo razonablemente *imprevisibles* a la luz del comportamiento de las variables biológicas, pueden llevar a un *mal resultado* incluso en las actuaciones profesionales más ortodoxas, esto es, más ajustadas a la *lex artis*.

Cosa distinta es que el *fracaso* de una prótesis pueda constituir un *principio de prueba* calificable de «indicio» de la posible responsabilidad del profesional. Esto es, un *dato más* a tener en cuenta por el juzgador, pero en modo alguno, a mi entender, determinante de una genuina presunción de culpa, con inversión de la carga de la prueba. No ponemos dejar de tener en cuenta que la propia palabra de la que parte el razonamiento (*fracaso*) puede corresponderse con lo que en sentido coloquial entendemos los profanos: para un lego en medicina puede significar *fracaso* el hecho de que una prótesis oftalmológica no mejore la visión del paciente, siendo así que, desde el punto de vista médico, y en un caso concreto, puede que no quepa hablar de tal *fracaso*⁵².

Y cuestión distinta, a su vez, es la del *mal resultado* de una prótesis como consecuencia de un defecto de fabricación. Parece claro que en esta hipótesis sería de aplicación la doctrina de la sentencia de 17.4.98, que declaró incorrecta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud en un caso de rotura de la jeringa utilizada para la extracción de cerumen del oído de la actora; acreditado que existía un defecto de fabricación sólo detectable después del uso de la jeringa, la sentencia dice que «no es lógico que tenga que montar —el Servicio Vasco de Salud— un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades»⁵³. Esto, desde luego, salvo que se acreditara la culpa del médico consistente en no haber tenido en cuenta un «historial» de defectos de una determinada prótesis, por él aplicada. Y lo mismo podría decirse si la culpa del médico reside en no haber optado por el tipo adecuado de prótesis, de existir varios en el mercado (por ejemplo, en prótesis de cadera).

c) A la misma reflexión puede llevar, a mi juicio, cualquier otro ejemplo extraído de lo que en la jurisprudencia suele decirse que hay obligación *de resultado*. Acudiendo, como ejemplo supuestamente *más claro* al de la cirugía estética, vuelvo a insistir en el razonamiento que antes he invocado, esto es, el de que no acierto a comprender qué diferencia (a efectos del enjuiciamiento de la actividad del médico, se entiende) puede existir entre las complicaciones sobrevenidas en una

⁵² *Fracaso* consideraría el *hombre de la calle* el fallecimiento de un paciente en un quirófano, cuando es obvio que la valoración o calificación puede no ser la misma (lo acreditan infinitas sentencias) cuando se contemplan las cosas desde un punto de vista jurídico, esto es, a efectos de poder hablar de responsabilidad o no del médico.

⁵³ Lo mismo podría decirse de prótesis potencialmente peligrosas. Lo cual recuerda el conocido caso de las prótesis mamarias de aceite de soja, que ya han dado lugar a alguna sentencia (por ejemplo, la de la Audiencia Provincial de Madrid —18.^a— de 17.2.03).

erradicación de bocio nodular⁵⁴ o en la asistencia a un parto⁵⁵ (el alumbramiento es, en definitiva, un *resultado*), o en la extirpación quirúrgica del cristalino para remediar una afección de cataratas⁵⁶, y las derivadas de una operación de reducción mamaria. En efecto, no encuentro razón que permita conducir a una sentencia condenatoria del médico, tanto en uno como en otro caso, si no es sobre la base de que se *haya probado* (cuestión que nada tiene que ver, *directamente*, con las reglas en materia de carga de la prueba) la culpa o negligencia del médico actuante.

Y tampoco en el caso de una actuación médica encaminada a la esterilización del paciente me parece demasiado convincente la tesis del *resultado*. Verdad es que en esta actuación médica nos encontramos más cerca, e incluso dentro, de la idea de *propósito o intención común para ambas partes*, pero los ejemplos de *fracaso* de la operación de esterilización que, no obstante, condujeron a la absolución del médico demandado son frecuentes en la jurisprudencia.

d) Es digna de destacarse, a mi juicio, la evolución experimentada, desde el punto de vista de los conceptos (no hablo de la justicia de la *solución* de cada caso), por la jurisprudencia.

Y esto, porque de iniciales afirmaciones del Tribunal Supremo, casi siempre hechas como *obiter dicta*, y en no pocos casos, por eso mismo, como simples ilustraciones de corte académico, se ha pasado, a mi entender, a una muy probable extralimitación del concepto de *resultado* en el enjuiciamiento de la responsabilidad del médico.

Suele citarse como antecedente de la doctrina que nos ocupa (medios-resultado) la sentencia de 23.3.50. Lo primero que puede señalarse es que en aquel caso (operación de cirugía estética con el fin de rectifi-

⁵⁴ Es el caso de la sentencia de 8.9.03, en la que si se condenó al médico fue *por falta de información, no por negligencia profesional, entendida en el sentido más estricto de «negligencia en el hacer»*. Debe hacerse notar que la sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento que el Supremo dio por bueno, se basó en que los peritos informantes habían coincidido en señalar que la lesión producida a la actora (disfonía y debilidad vocal) «*es una de las complicaciones habituales que pueden surgir en los pacientes sometidos a cirugía de la glándula tiroidea, derivada de riesgo normal en este tipo de operaciones y producida, en la mayor parte de los casos, por diversos factores, tales como la mayor vulnerabilidad del nervio recurrente por aumento de tamaño de la glándula tiroidea, clase de lesión tiroidea, etc., debiéndose, pese al riesgo descrito, proceder a la intervención quirúrgica, pues la evolución normal de la enfermedad que padecía la actora la hubiese llevado a una situación similar o incluso peor: disfonía completa*».

⁵⁵ En esto consistió el caso de la sentencia de 23.12.02, a la que luego me referiré por otro motivo.

⁵⁶ Sentencia de 9.12.99, en la que fueron absueltos los médicos demandados, pero no la Administración sanitaria también interpelada.

car defectos corporales de forma), lo más que quiso decir y dijo la resolución es que el contrato en cuestión *«tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamientos de servicios»*. Pero, además, hay que tener presente que, no producido el embellecimiento que se perseguía, la sentencia puntualizó: *«...pero esto no es imputable a los médicos, pues la sentencia recurrida tiene reconocido respecto a lo que pueda ser fundamento de la responsabilidad que se trata de hacer efectiva, y como cuestión de hecho que no se ha logrado desvirtuar, según se sienta en el Considerando tercero de esta sentencia, que la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados, y de esto deduce acertadamente, ya como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados...»*.

También se suele mencionar como *precedente* la sentencia de 25.4.94, recaída en un caso de operación de vasectomía fallida. Interesa reproducir parte de lo que en aquella resolución se dijo, porque, al referirse a la operación del caso, manifestó que *se aproximaba de manera notoria al de arrendamiento de obra*, pero sin dejar de decir que no por eso el contrato *no perdía su carácter de arrendamiento de servicios*. Declaró al respecto: *«Que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los me-*

dios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención».

Esta sentencia introdujo un elemento de juicio que, según creo, es perturbador e innecesario. Perturbador, porque aunque teóricamente fuera de recibo la distinción entre la llamada *medicina voluntaria* y la *medicina curativa*, las fronteras entre ambas son de muy difícil definición; y, lo que es más importante a los efectos que me ocupan, son fronteras que, a su vez, sólo un *juicio médico* —no el de un jurista— puede establecer. Es claro que, volviendo a un ejemplo ya utilizado por mí, una reducción mamaria puede tener, en determinada mujer, dadas sus condiciones, un carácter de verdadera terapéutica. Al igual que puede serlo, en una cierta persona, la corrección de un rasgo que afea notoriamente su apariencia, o la operación para corregir una miopía⁵⁷.

Con todo, en lo que quiero poner ahora el acento es en el hecho de que la sentencia que acabo de mencionar no lleva su razonamiento (el de que el contrato que tiene por objeto la práctica de una *vasectomía se aproxima de manera notoria al de arrendamiento de obra*) más allá de lo que, a mi entender, puede llevarse; esto es, a que en la llamada *medicina voluntaria* se intensifica el deber de información del médico. No hay ninguna alusión a una supuesta inversión de la carga de la prueba.

e) Pero, además, como decía, la doctrina de la sentencia que he citado últimamente (la de 25.4.94, considerada como *precedente*) podría ser, además de perturbadora, innecesaria.

Si digo esto es porque, examinando cuidadosamente las sentencias cuya *ratio decidendi* parece estar en la noción de *resultado*, contra-

⁵⁷ Y esto, sin contar con la *tentación* que el paciente puede sentir, llegado ya el momento de entablar acción contra el médico, de atribuir a la actividad profesional de su caso el significado de una obligación *de resultado*, no *curativa*. Fue un ejemplo de esto último el pleito resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (17.^a) de 20.5.03. El paciente había acudido a los servicios del médico demandado para que le atendiese en un cuadro de incurvación peneana de tipo congénito. Había invocado en primera instancia impotencia funcional. Pero en su recurso de apelación alegó, por primera vez, que la actuación del profesional no era de medios, propio de una finalidad curativa, sino de resultado, por tratarse de una operación estética. La Audiencia, con buen criterio, desestimó esta argumentación y mantuvo la absolución del médico demandado.

puesta a *medios* o *actividad*, se llega a la conclusión de que los pronunciamientos condenatorios se basan *en realidad* en una *culpa probada* del médico demandado.

Expresado de otra manera, las sentencias en cuestión no es que apliquen una inversión de la carga de la prueba, sino que cuando condenan lo hacen como consecuencia de una *culpa probada* del médico. A mi juicio, esto ocurre incluso en las dos sentencias que, como antes he señalado, dieron lugar a un cierto *clamor* en la profesión de los odontólogos. Cuestión distinta es que, a mi juicio, tuviera fundamento su «resistencia» (diríamos que una especie de *objeción conceptual*) a que su actividad fuera calificada por el Tribunal Supremo como *una de las de resultado*.

f) Sin embargo, como decía antes, una cosa es que no se extralimite y distorsione el concepto de *obligación de resultado*, y otra que sea una construcción doctrinal inútil o innecesaria.

Al contrario, estimo que la simple circunstancia de que una determinada prestación médica *se aproxime* (como dice alguna sentencia) a la noción de obligación de resultado —fruto a su vez de un contrato *cercano* a la categoría de contrato de obra— justifica que el deber de información por parte del médico deba interpretarse con un carácter mucho más exigente que lo que sería propio de cualquier otro caso.

Y, desde luego, entendería una aplicación estricta del concepto de obligación de resultado (con todas sus consecuencias) en los casos, que ya empiezan a conocerse, en los que determinadas empresas de servicios médicos formulan de tal manera sus *ofertas* (en uso de una práctica rayana con la temeridad, no ya profesional sino «comercial») que pueden conducir a la convicción, por parte de los posibles *clientes*, de que, efectivamente, *se garantizan* ciertos resultados⁵⁸.

III. La doctrina del «*resultado desproporcionado*»

1. También aquí está presente la palabra *resultado*; a veces —no siempre— en un sentido muy próximo al que se le da como contrapuesta a *medios*.

⁵⁸ Quizá quepa introducir en este capítulo el caso resuelto por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona de 1.3.05 (conocido a través de «La Ley», número del 21.6.05, pp. 13-16). En la resolución se atribuye significado decisivo a la forma de expresarse de la publicidad difundida por la clínica demandada, que garantizaba seguridad y eficacia en relación con una cirugía cuyo objeto es reducir la miopía.

Sabido es que la doctrina y la jurisprudencia se han planteado la cuestión de si es razonable mantener en todo su rigor el principio de que en el médico no se presume la culpa y de que, por ello, es el actor el que debe probarla para que el facultativo sea condenado a indemnizar⁵⁹. Y sabido es también que la doctrina ha propuesto criterios encaminados a paliar o mitigar la nada fácil situación procesal en la que el demandante se encuentra cuando demanda al médico, precisamente en cuanto a la prueba de la culpa de este último⁶⁰.

Hoy nos son familiares criterios como el de la *culpa virtual*, el del principio *res ipsa loquitur*, el de la regla del *Anscheinsbeweis* (aparición de prueba) o el de la «facilidad probatoria»⁶¹. Y todo ello, desde luego, en estrecha relación, al menos a veces, con las *presunciones judiciales*, hoy acertadamente caracterizadas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 386) como cosa distinta de los «medios de prueba».

Hace ya bastantes años que la Sala Primera viene invocando, y aplicando, algunos de esos criterios de enjuiciamiento, con alivio de la carga probatoria del demandante. Una de las primeras sentencias en este sentido fue la de 13.12.97⁶².

Y ha sido también en los últimos años cuando la Sala Primera ha empezado a utilizar, como elemento de juicio para concluir en la culpa del médico, la noción o razonamiento del *resultado desproporcionado*. No pocas veces, enlazándolo con la idea de la *culpa virtual* (o variantes doctrinales de parecida orientación), con el *mecanismo intelectual* de las presunciones y —más recientemente— con el principio de la «*facilidad probatoria*».

2. Es probable que la primera sentencia en la que el *resultado desproporcionado* se mencionó con esas palabras fuese la de 2.12.96.

Con posterioridad al parto, la esposa y madre de los demandantes sufrió una fuerte hemorragia que obligó a localizar al ginecólogo demandado. Este practicó en primer lugar un legrado, que no corrigió la efusión sanguínea, hasta el punto de que se hicieron precisas unas

⁵⁹ Ya la sentencia de 12.12.98 formuló, en uno de sus pasajes, reflexiones sobre la dificultad en que, de ordinario, se encuentra un paciente para probar la culpa del médico.

⁶⁰ Traté sobre esta cuestión en DE ANGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, 1999, pp. 69-108.

⁶¹ Este último, hoy recogido en el apartado 6 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶² Cuestión distinta, en la que no procede entrar ahora, es la de que no siempre se encuentre la deseable claridad en la distinción entre prueba de la culpa y prueba de la relación de causalidad.

transfusiones. Como quiera que el flujo de sangre era considerable y el tiempo apremiaba sin corregirse la hemorragia, se sometió a la paciente a una extirpación del útero, que fue la que vino a cortar la hemorragia, si bien en un momento en que el cuadro clínico de la paciente presentaba ya síntomas inequívocos y fatales de una anemia intensa, que generó inexorablemente una anoxia cerebral, determinante a su vez de una encefalopatía que se manifestó con graves secuelas.

La Audiencia había estimado la demanda⁶³. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación del médico demandado. Dijo la Sala Primera, entre otros argumentos⁶⁴, que *«así mismo, debe establecerse que, no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la lex artis ad hoc, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización»*.

La «desproporción con lo que es usual comparativamente» se invocó también en la sentencia de 18.2.97. La de 2.12.97 declaró de forma

⁶³ La Audiencia había considerado necesario practicar prueba pericial para mejor proveer, pues la que debió hacerse en el período probatorio ordinario no se pudo ejecutar en absoluto, ante una negativa sospechosa de los peritos médicos que habían sido propuestos por las partes. *La Audiencia, según recoge la sentencia del Supremo, había dicho que inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello, añade la resolución, va reafirmándose que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Ello ocurre en el presente caso —añade la sentencia—, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, que no sólo hace mucho más dificultosa la prueba, sino que evidencia una falta de, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del mismo centro hospitalario demandados.*

⁶⁴ Si me refiero a otros argumentos, es porque el Supremo también se apoyó en la *facilidad probatoria* y en la idea de que el hecho de que la culpa del médico no se presuma no significa que no pueda tenerse por acreditada por vía de presunciones.

incidental que aunque la obligación del médico es, normalmente, de actividad, *cabe que incluso en ella un resultado dañoso anómalo o desproporcionado haga presumir la culpa*. En la misma línea, la de 13.12.97 declaró, aunque de forma incidental, que la doctrina de la Sala que subordina la responsabilidad del médico a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta el servicio, es *«sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico»*. La sentencia de 19.2.98 mencionó también la hipótesis en que *«el daño del paciente es desproporcionado o enorme»*. En la de 22.5.98 se reiteró el criterio de la de 2.12.96⁶⁵. Sin embargo, hago notar que el voto particular de un Magistrado contiene una reflexión que, a mi juicio, sirve para advertir de los riesgos que entraña una valoración de las cosas efectuada, exclusivamente, a la luz del criterio de la *desproporción de los resultados*. Dijo a tal efecto el voto particular: *«Y también se ratifica la doctrina jurisprudencial de que la culpa médica ha de ser probada, aunque sea por presunciones, invirtiéndose la carga probatoria únicamente si el resultado es anormalmente desproporcionado, ocurriendo sólo que la parte demandada ha probado la inexistencia de nexo causal entre el actuar de sus dependientes y el trágico resultado, que en modo alguno puede entenderse causado por ellos, ni aun privándoles de culpa, teniendo en cuenta la enfermedad padecida y su sintomatología, pues no es suficiente para una condena el que ningún perito pueda contestar qué hubiera pasado de haberse realizado las operaciones unas horas antes, extremo tan imprevisible como la posibilidad de evitar el resultado, una vez que se afirma por todos que el tratamiento fue correcto, resultando significativo que la acción civil se dirija contra quien nada tiene que ver con el acusado o imputado en la denuncia penal»*⁶⁶.

⁶⁵ Esto es, que *«no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios utilizados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización»*.

⁶⁶ Me parece que, con estas palabras, el voto particular intentó «neutralizar» la afirmación inicial de la sentencia de que *«estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia»*.

El criterio del «resultado desproporcionado» se invocó luego en las sentencias de 9.6.98⁶⁷, 8.9.98⁶⁸ y 12.12.98⁶⁹. Y también en las de 29.6.99 y 9.12.99, a las que me referiré más adelante por la particularidad de que en ellas se absolvió a los médicos demandados pero se condenó a las Administraciones sanitarias interpeladas.

Acudimos ahora a jurisprudencia más reciente. Sentencia de 11.4.2000. Parece claro que la *ratio decidendi* de esta resolución se encuentra en un pasaje en el que, al referirse la Sala a la lesión sufrida por la actora, se dice: «...averiguada aquélla a través de la artroscopia realizada el 14 de mayo, se precisaba verificar ineludiblemente una operación quirúrgica, la cual no fue realizada hasta el 5 de junio de 1990, cuando la recuperación de la muñeca lesionada era más difícil por el transcurso de varios meses desde la efectividad del evento, todo lo cual denota la inobservancia de la “lex artis ad hoc” en los dos médicos traídos al debate...». La resolución invoca la sentencia de 2.12.96, en punto a la doctrina de la «desproporción del resultado», pero esto sólo es, a mi juicio, uno de los frecuentes razonamientos «a mayor abundamiento».

Sentencia de 14.5.01⁷⁰. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación del demandante contra la sentencia de la Audiencia

⁶⁷ Se dijo en ella: «Al asumir la instancia, esta Sala hace suya la declaración fáctica que recoge la sentencia de segunda instancia que no excluye que “haya mediado negligencia en la actuación de otros miembros del equipo de profesionales sanitarios que atendieron a la paciente durante la intervención quirúrgica y valora la desproporción del resultado habido entre una operación quirúrgica para mejorar la audición y la muerte que produjo la letal reacción alérgica, tras coma irreversible de la paciente, por un shock anafiláctico, sin que conste en forma conveniente que los factores de riesgo concurrentes en la persona ya fallecida ni el estado de los productos utilizados fueran controlados convenientemente».

⁶⁸ En esta resolución se recoge la doctrina de que la carga de la prueba se invierte, entre otros, «en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las SSTs 29.7.94, 2.12.96 y 21.7.97” (STS 19.2.98)».

⁶⁹ En esta sentencia se puso en relación la idea de la «desproporción de resultados» con la teoría de la culpa virtual. Declaró: «En el caso que nos ocupa, el acusado y alarmante descenso de la tensión quedó determinado, acreditando un actuar que encaja en el reproche culpabilístico como culpa virtual, en razón a la desproporción de resultados, debidos a la acreditada negligencia del recurrente y desatención en cuanto a la correcta intubación de la enferma, así como del control de su respiración asistida que exigía constante seguimiento, dado que el riesgo anestésico es muy alto, hasta alcanzar situación satisfactoria».

⁷⁰ Se trataba de la demanda entablada por el padre de una niña contra un ginecólogo, un sanatorio y una Entidad de Previsión Social. Alegaba la demanda que, producido el parto y alumbramiento de la niña, a las seis horas de su nacimiento le fue apreciada una parálisis

que había desestimado íntegramente la demanda. La Sala Primera dijo en un pasaje de la sentencia: «...*siquiera esto no excluya la presunción de mal uso cuando el resultado producido sea desproporcionado con lo que es usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, en cuyo caso la desproporción permite una inversión de la carga de la prueba que si por norma y al no haber la objetivación de culpa aquí corre a cargo del que la alega, probar la culpabilidad del médico, la desmesura del resultado ha de llevar al facultativo a acreditar aquellas circunstancias impensables e insalvables que hayan torcido el buen hacer que ha de suponersele como norma desde el título profesional que se le ha otorgado previa demostración de conocimientos, de la actualización permanente de éstos con asentamiento en la experiencia propia y en el progreso de la ciencia cuya vulneración no puede quedar redimida por la instrucción que del acto se proporcione al paciente ni por el consentimiento que éste preste a su práctica porque ni una ni otra alcanzan a ese no ortodoxo hacer*»⁷¹.

En la sentencia de 31.7.02 se condenó a la matrona que había asistido al parto y, con remisión a sentencias anteriores, se aludió a la declaración de la de 2.12.96 —arriba citada— sobre la carga de la prueba, «*por la posición ventajosa en que se encuentran los facultativos frente a los víctimas o perjudicados y donde, por otra parte, el resultado acaecido aparece como desproporcionado al menos en un centro sanitario*». Estas últimas palabras, «*al menos en un centro sanitario*», creo que merecen atención; me ocupo de este extremo al final de este capítulo.

La de 29.11.02 declaró haber lugar al recurso de casación del demandante, en la reclamación interpuesta contra un cirujano como consecuencia de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo que el actor dijo haber sido consecuencia de haber dejado el médico, en una

braquial obstétrica derecha que se había traducido físicamente en ligera desviación de columna derecho-lumbar y otras dolencias, que el actor imputaba al desarrollo del parto.

⁷¹ La resolución, en otro lugar, manifestó: «*Este hacer médico, del que no se da más explicación por quien reconoce que lo llevó a cabo —cuando tan fácil le hubiera sido precisar el momento concreto en el que se produjo tan grave lesión a la niña que ayudaba a nacer de forma que valora cómo anómala e imprevisible desde razón no de recibo anclada en tiempo anterior y no de reacción ante el evento, y porque todo tuvo lugar—, viene a convertirse en un resultado desproporcionado para lo que evidentemente es usual en los nacimientos que, aun en estos tiempos, se viene produciendo y por lo tanto quien así lo desempeña, y no acredita la actuación con arreglo a lo que la ciencia le impone, incurre en la negligencia responsable que establece el artículo 1.101 del Código Civil con un nexo causal que aquí es evidente al amparo del artículo 1.103 del propio Código y en ese sentido y por las razones expuestas ha de casarse y anularse la sentencia recurrida...*».

primera intervención, un trozo de gasa en la zona operada. El Juzgado y la Audiencia habían desestimado la demanda, por considerar la segunda que no aparecía probada la relación de causalidad entre haber dejado la gasa (el caso llamado «oblito») y el resultado dañoso; en suma, la Audiencia no había declarado probado cuál había sido la causa eficiente de la secuelas. La Sala Primera declaró que «*debe aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor*», doctrina que la resolución dijo corresponderse con la regla *res ipsa loquitur*, con la de la «aparición de prueba» y con la teoría de la «*culpa virtual*»⁷².

Similar pronunciamiento se expresó en la sentencia de 30.1.03, recaída en la demanda formulada contra un médico, una clínica y una aseguradora, alegando la demandante que su hija había sufrido daños como consecuencia de la negligente forma de producirse el médico durante el parto, ya en el quirófano.

El «resultado desproporcionado» se halla también presente en otra sentencia de 31.1.03⁷³. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación del actor, a cuyo fin apeló de nuevo a la *correspondencia* entre dicha doctrina y los principios *res ipsa loquitur*, aparición de prueba y *culpa virtual*, así como al de la «facilidad probatoria». En este último punto, la Sala concluyó que «*en el caso presente el médico demandando ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajena a su actuación*».

No obstante, recayó en este caso un voto particular que creo oportuno reproducir en parte y que, a mi juicio, expresa una opinión muy convincente.

Ese voto particular se fundó en los hechos probados en la instancia, que eran los siguientes: La técnica quirúrgica aplicada por el cirujano demandado no fue la de W. que se afirmaba en la demanda, tachándola

⁷² Debe añadirse que la resolución hizo también aplicación del principio de la *facilidad probatoria*, diciendo: «*Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión*». Con cita de la sentencia de 2.12.96, arriba mencionado.

⁷³ La Audiencia, confirmando la sentencia del Juzgado, había desestimado la demanda formulada contra un cirujano como consecuencia de la incontinencia padecida por el demandante y que éste alegó ser consecuencia de una intervención quirúrgica de hemorroides sangrantes y fisura anal.

de desfasada, sino la de M. y M., que era la indicada o apropiada para el padecimiento del hoy recurrente. También era adecuado el sistema de doble esfinterectomía para aminorar o disminuir el dolor postoperatorio. La intervención no lesionó el nervio del esfínter anal. Sí se produjo una lesión muscular estriada del esfínter externo, pero tal lesión es consustancial o inherente a la técnica aplicada («sistemáticamente se lesiona de modo temporal el esfínter»). «En este tipo de intervenciones hay ocasiones en que se producen trastornos esfinterinos tras la realización de una cirugía ano-rectal apropiada». En la incontinencia pueden influir factores neurológicos, musculares y psicológicos. El paciente mostró una «negativa y adversa colaboración» en la primera etapa del postoperatorio.

Sobre la base de estos hechos, el Magistrado autor del voto particular razonó: *«En cuanto a la doctrina jurisprudencial del “resultado desproporcionado” como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1.902 del Código Civil sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (SSTS 26-11-2001 en recurso núm. 2.245/1996 y 11-4-2002 en recurso núm. 3.422/1996), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20-3-2001 en recurso núm. 567/1996 y 23-3-2001 en recurso núm. 954/1996); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (STS 11-4-2002 en recurso núm. 3.422/1996). De otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia*

hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad.

Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como “resultado desproporcionado” equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado»⁷⁴.

La sentencia de 8.5.03 declaró haber lugar al recurso de casación entablado por la actora. Esta, que había sufrido un accidente deportivo, había sido asistida por el médico codemandado. La Audiencia había desestimado íntegramente la demanda. El Supremo, en un primer pasaje, dijo: *«En el caso presente y en las sentencias de instancia —e incluso en el propio recurso de casación y en los escritos de impugnación del mismo— se cae en el error de pretender la resolución judicial entrar en el tema del enjuiciamiento médico —es decir, examinar lo que hizo, lo que no hizo y lo que debió haber hecho— un médico, lo que no es otra cosa que querer calificar un campo al que es ajeno».*

Y luego, después de invocar la doctrina sobre el daño desproporcionado, que de nuevo se vincula con *res ipsa loquitur*, apariencia de prueba y *culpa virtual*, la resolución argumentó: *«En el presente caso, hubo una actuación médica en un dilatado período de tiempo, con repetidas intervenciones quirúrgicas, con un proceso largo y doloroso y un resultado irreversible: una cojera en persona joven. En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un “factum” sino una “quaestio iuris” revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni por qué se ha producido éste; ni dice*

⁷⁴ En cuanto a este voto particular, opino que debe compartirse también el criterio que mantuvo, contrario al de la mayoría, esto es, el de la sentencia, sobre la aplicabilidad al caso del artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. El voto de la mayoría dijo que *«a lo anterior (es decir, el texto antes transcrito) debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio»*. El voto particular formuló tres argumentos, a mi juicio convincentes, como decía, contra aquella interpretación.

en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada. En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (“res ipsa loquitur”), una apariencia de prueba de ésta (Anscheisbeweis), una culpa virtual (faute virtuelle). No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (no tiene sentido la aberrante frase antes transcrita: “... causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora”), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad».

En la sentencia de 2.7.03 se mantuvo la condena del médico code mandado. En uno de sus pasajes, la resolución dice: *«Por otra parte, no ha de olvidarse que la Audiencia valoró la prueba que correspondía al recurrente, ya que el resultado anormal y desproporcionado con lo que acontece en las operaciones de cataratas que sufrió el actor a ello le obligaba, y es en esa valoración en la que echa en falta la realización de la medida profiláctica en cuestión».* Se observa que, aunque la resolución habla del «resultado anormal y desproporcionado», en realidad lo que ocurre es que aprecia la existencia de culpa en el proceder del médico.

La de 15.9.03 declaró haber lugar al recurso de casación del actor en la demanda entablada contra un médico, el Instituto Nacional de la Salud y una aseguradora. Tanto el Juzgado como la Audiencia habían desestimado la demanda. El Tribunal Supremo, como *ratio decidendi* de su fallo, declaró: *«La Sentencia recurrida ha infringido el artículo 1.902 del Código Civil respecto al médico (motivo tercero), el artículo 1.903,4.º del mismo Código, respecto al INSALUD (motivo segundo) y la jurisprudencia, respecto a la prueba (motivo cuarto). Efectivamente, tal como se ha consignado en el fundamento anterior, el médico ha sido el causante del daño sin que haya prueba alguna de una causa extraña a su actuación, daño desproporcionado del que debe responder, aplicando el artículo 1.902 del Código Civil en relación con la jurisprudencia antes relacionada; asimismo, INSALUD, en aplicación del artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código Civil tiene la responsabilidad objetiva y directa, solidaria con el anterior, que le impo-*

ne dicha norma como responsabilidad por actos de otro del que deba responder, dependiente o funcionario en el presente caso; por último, responde solidariamente también la entidad aseguradora Winterthur, por la acción directa que se ha ejercitado al amparo del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro».

En la sentencia de 27.3.04 se mantuvo la condena, entre otros, de un médico codemandado. La referencia al «resultado desproporcionado» se encuentra en el párrafo en el que la resolución dice: *«El 18 de octubre de 1990, un hombre de 50 años se somete a una operación quirúrgica a causa de la recidiva de una hernia inguinal derecha y, aproximadamente a las tres horas de la intervención, sufre un cuadro de hipotensión, sudoración y estado de shock y se aprecia, en la reintervención posterior, el desgarro de la vena femoral, como también se diagnostica, después de ésta, una encefalopatía isquémica por shock hipovolémico, por lo que queda en estado permanente de inconsciencia hasta que fallece el 30 de octubre de 1992, sin que se facilite ninguna explicación satisfactoria de lo ocurrido, lo que hace de aplicación al supuesto debatido la doctrina jurisprudencial relativa a que, aunque la obligación del médico es normalmente de actividad, cabe que, incluso en ella, un resultado dañoso anómalo o desproporcionado haga presumir la culpa (entre otras, SSTS de 2 y 13 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998)».* Sin embargo, y frente a lo que pudiera suponerse con estas palabras, debe tenerse muy en cuenta que la sentencia, poco antes, dijo que el médico había incurrido en «una conducta productora, en nexo causal, del daño», añadiendo que quedaba acreditado «que su actuación no fue correcta».

Así mismo, en la sentencia de 7.10.04 se justificó la condena del Servicio Andaluz de Salud con la doctrina del resultado desproporcionado. No obstante, por su particularidad, remito esta sentencia a un último apartado, por tratarse de uno de los casos en los que, quizá, la invocación de tal criterio no merezca reparo en la medida en que lo que se sanciona es la *deficiencia asistencial* de una Administración sanitaria⁷⁵.

Acudió también al criterio del «resultado desproporcionado» la sentencia de 17.11.04. Se había entablado demanda por el marido de una paciente que, habiendo sido sometida a una intervención quirúrgica, acabó sufriendo paradas cardiorrespiratorias que dañaron gravemente su cerebro, resultando con secuelas irreversibles que le impiden valerse por sí misma. La Sala Primera declaró: *«Y es ahora el momento de decir que para resolver la actual contienda es preciso recurrir a la*

⁷⁵ Sentencia comentada por GALÁN CORTÉS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo-agosto 2005, pp. 831-845.

*técnica del resultado desproporcionado del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia, tesis que está dirigida a paliar la nada fácil situación procesal que se da para determinar la existencia de una responsabilidad médica, y que tuvo como base las siguientes teorías...» (La resolución cita la de la *culpa virtual*, adoptada por el sistema judicial francés, la *apariencia de prueba*, sistema que se dice seguido por los tribunales de Alemania, y la utilización de la prueba de presunciones, propia del sistema judicial italiano).*

3. También en este punto me parece que es arriesgado, para el jurista, el recurso a la palabra (y a la noción, que es lo que importa) de *resultado*.

a) Hay que reconocer que la vía de razonamiento inspirada en el *resultado desproporcionado* es, por decirlo gráficamente, *tentadora*. En efecto, a primera vista es sugestiva la reflexión: si el *resultado* de la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias que *tenían que haberse producido*, es porque el médico no ha actuado con una conducta profesional diligente. O, dicho al revés, si el *resultado* no es *el que tenía que haberse producido* (se hace obligado utilizar de nuevo esta última expresión), *no es posible que el médico no haya incurrido en culpa*. Modo éste de pensar que se aproxima mucho, si no coincide del todo, con los postulados de la teoría llamada *de la culpa virtual*.

No obstante, creo que existe, por lo menos, el riesgo de que al razonar así se incurra —permítaseme la traslación— en lo que la jurisprudencia viene considerando, a otros efectos, *hacer supuesto de la cuestión*, es decir, convertir en premisa lo que es una simple hipótesis. Expresado en otros términos, estimo que el peligro es el de incurrir en una cierta tautología, cual es la de dar por sentado que el principio del razonamiento (el *resultado que tenía que haber producido la acción del médico*) constituye, para quien enjuicia *en Derecho*, un presupuesto seguro e indiscutible.

Quiero decir que el razonamiento basado en el *resultado desproporcionado* tiene el inconveniente de que si quien aplica el adjetivo *desproporcionado* es un profano en medicina, es evidente el riesgo de entender que lo es (*desproporcionado*) algo que, acaso, desde el punto de vista de la ciencia médica no lo sea en absoluto.

Me remito, por ejemplo, a lo que antes he dicho sobre lo que por *fracaso* de una actuación profesional del médico puede considerar el

hombre de la calle, en contraste con lo que por esa misma palabra, *fracaso*, puede admitir un experto.

Sin ir más lejos, repárese en que, ateniéndonos a un significado «común» de *resultado*, parecería existir culpa en el cirujano del caso al que puso fin la sentencia de 26.5.86, en el que el paciente falleció por peritonitis aguda purulenta; siendo así que el cirujano fue absuelto. O en el de la sentencia de 13.7.87, en el que a un niño le quedó una parálisis cerebral infantil con tetraplejia espástica consecuyente a un paro cardíaco que sufrió al recuperarse de una intervención quirúrgica de amigdalectomía; fueron absueltos el cirujano y el anestesista demandados⁷⁶. O en el de la sentencia de 8.5.91, en el que la enferma falleció de una hemorragia meníngea pocos días después de habersele practicado pruebas de electroencefalografía sin que de ellas resultara ninguna anomalía física; no obstante lo cual, fue absuelta la Administración sanitaria demandada.

En definitiva, en lo que quiero poner el acento es en el hecho de que afirmar (un jurista) que el *resultado* de una actuación médica es *desproporcionado*, significa realizar un juicio de valor en el que el elemento de comparación (aquello respecto de lo cual se predica la *falta de proporción*) no es *realmente* conocido por parte de quien lleva a cabo tal juicio de valor.

Es decir, quizá no sea muy cabal que quien valora desde el punto de vista jurídico una actuación médica se deje llevar por la idea que *él tenga* (parto de la hipótesis de que *no* se trata de un concededor de medicina) acerca de lo que es *proporcionado*; y, por ello, *desproporcionado*⁷⁷.

b) Por eso, aventuro la posibilidad de que cuando en la jurisprudencia se habla de *resultado desproporcionado*, no es que las sentencias se equivoquen al utilizar ese modo de decir, sino que lo que en realidad está ocurriendo es que las resoluciones, *una vez conocido lo que*

⁷⁶ Hago notar que en uno de los razonamientos de la sentencia del Supremo se halla la palabra *resultado*, como por otra parte venía impuesto por la propia lógica de la sentencia de la Sala. Se dice: «... *máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica*».

⁷⁷ Aprovecho la ocasión de este pasaje para señalar una curiosidad gramatical. Me refiero al hecho de que el Diccionario de la Real Academia, al referirse al vocablo *medicina*, y después de una primera acepción como «*ciencia y arte de prever y curar las enfermedades del cuerpo humano*», hace alusión a un significado en Derecho, diciendo al respecto: «*Las ciencias médicas en su aplicación a ilustrar pericialmente a los tribunales*». Es curioso, decía, que esta segunda acepción, tan notablemente *jurídica*, no exista en palabras del mismo Diccionario como *arquitectura*, *contabilidad* o *ingeniería*.

es «*proporcionado*», esto es, «*normal*», están —simplemente— utilizando un *modo de hablar* orientado a hacer ver que la condena del médico del caso está plenamente justificada por haber concurrido él en una negligencia profesional de tal naturaleza que *incluso* (la conjunción es mía, evidentemente, por imperativos de razonamiento) *ha producido un resultado desproporcionado*.

Y, de hecho, si se examinan las sentencias que sobre la cuestión he citado, se observa que prácticamente en todas ellas lo que sucede no es que el Tribunal Supremo condene al médico por apreciar que de su actuación devino un *resultado desproporcionado*, sino que, a mi entender, tal condena tiene como fundamento una prueba pericial de la que resulta que el médico enjuiciado incurrió en culpa o negligencia en el desempeño de su actividad.

En otros términos: la línea general que observo en la jurisprudencia es la de que la condena del médico no se basa en lo que el Tribunal *entiende* que es *resultado desproporcionado*, lo que por sí solo constituiría una apreciación de *profanos* (y, por ello, muy frágil), sino en la valoración que la Sala hace de la prueba pericial; evidentemente, la valoración consistente en entender que en el médico hubo violación de la *lex artis*.

c) Hay alguna sentencia, no obstante, que se aparta de la interpretación de la jurisprudencia que acabo de hacer.

Son, por ejemplo, los casos de las sentencias de 31.1.03 (cuyo criterio motivó la discrepancia del voto particular), 8.5.03 y 15.9.03, citadas por mí con anterioridad. A mi juicio, la condena a sendos médicos, cuya culpa no había quedado acreditada —o al menos no se dice en las resoluciones que lo estuviera— puede estar afectada por el reparo que he expuesto más arriba, esto es, el de que un Tribunal (en definitiva no expertos en medicina) pueda verse afectado por un desenlace objetivamente *impresionante* —en el sentido natural de *conmover el ánimo hondamente*, Diccionario de la Real Academia—, cuando acaso ese *resultado* no es ajeno a las contingencias que pesan sobre el paciente (y también sobre el profesional), incluso en el supuesto de una atención médica ajustada a las pautas de la *lex artis*.

Por decirlo de otro modo, y de nuevo, un *resultado desproporcionado* puede no significar nada en medicina, aunque a los ojos de un profano sea, a la vez que incomprensible, dramático.

d) Estimo que una razonable —y razonada— formulación de la idea del *resultado desproporcionado* se encuentra en la sentencia de 23.12.02. El Juzgado y la Audiencia habían desestimado la demanda entablada por los padres de una niña que había sufrido parálisis cerebral infantil con ocasión de su alumbramiento.

A los efectos que me ocupan, merece relieve, en primer lugar, advertir que la sentencia del Supremo condenó a la ginecóloga demandada, *no por el resultado desproporcionado*, sino por considerar probada *la culpa* de la médico.

En efecto, un primer pasaje de la resolución contiene una «reinterpretación» de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia, que se descalifica. Dijo al respecto la Sala Primera: *«Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba al fundar la decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada —el demandante— que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte —médico ginecólogo— omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del “cómo” y “porqué” de la grave lesión del recién nacido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada. El resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipoxio-isquémica producida por un período expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena “certeza procesal” ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada».*

Más adelante, después de decir que *«resulta difícilmente compartible la apreciación probatoria de las instancias (lo razonado no tiene por qué ser razonable)»*, la resolución argumentó: *«La evidencia de que el sufrimiento fetal se derivó de un período expulsivo prolongado —más de tres horas— resulta ensombrecido, a juicio de las resoluciones de instancia, porque el perito informante admite que la asfisia pudo haber ocurrido antes del parto o en etapas muy iniciales del mismo y que al mismo no le consta si para el cómputo de más de tres horas del referido período se toma en cuenta solamente el período expulsivo propiamente dicho —es decir, únicamente desde la completa dilatación— o también el tiempo de dilatación. En esta incertidumbre radica fundamentalmente la “ratio decidendi” de la instancia. Empero no se tiene en cuenta que todo ello se pudo haber aclarado mediante*

la aportación de la documentación correspondiente. Ya el perito (don Blas C.) adelantó, antes de emitir su dictamen, que “echa en falta la historia clínica obstétrica de la paciente, evolución del embarazo, evolución de la gestación ingresada anteparto en Sanatorio, así como partograma con registro de monitorización fetal y datos sobre el expulsivo...”. Pues bien, la falta de esa información es la que no le permite asegurar su opinión de que fue la prolongación del período expulsivo propiamente dicho la causa del sufrimiento fetal con suacidosis metabólica secundaria. Y las sentencias de instancia yerran al hacer recaer las consecuencias de ello sobre quien no se encontraba en posición favorable para probar. Sí en cambio podía, y debía haberlo hecho la parte demandada».

Poco antes, la resolución había manifestado: *«A lo dicho es de añadir que la atribución de la carga probatoria a la señora P. resulta tanto más justificada si se tiene en cuenta que llevó la atención y asistencia de la señora M. durante todo el embarazo, el resultado absolutamente desproporcionado producido, las circunstancias concurrentes en la embarazada, y la absoluta falta de explicación sobre los hechos en el escrito de contestación, debiendo finalmente hacerse especial hincapié de nuevo en que no se trata de exigir la demostración de la causa, ni siquiera de enumerar todas las posibles, sino de descartar la que aparece como racional y sería fácilmente desechable, sin que por lo demás pueda servir de argumento aludir a que un resultado lesivo pudo deberse a muchas causas, pues abrir un abanico hipotético de posibilidades exige una explicación coherente acerca de las mismas».*

Por ello, en su último fundamento jurídico, a modo de recapitulación, la sentencia concluyó: *«...1. Es evidente la existencia de culpa —exigible en todo caso de acuerdo con el sistema de responsabilidad civil subjetiva que rige en el caso—, por parte de la Ginecóloga demandada al actuar con falta de diligencia en su quehacer profesional al no reducir el período expulsivo para evitar el sufrimiento fetal producido. Se fundamenta la infracción de la “praxis” médica en el dictamen pericial, en el que se dice que “en la obstetricia que desarrollamos en la actualidad se considera expulsivo prolongado aquél que dura más de treinta minutos en las múltiparas y una hora en las primíparas”. En el caso la duración fue de tres horas;...».*

De todas estas consideraciones se desprende que, a pesar de que —según acabamos de ver— la resolución habla de *«resultado absolutamente desproporcionado»*, y de que —como ahora se comprobará— la sentencia alude al *daño anormal y desproporcionado*, la razón de ser de la condena no reside en el *resultado*, sino que descansa sobre una muy argumentada valoración de la prueba que concluye en la afirmación (no

deducida, ni presunta, ni elíptica) de que en la médico demandada había concurrido violación de la *lex artis*, esto es, *culpa*.

Esto me permite insistir en algo que antes he apuntado y que está en la línea de lo que de manera un tanto *llamativa* he pretendido que sea el eje del presente trabajo, esto es, una especie de *divertimento* sobre los peligros de llevar demasiado lejos, sacar de quicio o extralimitar el significado *jurídico* de la palabra *resultado*.

Me refiero a la circunstancia (y permítaseme el recurso a un dicho popular) de que, quizá, para *el viaje* de una condena por culpa probada no sean necesarias *las alforjas* de un —cuando menos— arriesgado concepto como es el de *resultado desproporcionado*.

Por expresarlo de otra manera, esta misma sentencia que ahora me ocupa sirve para llegar a la conclusión de que la condena de un médico, por un acto conducente de hecho a lo que el común de los mortales entendería *resultado anormal*, puede y debe basarse en criterios (estos sí, exclusivamente jurídicos) suficientes para alcanzar la convicción de que en el acto profesional enjuiciado *hubo culpa* por parte de su autor.

Por eso, no de otra manera deben entenderse, a mi juicio, los argumentos adicionales que formuló la sentencia como colofón de sus reflexiones. Dijo la resolución: «*La justificación de lo razonado tiene un sólido fundamento en la doctrina de esta Sala la cual ha venido flexibilizando el rigor de la regla del artículo 1.214 CC (tal y como se razona en el motivo segundo del recurso) haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba. Esta doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria (asumida por la LECiv 1/2000, en el apartado 6 del artículo 217) se recoge entre otras en las sentencias de 8.3 y 28.11.96, 28.2.97, 14.9 y 28.10.98, 30.7.99), 3 y 29.5.2000, 8.2.01. Como consecuencia de ello aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente, y no al médico (sentencias, entre otras, 23.2 y 31.7.96, 28.7 y 16.12.97, 12.3 —dos— y 14.4.99, 23.10.2000 y 4.6.01), sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño (sentencias entre otras, 17.6.89, 2.12.96, 19.2 y 9 y 21.12.99, 31.7.02) o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria. En cuanto a este último aspecto cabe citar, entre otras, las Sentencias de 31.7.96 (indicios muy cualificados por anormales), 2.12.96 (la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a*

los medios de prueba), 28.7.97 (la mejor posición probatoria en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad no puede excusar de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia o imprevisión por su parte), 19.2.98 (que alude a la obstrucción o falta de cooperación del médico cuando el daño al paciente es desproporcionado), 29.7.98 (cuando se debían haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos), 28.12.98 y 19.4.99 (la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba) y recientemente 31.7.02».

Se observa que, en la «batería» argumental que se acaba de reproducir, el *resultado desproporcionado* no es más que una «razón añadida», una *explicación adicional* del fallo al que la Sala llega. O, probablemente, aunque esto sea una suposición mía, un motivo por el que el Tribunal se consideró en la necesidad de someter al más exquisito análisis la prueba sobre la *culpa* de la médico demandada.

e) No obstante, quizá pudiera aceptarse la tesis del *resultado desproporcionado*, como elemento de juicio conducente a la atribución de responsabilidad, la hipótesis en la que ese *resultado* se predica de un centro o de una institución sanitaria.

Antes he citado, con remisión a este lugar, las sentencias de 29.6.99, 9.12.99 y 7.10.04.

Las tres son dignas de particular atención, porque en ellas se demandaba a médicos y a una Administración sanitaria, dándose el caso de que en las dos, también, se absolvió a los médicos y se condenó a la Administración.

En la primera, el motivo de la reclamación era el fallecimiento de una paciente, consecuente a la práctica de una operación de extirpación de la vesícula biliar. Había sido operada en un centro del Instituto Nacional de la Salud, y luego trasladada a otro hospital de la misma titularidad al sobrevenirle complicaciones postoperatorias.

La sentencia dijo que debía mantenerse la desestimación de la demanda respecto a las personas físicas del director del hospital y de los médicos intervinientes en la operación⁷⁸, pero se condenó al Instituto Nacional de la Salud «*como objetivamente responsable del resultado dañoso desproporcionado que se ha producido en la madre de los demandantes*».

Parece evidente que la *ratio decidendi* del fallo se encuentra en el pasaje de la sentencia que dice: «*Por otra parte, se concreta en el tema*

⁷⁸ El Juzgado y la Audiencia habían desestimado la demanda.

de la responsabilidad médica, que es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, tal como expresan las sentencias de 1.7.97 y 21.7.97».

Siendo así que el párrafo anterior al transcrito había dicho que «la base jurídica del presente caso se concreta en la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil», y habida cuenta de que los facultativos demandados habían sido absueltos, no queda otra posibilidad que la de deducir que la condena vino a coincidir, en cuanto a su *ratio decidendi*, con la ya añeja jurisprudencia que instaló el criterio o principio de las llamadas «deficiencias asistenciales». Esto es, el que, procedente de la jurisprudencia contencioso-administrativa, condujo a condenas a instituciones sanitarias por defectos de organización del centro sanitario, aunque no se hubiere hallado culpa en ningún concreto integrante del mismo.

La conclusión parece reforzada por el hecho de que, aunque con carácter de *a mayor abundamiento*, la sentencia cite en su apoyo el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Precepto que, *en este caso*, sí parece de pertinente invocación, pues se trata de la eventual responsabilidad de una *institución*, no de un médico determinado.

En otra sentencia, la de 9.12.99, se demandó al Servicio Andaluz de Salud y a varios médicos, entre otros, por la evisceración de un ojo de la demandante, ojo infectado después de que se le hubiese practicado en un centro del Servicio Andaluz de Salud una operación quirúrgica para frenar un proceso de cataratas. El Juzgado había condenado solidariamente a algunos médicos y al Servicio demandados, este último como responsable subsidiario. La Audiencia absolvió a los médicos que habían sido condenados por el Juzgado, lo que significaba la íntegra desestimación de la demanda.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de la actora, condenando al Servicio Andaluz de Salud a indemnizarle en una determinada cantidad.

Procede resaltar que el Supremo mantuvo «*la repulsa de la demanda con mención a los médicos demandados, respecto a los que no se ha*

probado una conducta productora, en nexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta».

Pero, añadía la sentencia, *«no ocurre lo mismo con la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor...».*

Más adelante, la resolución declaró: *«La fundamentación jurídica del supuesto del debate se encuentra en la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones, ubicada en el artículo 1.903, párrafo cuarto, del Código Civil, que es, sin duda, aplicable al Servicio Andaluz de la Salud, y se precisa en el tema de la responsabilidad médica, que constituye un espacio del campo de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.)...».* Es decir, se reiteraba el criterio, al que antes me he referido, de las «deficiencias asistenciales». Y, además, como había ocurrido en la sentencia de 29.6.99, el Tribunal Supremo consideró aplicable también el artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios, esto es, la *responsabilidad objetiva* en el ámbito de los servicios sanitarios.

Lo mismo ocurre en la sentencia de 7.10.04. Demandados un médico, el Servicio Andaluz de Salud y una aseguradora, tanto el Juzgado como la Audiencia habían desestimado la demanda, basada en los daños padecidos por la actora después de haber sufrido un corte por cristales en la palma de una mano.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de la demandante, condenando al Servicio Andaluz de Salud y a su aseguradora, pero con absolución del médico demandado. Respecto a la actuación de este último, la sentencia dijo: *«Ha de tenerse en cuenta, respecto a estas alegaciones que, como ya se ha expuesto anteriormente, en las sentencias de instancia se ha recogido pormenorizadamente la actuación del Dr. Carlos Jesús, a tenor de cuanto resultaba de las pruebas obrantes en los autos, declarándose acreditado que dicho demandado, tras la inspección ocular de la zona afectada y la comprobación de la funcionalidad de la mano y de la movilidad de todos sus dedos, sin que se detectase la rotura del tendón, había procedido a la sutura de la herida y a recomendar que se extrajesen los puntos al cabo de una semana, lo que se ha calificado por el Juzgado como correcta actuación conforme a la lex artis, pues según el informe pericial la realización de una intervención quirúrgica exploratoria podría*

provocar nuevas lesiones y la retirada de los tres fragmentos de cristal, muy pequeños, situados a un centímetro del tendón, constituía una manipulación no recomendable por innecesaria. Esta apreciación probatoria, aceptada por la Audiencia Provincial ha de considerarse inmune a la casación por ser resultado del ejercicio de una facultad privativa de los órganos de instancia, que no puede ser calificada de ilógica, arbitraria o absurda».

Mas, en lo que respecta al Servicio codemandado, la sentencia razonó así: *«Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la responsabilidad por negligencia sanitaria de una entidad especializada, se impone de forma prácticamente objetiva si se revela que el defectuoso funcionamiento de la misma ha dado lugar a un resultado lesivo desproporcionado, en relación con el escaso riesgo atribuible, en principio, a una determinada intervención. En tales supuestos la entidad deberá indemnizar, abstracción hecha de que se hubiese acreditado la culpa de algún profesional sanitario concreto de los que hubiese intervenido en la asistencia al enfermo en aplicación del principio “res ipsa loquitur” pues un evento dañoso de dicha gravedad normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, según las reglas de la experiencia y del sentido común (sentencias de 17 de mayo y 10 de julio de 2002 y 30 y 31 de enero y 8 de mayo de 2003)».*

Como es ya muy frecuente, la Sala invocó también el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Es probable que la interpretación que propongo, la de las *deficiencias asistenciales*, se encuentre abonada por el razonamiento medular de la sentencia de 17.5.02. Promovida demanda contra el Servicio Valenciano de Salud, por los daños sufridos por el hijo del demandante tras una operación de apendicitis, la Audiencia había estimado la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación del Servicio demandado, fundando su decisión, sobre todo, en los siguientes razonamientos. En primer lugar: *«A este respecto, las cuestiones litigiosas quedan referidas, por una parte, a la determinación de la causa o causas determinantes de la aparición de la quemadura en el abdomen y del hidrocele en el testículo derecho; y hay que concluir que el motivo fue debido a un contacto con el antiséptico que habitualmente se usa, tintura de yodo, lo que revela que en la asistencia dispensada al menor no fue completa la diligencia, siendo el conjunto de posibles deficiencias asistenciales el originador del daño, por lo que la sentencia de instancia, que en este aspecto acoge plenamente la sentencia impugnada en casación, imputa a la entidad demandada, como responsable directa del funcionamiento que se produjo, que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo te-*

nía una concentración más elevada de lo normal, unida al factor lumínico calorífico de la lámpara de quirófano».

Y después: «Cuado así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”, lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella.

La Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1987 es precursora cuando establece: que en materia de responsabilidad y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejísimo establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cuál pueda ser la de alguno o varios de sus miembros, se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la “aequitas” aquí siempre conveniente; y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con objeto de lograr que en estos casos, la aplicación del Derecho constituya el medio más idóneo para el restablecimiento del orden perturbado.

Asimismo tiene declarado esta Sala que la doctrina sobre la carga de la prueba, en el sentido de que no opera, en principio, contra el médico o profesional sanitario, estando, por tanto, a cargo del paciente, se excepciona en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación del médico ha quedado constatada por el propio Tribunal (Sentencias de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 19 de febrero de 1998)».

Así como he manifestado mis reservas sobre el *criterio del resultado desproporcionado* en el juicio de responsabilidad contra el médico, precisamente porque en ese terreno rige el principio *de la culpa*, y además sin presunción de la misma, es posible que aquel *criterio* sea de recibo cuando se juzga sobre la eventual responsabilidad de una institución sanitaria. Si bien, desde luego, cuando se trate de una Administración sanitaria, con la obligada restricción *ahora* (no antes) que impone el sometimiento al particular *sistema* de responsabilidad que para las Administraciones públicas en general existe hoy en nuestro ordenamiento jurídico.

CRITERIOS Y VALORACIONES POLITICAS DE LA PRENSA

Ignacio María Beobide Ezpeleta

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto electoral. 3. Análisis de los editoriales: datos y contenidos. 4. Análisis de las colaboraciones: consideraciones previas y datos. 4.1. Presupuestos teóricos del nacionalismo o nacionalismo vasco. 4.2. La definición del problema electoral y de Euskadi. 4.3. La legislatura o futuro postelectoral. 5. La opinión de la prensa: Las colaboraciones ante los partidos políticos. 6. Conclusiones.

1. Introducción

La prensa diaria desarrolla un papel relevante ante el quehacer político, sea éste la actividad de los órganos fundamentales del Estado y de la Unión Europea —actividad parlamentaria, de gobierno o judicial—, la vida de los partidos políticos, la función de las ideologías o las elecciones. Su labor es múltiple: información, interpretación, valoración, creación y transmisión de opinión política.

El objetivo de este trabajo es analizar el papel de la prensa en cuanto fuente de interpretación y valoración de los fenómenos políticos, cuyo fin último es crear y transmitir opinión política. Más en concreto, se trata de estudiar la interpretación y creación de opinión sobre las ideologías, objetivos, estrategias y programas de los partidos. Y dentro de este apartado interesa la versión de la prensa sobre el nacionalismo vasco y su discurso político, el discurso de legitimación de su acción y proyecto político. Esta unidad del nacionalismo supone coincidencias substanciales entre las diversas versiones nacionalistas en lo que se refiere al meollo del nacionalismo, pero no olvida las diferencias, que existen entre ellos, sean esenciales o no. No me refiero, por supuesto, a versiones del nacionalismo de intelectuales o grupos sociales, sino, en exclusiva, a la de los partidos nacionalistas vascos, entendiendo por tales los que así se consideran expresamente.

Ya que la petición del voto obliga a los partidos políticos a justificar y argumentar semejante pretensión, los períodos electorales se convierten en la democracia en el escaparate más ilustrativo y llamativo de sus glorias y vergüenzas. Por eso, el momento elegido para el análisis

de este trabajo es el de las elecciones. Los periódicos diarios son analizados en sus respuestas a las intervenciones de los partidos políticos en su lucha por el voto. En lo fundamental, toda la prensa coincide en la crónica de una campaña electoral, sin embargo la interpretación y valoración de las informaciones, no obstante algunas coincidencias, importantes en ciertos casos, son muy distintas.

Más allá de la información, los editoriales y las colaboraciones firmadas son agentes directos, junto a los partidos, políticos, programas y propaganda, en la lucha electoral. Argumentan; critican; desvelan, ocultan o falsifican la realidad; denuncian o practican la perversión del lenguaje político; forman o deforman; ideologizan o contribuyen al buen juicio. En bastantes ocasiones, los silencios y omisiones de la prensa son más graves y más dañinos que las peores interpretaciones. Al analizar la prensa como fuente de opinión, distinguiré entre los editoriales y los artículos firmados. De esta manera, se pondrá de relieve la opinión del periódico y la de sus colaboradores, pudiendo, así, conocer los mensajes y los argumentos que el periódico transmite y, también, el grado de apertura, de libertad y de pluralismo del periódico, además de la neutralidad o mayor o menor afinidad con un partido, una causa, una ideología y un voto.

La campaña seleccionada para este estudio es la de las elecciones autonómicas vascas al Parlamento de Vitoria de 2001, tal vez, la mejor ocasión desde la transición y las primeras elecciones de 1977 para captar el enfrentamiento radical, sin contemplaciones, entre el nacionalismo vasco y una oposición decidida y animada a presentar una batalla frontal al nacionalismo, convencida del error de la transición de creer que los nacionalismos eran movimientos ilustrados de libertad y modernidad.

Los partidos nacionalistas de 2001 son el Partido Nacionalista Vasco, Eusko Alkartasuna y Euskal Herritarrok, y la prensa analizada —que obedece a los criterios de periódicos más leídos, inspiración nacional o nacionalista y ámbito de difusión territorial general o regional— son *El Correo*, *El Mundo*, *El País*, *Deia* y *Gara*.

La información de los datos de la campaña electoral sobre la que se basan los análisis realizados se reduce en este artículo al mínimo necesario e imprescindible para la comprensión de los mismos.

Dos cuestiones conviene aclarar con carácter previo a este estudio: el contenido nuclear del nacionalismo vasco y la evolución del voto desde la transición. El nacionalismo vasco defiende una ideología política cuyo núcleo esencial lo constituye la afirmación de que la nación es el sujeto último de la titularidad originaria del poder político y la razón de su legitimidad. Aunque aparentemente se invoquen otros argumentos, todos conducen a la misma matriz. El carácter normativo de este contenido se traduce en la reivindicación, como mínimo, de la soberanía polí-

tica para la nación. La nación es, pues, el argumento o la razón de la acción política nacionalista, cuya operatividad exige en la práctica la añadidura de la definición territorial y la coincidencia de las fronteras políticas con las culturales. Para los partidos nacionalistas, Euskal Herria es una nación con derecho y deber de organizarse en Estado independiente y en este sentido se utiliza en el trabajo el término nación y su ideología, el nacionalismo. Poco importa que esta versión nacionalista de la nación y de sus exigencias políticas no sea un concepto científico, que permita la descripción empírica de manera objetiva de la realidad social. El tema, ya muy estudiado, no es objeto de este trabajo. Baste decir en este sentido que no es otra cosa que una interpretación de la realidad, una pretensión de construcción social, una representación imaginada de la realidad social o una proyección de una supuesta unidad social, que sirve de base a un proyecto político de conquista del poder, cuya objetividad no se da en la adecuación con la realidad social, sino en su mera existencia de representación imaginada o pretensión de construcción social y en su aceptación como creencia política.

La evolución del número de votos y escaños de los partidos nacionalistas en elecciones autonómicas, considerados como un bloque, ha seguido un proceso descendente en el período que va desde las elecciones de 1986 hasta las de 2005 inclusive, si bien en estas últimas la pérdida de un escaño va acompañada de una muy leve recuperación en votos¹. Tras las elecciones autonómicas de 1980, 1984 y 1986, en las que el nacionalismo parecía ascender hacia una total hegemonía de manera imparable, las elecciones de 1990 supusieron un cambio de orientación, que medido en escaños ha perdurado hasta 2005. Este descenso del nacionalismo parece haber ejercido una notable influencia en la actitud atrevida y confiada en el éxito de una alternancia en el gobierno de la Comunidad Autónoma Vasca, con la que la oposición a los partidos nacionalistas planteó, especialmente, las elecciones autonómicas de 2001, y, en menor medida, las de 2005.

La máxima diferencia en votos entre partidos nacionalistas y no nacionalistas, siempre a favor del nacionalismo, es la de 1986 con un total de 428.422. Las máximas diferencias en escaños pertenecen a 1980 con 24 escaños en un Parlamento de 60 y con 29 escaños en 1986 en un Parlamento de 75 escaños. La mínima diferencia en votos se produce en 2001 con 88.371 votos, ya que un leve ascenso del nacionalismo en 2005

¹ En las elecciones generales es más claro el descenso del nacionalismo. La recuperación del voto por los partidos de ámbito general o nacional, fundamentalmente el PSOE y el PP, les ha llevado a ser mayoritarios en las tres últimas elecciones generales, recuperando el triunfo obtenido en las elecciones de 1977.

deja la diferencia e 92.661 votos. Por el contrario, las mínimas diferencias en escaños son la de 2001 con 5 escaños y 2005 con 3 escaños.

Los resultados de las elecciones autonómicas vascas en votos (V) y escaños (E) por bloques² se pueden observar en el siguiente cuadro³:

		1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001	2005
Nacionalistas	Votos	590.691	694.238	776.706	670.919	575.629	682.958	747.361	646.961
	Escaños	42	49	52	50	41	41	40	40
No nacionalistas	Votos	288.912	363.352	348.284	321.926	442.730	567.607	658.990	554.300
	Escaños	18	26	23	25	34	34	35	36

El cuadro de porcentajes sobre el censo desde 1980 hasta 2005 es el siguiente:

	1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001	2005
Nacionalistas	37,98	43,80	46,77	39,74	32,91	37,49	41,21	35,95
No nacionalistas	18,57	22,91	20,96	19,08	25,31	31,16	36,64	30,80
Diferencia	19,41	20,89	25,81	20,66	7,6	6,33	4,57	5,15

En el siguiente cuadro, en el que se recogen los porcentajes de los bloques según los votos a las candidaturas y sus diferencias, se comprueba, como no podía ser menos, la misma tendencia con tantos por cientos más elevados:

	1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001	2005
Nacionalistas	64,46	64,63	67,88	65,98	56,64	54,61	52,84	53,49
No nacionalistas	31,53	33,83	30,44	31,66	43,41	45,38	46,99	45,78
Diferencia	32,93	30,8	37,44	34,32	13,03	9,23	5,85	7,71

El cuadro de la evolución de los porcentajes por escaños y sus diferencias observa la misma tendencia desde 1986, tendencia que se extiende, también, a las elecciones de 2005:

² Los bloques los constituyen, por un lado, PNV, EA, HB (o siglas posteriores) y Aralar, y por el otro, PP, PSE-EE, IU y UA. El criterio es la autodefinición de cada partido.

³ Archivo de resultados electorales 1977-2005, Gobierno Vasco, Departamento de Interior, Dirección de Procesos Electorales (<http://www9.euskadi.net/q93TodoWar/q93Indice.jsp>). Última consulta: 12.12.2005) y elaboración propia. La misma fuente se utiliza para todos los datos electorales. El número de escaños del Parlamento Vasco es de 75, salvo en 1980, que era de 60.

	1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001	2005
Nacionalistas	70	65,33	69,33	66,66	54,66	54,66	53,33	52
No nacionalistas	30	34,66	30,66	33,33	45,33	45,33	46,66	48
Diferencia	40	30,67	38,67	33,33	9,33	9,33	6,67	4

La evolución de cada uno de los partidos nacionalistas actuales (no se tiene en cuenta a Euskadiko Eskerra integrada ahora en el PSE) en votos, tanto por cientos y escaños al Parlamento Vasco es la siguiente:

Año	Censo	Abstención	PNV (en 2001 y 2005 en coalición con EA)	HB (EH- PCTV)	EA (en 2001 y 2005 en coalición con PNV)	ARALAR
1980	1.554.527	625.476 (40,24%)	349.102 (38,10%)	151.636 (16,55%)		
			25 (41,66%)	11 (18,33%)		
1984	1.584.540	499.236 (31,56%)	451.178 (42,01%)	157.389 (14,65%)		
			32 (42,66%)	11 (14,66%)		
1986	1.660.143	504.328 (30,38%)	271.208 (23,71%)	199.900 (17,47%)	181.175 (15,84%)	
			17 (22,66%)	13 (17,33%)	13 (17,33%)	
1990	1.687.936	658.479 (39,01)	289.701 (28,49%)	186.410 (18,33%)	115.703 (11,38%)	
			22 (29,33%)	13 (17,33%)	9 (12%)	
1994	1.749.250	705.165 (40,31%)	304.346 (29,84%)	166.147 (16,29%)	105.136 (10,31%)	
			22 (29,33%)	11 (14,66%)	8 (10,66%)	
1998	1.821.608	546.600 (30,01%)	350.322 (28,01%)	224.00 (17,91%)	108.635 (8,69%)	
			21 (28%)	14 (18,66%)	6 (8%)	
2001	1.813.356	381.360 (21,03%)	604.222 ⁴ (42,72%)	143.139 (10,12%)	604.222 ⁵ (42,72%)	
			33 (44%)	7 (9,33%)	33 (44%)	
2005	1.779.523	575.889 (32%)	468.117 (38,67%)	150.664 (12,44%)	468.117 (38,67%)	28.180 (2,33%)
			29 (38,66%)	9 (12%)	29 (38,66%)	1 (1,33%)

⁴ En estas elecciones y en las del 2005 en coalición con EA.

⁵ En coalición con el PNV en 2001 y 2005.

2. Contexto electoral

La falta de apoyos parlamentarios impidió acabar la legislatura iniciada en 1998, la que siguió a las elecciones celebradas durante la vigencia del Pacto de Lizarra, y obligó al adelantamiento de la consulta popular. El fin de la tregua de ETA y la actitud de EH contraria a la condena de la violencia están entre los factores que pueden explicar la desaparición de la colaboración entre todos los nacionalistas del Parlamento Vasco, cuya consecuencia fue la de un Gobierno con una minoría inferior a la de la oposición. El Partido Nacionalista Vasco y Eusko Alkartasuna concurrieron a las elecciones formando coalición electoral.

El listado de resultados de las elecciones da lugar a los siguientes cuadros:

Censo:	1.813.356
Votantes	1.431.996
Nulos	6.219
Válidos	1.425.777
Blancos	11.508
V. candidaturas	1.414.269
Abstención	21,03%
Escaños	75

Partidos	Votos	%	Escaños
PP	326.933	23,12%	19
EB-IU	78.862	5,58%	3
PSE-EE/PSOE	253.195	17,90%	13
EH	143.139	10,12%	7
EAJ-PNV/EA	604.222	42,72%	33
Otros	7.918	0,56%	0

La batalla electoral, a pesar de concurrir otros partidos políticos, se libró entre el Partido Popular, el Partido Socialista, Euskal Herriarrok y la Coalición Nacionalista con unas expectativas de triunfo muy abiertas, lo que supuso una novedad en elecciones autonómicas. A diferencia de lo ocurrido en las elecciones generales de 1977, 1996, 2000 y 2004, en las que se había producido el triunfo de los partidos de ámbito general o nacional, nunca la suma de votos de estos partidos había ganado en unas elecciones autonómicas. Es más, ni siquiera se había conñado en ello. Únicamente el PSE había obtenido más escaños que nin-

gún otro partido en las elecciones de 1986, en las que, por otra parte, la suma de escaños nacionalistas alcanzó el total de 52 en un Parlamento de 75.

El contexto social y político en que tuvieron lugar las elecciones fue angustioso y agresivo, principalmente, aunque no exclusivamente, por causa de la violencia de ETA, que negaba potencialmente la vida, libertades y derechos a los no nacionalistas. Las campañas del PP y PSE son una buena prueba de ello. Lo mismo cabe deducir de la campaña de la coalición, aunque en ocasiones se tratara de ocultarlo. No se debe olvidar que, en pleno siglo XXI y dentro de la Unión Europea, la seguridad universal de las personas, que es la primera condición de legitimidad no ya del Estado de Derecho, sino del mero Estado, estaba en entredicho, como lo estaba, aún más, la garantía de los derechos fundamentales, la esencia misma del Estado de Derecho. Hobbes y Locke se habrían quedado pasmados si hubieran visto, más de tres siglos después, una situación en la que el orden y la seguridad, por un lado, y la vida y libertades, por otro, pudieran ser, todavía, objeto de división entre quienes se consideraban contrarios a la violencia. Pero estaba de por medio el argumento de la nación.

La coalición nacionalista utilizó el argumento de la independencia y soberanía de la nación vasca para pedir el voto, pero lo hizo en una proporción muy inferior a otros argumentos, en concreto, ni siquiera llegó al 7% del total de la campaña. Esto no impidió que la nación estuviera presente como una constante argumental a lo largo de todo el proceso electoral. Este comportamiento sugiere una interpretación de la mentalidad y conciencia del electorado como insuficientemente nacionalistas para ganar con tales elementos las elecciones; así mismo, muestra desconfianza en la eficacia electoral de sus propias convicciones.

La coalición nacionalista substituyó el argumento positivo del nacionalismo por el negativo, el del «enemigo del pueblo vasco, de la nación vasca y de lo vasco», que, si bien incluía a ETA y a cuantos apoyaban la violencia, se centró fundamentalmente en el Partido Popular y, secundariamente, por sus coincidencias, en el Partido Socialista de Euskadi/EE, y se personificó en su candidato Jaime Mayor Oreja y, en menor medida, en Nicolás Redondo, el candidato socialista.

El debate electoral se redujo a una lucha entre el nacionalismo español y el nacionalismo vasco, falsamente planteada y contradictoriamente desarrollada, para lo que se utilizaron instrumentos en los que abundaron la inexactitud y la falsedad. Entre ellos destacan: los jurídicos (falsa idea de Constitución favorable a la autodeterminación del pueblo vasco, o del Estatuto Vasco como expresión de dos sujetos soberanos, o

del Derecho Internacional en cuanto fundamento de la autodeterminación de Euskadi); los políticos (tratamiento frívolo y banal, con alguna excepción, de las grandes cuestiones políticas como la independencia, autodeterminación o legitimidad de la violencia del Estado; visión patrimonial de las instituciones vascas; falso origen político de la violencia y del supuesto problema histórico vasco); la ocultación de la realidad (afirmación del aumento de la conciencia nacionalista; negación del reconocimiento de la legitimidad del nacionalismo; infravaloración de la participación de agentes no nacionalistas en el bienestar económico y social; simplificación o rechazo del carácter selectivo de la praxis de la violencia; silencio o negación de la defensa de los valores que hacían coincidir a populares y socialistas; trivialización de la paz como parte del bienestar social; indeterminación del sentido y alcance del diálogo; falsa identificación de la coalición nacionalista como el centro político ante extremos igualmente rechazables; cierta indisciplina de partido); la superioridad del nacionalismo vasco (moralidad, inocencia, eficacia, solidaridad); y, por último, la descalificación expresa de la oposición (búsqueda del enfrentamiento callejero; estrategia de división y ruptura sociales; verdugos, franquistas y antidemócratas populares; antiautonomistas y contrarios a la identidad vasca; interés del PP en la permanencia de ETA y utilización partidista de sus asesinatos; versión rocambolesca de las relaciones, objetivas o no, entre Partido Popular y ETA).

La coalición también utilizó como argumentos electorales el rechazo de la violencia (por convicciones éticas y democráticas y por perjudicial a los intereses vascos y nacionalistas), la interpretación de ETA como totalitaria, la defensa de la vida y la fe inquebrantable en el triunfo electoral⁶.

⁶ Ver *Deia* 27-4-2001 (14); *Deia* 28-4-2001 (14); *El Correo* 30-4-2001 (16); *Gara* 30-4-2001 (14); *El Mundo* 1-5-2001 (8). *El Correo* 1-5-2001 (18); *Deia* 1-5-2001 (13); *El País* 1-5-2001 (14); *El Mundo* 1-5-2001 (8); *Deia* 2-5-2001 (13); *El Correo* 7-5-2001 (24); *El Mundo* 7-5-2001 (9); *El Mundo* 8-5-2001 (6); *El Correo* 9-5-2001 (18); *El Correo* 11-5-2001 (24 y 25); *Gara* 10-5-2001 (17); *Deia* 11-5-2001 (19); *El Correo* 12-5-2001 (18). *El Correo* 6-5-2001 (31). *El Correo* 30-4-2001 (16). *El Correo* 11-5-2001 (25). *El Correo* 1-5-2001 (18). *Deia* 4-5-2001 (12). *Correo* 12-5-2001 (24). *Deia* 27-4-2001 (14). *El País* 9-5-2001 (14). *El Mundo* 7-5-2001 (9) y *El País* 7-5-2001 (17). *El Correo* 5-5-2001 (25). *Deia* 4-5-2001 (12); *El Mundo* 4-5-2001 (10). *El Correo* 7-5-2001 (24). *Deia* 7-5-2001 (10); *Gara* 7-5-2002 (13); *El País* 7-5-2001 (17). *El Mundo* 2-5-2001 (10). *El Correo* 1-5-2001 (18); *Deia* 1-5-2001 (13); *Gara* 1-5-2001 (16). *El Correo* 27-4-2001 (20); 28-4-2001 (19); 29-4-2001 (28); 30-4-2001 (16); 1-5-2001 (18); 2-5-2001 (20); 4-5-2001 (22); 5-5-2001 (25); 6-5-2001 (31); 7-5-2001 (24); 8-5-2001 (23); 9-5-2001 (19); 11-5-2001 (24); 12-5-2001 (18); *Deia* 27-4-2001 (14); 30-4-2001 (11); 1-5-2001 (13); 4-5-2001 (12); 5-5-2001 (14 y 15); 6-5-2001 (14); 7-5-2001 (10); 8-5-2001 (17); 11-5-2001 (12); *El País* 27-4-2001 (16); 1-5-2001 (14); 6-5-2001 (22); 8-5-2001 (1 y 15); 9-5-2001 (14); *Gara* 27-4-2001 (19); 29-4-2001

La petición del voto por parte de EH estuvo basada en una campaña esencial y absolutamente nacionalista con cuatro polos de desarrollo, que son, a su vez, consecuencias necesarias o exigencias de la premisa ideológica nacionalista: 1.º, la proclamación constante de los mitos nacionalistas (comunidad cultural, territorial y política del pueblo o nación vasca) en cuanto justificación y legitimación del objetivo de EH (soberanía, independencia, Estado vasco, autodeterminación); 2.º, la descalificación de los otros partidos por enemigos (populares y socialistas) o por traidores y aprovechados (PNV y EA); 3.º, la remisión al Estado soberano vasco (con la consiguiente repetición del mismo mensaje) para solucionar todos los problemas, desde la identidad nacional hasta la economía y la distribución de la riqueza; y 4.º, la distorsión o ocultación de la realidad social y política vasca, especialmente en materia de derechos, y la tergiversación de la historia.

La invocación a la condición o identidad social revolucionaria e izquierdista fue, desde el punto de vista formal, puramente residual y nominal. Su uso fue circunstancial, irrelevante y sin ningún tipo de desarrollo. En cuanto a su contenido, fue un misterio.

El fundamento de la soberanía vasca en motivos ajenos a la mítica ideología nacionalista, es decir, en razones sociales y políticas actuales (lucha contra la globalización o defensa de los derechos fundamentales, por ejemplo) fue anecdótica, contradictoria, imprecisa y superficial. No hay, por ello, ningún cambio esencial en la presentación de la legitimidad nacionalista en comparación con las opciones del PNV o de EA.

El objetivo inmediato de EH era repetir el Pacto de Lizarra con la coalición nacionalista de acuerdo con la premisa de que sólo un nacionalismo unido podía ser eficaz. Fracasada la vía del diálogo, se buscó el éxito electoral a costa de los votos del PNV, para forzarle, en su debilidad, a la alianza deseada con la amenaza o advertencia de la pérdida del poder de las instituciones en el caso contrario. El objetivo último fue la soberanía identificada con la paz. La violencia, conflicto armado, era la consecuencia del sometimiento de Euskal Herria, es decir, de la ausencia de soberanía.

Los argumentos contra populares y socialistas coincidieron con los utilizados por el PNV y EA: fascismo, franquismo, antivasquismo y miedo a perder los logros conseguidos en cultura, euskera y poder ins-

(18); 30-4-2001 (14); 1-5-2001 (14 y 16); 3-5-2001 (15); 4-5-2001 (17); 5-5-2001 (13); 6-5-2001 (17); 7-5-2001 (22); 8-5-2001 (1 y 12); *El Mundo* 29-4-2001 (13); 30-4-2001 (11); 1-5-2001 (14); 2-5-2001 (10); 5-5-2001 (13); 7-5-2001 (9); 8-5-2001 (1, 2, 6 y 7). *El Correo* 27-4-2001 (20); 28-4-2001 (19); 29-4-2001 (12); 1-5-2001 (18); 2-5-2001 (20); 6-5-2001 (31); 9-5-2001 (19); 11-5-2001 (25); 12-5-2001 (20); *El País* 28-4-2001 (20 y 21); 6-5-2001 (22); 9-5-2001 (14); *EL Mundo* 2-5-2001 (10); *Deia* 28-4-2001 (14); 29-4-2001 (12); 2-5-2001 (13); 6-5-2001 (14); 12-5-2001 (11); *Gara* 28-4-2001 (18); 3-5-2001 (16).

titudinal. Tuvieron la doble finalidad de descalificar a populares y socialistas y, principalmente, de resaltar la traición de la coalición nacionalista al pacto con EH y a la causa de Euskal Herria.

En torno a la autonomía EH expresó su incapacidad para solucionar el problema nacional vasco, la necesidad de utilizarla para avanzar hacia la soberanía y la paz como única justificación, el miedo a perderla y la poco fundamentada afirmación de que los avances en euskera y otros valores vascos se habían producido antes y al margen de la autonomía. Y, en lógica consecuencia con la confusión, el Concierto económico era una manifestación más de la explotación que sufría Euskal Herria.

EH pretendió de una manera emocional dar una imagen épica, de fuerza y cohesión de su electorado, que los votos se encargaron de desmentir, como desmintieron, también, que la autonomía *per se* con sus intereses no tuviera apoyos y reconocimiento entre sus votantes⁷.

El Partido Popular, desde el primer momento de la campaña, insistió en su objetivo de ser la alternativa política al nacionalismo para ganar la libertad, defender la vida, impedir que el miedo fuera el hecho

⁷ *El Correo* 28-4-2001 (24). *Gara* 27-4-2001 (16); *El Correo* 27-4-2001 (25); 1-5-2001 (20); *El Mundo* 27-4-2001 (14); *Deia* 27-4-2001 (14); 9-5-2001 (15). *El Correo* 28-4-2001 (24) y *Gara* 28-4-2001 (17). *El País* 28-4-2001 (23) y *El Mundo* 28-4-2001 (11) y 9-5-2001 (14). *El Correo* 29-4-2001 (34); *El País* 29-4-2001 (19); *Gara* 29-4-2001 (15); *El Mundo* 29-4-2001 (15). *El Mundo* 9-5-2001 (15). *Deia* 28-4-2001 (24). *El Correo* 28-4-2001 (24) y *Gara* 28-4-2001 (11). *El Mundo* 8-7-2001 (9). *El Correo* 8-5-2001 (27); *Deia* 8-5-2001 (20); *Gara* 8-5-2001 (15 y 17). *Gara* 8-5-2001 (15). *Gara* 29-4-2001 (20). *El Mundo* 9-5-2001 (14). *El Correo* 11-5-2001 (23). *El Mundo* 11-5-2001 (12); *Gara* 11-5-2001 (20). *El Correo* 27-4-2001 (25); *Gara* 27-4-2001 (16); *El Mundo* 27-4-2001 (14); *Deia* 27-4-2001 (17). *El Mundo* 30-4-2001 (12). Ver *El Correo* 30-4-2001 (22); *Gara* 30-4-2001 (15); *Deia* 30-4-2001 (13). *El Correo* 1-5-2001 (20). *El Correo* 1-5-2001 (20). Ver, también, *Gara* 1-5-2001 (19); *El Mundo* 1-5-2001 (12). La misma idea en *El Mundo* 9-5-2001 (14) y *Deia* 9-5-2001 (23). *El Correo* 4-5-2001 (28). *El Correo* 6-5-2001 (36). Ver, también, *El Mundo* 6-5-2001 (14); *El Correo* 5-5-2001 (27). *El Correo* 5-5-2001 (27). Ver, también, *Gara* 5-5-2001 (12); *Deia* 5-5-2001 (16). *El Correo* 9-5-2001 (19). *El Mundo* 10-4-2001 (13), 10-5-2001 (12); *Deia* 10-5-2001 (15). *El Mundo* 12-5-2001 (23). *El Correo* 10-5-2001 (24); 11-5-2001 (23); 12-5-2001 (23); *El Mundo* 10-5-2001 (13); 12-5-2001 (15). *Gara* 29-4-2001 (15); *El Correo* 3-5-2001 (23); *El Mundo* 1-5-2001 (12); 5-5-2001 (15). *Gara* 2-5-2001 (16); *El Correo* 6-5-2001 (36); *Gara* 11-5-2001 (29). *El Correo* 1-5-2001 (20) y 11-5-2001 (23). *Gara* 1-5-2001 (17 y 19); 11-5-2001 (20); *El Mundo* 11-5-2001 (12). *El Correo* 9-5-2001 (26). *Gara* 2-5-2001 (16). *El Correo* 2-5-2001 (29); 4-5-2001 (28); 11-5-2001 (23). *El Correo* 27-4-2001 (25) y 12-5-2001 (23); *Gara* 27-4-2001 (16). *Gara* 27-4-2001 (16); 27-4-2001 (16); *El Correo* 27-4-2001 (14); 29-4-2001 (34); *Deia* 27-4-2001 (17); 29-4-2001 (15); *El País* 29-4-2001 (19); *El Mundo* 29-4-2001 (11). *El Correo* 8-5-2001 (27). *Gara* 28-4-2001 (17); 29-4-2001 (20); 8-5-2001 (15); *Deia* 28-4-2001 (16); 29-4-2001 (15); 5-5-2001 (16); *El Correo* 28-4-2001 (24); 29-4-2001 (34); 6-5-2001 (36); 8-5-2001 (27); *El Mundo* 9-5-2001 (14).

diferencial de Euskadi y conseguir que los violentos dejasen de mandar y matar. Para Mayor Oreja, candidato del Partido Popular a Lehendakari, el adversario no era el Partido Socialista —al que reconoció su apuesta por la defensa de la libertad, la Constitución y el Estatuto—, ni siquiera los nacionalistas moderados —a quienes en repetidas ocasiones les pidió el voto—, sino los radicales, entre los que incluía al EBB presidido por un Arzalluz, creador de miedo y anclado en un pasado de rencor y odio. Mayor centró su actuación en el presidente del PNV, marginando y olvidando habitualmente al candidato de la coalición nacionalista Ibarretxe.

La pretensión popular era derrotar un régimen, el régimen nacionalista, del que las distintas formaciones nacionalistas formaban parte de una u otra manera, bien mediante la ofensiva política de Arzalluz o bien mediante la del terror de ETA. El Pacto de Lizarra era, según la versión del PP, la institución para consolidar el régimen en el que unos mataban y otros dirigían, unos asesinaban y otros mentían. La permanencia nacionalista en el poder aportaría más Pacto de Lizarra, cosa que se estaba tramando, según opinión del PP, a través del intento de una nueva tregua que permitiese realizar al PNV lo que más deseaba, la alianza con EH y ETA, especialmente en el caso de ser necesaria para llegar al gobierno y mantenerse en él. El voto al PNV suponía, pues, apoyar a su actual dirección y prolongar el poder de ETA durante muchos años. ETA, por su parte, había decidido estar en la investidura, y la intervención de Arzalluz, afirmando la inevitabilidad de aceptar los votos de EH, lo confirmaría. El PNV estaba utilizando, una vez más, el fin de la violencia como excusa política mediante pactos con los terroristas orientados a destruir la convivencia. El PNV tenía elaborada una estrategia de convergencia con ETA. Entre ETA y PNV existía una convergencia de raíz. La vinculación entre terrorismo y nacionalismo seguiría dándose, mientras el nacionalismo tuviese el proyecto de separar el País Vasco de España.

Esta presentación de la coalición nacionalista, especialmente el PNV, como parte de un todo compacto e indivisible, es, tal vez, el elemento más destacable de la campaña popular. Según esto, vencer y desalojar a los nacionalistas del Gobierno Vasco era la condición necesaria para derrotar a ETA.

El Partido popular pretendía lograr un Ejecutivo comprometido con el ejercicio democrático del poder, con el autogobierno, con la cultura vasca, con el apoyo a las víctimas y con el fin de ETA, es decir, cerrar la transición en Euskadi. Hacia la mitad de la campaña Mayor mostró su opinión favorable a gobernar con el PSE, aunque no obtuviesen la mayoría absoluta.

La censura al nacionalismo alcanzó al Concierto Económico por utilizarlo como instrumento de beligerancia con la Unión Europea y contra las Comunidades limítrofes con el País Vasco. La aplicación desmedida y abusiva del mismo y la pasividad del Gobierno Vasco, en opinión de Mayor Oreja, situaron al Concierto al borde del precipicio y llevaron a un tribunal europeo a acusar al régimen fiscal del País Vasco de vulnerar la libre competencia. Su integridad se salvó gracias a la defensa hecha por el Gobierno Español del Partido Popular y a su consideración de régimen fiscal constitucional. El Concierto era para los populares una de las columnas vertebrales de los vascos, pieza clave de la identidad vasca e instrumento primordial de su economía.

Otras críticas denunciaron las mentiras y la infamia de Ibarretxe (Mayor llamó «la mentira de la campaña» a la promesa de no gobernar con los votos de EH y consideró que, aunque no había alianza con el PSE, tendría más decencia que la del PNV con ETA y EH), la incapacidad de los nacionalistas de hacer un país cómodo para todos, el clientelismo institucional, la insensibilidad hacia el sufrimiento de los populares y socialistas amenazados por ETA, el deseo del PNV de ver muerto el Estatuto, el nacionalismo independentista —más propio de los Balcanes que de la Europa del siglo XXI—, la falta de valores y principios, la práctica del mayor y peor pelotazo de vivir del miedo de los demás y la deslealtad y traición democráticas⁸.

Para el PSE las elecciones eran la ocasión para derrotar al fascismo, al fanatismo, a la intransigencia, a la impunidad y al miedo. La alternativa estaba entre la impunidad y la justicia. El triunfo del PNV (la coalición nacionalista para el PSE era prácticamente el PNV) significaría que le había salido gratis la traición de Lizarra, la cesión a ETA de la libertad socialista —no la de los nacionalistas—, y su desprecio a las víctimas; así mismo, el triunfo del PNV acarrearía la potenciación del frente nacionalista, la tibieza policial contra ETA, la persecución social contra los constitucionalistas y el aumento de los exiliados por cuestiones ideológicas, políticas o miedo. Pero el nacionalismo sabía que iba a perder por la desertión de sus votantes, a los que en repetidas ocasiones se les pidió el voto.

Su proyecto era constitucionalista, estatutario y defensor del cambio tranquilo sin revanchas ni olvidos, que partía del reconocimiento y

⁸ Ver *El Correo* 27-4-2001 (21); 28-4-2001 (20); 29-4-2001 (30); 30-4-2001 (15); 1-5-2001 (19); 2-5-2001 (22); 3-5-2001 (19); 4-5-2001 (20); 5-5-2001 (23); 6-5-2001 (30); 7-5-2001 (21); 8-5-2001 (22); 9-5-2001 (20); 10-5-2001 (21); 11-5-2001 (18); 12-5-2001 (19).

denuncia de la falta de libertad en Euskadi. Ante tal situación no había que hacer distinciones entre la derecha y la izquierda, sino más bien superar las propias siglas de identidad política. Por encima de las diferencias entre derecha e izquierda estaban la vida y la libertad. El PSE pretendía rescatar al euskera del nacionalismo; respetar cultura, lengua y autogobierno vascos y negar toda financiación de organizaciones que pretendiesen superar el Estatuto.

Así mismo el PSE buscaba un Gobierno, aunque fuera en minoría, que recuperase la unidad democrática para instaurar la libertad perdida y ganar a ETA y no para pagarla; un Gobierno que dedicase sus energías a combatir a ETA desde los medios públicos de comunicación, las instituciones democráticas y la política educativa orientada a cortar cualquier elemento de totalitarismo. La unidad contra ETA exigía la renuncia a la violencia y el respeto a la Constitución y al Estatuto. Los socialistas aspiraban a gobernar para que los nacionalistas no sufrieran como ellos; sólo los violentos serían condenados a un «túnel de angustia y fracaso». Redondo —candidato socialista— puso especial interés en ofrecer el apoyo y cobijo de un Gobierno vasco constitucional, estatutario y de unidad democrática a los empresarios afines al nacionalismo, recordándoles que el PNV no era moderación, sino radicalidad. Se prometía un orden público —sin el que era imposible la libertad—, que limpiara las calles del matonismo de ETA y de la inseguridad que habían aumentado durante los dos últimos años de gobierno nacionalista.

A pesar de que la prioridad socialista de la campaña quiso ser la explicación de su proyecto político, la crítica al PNV ocupó buena parte de la misma. Así, su impericia al pactar con ETA y HB, que no trajo más que zonas de impunidad, miedo e inseguridad; su frivolidad de la pérdida de libertades de muchos vascos al considerarlas chiquilladas; su baja catadura moral por dejar el Gobierno en manos de ETA, a la que Redondo, por otra parte, responsabilizaba directamente; su responsabilidad política de la violencia; su consideración de personaje sin catadura moral, mentiroso («el gran mentiroso de esta campaña»), desmemoriado, dócil, incapaz y sin energía atribuida a Ibarretxe por diversos motivos como gobernar, negándolo, durante dos años con los votos de Josu Ternera y por sus acusaciones al PSE de sometimiento al PP; la campaña del miedo, campaña apocalíptica, del PNV, por sentirse perdedor; la responsabilidad de Arzalluz y Egibar en dar legitimidad a ETA y a la «kale borroka»; la condición del PNV de haber sido el único partido que no cedió nada en la transición política; el precio político que puso a la paz; el desarrollo de un nacionalismo etnicista, antidemocrático y totalitario; la indecencia y zafiedad de Arzalluz (que representaba

lo más triste y oscuro de la historia de España) por la acusación de buscar votos con los asesinatos y desear que desapareciese Redondo; y la inculcación en los batzokis del odio a los socialistas y a los constitucionalistas. Fueron ciertas intervenciones de Felipe González y Zapatero las que trataron de suavizar la crítica descarnada contra el nacionalismo del PNV.

La política de pactos era para después de las elecciones, aunque se consideraba imposible (en alguna ocasión se dijo que sería muy difícil) aliarse con el nacionalismo de Estella, de la autodeterminación y de las relaciones con ETA. Un PNV en la oposición tendría que recapacitar para encontrar, de nuevo, a los socialistas. Felipe González defendió la necesidad de recuperar un gran espacio de convivencia con todos los demócratas, que incluía a sus «amigos» del PNV, a quienes pedía rectificar tras su dramático error con ETA. Pero la tesis básica en materia de pactos y gobierno era el entendimiento con el Partido Popular⁹.

3. Análisis de los editoriales: datos y contenidos

El análisis de los editoriales de cada periódico se presenta por separado y el índice de temas es común a todos ellos, ya que su selección viene exigida por la propia prensa, muy coincidente, en general, en este punto. La homogeneidad temática gira en torno a los siguientes puntos: 1.º, interpretación y valoración del sentido y significado de las elecciones; 2.º, violencia y terrorismo: sujetos, objetivos y estrategias para su desaparición; 3.º, orientación del voto, expresa y directa, tácita e indirecta, tanto a favor como en contra de los partidos o ideologías; 4.º, interpretación de los resultados electorales y futuro postelectoral: gobierno, alianzas, gobernabilidad y unidad democrática.

En torno a estos puntos la prensa desarrolla la crítica, rechazo, apoyo y defensa del nacionalismo vasco, que constituye, como ya está di-

⁹ Ver *El Correo* 27-4-2001 (22); 28-4-2001 (18); 29-4-2001 (29); 30-4-2001 (20); 1-5-2001 (17); 2-5-2001 (21); 3-5-2001 (20); 4-5-2001 (21); 5-5-2001 (24); 6-5-2001 (29); 7-5-2001 (23); 8-5-2001 (22 y 26); 9-5-2001 (21); 10-5-2001 (20); 11-5-2001 (20); 12-5-2001 (20). No hubo censura del Partido Popular, sino reconocimiento de los valores en los que coincidían. Sí hubo, por el contrario (se puede comprobar en los lugares citados en esta nota), una reducida, pero contundente descalificación de Izquierda Unida y de su candidato, Madrazo. En este sentido se dijo: votar a IU era votar al nacionalismo; IU era el protegido del PNV, la derecha más recalcitrante del país; IU hacía el trabajo sucio del PNV y devolvería el favor de rebajar del 5% al 3% el mínimo electoral de votos para sacar escaños con su apoyo en el Parlamento; Madrazo era el tonto útil, que estaba al servicio de quien le pagaba, para justificar que el Pacto de Estella no era nacionalista.

cho, el objeto de este estudio, en el que coinciden la intención subjetiva del autor y la naturaleza objetiva de las elecciones, cuyo protagonista fue de principio a fin el nacionalismo vasco.

El total de editoriales de los cinco periódicos fue de 147, 41 de los cuales (27,89%) tuvieron carácter directamente electoral. *El Correo* escribió 10 electorales de un total de 33 (34,48%); *El Mundo* 11 de 33 (33,33%); *Gara* 6 de 19 (31,59%); *Deia* 5 de 18 (27,77%) y *El País* 9 de 48 (18,75%). Si se tienen en cuenta únicamente los 41 editoriales electorales, el orden de compromiso o atención electoral es el siguiente: *El Mundo* 11 (26,82%), *El Correo* 10 (24,39), *El País* 9 (21,95), *Gara* 6 (14,63%) y, por último, *Deia* 5 (12,19). Según esto, *El Correo* dedicó el doble de atención a las elecciones que *Deia* y algo parecido ocurrió en comparación con *Gara*. Incluso periódicos de ámbito general como *El País* y, especialmente, *El Mundo*, repitieron, más o menos, el comportamiento de *El Correo*¹⁰.

El Correo fue el diario que más analizó las elecciones¹¹; consideró positiva la convocatoria electoral; llamó a la participación masiva, a la unidad democrática y a la moderación política; interpretó la situación vasca como muy grave en lo que afectaba a instituciones políticas, derechos humanos (vida, seguridad y libertades) y conciencia colectiva (esquizofrénica, satisfecha y falsa); y mostró su confianza en la eficacia de la democracia, de sus instrumentos e instituciones. En su opinión, la sociedad vasca era plural, no uniforme, y las elecciones, una de las más decisivas, eran el instrumento y la ocasión para demostrar lo diverso y lo común y construir una sociedad de personas libres y en paz.

En relación con la violencia hay que decir que toda la campaña fue un discurso contra ella y sus autores. Fanatismo, terrorismo, horror, crueldad, asesinato, sadismo, depravación, dictadura y totalitarismo fueron algunos de los términos utilizados para definir a ETA y sus ac-

¹⁰ Algunos editoriales eran indirectamente electorales por la incidencia que determinan comentarios, en ocasiones críticas mordaces, sobre éxitos y fracasos de los gobiernos central o autonómico en materias como política económica, inflación o euskera, podían tener sobre el electorado. Al carecer de conexión expresa con la orientación del voto no se han contabilizado en la cuantificación de los datos, aunque sí se han utilizado en el trabajo. Su, tal vez, soterrada intencionalidad, difícil de probar, por otra parte, hacía razonable tenerlas en cuenta.

¹¹ Los diez editoriales de *El Correo* son: «Cita ineludible», 27-4-2001 (33); «El debate sobre el debate», 1-5-2001 (7); «Prensa y libertad», 3-5-2001 (29); «Oportunidad ineludible», 6-5-2001 (41); «Votos contra las balas», 7-5-2001 (29); «Sentir cívico», 8-5-2001 (31); «Votar en libertad», 11-5-2001 (31); «Inflación desbocada», 12-5-2001 (27); «Votar es un deber», 13-5-2001 (37); «Realidad inapelable», 14-5-2001 (29).

tuciones y anunciar el futuro que esperaba, si los ciudadanos vascos no vencían su intolerancia. El asesinato y la coacción discriminatoria eran, además, factores de insolidaridad, división e incomprensión, aunque no se destacaba que la violencia discriminatoria era factor, por miedo, de adhesión nacionalista. La erradicación de la violencia, la victoria sobre el terrorismo, el miedo y la impotencia fue el objetivo básico y la obsesión de *El Correo* de principio a fin de la campaña. Y para ello no había otros medios que los votos, la participación, la unidad democrática y el implacable acoso contra los violentos. El resultado sería la única paz posible. El coche-trampa del final de la campaña le llevó al periódico a dejar de lado las opciones de las candidaturas y defender que no había más opción que elegir entre libertad y abatimiento, razón y superchería, vida o sumisión a la pena de muerte.

La orientación del voto necesariamente tenía que estar vinculada a lo que para *El Correo* era lo fundamental, establecer la paz y la libertad mediante la derrota del terrorismo de ETA. Así, el derecho al voto era un deber cívico contra el terror, el fanatismo, la intolerancia, el etnocentrismo y la xenofobia ideológica.

No consta que *El Correo* pidiese expresamente el voto para ninguna candidatura; sí, en cambio, para la libertad y la vida. También fue expresa la petición de no votar a la candidatura de Euskal Herriarrok, lo que se hizo en repetidas ocasiones, con la justificación de que el voto a EH era un apoyo a ETA, que avalaba la perpetuación del terrorismo. Ningún voto que favoreciese a ETA. La petición del voto contra el terrorismo, el nacionalismo violento, el etnicismo, los antidemócratas, el fanatismo asesino y la intolerancia fue constante y directo. *El Correo* lo defendió, además, como respuesta a la creencia de ETA de que los ciudadanos vascos no se atreverían a votar inequívocamente contra el terrorismo. Cada vez que el periódico salía en defensa de los valores de la democracia, la vida y las libertades o se oponía a la construcción nacional etnocéntrica de la colectividad, estaba pidiendo el voto contra ETA y EH, y, en la medida en que la coalición nacionalista participaba de una visión etnocéntrica de la nación vasca, también contra ella, aunque fuera de una manera tácita.

No hubo una palabra directa o expresamente dicha pidiendo el voto para la Coalición Nacionalista o el Partido Popular o el Partido Socialista de Euskadi o Izquierda Unida. Tampoco la hubo para que se les negase el voto. Sin embargo, la crítica desarrollada fue tan desigual que permite concluir que la tesis de *El Correo* era que, si bien el objetivo electoral lo constituía la derrota de ETA y EH con la consiguiente única exclusión de los violentos de la muerte y destrucción, la responsabili-

dad política en el pasado inmediato y en el presente era fundamentalmente del Partido Nacionalista Vasco. Apenas hubo crítica al PP (un editorial criticó la política de precios del gobierno del PP) y al PSE. Tampoco la hubo para IU. Sin embargo, ésta no contaba en los análisis del periódico, mientras que PP y PSE constituían la alternativa al nacionalismo no sólo teórica, sino realmente posible, hasta que los resultados demostraron lo contrario. Es esta crítica al nacionalismo gobernante, que aparece a lo largo de toda la campaña, la que puede inducir al lector a concluir una mayor identificación con las opciones del PP y PSE, entendidas en conjunto, como alternativa. La llamada a la unidad democrática de los partidos, hecha después de saber los resultados electorales, venía precedida de un notable escepticismo sobre las posibilidades de evolución de la política vasca, escepticismo generado ya por las expectativas de voto, pero mucho más por las dudas que ofrecía la coalición nacionalista, es decir, el PNV, y, en concreto, su disposición a luchar contra el terrorismo.

La crítica al PNV y a algunos de sus dirigentes fue constante y dura. Si se exceptúa el editorial dedicado a la política del gobierno central, siempre está el nacionalismo de la coalición, especialmente el del PNV, en el centro de la reflexión del periódico. Aquella destacó, en unos casos, la irresponsabilidad, la desmesura en sus pretensiones y apología de la barbarie (en tácita alusión a manifestaciones de Arzalluz); en otros, expresó la condena y fracaso de toda política orientada a crear una sociedad homogénea, como había ocurrido con el soberanismo; se opuso, como ya se ha visto, a la construcción nacional etnocéntrica de la colectividad, lo que era una manifestación de las pretensiones de homogeneización; denunció la uniformidad (la falta de moderación y respeto de la pluralidad vasca), el partidismo, el soberanismo, el etnocentrismo, la doblez, la tibieza contra el terrorismo y el silencio de sus políticos y responsables institucionales y la «estupidez canalla» (la más inmoral de las manifestaciones, según el periódico) de considerar a ETA aliada objetiva del Partido Popular. *El Correo* pidió a los nacionalistas más que condenas en su actitud ante la intolerancia y el terrorismo y, así mismo, renuncia a ver con normalidad la separación entre los sometidos al terror y los otros. Si a los dirigentes del PNV, en general, se les consideró culpables de omisión, de victimismo e insolidaridad, a Arzalluz, en concreto, se le censuró agriamente por su jactancia de lastimado al defender que los asesinatos perjudicaban más al PNV que a cualquier otro partido (se critica el mero hecho de hacer cuentas del efecto electoral de los asesinatos) y al no admitir que su política de Lizarra estaba en el origen del desencuentro democrático del que se valía ETA.

Esta abundante y áspera denuncia del nacionalismo de la coalición (PNV, fundamentalmente), centrada básicamente en torno a la actitud ante ETA y ante el pluralismo político y cultural de los ciudadanos vascos, remitía a los valores de la vida, seguridad y libertades y, por ello, lógicamente, ponía en cuestión que tales objetivos definiesen en la práctica la política y la estrategia nacionalista, lo que no impidió a *El Correo* referirse al PNV y EA, más pensando en los lectores nacionalistas que en la lógica argumental, como el nacionalismo democrático. En este sentido cabe hablar de un rechazo tácito del voto a la coalición nacionalista. No se puede, por el contrario, decir lo mismo en cuanto a un apoyo preferente al Partido Popular o al Partido Socialista. Con muchas reservas, podría decirse que hubo un indirecto apoyo a una alternativa al nacionalismo, que no podía ser otra que la del PP y PSE juntos, que el periódico vio difícil, si no imposible, a medida que pasaba la campaña. Lo que explícitamente se dijo llamaba a los ciudadanos a votar en conciencia y según su criterio personal.

El Correo vio en los resultados electorales la confirmación de su interpretación de la realidad vasca y la coincidencia de los valores del periódico con los de la inmensa mayoría de los ciudadanos, es decir, pluralidad de la sociedad, apoyo a las instituciones, rechazo de la violencia y el terror y voto a favor de la paz y contra ETA. Todo ello llamaba a la unidad democrática ante el terror, a la terminación de la polarización partidista y a una praxis abierta y tolerante de los políticos, a sabiendas de que los resultados electorales no habían resuelto ni la gobernabilidad del país, ni la estabilidad del sistema político. Las llamadas de atención al nacionalismo para que no interpretara su victoria en el sentido de legitimación de sus pretensiones de homogeneizar a una sociedad esencialmente plural y las recomendaciones a populares y socialistas de abandonar su pretensión de desbancar al nacionalismo del poder (semejante consideración hizo el diario *El Mundo* al comienzo de la campaña), unidas a un futuro incierto de gobierno y de estabilidad, demostraban la comprensión de la política vasca como el desencuentro entre voluntad popular y partidos nacionalistas (el nacionalismo en su sentido estricto carecería de suficiente apoyo social y sería una pretensión forzada e inventada por las direcciones de los partidos) y entre éstos y los de ámbito general, que anunciaba un futuro difícil y sombrío para la realización de los valores de los ciudadanos. El periódico pedía un imposible: no discutir el poder al nacionalismo, a condición de que éste no hiciera política nacionalista. Era la más clara conclusión de su anuncio sobre las dificultades que tendrían la estabilidad y la gobernabilidad futuras a pesar de la fácil investidura de Ibarretxe.

Es importante resaltar que *El Correo* en sus editoriales (cosa distinta fueron las colaboraciones) trató al nacionalismo vasco como un fenómeno social, político e institucional existente en la CAV y en ningún momento traspasó el límite fáctico para realizar un análisis teórico más profundo —desde valores como la igualdad, la libertad o la democracia— y más centrado en una perspectiva o marco más amplio como podía ser el europeo. Criticó y rechazó las características, objetivos (expresamente la construcción etnocéntrica de la colectividad) y estrategias del nacionalismo vasco como contrarias a la libertad e igualdad de los ciudadanos vascos, pero no fue más allá. Dio argumentos definitivos contra el nacionalismo vasco en su sentido estricto. Pero su tesis de nacionalismo sin nacionalismo tenía aires localistas y respondía a los criterios más arriba indicados, la lucha contra ETA y el respeto a una sociedad plural. Pero no ofreció argumentos contra la ideología defensora de que las fronteras políticas deben coincidir con las fronteras culturales o contra la nueva tendencia de una nación plural independiente, basadas ambas en una previa noción no democrática de nación. Esto fue un dato general de todos los periódicos críticos con el nacionalismo. Lo mismo, en sentido contrario, ocurrió en la prensa nacionalista. La consecuencia de este silencio común es la legitimidad abstracta del nacionalismo como un supuesto sin demostración ni análisis.

El Mundo dio a las elecciones una importancia trascendental por todo lo que estaba en juego, es decir, por la posibilidad de que se diese la alternancia en el poder y por las consecuencias que ello tendría¹². La principal e inmediata sería la unidad de la lucha contra ETA entre los Gobiernos de Vitoria, Madrid y París, condición primera e imprescindible para el logro de la paz, para la realización de las libertades y de los derechos humanos y para la superación de la intimidación y del miedo. Su interpretación coincidía con la de *El Correo*, aunque con un desarrollo mucho más reducido, y era, a su vez, la antítesis de lo que pensaba el nacionalismo. La variación fundamental después del día 13 sería la estrategia o la actitud ante el terrorismo.

¹² Los editoriales de *El Mundo* son: «Nunca una cita autonómica ha significado tanto para tantos», 27-4-2001 (3); «La vergüenza de Andoain», 28-4-2001 (3); «¿Por qué Ibarrexe no se atreve a debatir con Redondo?», 1-5-2001 (3); «Libertad de prensa hoy y aquí», 3-5-2001 (3); «Fantasmas del pasado», 5-5-2001 (3); «ETA rompe la baraja antes de empezar la partida», 7-5-2001 (19); «No hay mayor “bajeza moral” que la de Arzalluz», 8-5-2001 (15); «CIS: Vulneración legal y estímulo para acudir a votar», 10-5-2001 (3); «Por si faltara alguna razón para votar mañana...», 12-5-2001 (3); «Votar es un deber», 13-5-2001 (37); «Un PNV hegemónico ante el reto de administrar su victoria», 14-5-2001 (33).

Mostró una oposición frontal contra la violencia de ETA, así como contra la violencia de Estado en el caso del GAL, y reconoció su ingenuidad por pensar que ETA no mataría en campaña para evitar el perjuicio de EH. Con el asesinato de Giménez Abad pensó que los votos de EH no le importaban. ETA y sus cómplices de EH eran la barbarie, la intolerancia, el oscurantismo y la crueldad. A pesar de que su futuro estaba en el basurero de la historia, eran el problema o, tal vez, mejor, la enfermedad de Euskadi.

El Mundo fue meridiano en su orientación del voto. Si la opción del Partido Socialista era una opción segura, la del Partido Popular era absolutamente segura. Así lo dijo expresamente. Defendió el voto a favor de un gobierno de coalición integrado por el PP y el PSE para liderar la lucha contra el terrorismo de ETA. Y lo hizo sin ningún empacho, ya que en su opinión el gobierno vasco era cuestión de dos parejas; el PP y PSE, por un lado, y el PNV-EA y EH por otro. De la misma manera, es decir, *expressis verbis*, consideró indeseable el voto a EH, poco segura la opción del PNV y dudosa la de Izquierda Unida. Esta pública definición ante las opciones más importantes no debe ocultar la insistencia del periódico en la necesidad de que el lugar del PNV era la oposición.

Las recomendaciones a populares y socialistas para el logro del éxito electoral y la convicción de que sólo el PP y el PSE podían liderar desde el Gobierno vasco la lucha contra ETA se sumaron a una crítica al nacionalismo en todas sus versiones, que no deja ninguna duda sobre la orientación del voto. Las censuras al GAL con la expresa mención de la criminalidad del Estado, lo que suponía una crítica al Partido Socialista, y al gobierno del PP por su comportamiento con la encuesta del CIS —retrasar la publicación de los datos de la encuesta, supuestamente para no perjudicar al PP— no desviaron al periódico del objetivo de denunciar a los nacionalismos existentes. Nueve de diez editoriales lo hicieron. Esto ocurrió con la barbarie de ETA y con su brazo político o cómplices, Euskal Herritarrok, pero, quien más atención recibió fue el Partido Nacionalista, al que de manera implícita se le consideraba el problema de Euskadi y, en consecuencia, el problema electoral. Aunque no se utiliza el término, la convicción de que Euskal Herria era una ente-lequia, en su sentido de cosa irreal, subyace como supuesto a las manifestaciones contra el PNV. El voluntarismo político y la invención utópica de un nacionalismo soberanista, sociológicamente infundado, agravaban otras acusaciones, ya de por sí graves, como eran la amenaza que para las libertades y la convivencia constituía el nacionalismo excluyente de la coalición, el casi total abandono nacionalista de su responsabilidad ante el terrorismo, la utilización electoral de los asesinatos, la traición de Arzalluz e Ibarretxe por pactar con ETA en Lizarra,

el ejercicio sectario del poder de gobierno, la bajeza moral de Arzalluz o su discurso nacionalista, que servía de coartada a ETA. *El Mundo* concluía que acercarse al PNV y pactar con él era un error, ya que nada cambiaría con el PNV en el gobierno. Su lugar era la oposición.

En cuanto a los resultados electorales, si bien consideró decepcionante el resultado para los defensores de la alternativa en el poder, a pesar de que había habido razones para confiar en el éxito, recordó que el PP había ganado en 1996 después de haber perdido por muy poco en las anteriores elecciones. Además de obtener casi 600.000 votos, populares y socialistas habían conseguido sensibilizar a la sociedad vasca frente a ETA y sus cómplices. Estos habían sido los grandes derrotados. El triunfo de la coalición nacionalista se explicaba en buena medida por esta derrota de EH.

El diario sacó excesivas consecuencias de los resultados al afirmar que se reforzaba la hegemonía del nacionalismo de la coalición o que se fortalecía a Arzalluz o que se favorecía un cierto renacimiento del nacionalismo catalán y un debilitamiento del liderazgo de Rodríguez Zapatero. Las mismas carencias teóricas sobre el nacionalismo observadas en *El Correo* existen, también, en *El Mundo*.

El meollo de las elecciones en la grave situación que vivía el País Vasco, situación de imposición y miedo, estaba en la posibilidad de que se produjera la alternancia en el poder, avalada por las encuestas y el cambio de tendencia del electorado, y que ello pudiera incidir en la lucha contra el terrorismo, ante el que el nacionalismo gobernante había fracasado, ya que ni convenció ni derrotó a ETA. Esta presentación de las elecciones hecha por *El País*¹³ se refería a los motivos por los que las elecciones veasas despertaban tanto interés en España. A partir de los primeros datos de las encuestas durante la campaña el periódico confirmó que ante el nacionalismo había una verdadera coalición que podía ser alternativa de gobierno, pero no la defendió para luchar contra el terrorismo. Como los anteriores periódicos analizados, *El País* asociaba la lucha contra ETA con la defensa de la libertad.

El rechazo de ETA, a la que calificó de independentista y totalitaria, fue absoluto. El diario interpretó que con su violencia quería demostrar la eficacia de la misma ante objetivos que de otra forma no se podrían alcanzar, aunque no aclaró qué objetivos. Encomendó, de prin-

¹³ Los editoriales de *El País* son: «Lo deseable y lo posible», 29-4-2001 (12); «No habrá debate», 1-5-2001 (8); «Empate», 6-5-2001 (14); «ETA nunca se fue», 7-5-2001 (10); «Sectarismo sin límite», 9-5-2001 (10); «Juego limpio», 10-5-2001 (10); «Rama ilegalizada», 11-5-2001 (12); «Votos contra el terror», 13-5-2001 (14); «Gana Ibarretxe», 14-5-2001 (10).

cipio a fin de la campaña, a la unidad democrática, al entendimiento entre Gobierno Vasco y oposición y a una mejor relación con el gobierno central la lucha contra ETA. Los violentos requerían un programa de deslegitimación democrática y eficacia policial.

A pesar de calificar de voluntaria la ignorancia de quienes (partidos de Lizarra y, anteriormente, otros partidos y personajes públicos) afirmaban que ETA era la expresión de un conflicto político previo que requería la negociación —lo cual implícitamente suponía afirmar que con ella se acabaría ETA y que los que la rechazaban no querían su desaparición—, el remedio de la unidad democrática contra ETA era un desideratum imposible. El periódico así lo insinuó, casi lo dijo, pero no sacó sus consecuencias, que, de hacerlo, le habrían llevado a la necesidad lógica de apoyar la coalición de Mayor con Redondo, algo que, según parece, fue irrealizable. Se quedó en lo ideal, en lo mejor, en lo deseable, es decir, en la imposible unidad democrática por culpa del nacionalismo.

El País no pidió el voto para ningún partido. Había que votar según criterio personal a la formación más eficaz en la lucha contra ETA para acabar con la coacción e implantar la libertad. Explícitamente no se dijo nada más, ni a favor ni en contra de ningún partido, aunque la moderada consideración de EH como partido antisistema parecía excluirlo como destinatario del voto.

Es la crítica a los partidos la que permite descubrir que, aunque el periódico no ahorró comentarios contra el gobierno popular central en sus editoriales denunciando, por ejemplo, su sectarismo, la acusación ante lo que el periódico pensaba que era la razón de ser y la esencia de las elecciones la hizo contra el PNV y, no obstante, no sacó explícitamente ninguna conclusión contra él, sino buenos deseos y bastante escepticismo. Los argumentos contra el PNV eran: la práctica en ETB (televisión vasca) del mayor sectarismo conocido; la estrategia pasiva ante la violencia juvenil; la desautorización infundada de actuaciones judiciales contra la violencia; la tesis de que se compartían los mismos fines de ETA; el retraso de la convocatoria de las elecciones por intereses de partido; la afirmación de que la victoria del PP daría mayor justificación a ETA (Arzalluz); y la pretensión del PNV de que se aceptara su programa para establecer la unidad contra ETA.

Frente a la preferencia de los encuestados votantes del PNV, EA y PSE de que se creara un gobierno de coalición entre sus tres partidos, que parecía coincidir, según el periódico, con los planteamientos iniciales del candidato nacionalista (la intención del debate habría sido la de mantener esa posibilidad rompiendo el entendimiento entre el PP y el PSE), *El País* propuso el gobierno de concentración democrática entre

nacionalistas y no nacionalistas contra ETA a sabiendas de que era poco realista. Las posibilidades de pacto entre nacionalistas y socialistas eran pocas por causa del programa soberanista de la coalición y por los votos recibidos o por recibir de Euskal Herritarrok. Una vez conocidos los resultados, éstos exigían al nacionalismo pactos transversales de gobierno o parlamentarios tanto para gobernar como para luchar contra el terrorismo y exigían, a su vez, a populares y socialistas lealtad para lograr acuerdos para la gobernabilidad. *El País* no renunció, según esto, a su tesis de pactos entre todos los partidos políticos considerados democráticos, que obligaba al PP y PSE a ceder en cuestiones substanciales. Para el periódico era simplemente cuestión de un equilibrio respetuoso —sin suficiente explicación— con sus compromisos electorales y con la voluntad mayoritaria de los votantes.

Deia se incorporó a tratar las elecciones en sus editoriales una vez pasada la mitad de la campaña. Esta ausencia de opinión oficial era una práctica bastante habitual en el periódico del PNV. Sus editoriales apenas trataron los temas de campaña, con lo que parecía querer transmitir una imagen de equilibrio o neutralidad, pero dejó para los artículos, notas y «breves» transmitir la opinión oficial. Semejante estrategia también podía deberse a la falta de razones para defender determinadas tesis en un escrito largo. Era mejor y más eficiente utilizar escuetos textos que actuaban como imágenes.

Interpretó las elecciones de una forma radicalmente distinta a los tres periódicos anteriores¹⁴. Puesto que la preocupación de la sociedad vasca estaba en los contenidos (vivienda, política fiscal, tren de alta velocidad...) de los programas electorales, la campaña había que utilizarla para exponer tales programas, de manera que el electorado pudiera elegir con conocimiento a quienes, desde el autogobierno, iban a gestionar los intereses más directos de los vascos. El periódico incluía el aumento de autogobierno como un posible interés más. No hacía alusión ni a la libertad, ni a la vida, ni a los requisitos para garantizarlas.

Esta afirmación de que, por ejemplo, el debate sobre la construcción del tren de alta velocidad (infraestructuras) interesaba más a la sociedad y a los votantes que el debate sobre la violencia y su incidencia sobre la vida y libertades de los ciudadanos, está en la línea de la campaña de la coalición nacionalista, que con su insistencia en el bienestar

¹⁴ Los editoriales de *Deia* son: «Distensión y exposición de los programas», 6-5-2001 (35); «Cohesión social frente al asesinato», 7-5-2001 (25); «Acusaciones políticas y sus consecuencias», 8-5-2001 (31); «El mitin del candidato que nadie desea», 13-5-2001 (27); «Votos para buscar una solución dialogada», 14-5-2001 (9).

económico y en la eficacia y superioridad de los vascos narcotizaba a sus votantes para ver en todo su dramatismo la realidad de los «otros», los amenazados. Por importantes que sean otros contenidos de un programa, no hay debate más fundamental que el de la seguridad de la vida y la libertad. Ahí está la esencia de la historia de la configuración del poder político y, lógicamente, la piedra de toque del Estado.

La llamada nacionalista a la distensión no podía hacerse pidiendo el silencio de lo que llevaba al sufrimiento y, como consecuencia, a la tensión y al enfrentamiento. El silencio aumentaba el drama político y social. Ahora bien, según *Deia*, había que evitar las descalificaciones y recriminaciones entre partidos, aunque éstas se dieran en temas como el futuro gobierno, la violencia, la Constitución o el Estatuto.

La ausencia de análisis teóricos o simples consideraciones teóricas sobre el nacionalismo fue total y absoluta de acuerdo con el principio elemental de que lo que no tiene demostración ni justificación es mejor no tratarlo.

En la línea del planteamiento de ocultación y falseamiento de la realidad estaba su versión de la violencia. Esta no era privativa de Euskadi, ni tenía nada que ver con la utilización ideológica de la escuela pública vasca, sino con condiciones socioeconómicas, demográficas y de información globalizada. No era un problema local, sino mundial. Y, sobre todo, la violencia no era la única causa letal que de manera independiente (por ser conflicto histórico permanentemente presente) actuaba contra la sociedad vasca, cuya solución exigiría una estrategia única de todos contra ella. La violencia, que sumía a parte de la sociedad (populares y socialistas) en el miedo y la amenaza, actuaba conjuntamente con quienes —populares y socialistas— obligaban a la otra parte (nacionalistas) a convivir con la calumnia y la injusticia. La unidad era imposible. Sólo el diálogo, cuyo resultado fuera la nacionalización de todos, acabaría con la violencia. Nada de polémicas entre políticos sobre la violencia, porque aumentaban la división social. La solidaridad con las víctimas y con los que sufrían era parte de la estrategia del PNV, que se completaba con la necesidad de tener que luchar, a la vez, contra la violencia de los unos (ETA) y la calumnia de los otros (PP y PSOE).

No hubo petición expresa del voto para la coalición. Tampoco pidió el voto contra nadie, a excepción del terrorismo y esto desde la óptica nacionalista de que el problema vasco era el sometimiento de la sociedad vasca a la violencia de unos y a la calumnia de otros (populares y socialistas). Llamó a la sociedad vasca a las urnas, haciendo caso omiso del discurso de los que mataban. Pero la identificación con la campaña de la coalición nacionalista al cantar los éxitos de los vascos (de-

porte¹⁵, economía, sanidad, formación de la juventud), criticar a los populares (partido y gobierno central) y a socialistas y jueces por su apoyo a Aznar¹⁶, defender la ideología nacionalista y los objetivos nacionalistas y coincidir con sus argumentaciones e interpretaciones políticas no deja ningún resquicio de duda sobre la orientación de su voto hacia la coalición del PNV-EA, hasta el punto de que su llamada a que los partidos discutiesen los contenidos de los programas sería un intento de evasión de una realidad política comprometedor para el nacionalismo y, a la vez, una justificación de la agresiva campaña nacionalista como respuesta a las acusaciones de los otros partidos.

La votación demostró dos cosas, según *Deia*: el civismo de la sociedad vasca (otro éxito más del pueblo vasco) y la necesidad del diálogo entre todos (gracias al éxito de las tesis nacionalistas), es decir, la necesidad de dialogar con el PNV, dejando los unos la violencia y los otros la confrontación. El resultado sería lo imposible: el consenso sin renunciar al programa.

Para *Gara* la campaña electoral era un grave peligro para el nacionalismo vasco por dos razones¹⁷. La primera, porque el nacionalis-

¹⁵ El día mundial dedicado a la libertad de prensa coincidió con la campaña electoral y mereció los editoriales de varios periódicos que, por una parte, resaltaron el vínculo indisoluble entre el derecho a la información, el progreso y la democracia, y, por otra parte, denunciaron la situación vasca de intimidación y terror, en la que se había asesinado a periodistas y se hacía difícil la libertad de información. *Deia*, por su parte, escribió un editorial titulado «El ciclismo vasco, en la élite mundial», que no tenía nada que ver con la libertad de prensa por su contenido, pero destacaba, con ocasión de la participación del equipo ciclista Euskaltel-Euskadi en el tour de Francia y otros éxitos vascos, «el alto nivel de nuestros deportistas, la capacidad de organización y la acertada gestión, tanto económica como deportiva, de los equipos de Euskadi en casi todas las especialidades». En plena campaña electoral respondía a la propaganda nacionalista del buen hacer y del mejor hacer de los vascos en comparación con los españoles en cualquier campo, desde la economía hasta la educación o la sanidad (*Deia* 3-5-2001 (31)).

¹⁶ *Deia* no se refirió en su editorial a la ilegalización de Haika, ni a ningún otro tema de las elecciones, sino a la bajada de los tipos de interés hecha por el Banco Central Europeo en su editorial del día 11 de mayo, «El BCE sorprende con la bajada de los tipos». Algunas reacciones del PNV a la ilegalización interpretaron el hecho como la voluntad de Garzón de ponerse al servicio de Mayor Oreja, interpretaciones que fueron seriamente criticadas por *El País* (editorial «Rama ilegalizada», 11-5-2001 (12)). *Deia*, por su parte, en un breve —«No podía esperar»— publicado en la misma página que el editorial, escribió: «La tentación —decía— era demasiado fuerte y el juez estrella Baltasar Garzón no ha podido esperar ni dos días más para ilegalizar la organización juvenil Haika. Si espera, se pasa la campaña electoral y el eco es mucho menor. La clara motivación política, según muchos, de su decisión aumenta su protagonismo. A Mayor Oreja la parece bien, oportuno» (*Deia* 11-5-2001 (29)).

¹⁷ Los editoriales de *Gara* son: «La campaña más sucia y manipulada», 26-4-2001 (9); «La impunidad de los delitos de Estado», 5-5-2001 (9); «Buscar una solución definitiva», 7-5-2001 (9); «Desplazar el centro de gravedad», 9-5-2001 (9); «Quedan muchos cimientos por poner», 12-5-2001 (7); «Mayoría abertzale, dirección abertzale», 14-5-2001 (9).

mo español (Estado español, partidos, medios de comunicación) lo había convertido en el centro de sus ataques, tal como lo había hecho durante la precampaña, y la segunda, porque este mismo nacionalismo había cometido la osadía de considerar nacionalista al PNV, cuando en realidad no lo era. Según esto, las elecciones eran tiempos que exigían atención, cuidado y crítica para que el nacionalismo de EH no saliese perjudicado. A pesar de que los resultados electorales fueron calamitosos para EH y, por tanto, tenían que serlo también para el nacionalismo vasco según esta argumentación, nada de ello impidió decir al periódico que el abertzalismo vasco (PNV-EA más los votos trasvasados de EH) había triunfado sobre el nacionalismo español y sus inmensos medios de comunicación.

La violencia denunciada era la de los Estados británico, alemán, francés y español (éste a través del GAL), que actuaban al margen y en contra del Derecho y con absoluta impunidad en la represión de todo lo que les interesaba. Por el contrario, la violencia de ETA requería soluciones definitivas que no fueran las aplicadas hasta el momento, sino semejantes a la que se planteó en el pacto de Lizarra.

No hacía falta pedir el voto para EH. Expresamente se pidió contra el Estado español, contra el nacionalismo español y los partidos españoles. Esta fue la principal consigna, que no excluyó el rechazo del PNV. El apoyo a las mismas causas de EH y sus justificaciones, la identificación expresa con sus soluciones y estrategias y la común crítica a populares, socialistas, medios de comunicación españoles, asociaciones civiles (Basta Ya, Foro Ermua, AVT, Plataforma Libertad) y PNV orientaron el voto hacia Euskal Herriarrok.

Gara interpretó los resultados como una victoria abertzale, a la que debía seguir un gobierno del mismo color. No era sólo el éxito del PNV y EA, sino también de buena parte del voto nacionalista de izquierda, del voto de anteriores abstenciones y del voto del miedo a un lehendakari no nacionalista. Fue el triunfo del nacionalismo vasco sobre el español. Lizarra seguía vivo, pero, y esto resultaba sorprendente, *Gara* advertía a la dirección de EH de la necesidad de reflexionar sobre su partido y sobre su estrategia.

4. Análisis de las colaboraciones: consideraciones previas y datos

El análisis de las colaboraciones de prensa, dada su extensión, se hace en este apartado y en el siguiente. Se tienen por tales todas aquellas que están firmadas, guardan relación con las elecciones y pertenecen a los cinco periódicos cuyos editoriales han sido ya analizados. Son aportaciones que, según los periódicos, reciben distintas denominacio-

nes —análisis, comentarios, artículos de opinión— que, en general, aparecen en las páginas de opinión, pero, en otros casos, se publican fuera de tal sección. A ellas se suman breves, notas y pequeños comentarios, siempre firmados, cuyos contenidos son también utilizados

El total de aportaciones —desechados los textos indescifrables— es de 463, de los cuales 91, es decir, el 19,65%, merecen el nombre de análisis por su valor descriptivo, explicativo y valorativo de alguna cuestión electoral, independientemente de la denominación que acompaña al escrito. Son lógicamente los más utilizados y citados. No son considerados tales los que constituyen pura propaganda o repetición escrita de la campaña política o abundan en el insulto o la descalificación.

Aunque el objetivo del trabajo general es el análisis de la prensa ante el nacionalismo y los partidos nacionalistas, éste y los siguientes apartados tienen en cuenta lo que se escribió sobre los demás partidos. Las razones son dos: la primera, porque un partido se define por sí mismo y por su relación e interrelación con los demás partidos; y la segunda, porque al nacionalismo se le hace más difícil llenar una campaña y la prensa de una campaña sin la constante y explícita referencia al otro, al distinto e, incluso, al «enemigo».

El Correo contiene 105 colaboraciones (22,67% del total), de las cuales 32 son análisis (30,47%), lo que supera el tercio del total de los mismos (35,16%). *El Mundo* tiene 101 colaboraciones (21,8% del total), con 10 análisis (10,98% y 11,36%, respectivamente). *El País*, 80 colaboraciones (17,27% del total) con 33 análisis (41,25% y 36,26,5%). *Deia*, 137 (29,58% del total) con 12 análisis (8,75% y 13,18%). Y, por último, *Gara* con 40 textos (8,63%) y 4 análisis (10% y 4,39%).

Los periódicos distribuyen sus colaboraciones en dos partes. La primera, que desarrollo en este apartado cuarto, incluye: 1.º, la visión teórica del nacionalismo o ideología del nacionalismo, es decir, las premisas ideológicas o presupuestos teóricos del nacionalismo; 2.º, la definición del problema electoral y de Euskadi a través de la interpretación de la campaña y los resultados; y 3.º, la legislatura o futuro postelectoral: estrategias y alternativas ante gobierno, partidos y sociedad. La segunda parte recoge la crítica a los Partidos políticos o el análisis de su responsabilidad, que se analiza en el siguiente apartado. El estudio probará la lógica de este planteamiento para analizar la posible relación entre las premisas teóricas, la naturaleza del problema político, las políticas de la legislatura y la responsabilidad de los partidos.

La distribución que hacen los periódicos de sus colaboraciones entre esta primera parte (premisas del nacionalismo, definición del problema, políticas postelectorales) y la segunda (la crítica a los partidos en su lucha por el poder) es muy desigual, aunque en todos los casos es

mayor la atención prestada a los Partidos políticos. Ahora bien, las diferencias son notorias y se observan en el siguiente cuadro:

Periódico	Primera parte	Segunda parte
<i>El Correo</i>	38%	62%
<i>El Mundo</i>	35,64%	64,36%
<i>El País</i>	48,75%	51,25%
<i>Deia</i>	9%	91%
<i>Gara</i>	20%	80%

4.1. *Presupuestos teóricos del nacionalismo o nacionalismo vasco*

Ilustración, democracia y nación histórica se opusieron al dogmatismo jusnaturalista predemocrático y al determinismo sociobiológico.

El Correo no ofrece ningún tipo de análisis crítico del nacionalismo ni del nacionalismo vasco, aunque sí una valoración negativa tanto del uno como del otro. En el fondo de este rechazo está la identificación del nacionalismo con lo más primario —el sentimiento—, el enfrentamiento y la ruptura de la solidaridad humana e histórica. Frente a esto ofrece análisis hechos desde la perspectiva nacionalista con aires de renovación —individualismo crítico y nación vasca plural—, que en el fondo no superan los supuestos propios del nacionalismo decimonónico, a pesar de contener algún aspecto crítico de tal nacionalismo¹⁸.

En *El Mundo* se expone que el nacionalismo vasco —también el nacionalismo en general— era la expresión del primitivismo, la negación de la democracia y del liberalismo, la causa de una sociedad preconstituida, un factor disfuncional o inútil en el siglo XXI, el conflicto ante otra conciencia nacional y la indefinición substancial¹⁹.

El País ofrece abundantes análisis sobre el nacionalismo vasco. Son análisis en los que sus autores, como ocurre en otros muchos ca-

¹⁸ Ver *El Correo* 2-5-2001 (33), «Nación y patria», Ricardo Utrilla; 6-5-2001(43), «Qué se decide el 13 de mayo», Julián Marías; 11-5-2001 (34), «Comenzamos de nuevo», Andoni Unzalu Garaigordobil; 7-5-2001 (30), «¡Ni hijos pródigos, ni traidores!», José Antonio Rodríguez y Xavier Barandiarán.

¹⁹ Ver *El Mundo* 4-5-2001 (5), «El euskera», Raúl del Pozo; 8-5-2001 (88), «Democracia y nacionalismo», Francisco Umbral; 10-5-2001 (2), «Sin salida», Gabriel Albiac; (4), «La vieja tierra de mis padres», Tristan Garel Jones; 3-5-2001 (11), «Cabezas de cartón», Fernando L. Agudín; «Estatuto y trampas», German Yanke.

sos, extraen consecuencias para la campaña, las elecciones o la sociedad postelectoral, proponen alternativas, critican a los partidos, toman postura ante la violencia, pero, especialmente, destacan el presupuesto de tales consideraciones, que es su interpretación y valoración negativa del nacionalismo, de sus elementos —la patria, la soberanía nacional o la identidad étnica— e instrumentos de actuación. Así se entienden la presentación del patriotismo constitucional como alternativa al nacionalismo étnico o lingüístico; la consideración del nacionalismo soberanista como disfuncional —causa de la desconfianza entre los gobiernos, negación de la democracia y consolidación de ETA—; el papel instrumental de la violencia, creadora de adhesión y exclusión nacionalista por miedo y terror; la falsa contraposición nacionalista entre lo español y lo vasco y su consecuencia, el carácter artificial del «contencioso» vasco; la incompatibilidad de las premisas o postulados básicos —pueblo y derechos preconstitucionales— del nacionalismo con la democracia; y, en sentido contrario a todo lo anterior, la justificación de un nacionalismo remozado, que entronca, también, con un problema insatisfecho, previo a la violencia, el de identidad nacional. Desde una perspectiva crítica con la idea de nación en cuanto sujeto político absoluto propia de los nacionalismos, *El País* ofrece asimismo la tesis del pactismo²⁰.

El salto atrás desde los valores de la Ilustración y la democracia se evidencia con el seguimiento de la pretendida justificación aducida por el diario nacionalista *Deia*. Lo habitual es el recurso a los «supuestos» o a la utilización de frases breves, términos o creencias que se repiten machaconamente. El artículo de exposición sistemática prácticamente no existe. Los comentarios y, excepcionalmente, análisis que cabe encontrar están basados en supuestos ideológicos que se dan por verdaderos, no se explicitan o, si se hace, es mediante el recurso indicado a la alusión lapidaria, ya que no hay manera académica o científica de demostración alguna de semejante sistema de creencias. El concepto antihistórico de pueblo y de identidad, por ejemplo, se expresa en la pregunta que se formula como parte de una crítica amplia a la campaña contra el nacionalismo y, en concreto, contra el euskera por las palabras de Fraga: «¿No es éste un insulto muy grave (“el euskera es una

²⁰ Ver *El País* 2-5-2001 (País Vasco, 4), «Metáforas ciudadanas y patriotismo constitucional», Antonio Jiménez Pericás; 5-5-2001 (16), «El conflicto como norma», Eduardo Azurmendi; 8-5-2001 (13), «“Ex illis” y soldadesca», Luis Daniel Ispizua; 10-5-2001 (22), «Mi sueño de un País Vasco en paz», Enrique Echeburúa; 11-5-2001 (14), «Por los vivos y por los muertos», Aurelio Arteta; 9-5-2001 (12), «¿Qué conflicto?», Daniel Innerarity; 30-4-2001 (22), «Ni soberanismo, ni autonomismo: pactismo», Kepa Bilbao Gaubeka.

lengua de museo”), no sólo a quienes la usan y están determinados a usarla en sus relaciones más íntimas, familiares y con Dios, sino también a todo un pueblo que la reconoce como signo de su identidad irrenunciable»?²¹

Según esto, resulta un tanto sorprendente encontrarse con un artículo que pretende desarrollar los fundamentos de la nación y del nacionalismo, los propios de un derecho natural reaccionario, antiliberal, antidemocrático, defensor de uno de los errores fundamentales del nacionalismo, el supuesto romántico injustificado de que el mundo está dividido en grupos nacionales y que a ellos corresponde la soberanía. En él se escribe que no había lugar para la desesperanza de las naciones sin Estado todavía cautivas de otros Estado naciones, porque la ley histórica establecía que todos los imperios y Estados-nación montados sobre guerras de agresión basados en el Derecho de conquista habían sido efímeros y pasajeros. Esto se escribía a propósito de la nación vasca, aunque no se la mencionaba. El derecho de conquista se había opuesto al proyecto creador —proyecto de derecho divino— que concibió a los pueblos como una gran familia de naciones cuyas relaciones deberían estar basadas en la justicia, en la solidaridad fraterna, en el respeto de los demás a todo lo propio «por aplicación permanente de las leyes del Derecho natural, que actúan en la conciencia del hombre como ley moral universal». La soberbia del hombre había deshecho todo el equilibrio del Derecho natural, pero la historia de la liberación de los hombres y de las naciones fundamentaba la firme esperanza para el futuro²². El futuro llegó con el triunfo electoral: «Es la hora del diálogo, claro, y la de la paz. Pero también ha llegado la hora de la plena soberanía»²³.

Gara pasa de la fundamentación jusnaturalista de la nación y el nacionalismo a otra de tipo antropológico, incluso biológico. Aparece en un comentario que mezclaba la lingüística, la neogramática, la antropo-

²¹ *Deia* 7-5-2001 (26), «La gran mentira, el gran error», José Ramón Scheifler.

²² *Deia* 2-5-2001 (30), «El “derecho de conquista” y sus grandes males», José Manuel de Zabala. No tiene un gran desarrollo este escrito, pero muestra con exactitud la ideología del Derecho natural o jusnaturalismo reaccionario y predemocrático —nación natural, pueblo natural— con la que el nacionalismo vasco —y buena parte del clero— pretendía justificar sus exigencias y objetivos. Es la creencia pseudointelectual, contraria a la Ilustración, romántica y épica de nación.

²³ *Deia* 14-5-2001 (28), «La derrota de los generales», Xavier Lapitz. La identificación de la esencia vasca con el euskera aparece expresamente en *Deia* 5-5-2001 (33), «De nuevo, el inefable Fraga», Joselu Cereceda, donde dice que el euskera es «la raíz de nuestra esencia».

logía y la política. Según el articulista, el euskera no pertenecía al grupo indoeuropeo; cada lengua tenía su propia forma interior y esa forma estaba en función de la visión del mundo de sus hablantes; la herencia se transmitía por aprendizaje; el mundo se veía a través del euskera. *Humboldt dixit*. Era científico afirmar que existía un pueblo específico, el pueblo vasco, representante de los pueblos europeos autóctonos. Bastaba con adquirir la lengua para convertirse en euskaldun. La lengua era lo determinante y la cuestión de adquirirla era un acto voluntario. «El racista, el separatista es el que no admite la diferencia». La idea uniforme de España no podía admitir la singularidad del Pueblo Vasco. El grupo vasco (euskaltzale y euskaldun), que buscaba su territorio y su autodeterminación, lo hacía por instinto biológico. No era, pues, la lucha de clases o el mercantilismo el motor de la historia, «sino un concepto evolutivo científico basado en la biología. El mito de la ciencia. Así las cosas el pueblo vasco supone un problema sociobiológico, que reclama su derecho a la vida con todos los modos de respuesta. El instinto de supervivencia, la resistencia a desaparecer, violenta o no, es consecuencia de un estímulo externo». Los vasco-españoles y franceses, al atacar la historia o ignorar la lengua, iban contra su propia diferencia y razón de ser, con lo que eran extraños en su propia tierra. La política electoral sustituía a este determinismo anticientífico con la previsión de que el interés económico apostaba por la unión del PNV con el PP y, de no ser ésta posible, del PNV con el PSOE. Ahora bien, entre el problema sociobiológico y las opciones políticas existían unos indicadores que, según la actitud que se tomase ante ellos, permitían saber si se trataba con ellas de que ganase Euskal Herria. Tales indicadores eran la autodeterminación, la lucha armada, la solidaridad, la riqueza y pobreza compartidas, la negociación, el euskera y la territorialidad²⁴.

El fundamento biologista cede su lugar a la revolución en un comentario, que trata de explicar el abandono de la premisa revolucionaria. La proclama del nacionalismo independentista revolucionario y la denuncia moralista de su marginación y olvido estaban detrás del miedo que se denunciaba en Euskal Herria tanto en el campo sindical como en el político. El bienestar eclipsaba la explotación, que existía y que existiría, pero había miedo a luchar contra el capitalismo y el neoliberalismo salvaje, miedo a perder el bien vivir cotidiano y temor a construir una Euskal Herria libre y solidaria, democrática e igualitaria. Hacía falta un nuevo sindicalismo (que no se especificaba). En el área política el miedo lo tenía el frente del PP-PSOE ante la libre decisión soberana

²⁴ *Gara* 30-4-2001 (6) «Lupus», Juan Bengoetxea Zorrilla. La creencia en la comunidad natural aparece, también, en *Gara* 9-5-2001 (10), «La “utilidad” de los votos», Iker Gallastegi.

del pueblo vasco. Sólo ofrecían un estatuto devaluado, incompleto, castrado, inservible ante la evolución de la UE, y la amenaza para que todo siguiese igual. Era el unionismo. Todos lo sabían, incluso el PNV-EA, que también tenía miedo a la alternativa, a la vía de los hechos hacia la soberanía. «Demasiado bienestar inmediato en juego para avestruces al futuro». La sobrevivencia de Euskal Herria sólo se garantizaba siendo Estado, como eran Estonia o Eslovenia, ya que el autonomismo era la muerte dulce de la nación. A la izquierda había convicción, pero también contrariedad y desazón²⁵.

4.2. *La definición del problema electoral y de Euskadi*

En síntesis puede decirse que la interpretación que elabora la prensa del problema básico del País Vasco, tal como se manifestó en la campaña, oscila entre el derecho a la igualdad y libertad de los ciudadanos y el derecho a la igualdad y libertad del pueblo.

En *El Correo* la calificación y valoración de la campaña (unas veces se habla de campaña, otras de elecciones), la cuestión del debate y la interpretación de los resultados electorales constituyen las cuestiones centrales de la mayoría, si no la totalidad, de los comentarios. Con respecto a la primera cuestión, se defiende su carácter desigual, interminable, inquietante, trascendental, largo, cansino, antirrégimen nacionalista, prepolítico, antitotalitario, cuasi plebiscitario, polarizado, dramático e incierto. A los términos técnicos los comentaristas añaden calificativos que de una manera expresa o tácita hablan del carácter fundacional o constituyente de las elecciones como respuesta a una situación de fractura de la sociedad política y de ausencia de derechos fundamentales. Sus causas serían el asesinato, la violencia, el Pacto de Lizarra, la dictadura, el totalitarismo y el terror de ETA. El fundamento de la responsabilidad de los partidos nacionalistas de la coalición estaba en su participación en el pacto excluyente de Lizarra, en su mitología, en su compadreo con la violencia y en su indefinición ante los votos de Euskal Herritarrok. Los comentarios acerca de los resultados no sólo hablarán de sus consecuencias y ofrecerán recomendaciones políticas, sino que expresarán la misma percepción al insistir en el miedo a la perpetuación de dos comunidades irreconciliables, en el desigual reparto del terror, en la violencia como principal problema, o en la radicalidad y confrontación. Sólo la cuestión del debate escapa parcialmente a es-

²⁵ Gara 1-5-2001 (8), «Canguelo», Gabriel Ezkurdia Arteaga.

tas valoraciones. Algunos textos son ajenos a este esquema por su carácter más bien técnico y no falta la visión nacionalista de la campaña que no acepta como absolutamente creíble este planteamiento del problema electoral. En total son 11 los comentarios críticos con el nacionalismo; 5 pueden considerarse neutrales por sus contenidos más bien técnicos, pero que no ocultan la grave división de la sociedad vasca; 5 censuran las estrategias y política de populares y socialistas; y 4 dan una versión nacionalista o cercana al nacionalismo, consistente en apoyar el programa de diálogo, unidad y cohesión de la coalición nacionalista, así como la estrategia de Ibarretxe de evitar el entendimiento entre el Partido Popular y el Partido Socialista, y, además, en rechazar la identificación de las elecciones con una opción radical y definitiva o por la democracia, libertad y vida —representada en los constitucionalistas— o por la dictadura, tiranía y muerte —representada por los nacionalistas²⁶.

La calificación y estrategias de la campaña, el debate y las impresiones sobre los resultados son los puntos destacados por *El Mundo*. A partir de todos ellos se hace una interpretación semejante a la realizada en el anterior periódico, con la diferencia de que las concesiones al nacionalismo vasco son prácticamente inexistentes. El problema de la sociedad vasca que se debatía en las elecciones era el del terrorismo de ETA y el del colaboracionismo, responsabilidad e indiferencia del nacionalismo del PNV y EA. El problema estaba entre la libertad y la coacción, entre la igualdad y la discriminación en los derechos, entre el miedo y el terror frente a la libertad y la vida. También hay algún análisis más bien técnico de las elecciones. Los comentarios contra el nacionalismo son 11; uno es crítico con el Partido Popular; 2 son técnicos y los 8 comentarios dedicados a los resultados, si bien manejan razones objetivas en la explicación, difícilmente pueden ocultar su decepción por la derrota de los partidos popular y socialista²⁷.

²⁶ Ver: *El Correo* 27-4-2001 (34), «Oferta desigual», José María Calleja; 2-5-2001 (20), «Elecciones el domingo», Kepa Aulestia; (21), «Espejismo sindical», Tonia Etxarri; 6-5-2001 (42), «Cartero», José María Romera; 11-5-2001 (33), «Solución y culpa», Vicente Carrión; (34), «El 14 de mayo», José Miguel Azaola; 12-5-2001 (21), «La hora de decidir», Xavier Gurrutxaga; 11-5-2001 (22), «Los bloques», Xavier Gurrutxaga; 12-5-2001 (20), «Campaña diferente», Tonia Etxarri; 13-5-2001 (38), «¿Hablamos de justicia social?», José Ignacio Calleja; 4-2001 (36), «Dos por el precio de uno», José Luis Zubizarreta; 30-4-2001 (15), «El Paso del PNV», Tonia Etxarri; (16), «La tenaza», Xavier Gurrutxaga; 1-5-2001 (16), «Últimos minutos», Kepa Aulestia; (19), «Debates», Xavier Gurrutxaga; 4-5-2001 (20), «El peor resultado», Kepa Aulestia; 14-5-2001 (4), «Anomalía vasca», Kepa Aulestia; (29), «Gane quien gane», José Luis Zubizarreta; (30), «La ocasión», Joseba Arregi.

²⁷ Ver: *El Mundo* 6-5-2001 (34), «Táctica y estrategia», Isabel San Sebastián; 10-5-2001 (8), «Niebla en el norte», Victoria Prego; 12-5-2001 (2), «Contra la reflexión», Eduardo

Sobre los temas de campaña, sociedad civil, debate, elecciones y resultados —éstos de manera muy escasa—, *El País* desarrolló una notable participación que insistió de manera más sistemática en la interpretación de que, frente a un nacionalismo que buscaba la monopolización o la permanencia en el poder a costa de la fractura social y división política, estaba la necesidad de una opción democrática por la restauración de la unidad política y la integración social. La campaña y las elecciones manifestaban el desgarro social y político, el miedo, la indefensión, la limitación de la libertad y la dualidad de estrategias. La línea dominante de las colaboraciones argumentó —partiendo de la fundamental culpabilidad de ETA— que la pérdida de votos y poder nacionalista desde la década de los 80, la defensa de intereses y canonjías, el nacionalismo étnico totalitario, la irracionalidad en la forma de gobernar de los nacionalistas, la utilización ventajista del final de ETA y las posibles connivencias con terroristas y afines explicaban las características de la ruptura del pacto político y la responsabilidad del Partido Nacionalista. No obstante, no hubo unanimidad al respecto, aunque la disidencia fue mínima. Algunos comentaristas defendieron, también, que la radicalidad de la campaña no fue patrimonio de nadie, si bien los datos esgrimidos mostraban una notable diferencia. En este panorama de polarizaciones políticas y electorales no tenía cabida la afirmación de que el Partido Socialista era el único que se había quedado al margen de semejante planteamiento, es decir, en el centro del sistema, tal como se defendió de una manera sorprendente²⁸. Junto a 9 textos técnicos, hay 7 claramente críticos con el nacionalismo, uno es pro socialista y otro pro nacionalista²⁹.

Mendicutti; 2-5-2001 (2), «Ahora les toca a ustedes», Victoria Prego; 30-4-2001 (8), «Una oferta envenenada», Victoria Prego; (9), «Una mesa, cuatro sillas», Fernando L. Agudín; «Ibarretxe, el temeroso», German Yanke; 1-5-2001 (8), «Trampa desactivada», Victoria Prego; (9), «El cazador cazado», Fernando L. Agudín; «Sobre dioses y tumbas», German Yanke; 2-5-2001 (14), «¿Trampa o hipoteca?», Mariano Ferrer. En *El Mundo* 14-5-2001 (3), «¿Qué éxito, qué fracaso!», Victoria Prego; (8), «El cinturón de hierro», Fernando L. Agudín; (9), «El mayor desencanto», German Yanke; (10), «El fracaso de Nicolás», Montse Ramírez; (12), «Un mensaje para ETA», Carlos Etxeberri; (16), «Ibarretxe. El éxito de la tenacidad frente a las adversidades», Enrique Santarén; «Mayor Oreja. El fracaso del órdago más arriesgado», Fernando Garea; (18), «El voto útil da una victoria histórica al PNV», Casimiro García-Abadillo; (32), «Adiós, Euskadi», Gabriel Albiac; (32), «Una sociedad dividida», Juan Francisco Martín Seco; (34), «Soberanismo por vía pacífica», Fernando Onega.

²⁸ Ver *El País* 8-5-2001 (18), «Polarización o moderación», Francisco José Llera Ramo.

²⁹ Ver: *El País* 1-5-2001 (14), «Continuidad o cambio», Francisco José Llera Ramo; 30-4-2001 (24), «La línea de quiebra», Emilio Alfaro; 5-5-2001 (13), «Unas elecciones tristes», Soledad Gallego-Díaz; 7-5-2001 (16, País Vasco), «Apocalipsis, orain», Antón

La versión de *Deia* de que la campaña era una inmensa plataforma de desvergüenza donde concurrían contra el nacionalismo vasco no sólo los partidos de la oposición, sino todos los medios de comunicación dependientes del gobierno popular más otros medios, nacionales e internacionales, e intelectuales identificados con el nacionalismo español, ya se recoge en otros apartados, especialmente en el quinto, cuando se analiza la crítica de la prensa nacionalista a los partidos de oposición. Ahora se trata de resaltar que, según los comentaristas de la prensa nacionalista, tal maniobra, por un lado, alteró la esencia y razón de ser de las elecciones —la discusión de los proyectos sobre bienes y servicios de los ciudadanos, coincidiendo así la campaña de la coalición, la línea editorial y los comentarios— y, por otro, exageró y falsificó la realidad política y social en materia de derechos fundamentales —régimen de terror hitleriano o estalinista— e hizo, además, culpables de tal situación distorsionada a los partidos de la coalición nacionalista y no sólo a ETA. La consecuencia que denunciaban los comentarios era que a través de las elecciones se presentaba al nacionalismo como el problema de Euskadi.

La interpretación de la naturaleza de la campaña como debate público de los proyectos de administración de las cosas servía, en mi opinión, para silenciar el problema básico de riesgo de destrucción de la vida política y civil y las posibles responsabilidades del nacionalismo, si bien no era la única forma de evitar el reconocimiento preciso de la realidad. La violencia de ETA era tan evidente que no permitía ser tratada como una invención de la oposición; ahora bien, sus consecuencias y efectos, alcance social y personal, explicación, responsabilidad y estrategia ante ella podían ser presentados como una exageración, desfiguración, mentira o instrumentación interesada del problema hecha por los partidos y divulgada por los medios de comunicación contrarios al nacionalismo con el fin de derrotarlo y destruirlo, objetivo que se constituiría según la prensa nacionalista en el verdadero problema de la campaña.

Urrosolo; 5-5-2001 (19), «Diez interrogantes vascos», Javier Tusell; (20), «De certezas y supuestos», Javier Ugarte Tellería; (6, País Vasco), «Tres apuntes de campaña», Ignacio Latierra; 1-5-2001 (15), «Las encuestas de la confusión», Soledad Gallego-Díaz; 12-5-2001 (8, País Vasco), «Catálogo de inconveniencias», Pedro Ugarte; 27-4-2001 (15), «Nada escapa al encono», Soledad Gallego-Díaz; 30-4-2001 (14), «Un cara a cara que nace en la división y el miedo», Soledad Gallego-Díaz; 2-5-2001 (14), «Olvidar el cara a cara», Soledad Gallego Díaz; 27-4-2001 (21), «¿Unos comicios inservibles?», Emilio Alfaro; 10-5-2001 (13.16), «Los “shock” de la noche del día 13», Soledad Gallego-Díaz; 10-5-2001 (20), «Territorios o territorio», Francisco José Llera Ramo; 14-5-2001 (28), «A pie de urna», Javier Pradera.

En cambio, según los comentarios de *Deia*, la realidad descubría que, frente a la perversión de basar la campaña y las elecciones en la necesidad de recuperar la libertad y las seguridad para todos, lo que estaba en juego era la opción entre «soberanismo» o «sucursalismo», democracia o involución, diálogo o represión policial, moderación o polarización. En otras palabras, la opción era entre «el nacionalismo vasco» y el «antinacionalismo»³⁰.

Esta interpretación está presente y confirmada en numerosas colaboraciones, en las que las afirmaciones, hechas de manera concisa, son soportes de una argumentación dirigida, a veces, a justificar los objetivos de la coalición nacionalista y, en general, a deslegitimar la campaña de los partidos constitucionales. Tales expresiones y frases, dichas, incluso, por autores no nacionalistas en sus comentarios, expresan distintas versiones de los ataques y persecución de que era objeto el pueblo natural vasco y su servidor, el nacionalismo, principalmente el del PNV. Estas eran las versiones de la naturaleza del problema que la campaña ponía al descubierto: la lucha contra la libertad de un pueblo; la inculpación de la existencia y permanencia de ETA al nacionalismo; la criminalización del nacionalismo democrático; la condena del nacionalismo democrático; la violación de las leyes naturales y divinas sobre la nación; la destrucción de la cultura vasca por el españolismo; el fascismo español contra y para Euskadi; la negación de la nación vasca en nombre de la española; la resistencia de la nación vasca contra la reconquista española; la unión del nacionalismo con la violencia; el conflicto político vasco independiente del terrorismo; la construcción o aplastamiento de Euskal Herria; la aniquilación política del nacionalismo; la desaparición del nacionalismo vasco democrático; el nacionalismo, principio y fin de todos los males, incluido el terrorismo; la destrucción de las ideas nacionalistas; y la soberanía usurpada.³¹

³⁰ *Deia* 7-5-2001 (26), «La gran mentira, el gran error», José Ramón Scheifler, artículo que recogía la propaganda del PNV; *Deia* 12-5-2001 (29), «Un debate clarificador», José Ignacio Bajo; *Deia* 12-5-2001 (26), «Apuntes para una reflexión», Amaia Fano; *Deia* 11-5-2001 (17), «13 M, lo que es y no es», Mariano Ferrer, Pedro Ibarra, Ramón Zallo, comentario que era, en realidad, un penoso escrito propagandístico a favor de la coalición nacionalista.

³¹ Ver *Deia* 30-4-2001 (16), «Los jinetes de Kazán», Antonio Alvarez Solís; «Hablad, hablad, hablad», Enrique Curiel; (22), «La división acorazada», Joaquín Leguina; 1-5-2001 (30), «Los obispos y la paz», José Ramón Scheifler; 2-5-2001 (30), «El derecho de conquista y sus grandes males», José Manuel Zabala; 3-5-2001 (11), «Fraga arremete contra el euskera, Mayor Oreja calla», J.C. Ibarra; (32), «Los amigos italianos de Aznar», Kepa Bordegarai; 4-5-2001 (10), «La credencia vasca», Joaquín Navarro; 5-5-2001 (11), «Elecciones en la CAV en la época del postLizarrá», Milagros Rubio; 6-5-2001 (36), «Dime quién te aplaude y te diré quién eres», Iñaki Anasagasti; 7-5-2001 (26), «La gran mentira,

Sobre el debate, salvo los apoyos de rigor a favor de Ibarretxe y los latiguillos hirientes contra Mayor y Redondo, todos ellos escritos sin ningún tipo de desarrollo, no hay nada que aportar. Los resultados —opinión unánime— daban la razón a la estrategia del diálogo. No hubo en la prensa nacionalista concesión alguna a voces favorables a populares o socialistas.

Este periódico interpretó los datos electorales como el triunfo de la opción nacionalista, cuyo mensaje electoral había estado centrado en el diálogo. El electorado hacía suyo lo más esencial del programa nacionalista. Un coro de voces, casi al unísono, repitió lo que se decía en titulares en la primera página, que el diálogo había ganado las elecciones. Los propagandistas de la coalición confirmaban con los datos las claves de la campaña.

Era, así, el momento de sentarse a hablar. Lo más urgente era dialogar, es decir, hacer lo que algunos no habían querido, dialogar para gobernar, para buscar soluciones, frenar a los violentos, conseguir la paz, la libertad y la esperanza para la sociedad.

La victoria había sido para el nacionalismo «democrático» y el diálogo, mientras que el fracaso lo había sido para la estrategia de acoso e in-comunicación del PP, seguido por el PSE, los medios de comunicación y la tergiversación del mensaje nacionalista. El gobierno de Aznar había tenido buenos motivos para silenciar los datos de la encuesta del CIS.

Se había derrotado a los generales como Mayor, Redondo y ETA. Era la hora del diálogo y de la paz, pero, también, de la plena soberanía.

Los resultados habían demostrado el error de creer que lo bueno para un español era lo bueno para un vasco. Al Partido Popular no le habían valido ni el voto por correo, ni las encuestas maquilladas, ni los empadronamientos en naves industriales, ni el modelo alavés. La victoria había sido para el diálogo en una votación en libertad. Con ello se había demostrado que era mentira que no se podía votar en libertad³².

el gran error», José Ramón Scheifler; 9-5-2001 (32), «El 13 de mayo, elección», Luis M.^a Retolaza y Ramón Labaien; 12-5-2001 (26), «Apuntes para una reflexión», Amaia Fano; (29), «Un debate clarificador», José Ignacio Bajo; (30), «Reduccionismo irresponsable», Vicent Franch; «Al copo», Xavier de Antoñana. Algunos comentarios ya citados en otros lugares hablan de la violencia como principal problema, pero sin separarlo de esta matriz de interpretación o con una notable ingenuidad. El artículo de Alfonso Arnau Tornos, «¿Salvar los muebles?», *Deia* 30-4-2001 (7), sobre las identidades del pueblo anfitrión, el vasco, y el pueblo huésped, el español, parece tener buenas intenciones, pero es un disparate de principio a fin.

³² Ver *Deia* 14-5-2001 (1), «El diálogo gana las elecciones»; (2), «Ha ganado el diálogo, es tiempo de sentarse», Juan José Baños; (3), «Rotunda victoria», J.C. Ibarra; (28), «CIS-EN inkesta ezkuntuak asmatu», Amatiño; «La derrota de los generales», Xavier Lapitz; «Ni hoy ni nunca, así no es posible», Amaia Fano; (30), «Lo que nos une y lo que nos separa», José Ramón Scheifler.

Las colaboraciones sistemáticas sobre los temas de este apartado no existieron en *Gara*, salvo la que explicó el adelanto de las elecciones. El debate y los resultados pasaron desapercibidos para los comentaristas, a excepción de breves y aisladas alusiones. Sin embargo, artículos, cuyo tema central no era la interpretación de la campaña, daban una versión de la misma que de forma meridiana permitía ver la manera de entender el problema vasco, el del derecho a la vida y libertad de un pueblo. La misma explicación del adelanto del fin de la legislatura servía para aclararlo.

Las elecciones fueron la consecuencia de la decisión unilateral de Ibarretxe de romper el acuerdo parlamentario de PNV/EA con Euskal Herriarrok a raíz de los asesinatos de Pedro Antonio Blanco y Fernando Buesa³³. Y lo que pusieron en evidencia fue que lo que estaba en juego era el derecho a la vida de un pueblo, el pueblo vasco. Todo, desde el ataque a los partidos políticos hasta la petición del voto, estaba basado en criterios relacionados con esta inicial premisa. Así la sobrevivencia de Euskal Herria que exigía la formación del Estado vasco; la estrategia española de destrucción del proceso democrático de construcción nacional; el nacionalismo español contra el vasco; la negación del hecho nacional y lingüístico vasco; la desvasquización y españolización del pueblo vasco; el riesgo de desaparición de la nación vasca; la agresión político-mediático-intelectual contra la realidad nacional vasca; la soberanía vasca; la desaparición del pueblo vasco; y la ausencia de soberanía como explicación de la falta de paz. Lo mismo que definía el problema electoral y de la campaña, definía el problema de la sociedad vasca. También se dijo, aunque fue una excepción, que el problema era el de una Euskal Herria libre y solidaria contra el capitalismo y el neoliberalismo salvaje.³⁴

Los resultados demostraron que la estrategia de Madrid había fracasado, quizá para siempre. Pero no sólo eso: los que sin pasar por las urnas habían querido no sólo intervenir, sino mandar en la política de Euskadi, tenían la oportunidad para hacer una profunda reflexión.³⁵

³³ *Gara* 27-4-2001 (12 y 13), «La campaña electoral culmina el proceso iniciado con la ruptura del acuerdo de PNV y EA con EH», Carlos Drona.

³⁴ Ver *Gara* 30-4-2001 (6), «Lupus», Juan Bengoetxea Zorrilla; 1-5-2001 (8), «Canguelo», Gabriel Ezkurdia Arteaga; 2-5-2001 (11), «Su libertad y su canibalismo», Iñaki Gil de San Vicente; 6-5-2001 (11), «Sarcasmos», Javier Salutregi Mentxaka; 8-5-2001 (8), «¿Alguien quiere mentira mejor?», Txotxe Andueza; 9-5-2001 (10), «La “utilidad” de los votos», Iker Gallastegi; 10-5-2001 (10), «Un voto para la soberanía y la paz», Rafa Díez, Itziar Lopategi, Ainoa Extaiide; 11-5-2001 (10), «Gazteok, indarra eta borroka», Gari Mujika; 12-5-2001 (8), «País Vasco-Español versus Euskal Herria», Xarlo Etxezaharreta.

³⁵ *Gara* 14-5-2001 (8), «Ezertarako balio izan ote dute?», Mikel Aramendi. El texto en euskera dice: «Madrilen estrategiak porrot egindu, behar bada betirako. Baina ez hark ba-

4.3. *La legislatura o futuro postelectoral*

El «después» de las elecciones era o bien una cuestión de formación de Gobierno con sus diversas alternativas y objetivos según periódicos y analistas o algo más profundo, que, además de incluir la formación del gobierno, exigía la reconstrucción moral de la sociedad vasca, la modernización ilustrada del nacionalismo y la restauración universal de la condición de ciudadanos.

Las consideraciones en *El Correo* sobre lo necesario y conveniente para la siguiente legislatura dependían de la definición previa de la naturaleza del problema fundamental de Euskadi, el cual, a su vez, era deudor de unas premisas teóricas. Algunas aportaciones responden a un nacionalismo que ve en la inexistencia de la nación vasca y en su creación el alfa y el omega del problema. La construcción nacional disolvería lo que otros consideraban el origen del problema, la violencia. Su visión del futuro iba unida a propuestas de liderazgo nacionalista.

La mayoría de los comentarios —sin entrar en la cuestión de si el nacionalismo era el fundamento ideológico de la violencia (más bien, cuando se alude, se dice lo contrario)— optaron por una interpretación explícita o implícita de que la ausencia de libertad y de paz, fruto de la violencia, era el problema, cuya solución requería la ruptura del PNV y EA con el mundo radical, su unión a los demás grupos democráticos y el abandono de cuanto le impedía tal unidad.

Según esto, los comentarios abundaron en torno al posible entendimiento entre la coalición y EH —el problema de la aceptación o no de los votos de EH—, es decir, el frente nacionalista, que fue rechazado como lo fue, también, el frente constitucionalista, la llamada alternancia de populares y socialistas. Con respecto al primero dejaron ver serias dudas sobre las intenciones reales del PNV y manifestaron más que alguna certeza sobre su incapacidad de cambio. Con respecto al segundo, las expectativas de desaparición o reducción de la autonomía y su contradicción con la construcción de una sociedad diferente y autogobernada fundamentaron su exclusión, aunque no la posible conveniencia de su presencia transitoria en el poder para demostrar su inutilidad.

Esto supuesto, quedaba el liderazgo nacionalista de la unidad democrática por la construcción nacional —una especie de ensueño metafísico o justificación de afiliaciones nacionalistas— y la solución ideal, aunque poco real, la llamada transversal —que, dicho sea de paso, sólo

karrik: hautestontzietatik pasatu gabe euskal politikagintzan esku hartu ezezik agindu nahi izan dutenek gogoeta sakona egiteko aukera dute».

tenía en cuenta la variable nacional—. Esta fue la más defendida, con matices distintos, particularmente en la recta final de la campaña y, más bien, por plumas nacionalistas o afines al nacionalismo, cosa que no ocurriría de forma sistemática en el periódico *Deia*. En el rechazo de un gobierno popular con los socialistas y en la defensa del gobierno transversal la crítica recayó sobre el Partido Popular. Frente a un comentario claramente pro nacionalista hay nueve críticos con el nacionalismo. A pesar de que la estrategia política postelectoral fue tratada en términos de formación de gobierno, no faltaron otras consideraciones, especialmente sobre la banalidad del mal y la modernización en Euskadi, que constituían una durísima censura al nacionalismo³⁶.

Para el periódico *El Mundo* la legislatura era una cuestión de Gobierno y, como todos los comentarios a que ahora me refiero se hicieron antes de conocerse los resultados, las consideraciones, análisis, propuestas y valoraciones partían de las manifestaciones y proyectos de los partidos, de los sondeos o de los problemas, objetivos e interrogantes que el propio comentarista planteaba. Cuatro comentarios son beligerantes contra el nacionalismo y lo excluyen del gobierno expresa o tácitamente, lo cual era un apoyo a la alternancia en el gobierno. Ninguno es pro nacionalista; varios son más bien técnicos y neutrales; y un comentario en defensa de la transversalidad es anecdótico e ingenuo. La dificultad o imposibilidad de un gobierno estable; la mejor posición de la coalición nacionalista para gobernar en minoría; el rechazo de los votos de EH; y los distintos gobiernos posibles y sus justificaciones fueron los temas básicos, donde destaca el escrito que atribuye al socialismo y a Redondo el desvelamiento de la falsedad de los argumentos del PNV. El tema ya había sido tratado en este mismo periódico³⁷.

³⁶ Ver: *El Correo* 3-5-2001 (18), «Ni más ni menos», Kepa Aulestia; (19), «¿Qué significa esto?»; Santiago González; (20), «Otra cosa», Tonia Etxarri; 9-5-2001 (19), «Decidirse», Kepa Aulestia; (20), «Sartén o fuego», Santiago González; 10-5-2001 (19), «El ausente presente», Kepa Aulestia; (20), «Lo malo conocido», Tonia Etxarri; (21), «Incógnitas», Xavier Gurrutxaga; 4-5-2001 (36), «Dos por el precio de uno», José Luis Zubizarreta; 29-4-2001 (40), «Transitar», José Luis Zubizarreta; 5-5-2001 (32), «Navarra como laboratorio», Gregorio Monreal Zia; «Una apuesta para el futuro», Patxi Ormazabal e Inaxio Oliveri; 6-5-2001 (36), «Pluralidad e integración», Xavier Gurrutxaga; 12-5-2001 (29); «Aprender del pasado», Andoni Pérez Ayala; 9-5-2001 (35), «Después de las encuestas», Javier Elzo; 12-5-2001 (28), «Dosificar la esperanza», Agustín Domingo Moratalla.

³⁷ Ver: *El Mundo* 28-4-2001 (13), «Problemas en la “pol position”», Mariano Ferrer; 4-5-2001 (6), «Las matemáticas no son democráticas», David Barbero; (9), «El sereno», Fernando L. Agudín; «El día de Ibarretxe», German Yanke; 9-5-2001 (8), «De pactos e intoxicaciones», Victoria Prego; (9), «La ecuación armada», Fernando L. Agudín; «El pro-

También en *El País* la mayoría de los comentarios enfocaron el futuro de Euskadi como una cuestión de gobierno, que debía enfrentarse con el problema principal de la sociedad vasca, definido, según los casos, como terror, nacionalsocialismo, sociedad incivil, falta de libertad o ETA. La opinión mayoritaria encomendaba tal misión a gobiernos sin nacionalistas, no por principio, sino por la orientación actual del PNV. Puede decirse que la cuestión que absorbe a la mayor y mejor parte de los análisis es la explicación de la imposibilidad del gobierno ideal de integración de los partidos democráticos, ya que no tenía cabida en él un PNV responsable de la situación de la sociedad vasca por su impotencia, colaboración, alianzas, complicidades y simpatías con los radicales abertzales, responsabilidad que no sería asumida más que con la exclusión del poder. Sólo quien interpretaba el problema de la sociedad vasca en los términos de la campaña nacionalista de la coalición ofrecía una alternativa distinta. De forma mayoritaria, pues, este periódico presentaba la legislatura en términos de restauración universal de la condición de ciudadanos para todos los miembros de la comunidad vasca. Hubo comentarios que simplemente analizaron las posibilidades de distintas alternativas de gobierno, sin entrar en una valoración de las mismas. Alguno insistió más en la necesidad de recuperar la unidad de los demócratas que en los posibles gobiernos³⁸.

Esta cuestión no aparece analizada en el diario nacionalista *Deia* por los habituales comentaristas. Basta recordar que el futuro se anunció como el tiempo del gobierno para el diálogo, tal y como más arriba se ha recogido, lo cual suponía el apoyo al gobierno nacionalista, como era lógico. Lo mismo cabe decir sobre un gobierno nacionalista sin EH³⁹.

yecto de EH», German Yanke; (16), «Voto sin anestesia», Mariano Ferrer; 8-5-2001 (8), «Banderas de conveniencia», Casimiro García-Abadillo.

³⁸ Ver: *El País* 27-4-2001 (15), «Nada escapa al encono», Soledad Gallego-Díaz; (23), «Euskadi, recta final»; 10-5-2001 (11 y 12), «La hora de Euskadi», Antonio Elorza; 29-4-2001 (18), «Por la libertad y contra el miedo», Fernando Savater; 30-4-2001 (19), «Reconstrucción», Enrique Gil Calvo; 7-5-2001 (11), «La bici con las dos manos, ya», Mikel Azurmendi; 9-5-2001 (8, País Vasco), «Entre el nacionalismo y la libertad», Ainhoa Peñaflorida; (20), «Lo soñé», Juan Carlos Rodríguez Ibarra; 13-5-2001 (22), «Alternancia y concentración», Francisco José Llera Ramo; 3-5-2001 (19), «El PP se lo juega todo a la alianza con el PSE», Luis R. Aizpiolea; (22), «Estrategia y lealtades»; Joseph Ramoneda; 9-5-2001 (15), «Los electores vascos juegan a los dados», Javier Pradera; 30-4-2001 (24), «Aquel 13 de mayo de 2001...», Koldo Unceta; 8-5-2001 (22), «O algo así», Emilio Alfaro; 11-5-2001 (13), «13 de mayo», Felipe González; 13-5-2001 (País Vasco, 6), «Aritmética electoral y escenario postelectoral», Andoni Pérez Ayala.

³⁹ Para J.C. Ibarra la campaña había clarificado que PNV-EA no se apoyaría en los votos de EH, mientras que PP y PSE, además de apoyarse mutuamente, se permitirían «coin-

Por supuesto que no hubo ningún apoyo a un gobierno de PP y PSE. Sin embargo, en *Deia* se aludió de manera incidental a los gobiernos mixtos o de concentración. Lo hicieron autores nacionalistas y no nacionalistas en comentarios, cuyo centro de interés era otra materia. Por ello, tales apreciaciones fueron escritas, en general, después del atentado de la campaña. Pacto de socialistas con PNV y EA; Gobiernos mixtos o de concentración para la tarea principal de acabar con la violencia; rechazo del frentismo; soluciones transversales y diálogo general con todas las fuerzas políticas que condenasen la violencia; reconocimiento de que la mayoría social estaba a favor de los gobiernos mixtos o a favor de un gobierno nacionalista solo o con IU, pero sin EH; y consensos entre los partidos contrarios a la violencia fueron las expresiones utilizadas, la mayoría de las cuales pretendía justificar, fundamentalmente, el rechazo de un gobierno constitucional popular y socialista.⁴⁰

La afirmación del editorial de *Gara* de que el gobierno debía ser un gobierno abertzale conforme con el éxito abertzale de los resultados no tuvo ningún desarrollo analítico en los comentaristas, salvo la resignada llamada a la izquierda abertzale al compromiso y al trabajo por una Euskal Herria libre. EH era el único motor hacia la liberación, ya que el PNV no actuaría en consonancia con los votos radicales recibidos.⁴¹

cidir» con EH (*Deia* 12-5-2001 (9), «La elección es sencilla, pese a lo complejo del panorama»). Sobre este punto, el de los votos de EH, Amaia Fano escribió que la solicitud de renuncia al apoyo de EH era «la última ocurrencia del frente españolista», que podía ser discutida en el caso de que se modificase el número de la mayoría absoluta, porque, de lo contrario, alguien (el Partido Popular y el PSE), para quien el caso era gobernar como fuese, estaría jugando con ventaja. De todos modos, EH era muy libre de dar sus votos a quien quisiese; eran votos —no de ETA, como decían el PP y PSE— de igual valor, porque todavía no se había podido demostrar que ETA y EH fueran la misma cosa y, además, la aceptación o no de los votos pertenecía «al terreno de la especulación ética» (*Deia* 10-5-2001 (26), «Los votos de la discordia»).

⁴⁰ Ver *Deia* 1-5-2001 (18), «Muchas claves, unas elecciones», Salvador Cardús; 8-5-2001 (16), «Que se vayan», Joaquín Navarro Esteban; (17), «ETA intenta marcar el ritmo», José Luis Uriz Iglesias; (18), «ETA no quiere puentes», Enrique Curiel; 10-5-2001(2), «La palabra, la intención y los intérpretes», Juan José Baños Loinaz; (26), «Los votos de la discordia», Amaia Fano; 11-5-2001 (17), «13 M: Lo que es y no es», Mariano Ferrer, Pedro Ibarra y Ramón Zallo; (31), «El día después», Mikel Urkiola García; 12-5-2001 (9), «La elección es sencilla, pese a lo complejo del panorama», J.C. Ibarra; (26), «Un rápido resumen de mensajes», Xavier Lapitz; «Apuntes para una reflexión», Amaia Fano;

⁴¹ *Gara* 14.5.2001 (8), «Sigamos dirigiendo el camino», Alizia Stürtze.

5. La opinión de la prensa: Las colaboraciones ante los partidos políticos

La fijación sobre el nacionalismo fue tan grande en *El Correo* que únicamente el 18,96% de los comentarios sobre los partidos recayó sobre el Partido Popular, Partido Socialista y organizaciones que los apoyaron. Al PP se le pidió elaborar un proyecto autónomo para Euskadi, sin sometimiento a objetivos superiores, dejar de ver en el nacionalismo de la coalición al «alimentador» ideológico y político de ETA y no chantajear al PSOE con el tema vasco. Al PSOE se le exigió que superara su alternativa histórica de subordinación o al nacionalismo o al antinacionalismo. A Basta Ya se le reconoció su lucha por la libertad y el protagonismo de la sociedad no nacionalista. Se explicaron las razones (constitucionalistas y nacionalistas) del entendimiento entre PSE y PP; se cuestionó la alternativa del PP por la levedad del cambio; se defendió el euskera ante las palabras de Fraga; se criticó al gobierno del PP por la ocultación de la encuesta del CIS y se pidió veladamente el voto para populares y socialistas⁴².

El 62% de lo escrito en *El Correo* sobre los partidos se centró sobre la coalición nacionalista. Los comentarios hablan del cansancio con el que llegó la coalición a las elecciones, en las que el nacionalismo se encontraba ante su mayor envite desde la transición. Y hablan también de una cierta división observada en el PNV con ocasión de la ausencia de Ardanza en la reunión de Ibarretxe con los exconsejeros del Gobierno Vasco y del aire de perdedor y de derrota que dejaba traslucir el PNV. Al margen de estas apreciaciones anecdóticas y discutibles, la denuncia y la crítica contra el PNV fue lo predominante en los comentarios, algunos de ellos salidos de plumas nacionalistas. Contenidos de esta denuncia fueron la ignorancia histórica que demostraba Ibarretxe al preguntarse por qué el Gobierno no pedía perdón por el bombardeo de Gernika; la petición de que aceptara de una vez el pluralismo como algo constitutivo de la sociedad vasca, que había que enriquecer en lu-

⁴² Ver: *El Correo* 29-4-2001 (34), «La hora de las preguntas», Xavier Gurrutxaga; 5-5-2001 (24), «Y en esto llegó Odón», Tonia Etxarri; (22), «El cambio», Kepa Aulestia; 12-5-2001 (18), «El Puente», Kepa Aulestia; 13-5-2001 (39), «Y entonces dijo Fraga», Henrike Knörr; (40), «La senda del resentimiento», Arramun Osa. *El Correo* 13-5-2001 (39), «Y entonces dijo Fraga», Henrike Knörr; (40), «La senda del resentimiento», Erramun Osa. Puede también consultarse *El Correo* 27-4-2001 (25), «Carta electoral», Xavier Gurrutxaga; 29-4-2001 (25), «La vuelta de Mikel», Tonia Etxarri; 5-5-2001 (23), «Menos amantes y más hablantes», Xavier Gurrutxaga; 6-5-2001 (44), «Aciertos y desaciertos», Fernando Maura; 10-5-2001 (28), «Veladuras», Santiago González; 12-5-2001 (22), «Una jornada particular», Santiago González.

gar de eliminar; la utilización del argumento malicioso de que ETA quería el triunfo de Mayor Oreja; la indiferencia y contradicciones ante el terrorismo; la ausencia de explicación del descenso de Euskadi en el PIB español —del 9% al 6% entre 1975 y 2001— en oposición a la propaganda nacionalista del éxito económico; la atribución tácita a Ibarretxe de una cierta insubstantialidad, además de falta de memoria y credibilidad, mentiras y errores; la acusación de que era el PNV el culpable de la ruptura de los consensos anteriores a Lizarra y de la separación entre nacionalistas y los demás; la negación de la necesidad del nacionalismo como lo probaba el caso de Alava; la propaganda de sumisión y gregarismo nacionalista; el desconocimiento de la realidad que expresaba la ilusión en la tregua; la ingenuidad demostrada por el PNV ante el cinismo de Euskal Herritarrok; la condescendencia de Felipe González ante el PNV; la poca fe de Balza en la vía policial contra el terrorismo; la incapacidad del gobierno nacionalista de sacar el país adelante y su no siempre prioritario compromiso por la libertad; y, por último, los recelos no resueltos por la posibilidad de sumar los escaños de EH⁴³.

Los análisis de *El Correo* dan una imagen penosa del nacionalismo del PNV. Algunos partieron en sus comentarios de determinados elementos de la campaña de la coalición; otros, de los años inmediatos, los del Pacto de Lizarra («apoteosis de estado de delirio»), y los más críticos hicieron historia y presentaron al nacionalismo del momento no como una excepción, sino como una lógica continuación y consecuencia de lo que fue desde sus orígenes: idea excluyente de etnicidad y lengua, falsa interpretación de la historia, simplismo nacionalista, incompreensión del proceso de industrialización, nacionalismo primordialista, esencialista y etnicista, siempre con el riesgo de exclusivismo y xenofobia. Los rasgos de esta descripción del nacionalismo del PNV, que aquí se expone siguiendo el orden cronológico de aparición en la

⁴³ Ver *El Correo* 27-4-2001 (20), «El cansancio», Kepa Aulestia; (22), «La incertidumbre de Arzalluz», Tonia Etxarri; (24), «Con perdón», Santiago González; (25), «Carta electoral», Javier Gurrutxaga; 28-4-2001 (18), «El candidato de ETA», Kepa Aulestia; (20), «Sangre de horchata», Tonia Etxarri; 29-4-2001(28), «Habrà un debate», Santiago González; 30-4-2001 (18), «Una alternancia tranquila», F. Góngora; (20), «Pulsión de derrota», Santiago González; 1-5-2001 (20), «Romancero de ausencias», Santiago González; 2-5-2001 (22), «Carteles electorales», Santiago González; 4-5-2001 (22), «Progreso económico», Santiago González; (28), «Tomar fósforo», Tonia Etxarri; (37), «El Kursaal y el cambio posible», José María Calleja; 5-5-2001 (25), «La ilusión de Pollyana», Santiago González; 6-5-2001 (30), «El sirlero», Kepa Aulestia; (31), «Felipe no hace campaña», Tonia Etxarri; (32), «Yo no he sido», Santiago González; 8-5-2001 (23), «Con uñas y dientes», Santiago González; (24), «Desunión en el duelo», Tonia Etxarri; 11-5-2001 (20), «Palabras», Santiago González; (21), «Credibilidad», Tonia Etxarri.

prensa, ya que algunos de los comentarios tuvieron su ocasión en actuaciones de la campaña electoral, fueron: falso o dudoso antifascismo; errada e injustificada invocación del caso irlandés para fundamentar su petición de diálogo, ya que en Irlanda la decisión de abandono de las armas por el IRA había precedido al proceso de diálogo; poca credibilidad de los argumentos del PNV utilizados en la campaña; camino hacia la secesión tutelada por ETA y por la intimidación nacionalsocialista; abandono por el PNV de su proyecto de autogobierno mediante la profundización estatutaria; incompatibilidad de la patria con el despotismo, terrorismo, etnocentrismo y exclusión, e identificación, por el contrario, de la patria con la sociedad moderna y abierta, democrática y libre; riesgo de que la fuerza sustituyera a la razón por la paralización y disfuncionalidad institucional ante las agresiones y la violencia de ETA; causa de la división de Euskadi; políticas de exclusión; régimen viciado que no podía prescindir de ETA y de su totalitarismo; responsabilidad de los asesinatos de ETA; y mentira y manipulación de la historia⁴⁴.

Se habló más de ETA que de EH —ésta apenas fue mencionada—, aunque poca cosa podían añadir los comentarios que no estuviera ya dicho al escribir sobre la coalición nacionalista, dada la relación objetiva entre todos los problemas. Cuantitativamente la atención fue similar, algo menor, a la prestada al Partido Popular y al PSE. De EH se dijo simplemente que sólo representaba a sus votantes y que la radicalidad de su lenguaje y contenido iba en aumento. El recuerdo de la gravedad de la situación de los exiliados tanto fuera como dentro de su propia tierra por la intolerancia e intransigencia de ETA añade una nota más a la descripción que los comentaristas hicieron de la fracturada sociedad vasca.⁴⁵

De los comentarios sobre el mundo radical, el primero, que bien podía incluirse dentro de los análisis del PNV, criticaba su incertidum-

⁴⁴ *El Correo* 27-4-2001 (35), «¿Es el PNV antifascista?», Santiago González; 28-4-2001 (28), «El diálogo como táctica», Rogelio Alonso; 30-4-2001 (24), «Tres argumentos», Joseba Arregi; 1-5-2001 (28), «Contra la secesión», Antonio Elorza; 2-5-2001 (28), «Estatuto sí o no», Xavier Gurrutxaga; 5-5-2001 (33), «Un nuevo equilibrio vasco», Juan Pablo Fusi; 6-5-2001 (47), «Mi guerra civil», Fernando Savater; 8-5-2001 (32), «La muerte de un demócrata», Antonio Elorza; 9-5-2001 (34), «Imagine», Juan Manuel Eguiagaray; 10-5-2001 (35), «El Plebiscito», Manuel Bear; (34), «Las llagas del silencio», Fernando García de Cortázar; (35), «A vueltas con la historia», Santiago de Pablo; 14-5-2001 (30), «El revolcón», Santiago González.

⁴⁵ *El Correo* 27-4-2001 (25), «Carta electoral», Xavier Gurrutxaga; (26), «Las voces ocultas», Javier Guillenea; 28-4-2001 (22), «Vidas prohibidas», Javier Guillenea; (24), «Desvaríos», Xavier Gurrutxaga; 29-4-2001 (32), «Votos de soledad», Montserrat Lluis; 3-5-2001 (23), «Llave para la involución», Xavier Gurrutxaga. La atención prestada a IU no alcanzó el 2%.

bre e indefinición ante las posibles estrategias contra ETA; el segundo pretendía descubrir los objetivos del asesinato de ETA y defendía la prioridad del dolor de las víctimas como centro de la reacción ante ETA; y el tercero mostraba la pretensión de ETA de negar no sólo la transversalidad del gobierno, sino de la nación vasca y de su construcción, y defendía la necesidad de un acuerdo general mínimo (de todos los partidos) basado en la negación de todo lo que era, defendía y significaba ETA, en cuanto paso imprescindible para la construcción de una nación civil. Ello constituía un ataque radical al PNV y confirmaba la interpretación que se viene recogiendo en este trabajo de que el PNV era parte del problema⁴⁶.

Estos análisis ponían en evidencia la vacuidad de la afirmación, por abstracta e indeterminada, de que la cuestión fundamental de las fuerzas democráticas ante los asesinatos de ETA no era la composición de gobierno, sino la de organizar la unidad de la sociedad ante ETA y su entorno, punto de vista nacionalista y de otros acompañantes, que se oponía, como se ha visto, al de los que pensaban que era la coalición nacionalista la que impedía esa unidad por coincidir con ETA en los fines⁴⁷.

Sólo el 25% de los comentarios de *El Mundo* tuvieron por objetivo a los partidos constitucionales —el resto recayó sobre los partidos nacionalistas— y muy pocos comentaristas censuraron al PSE. Los que lo hicieron, pensaron más en cierto sector socialista, el que representaba Felipe González, y en la participación de éste en la campaña. La crítica a González completaba el apoyo del periódico al pacto entre socialistas y populares vascos⁴⁸. De todo lo escrito sobre los partidos políticos, ex-

⁴⁶ Ver: 29-4-2001 (29), «Nada a cambio», Kepa Aulestia; 7-5-2001 (22), «La campaña del terror», Alberto Surio; 8-5-2001 (33), «A buen entendedor», Joseba Aregi.

⁴⁷ Ver *El Correo* 8-5-2001 (27), «Volver a la realidad», Xavier Gurrutxaga.

⁴⁸ Ver: *El Mundo* 28-4-2001 (4), «La diferencia», Fernando Onega; *El Mundo* 12-5-2001 (4), «Ay, Felipe», Fernando Onega; *El Mundo* 6-5-2001 (11), «El favor de González», German Yanke; (11) «Los números rojos», Fernando L. Agudín; (10) «Que no cunda el pánico», Victoria Prego; *El Mundo* 28-4-2001 (8), «Contra el miedo las urnas», Victoria Prego; *El Mundo* 8-5-2001 (2), «Banderas de conveniencia», Casimiro García Abadillo; *El Mundo* 3-5-2001 (10), «Un problema con ventajas», Victoria Prego; *El Mundo* 11-5-2001 (8), «Contigo pero sin ti», Victoria Prego; *El Mundo* 13-5-2001 (6), «Ya estamos en trece», Julio Santibáñez; (4) «Información libre», Carlos Malo de Molina; «Pueden influir», Jorge de Estaban; *El Mundo* 5-5-2001 (2), «Fraga, presidente», Javier Ortiz; (14), «El plan quinquenal», Fernando L. Agudín; *El Mundo* 9-5-2001 (2), «Maquillando la realidad», Javier Ortiz; *El Mundo* 10-5-2001 (9), «Los tres monos», Fernando L. Agudín; «No son fiables», German Yanke; *El Mundo* 12-5-2001 (2), «Misterios de la actualidad», Javier Ortiz; *El Mundo* 30-4-2001 (2), «Por el imperio hacia Dios», Juan Francisco Martín Seco; *El Mundo* 7-5-2001 (20), «Dany el Bobo», Federico Jiménez Losantos; *El Mundo* 11-5-2001 (6), «La rentabilidad de los funerales», Roberto Valencia; *El Mundo* 12-5-2001 (11), «Por

ceptuando lo recogido en otros lugares, el 75% tuvo que ver con el nacionalismo. Casi el 50% se centró sobre la coalición nacionalista, sustancialmente el PNV, y el 25% sobre ETA y EH. Izquierda Unida pasó casi desapercibida con menos de un 2%.

La afirmación de que había llegado la hora de Ibarretxe, que apareció al final de la campaña, no tenía otro significado que reconocer que a tenor de la encuesta del CIS, y más por el rechazo que suscitaba Mayor que por méritos propios, el ganador iba a ser el candidato de la coalición. Esto no significaba un apoyo a su candidatura; es más, estaba en absoluta contradicción con cuanto escribieron los comentaristas.

Estos escribieron que el totalitarismo de los etarras era el mismo que el soviético y el nazi y exactamente igual que el totalitarismo de los peneuvistas. Esta fue una de las más graves acusaciones dicha de manera expresa, la del Euskogulag, es decir, la de la mentira y el crimen. Hubo comentarios para denunciar el trato de favor de la Administración de justicia con el PNV, que, para colmo, se hacía pasar por víctima, y para denunciar, así mismo, su discurso apocalíptico, de miedo, fractura, ruptura y confrontación. Pero la tónica de las colaboraciones la marcaba la denuncia de complicidad e, incluso, de identidad entre los nacionalismos.

El PNV era el culpable del miedo de la sociedad vasca a una banda de pistoleros; culpable de una sociedad sin libertad ni seguridad, que olvidaba a las víctimas, actuaba como comisario político, impedía la actuación de la ertzaintza, garantizaba la impunidad de los verdugos y negaba la realidad de los hechos. Un fracaso Ibarretxe y los suyos querían seguir viviendo bien sobre la sangre de los que no encajaban en su proyecto político soberanista. Su intervención sobre el bombardeo de Gernika le costó los insultos de «lelo» y «txotxolo»; el compromiso de no gobernar con los votos de EH, el de mentiroso; y la pregunta a Aznar de si respetaría los resultados fue calificada de «bobería torticera para pazcuatos». No tenía sentido presentar a Euskadi como un sociedad modélica, cuando tenía el «pequeño» inconveniente de carecer de paz.

Algún comentarista interpretó que había llegado el fin de la patrimonialización del país por el nacionalismo y que, donde siempre se había pensado que el PNV era la solución de los problemas, era en realidad parte del problema, apreciación pocas veces dicha de manera expresa, pero que es una conclusión dominante en los periódicos, a excepción de *Deia* y, sólo en parte, *Gara*. La patria agobiante y virtual de

un líder civilizado», T. Fernández Auz; *El Mundo* 13.5.2001 (3), «Dos vascos y un destino», Pedro J. Ramírez; *El Mundo* 8-5-2001 (4), «Toda la sangre», Victoria Prego.

los nacionalistas se enfrentaba a la de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Mezquindad moral y bajeza humana eran atributos del PNV y EA, «compañeros de aventuras de los malhechores», formando piña en torno al nazismo, señalando a las víctimas y planificando el exterminio. Los atacados por ETA eran los acosados e insultados por los nacionalistas, que miraban para otro lado cuando actuaban los totalitarios e interpretaban el terrorismo como consecuencia de un conflicto político.

El voto nacionalista era el voto cautivo. «Chaves repartiendo subvenciones es un juego de chokolatinas, bombones y caramelos al lado de la tela de araña de los dineros públicos que manejan el cura y sus monaguillos», escribió *El Mundo*.

Cuando se criticó a Polanco por poner su imperio mediático al servicio de Arzalluz se dijo de éste que era «el más abyecto servidor del separatismo etarra».

De todos modos, el futuro se presentaba mejor, porque el PNV había perdido su patente de corso, su bandera de conveniencia y la rentabilidad de complejos de culpa del pasado, tal y como se recoge en otro lugar de este trabajo.⁴⁹

Los análisis no hicieron más que ahondar en lo visto anteriormente: la complicidad, la política sin principios, la culpabilidad y la convergencia de estrategias. Hubo una añadidura que brindó al PNV la lección de la Lliga Regionalista catalana en relación al terrorismo: la unidad con España y el autogobierno⁵⁰.

Las acusaciones contra ETA y EH de totalitarismo, nazismo, terrorismo y otras muchas, ya están recogidas en otros momentos. Aquí se

⁴⁹ Ver para todos estos puntos *El Mundo* 27-4-2001 (4), «Euskogulag», Federico Jiménez Losantos; «Varios manojos de nervios», Roberto Valencia; 28-4-2001 (4), «Unas elecciones para la esperanza», Gustavo de Arístegui; (5), «Gernika», Martín Prieto; (9), «El miedo al miedo», Fernando L. Agudin; «El fin de la transición», German Yanke; (13), «Los estigmas del fracaso de Ibarretxe», Isabel San Sebastián; 29-4-2001 (12), «López de Lacalle, ultrajado», Ernesto Ladrón de Guevara; (14), «Los perseguidos», German Yanke; 4-5-2001 (9), «El día de Ibarretxe», German Yanke; 5-5-2001 (5), «La campaña», Martín Prieto; 5-5-2001 (14), «Sentido común», German Yanke; 6-5-2001 (6), «Ya han pactado», Esteban González Pons; 7-5-2001 (5), «La campaña sigue adelante», Victoria Prego; 9-5-2001 (4), «Proetarras», Federico Jiménez Losantos; (5), «El PER del miedo», Antonio Burgos; (9), «El proyecto de EH», Germán Yanke; 10-5-2001 (4), «Polanko», Federico Jiménez Losantos.

⁵⁰ Ver: *El Mundo* 29-4-2001 (3,4), «Ver, oír y callar», Pedro J. Ramírez; *El Mundo* 6-5-2001 (6), «Todo es distinto», Javier Ortiz; *El Mundo* 11-6-2001 (4), «Los enemigos de la construcción nacional», José María Marco; *El Mundo* 12-5-2001 (30), «Desde donde cría la serpiente», Isabel San Sebastián; *El Mundo* 12-5-2001 (4), «Una jornada de reflexión para los vascos», Jon Juaristi.

trata de destacar ciertos aspectos, que, en buena medida, los provocó el asesinato cometido por ETA en plena campaña, y que en algún caso excepcional rompieron la unanimidad del periódico. Entre estos están el cambio de opinión en Europa con respecto a ETA; la fragilidad de algunas consecuencias deducidas por los comentaristas; la propuesta de gobierno de concentración en clara oposición a todo lo defendido por *El Mundo*; la aceptación por algún comentarista de la tesis nacionalista de que el terrorismo y asesinatos favorecían al Partido Popular y perjudicaban al PNV; la llamada a la defensa de España —identificada con la defensa de la libertad— y al uso contra ETA de algo más que votos; la consideración del PNV como protegido del «gánster», ETA; la llamada a la paciencia ante el nacionalismo criminal, y la pregunta de si merecía la pena la nada carcelaria por una patria vasca que nunca existió⁵¹.

En *El País* el Partido Popular (no hubo crítica directa al PSE) —aparte de lo que se escribió contra él en artículos, cuyo objetivo nuclear no era su censura, sino otro cualquiera de los puntos hasta ahora vistos— fue dura y directamente criticado por el escándalo de la ocultación de la encuesta del CIS, por identificar, tanto él como los medios de comunicación de su influencia, el nacionalismo vasco con el terrorismo, por la estrategia irracional seguida contra el PNV y por ayudar a la recreación del fascismo hispano. En total no pasó del 15% lo dedicado a este partido, lo mismo que a ETA y Euskal Herriarrok⁵².

El 70% de los comentarios y análisis se centraron en la coalición nacionalista. Ética heladora, de palabras de solidaridad, pero de pocos gestos de sustancia ética, es la que se atribuía al nacionalismo gobernante con las víctimas. Lizarra había adormecido al PNV hasta el punto

⁵¹ *El Mundo* 29-4-2001 (10), «En el nombre de Europa», Victoria Prego; *El Mundo* 7-5-2001 (5), «La campaña sigue», Victoria Prego; *El Mundo* 8-5-2001 (16), «ETA no se vota», Federico Jiménez Losantos; *El Mundo* 8-5-2001 (17), «Pereza y gula», Raúl del Pozo; *El Mundo* 7-5-2001 (8), «Un voto nada secreto», Fernando L. Agudín; *El Mundo* 8-5-2001 (4), «Pecados políticos», Fernando L. Agudín; «Ibarretxe en Zaragoza», German Yanke; *El Mundo* 10-5-2001 (9), «Los tres monos», Fernando L. Agudín; *El Mundo* 12-5-2001 (5), «La tigresa», Martín Prieto; *El Mundo* 11-5-2001 (4), «El largo plazo», Federico Jiménez Losantos.

⁵² Ver *El País* 13-5-2001 (Domingo, 6), «En pantuflas», Javier Pradera; ver, también, del mismo autor «Los electores vascos juegan a los dados» en *El País* 9-5-2001 (15), y «Estropicios» de Emilio Alfaro en *El País* 10-5-2001 (20); *El País* 11-5-2001 (15), «Las encuestas de la confusión», Soledad Gallego-Díaz; *El País* 4-5-2001 (30), «Callejón sin salida», Javier Pérez Royo; *El País* 28-4-2001 (24), «Dimensión española de la campaña vasca», Fernando Vallespín; en p. 26 Emilio Alfaro, en «El muro», destaca la incomunicación absoluta entre los líderes de los partidos; *El País* 5-5-2001 (12), «Construir la historia o el fantasma del nacionalismo», Fermín Bouza.

de impedirle la verdadera compasión de padecer con las víctimas. No se conocía un caso de vecinos o militantes de partidos nacionalistas que se hubiesen ofrecido a proteger a un amenazado. La ausencia de solidaridad impedía neutralizar la táctica de ETA de socializar el sufrimiento de forma discriminatoria y evitar, así, que se ahondase la sima entre los amenazados y los no amenazados. Algo fallaba, cuando los que no sufrían la violencia, identificaban su fin con la paz, mientras que los que la sufrían, la identificaban con la libertad⁵³. Esta denuncia entroncaba con la que otros comentaristas llamaban la irresponsabilidad ante el sufrimiento o la banalización del mal y que en algún caso se personificó en el candidato nacionalista, Ibarretxe⁵⁴.

Lo recogido hasta aquí habla de insensibilidad ante el dolor, de insolidaridad, de incumplimiento de la primera función del poder político —la protección y seguridad de los ciudadanos—, de dirigentes mentirosos y de la religión del nacionalismo. El análisis más detallado sobre la coalición nacionalista insistió en la denuncia de otros aspectos, el primero de los cuales fue el de la complicidad con ETA y el mundo abertzale. Complicidad por preparar y justificar los crímenes de ETA y por participar en la política de exclusión y deportación de los no nacionalistas; complicidad en limitar la libertad de expresión y participación política por abandono de las obligaciones de gobierno; complicidad en la probable responsabilidad de la violencia por culpa, no

⁵³ *El País* 2-5-2001 (17), «Ética gélida», Emilio Alfaro.

⁵⁴ *El País* 3-5-2001 (8), «Dioses», Luis Daniel Izpizua; *El País* 11-5-2001 (22), «Atípica alternancia», Emilio Alfaro. El mismo autor en otro comentario —(22), «La Iglesia vasca, después de Setién»— trataba de explicar que la crítica de ETA al clero vasco por su falta de neutralidad en el «conflicto» se debía a los cambios operados en el discurso sobre la violencia a partir de la jubilación de Setién, que habría dejado de ser imparcial para comprometerse con una de las partes, las víctimas de la violencia; *El País* 4-5-2001 (22) «La irritación de Euskal Herritarrok», Soledad Gallego-Díaz; *El País* 5-5-2001 (20), «Depende», Emilio Alfaro. También Alberto Reig Tapia justificó el deber de los ciudadanos de sustituir al gobierno nacionalista por no haber sabido garantizar el derecho a vivir en paz de todos los ciudadanos. Sólo el demócrata por encima de cualquier otra ideología y no el patriota nacionalista por encima de su democracia defendía la libertad; éste, por el contrario, era el auténtico liberticida. Esta era la idea básica del autor, que veía en Basta Ya la mejor fusión de política y moral y, por el contrario, censuraba a Sabino Arana, a los actuales *ayatolás* y a los que hablaban de violencia y violencia política, cuando se practicaba la extorsión, el crimen y el desprecio a la vida y existían verdaderas mafias. Había que sustituir a los que sólo creían en la soberanía popular y en las elecciones mientras les favorecían (*El País* 11-5-2001 (24), «Patria y libertad»); *El País* 4-5-2001 (28), «El PNV busca nuevas oportunidades tras el fracaso de Lizarra», Luis R. Aizpeolea; «Gobernar con IU», L.R. Aizpeolea; (29), «¿Continuidad o cambio?», Imanol Zubero; *El País* 6-5-2001 (5, Domingo), «Contra la resignación», Santos Juliá; *El País* 13-5-2001 (Domingo, 7) «Votar, vivir», Santos Juliá.

directamente de la educación, sino de las carencias del sistema político nacionalista (discurso de deslegitimación del Estado, la identidad de fines políticos con ETA, intento de neutralización de la rebelión ciudadana, fomento desde el poder de un sentimiento romántico, melancólico, agónico, agravado de lo vasco); complicidad en el disfrute de los beneficios del mismo sistema; y complicidad por sacar provecho del terrorismo para la soberanía u otro tipo de ventajas políticas. El segundo aspecto fue que ni el PNV ni Ibarretxe resultaban creíbles. El tercero —que afectaba a la actitud del nacionalismo ante el pluralismo— era una crítica al modelo nacionalista de «identidad en la derrota», que negaba una identidad vasca basada en el pluralismo de la sociedad existente y persistía en el error de una estática identidad⁵⁵.

Sólo el 15% de los comentarios hablaron expresamente sobre ETA. Entre lo más destacable cabe reseñar el intento de explicación de la inexistencia de un enfrentamiento civil en el País Vasco que, de haberlo, sólo existiría entre las fuerzas políticas. La dialéctica de las dos comunidades enfrentadas no se había producido, no sólo por la madurez de la sociedad vasca, sino por el elevado nivel de bienestar económico, aunque (adelantando, tal vez, la poca consistencia de esta explicación) el autor opinaba que casi era un milagro que la sociedad vasca, sometida por la persistencia del terrorismo a un permanente escrutinio sobre el sentimiento de identidad y pertenencia, mantuviera un nivel aceptable de cordura e integración. La «solución final» emprendida por ETA, por otra parte, había desplazado la posible línea de fractura social entre nacionalistas y no nacionalistas a una nueva situada entre los amenazados y quienes todavía no lo estaban⁵⁶.

El mismo autor, dispuesto a analizar la estrategia de ETA para dominar el nacionalismo, observó la presencia omnipresente y condicionante de casi todo por parte de ETA, bien matase o no. Partiendo de que los votos no le interesaban de manera substancial, más bien los despreciaba, el autor destacaba que algunos «augures» («hablar de análisis en este asunto es impostura») pronosticaban que ETA se abstendría de matar en el País Vasco hasta el día 13 para evitar que los escaños de

⁵⁵ Ver *El País* 2-5-2001 (16), «Matar y excluir», Javier Pradera; *El País* 12-5-2001 (20), «Libertad o miedo», Francisco José Llera Ramo; *El País* 13-5-2001 (24), «El auge de la cultura de la violencia aturde a la sociedad vasca», José Luis Barbería; *El País* 13-5-2001 (20), «Los miedos enfrentados», Herman Tertsch; *El País* 2-5-2001 (11), «La democracia en el País Vasco», Gregorio Peces-Barba Martínez; *El País* 6-5-2001 (4, Domingo), «Ordago a pares», Javier Pradera; *El País* 8-5-2001 (2, País Vasco), «Palabra de vasco», Javier Ugarte; *El País* 10-5-2001 (15), «Se elige al sucesor de Ardanza», Patxo Unzueta; *El País* 10-5-2001 (8, País Vasco), «Pluralismo en Euskadi», Imanol Zubero.

⁵⁶ *El País* 30-4-2001 (24), «La línea de quiebra», Emilio Alfaro.

EH bajaran de 9 o 10 y tener, así, los suficientes para o bien otorgarle el poder al PNV o bien mandarlo a la oposición. Eso era lo que reclamaba su estrategia para hegemonizar al nacionalismo vasco.⁵⁷

Los hechos se encargaron de demostrar que la idea muy compartida de que ETA se abstendría de matar ante las malas perspectivas electorales de EH era falsa. El asesinato iba a marcar el último tramo de campaña. ETA, escribía, daba por perdidos los más de 60.000 votos ganados anteriormente por EH, prefiriendo «remarcar la férrea supeditación del brazo político al puño *militar*». ETA, aunque últimamente había hecho política para dividir a los demócratas y llevar a los nacionalistas al soberanismo, su capacidad de influencia en la sociedad vasca estaba en la violencia. El asesinato destacaba dramáticamente que lo que estaba en juego urgentemente no era sólo el resultado electoral y su consiguiente gobierno, sino la reconstrucción de la unidad de los demócratas contra el desafío de los violentos. ETA había vuelto a recordar algo que se había difuminado en el debate electoral y que podía llevar a pensar que el discurso constitucionalista era victimista, irreal y exagerado, que el primer «conflicto político» de Euskadi era el de afirmar la vida y la libertad de las personas. El crimen de ETA, además, interpelaba directamente a un PNV situado en tierra de nadie, entre violentos y víctimas. El PNV no acababa de darse cuenta, según el analista, de que la estrategia de aquéllos con quienes dijo compartir fines pasaba por suplantarse como fuerza hegemónica del nacionalismo. Para ello necesitaba «aislar al PNV del resto de las fuerzas democráticas» y debilitar los lazos esenciales de solidaridad que debían vincularle a ellas, especialmente cuando sufrían el azote de la violencia.⁵⁸

La incompreensión en Europa de que en un país democrático con alta renta nacional parte del electorado, anteponiendo las reivindicaciones nacionales a los derechos humanos y a las reglas de juego —como los fascistas— votase al terrorismo en lugar de recurrir a la vía democrática llevaba al europeo medio a mirar para otro lado cuando ocurría algún asesinato⁵⁹, lo que significaba indiferencia ante el dolor y la libertad. Frente a esto la mayoría de los comentaristas expresó la convicción de que el miedo a perder la democracia y la Constitución las había convertido en más valiosas. El descubrimiento de semejante valor se

⁵⁷ *El País* 3-5-2001 (20), «La presencia», Emilio Alfaro.

⁵⁸ *El País* 7-5-2001 (17), «ETA enseña sus cartas», Emilio Alfaro. El análisis es muy sugerente, pero silencia que también el PNV buscó lo mismo en Lizarrá: hegemonizar el nacionalismo y la sociedad, para lo que era imprescindible que ETA renunciara a su única ventaja, la de la violencia.

⁵⁹ *El País* 4-5-2001 (6), «El 13 de mayo, fecha clave», Ignacio Sotelo.

debía en buena medida a ETA, que había hecho evidente que la independencia podía traer la tiranía.⁶⁰ Los numerosos comentarios del día de la votación llamaron de una forma u otra a votar contra ETA y EH.

El diario nacionalista *Deia* repitió la campaña de la coalición cuantitativa y cualitativamente. La identificación entre el periódico y la coalición y entre el tipo de campaña de los colaboradores y el de los políticos fue total. En torno al 60% de los textos firmados sobre partidos tuvo por objetivo a los integrantes del españolismo, nacionalismo español, frente o bloque españolista, según las distintas denominaciones de los comentaristas. Fue el Partido Popular con el 70,66% de todos estos comentarios el centro de atención. Por importante que fue la defensa e identificación del periódico con la coalición nacionalista, fue mayor la estrategia de desprestigio y acoso contra los populares. Medios de comunicación, socialistas, jueces y asociaciones como Basta Ya formaban una unidad dirigida y dominada por el Partido Popular. En este sentido se escribió hacia la mitad de la campaña que el PP había encontrado valiosos compañeros de viaje en los medios de comunicación, en los jueces, en los socialistas, en los intelectuales casquivanos y agradecidos, gracias, además, a ETA y su entorno, para volver a los valores del anterior régimen⁶¹.

Los contenidos de las denuncias contra el Partido Popular pertenecían a un *corpus* nacionalista acomodado a la campaña y a los acontecimientos que la rodearon. Eso ocurrió, por ejemplo, con el debate, las palabras de Fraga sobre el euskera, el asesinato de ETA o determinadas actuaciones judiciales. La campaña fue la ocasión para decir lo mismo de siempre. Y lo de siempre fue la lucha del nacionalismo español contra el nacionalismo vasco, la del españolismo contra el vasquismo con los rasgos permanentes de la violencia, la imposición lingüística y cultural, el chovinismo, la intolerancia, la continuidad del franquismo, la negación del Estado de derecho (mediante el sometimiento del poder judicial al gobierno) y la ineficacia.

Todo esto se acomodó en la primera semana de campaña mediante la denuncia, varias veces repetida, del rechazo del diálogo; las huidas y espantadas de Mayor ante Ibarretxe; la pretensión de conquistar las instituciones vascas para deshacer la recuperación de su patrimonio y restituir la cultura, la lengua y la historia españolas; las tonterías, ignorancia, incultura, frivolidad y disparates de Fraga sobre el euskera; la demonización de la lengua vasca; las acusaciones contra AEK y la negación de subvenciones; las alabanzas al ministro francés Jack Lang

⁶⁰ *El País* 2-5-2001 (2, País Vasco), «Cambio de régimen», Ainhoa Peñafloreda.

⁶¹ *Deia* 6-5-2001 (34), «Ez naiz Pilarica», Mikel Atxaga.

por la incorporación del bilingüismo a la enseñanza y críticas a las palabras del rey sobre la no imposición del castellano; el chovinismo, nacionalsindicalismo y la lepra de España; la invención del miedo en Euskadi; la comparación de las palabras del Arzobispo de Sevilla a favor de los obispos vascos con el comportamiento del clero vasco durante la guerra civil, sugiriendo así la identificación de los populares con el franquismo y de los vascos con el antifranquismo; y las dudas, que parecían afirmaciones, sobre la posible conexión entre Mayor y el juez Garzón con su consecuencia de más cárcel para Euskadi.⁶²

La segunda semana conoció la repetición de algunos de estos extremos y añadió el silenciamiento de la oposición (acusación hecha por una pluma socialista); la defensa del PNV, Arzalluz e Ibarretxe por sus declaraciones sobre los asesinatos y futuro gobierno sin los votos de EH; la interpretación, como «última ocurrencia del frente españolista», de la solicitud de renuncia a los escaños de EH para gobernar; la calificación de virrey conquistador, destructor de las libertades y amenaza para el pueblo vasco dada a Mayor; la repulsa de todo lo vasco hecha por los «alguaciles» del idioma; la persecución franquista del euskera y catalán; la utilización electoral de la «muerte» de Giménez Abad, cuando había sido un poco la muerte de todos, lo cual no ayudaba a la acción conjunta contra la violencia; la defensa de la buena voluntad y diálogo para vencer a ETA en lugar de la estrategia policial y de enfrentamiento de Mayor; las acusaciones de complicidad del nacionalismo democrático, especialmente el PNV, con los asesinos, mentirosos y totalitarios de ETA; la intencionalidad política de ETA de favorecer el triunfo del PP a costa del PNV; la pretensión de acabar con el nacionalismo y no con ETA; la ocultación de la encuesta del CIS; la siembra del odio entre abertzales y españoles atribuida a Mayor; el recurso al juez Garzón —«práctica de las cloacas y de la mano negra»— para ilegalizar Haika y, así, frenar el traspaso de votos de EH al PNV, permitir un gobierno españolista en Ajuria Enea, reforzar los argumentos poli-

⁶² *Deia* 1-5-2001 (26), «El otro órdago a Mayor», Xavier Lapitz; 2-5-2001 (31), «Patriotas con cabeza de cartón», Josu Erkoreka; 3-5-2001 (11), «Fraga arremete contra el euskera, Mayor Oreja calla», J.C. Ibarra; (20), «El elector y sus derechos», Patxi Zabaleta; «Sucia campaña electoral», Pablo Beldarrain Solatxi; «Fraga nunca defrauda», Juan Carlos Latxaga; (32), «Los amigos italianos de Aznar», Kepa Bordegarai; (33), «Macanas», Xavier de Antñoana; «Justo apoyo a los obispos vascos», Agustín Altamira; 4-5-2001 (10), «Mayor responde a Redondo; “sí”, pero con mayoría absoluta», J.C. Ibarra; «Don Manuel y los extraterrestres», Paco Gandoy; (25), «¿Iribarne es un apellido con polvo de museo?», José Luis Iturrieta; (28), «Emociones en torno al euskera», Xavier Lapitz; (30), «El barullo electoral», Gabriel Mariscal; «El efecto de la desmemoria», J.J. Ramírez de la Piscina; (31), «La credencia vasca», Joaquín Navarro.

ciales de Mayor y promover las tesis más inmovilistas de EH; la parálisis y retroceso de la sociedad alavesa por culpa del modelo de gobierno popular en Alava y Vitoria; la denuncia de que la vía policial eternizaría el conflicto y lo extendería hacia las capas más populares ante la protección de los dirigentes; y la política de reducción de la autonomía vasca.⁶³

Partido Popular y Partido Socialista fueron interpretados como parte de un todo. Era de esperar que estaría firmado hasta un reparto del poder en el que el PP cedería al PSE la lehendakaritza para quedarse con las carteras más importantes. Mayor tendría, así, extendida la alfombra roja para volver a Madrid, una alfombra barrida por el PSOE. Esta identificación era una acusación contra Redondo, ya que diversos comentarios insistieron en que Zapatero se distanciaba de Redondo, González coincidía con Ibarretxe y Odón Elorza estaba por el diálogo sin exclusiones y por la no violencia. Por lo demás, el españolismo y la marginación del euskera en la campaña situaban a los socialistas en la coincidencia permanente con la derecha española. Lo que cabía esperar de su acceso al gobierno sería la reducción de la autonomía a una descentra-

⁶³ *Deia* 5-5-2001 (11), «Ibarretxe pregunta a Aznar si aceptará los resultados», J.C. Ibarra; (32), «“Vacas locas” y control parlamentario», José Luis Uriz Iglesias; «Leopoldo Barreda y el euskera de Ibarretxe», Martín de Arribillaga; (33), «De nuevo, el inefable Fraga», Joselu Cereceda; 6-5-2001 (34), «De Felipe González a Aznar», Xavier Lapitz; «Vetado por nacionalista», Amaia Fano; (36), «Dime quién te aplaude y te diré quién eres», Iñaki Anasagasti; 7-5-2001 (25), Xavier Lapitz; 8-5-2001 (11), «El respeto que se debe a un recién fallecido», Juan José Baños Loinaz; (11), «La fractura política marcó el día después del atentado», J.C. Ibarra; (16), «Que se vayan», Joaquín Navarro Esteban; (17), «ETA intenta marcar el ritmo», José Luis Uriz Iglesias; (30), «Bai, bakea behar dugu», Amaia Fano; 9-5-2001 (2), «Las opciones, los sondeos y las posibilidades», Juan José Baños; (11), «Las campañas se renuevan mientras aún resuenan los insultos», J.C. Ibarra; (12), «El día después del día después», Paco Gandoy; (28), «Manipular las urnas desde la pantalla», José Luis Iturrieta; (30), «Los embustes de Pío», Amaia Fano; (31), «Infancia precoz», Juan Carlos Latxaga; 10-5-2001 (2), «La palabra, la intención y los intérpretes», J.J. Baños Loinaz; (9), «Los partidos ponen la lupa sobre el “fruto prohibido” del CIS», J.C. Ibarra; (26), «¿Pero, qué cachondeo es éste?», Xavier Lapitz; «Los votos de la discordia», Amaia Fano; (29), «De votos y debates», José Ramón Blázquez; 11-5-2001 (2), «Hoy llega el gran final... ¿o el gran principio?», J.J. Baños; (9), «Garzón eclipsa a Aznar y Zapatero en la recta final de la campaña», J.C. Ibarra; (24), «Le regalo un poemario “guerrero” a Iturgaitz», José Luis Iturrieta; (28), «Y Garzón entró en campaña», Xavier Lapitz; «¿Y qué hará cuando pierda...?», Amaia Fano; (30), «¡Oye ETA mi aflicción...!», Angel Gaminde Montoya; «El modelo del PP hace aguas en Alava», María Jesús Agirre; 12-5-2001 (26), «Un rápido resumen de mensajes», Xavier Lapitz; «Apuntes para una reflexión», Amaia Fano; (29), «Generosidad y centralismo», Gorka Knör Borrás; «Un debate clarificador», José Ignacio Bajo; 13-5-2001 (26), «La ¿nueva? derecha europea», Xavier Lapitz; (32), «Guía para discretos», Antonio Alvarez Solís; *Deia* 3-5-01 (20), «Sucia campaña electoral», Pedro Bel-darrain.

lización administrativa. *Deia* escribió que para la coalición PP-PSOE todo lo que no fuera obtener la mayoría absoluta sería un fracaso rotundo, cuyas consecuencias serían una nueva espantada de Mayor Oreja —por anteponer siempre su propia carrera política a cualquier otra cosa—, la posible aceptación de la Lehendakaritzza por Redondo —sometido a la paradoja de una coalición minoritaria y de la minoría de su partido dentro de la propia coalición con, tal vez, resultados favorables electorales para el PP, contradicciones en su partido y un cambio de rumbo postelectoral—, y la paradoja mayor de pretender ser la alternativa al PP en España haciendo seguidismo del propio gobierno en el asunto más trascendental, la cuestión vasca. Ahora bien, el cambio que ofrecía esta coalición era el de la marcha hacia atrás desde el autogobierno a la descentralización administrativa, porque nada más se podía esperar de quienes no habían completado el Estatuto y lo habían considerado carta otorgada.⁶⁴ Al PSOE se le situó en «el limbo político tradicionalmente reservado a los monaguillos de la derecha» y a Redondo se le consideró «un caso grave de ignorancia palmaria o de ligereza irresponsable»⁶⁵.

Irrupción de la España nacional con sus programas de radio al servicio de «la cosa»; carroña radiofónica; espiral del silencio (expresión utilizada en comentarios de diverso signo político) de las grandes campañas mediático-judiciales; guerra mediática; descalificación de los obispos, siguiendo el modelo de Goebbels, por no cubrir «con el palio sagrado» el pacto PP-PSOE y negarse al «cesaropapismo constantiniano o franquista»; feroz campaña nacional e internacional no contra ETA, sino contra el nacionalismo vasco democrático; tertulias que destacaban el ambiente de guerra civil; descalificaciones y acusaciones contra los obispos; simplificación de la problemática de Euskadi; antinacionalismo vasco; prensa de partido; mentiras sobre el miedo en Euskadi; apoyo de los medios a los partidos constitucionalistas en perjuicio de los nacionalistas en trato, tiempo, insultos, silencios y marginación; intoxicación de la prensa y radio; campaña mentirosa de desprestigio

⁶⁴ *Deia* 9-5-2001 (20), «El cambio, ¡qué cambio!», Txema Montero; 1-5-2001 (9), «Mayor continúa llevando de la mano al PSE “por la buena senda”», J.C. Ibarra; 4-5-2001 (28), «Zabaleta y Elorza en positivo», Amaia Fano; 5-5-2001 (11), «Ibarretxe pregunta a Aznar si aceptará los resultados», J.C. Ibarra; (32), «Leopoldo Barreda y el euskera de Ibarretxe», Martín de Arribillaga; 6-5-2001 (2), «A caballo entre las entrevistas y las encuestas», J.J. Baños; (34), «De Felipe González a Aznar», Xavier Lapitz. En *Deia* 29-4-2001 (33), «Lo mejor de lo mejor», Juan Carlos Latxaga, las palabras de Redondo en el acto del Kur-saal se califican de «caso evidente de obediencia debida».

⁶⁵ *Deia* 9-5-2001 (32), «El 13 de mayo, elección», Luis M.^a Retolaza y Ramón Laba-yen.

internacional, nacional, política y religiosa sobre el nacionalismo y la situación de Euskadi; interpretaciones a la carta de los sondeos; uso abusivo de los medios públicos de comunicación; brunetes mediáticas («se mata con las pistolas y con la mentira. Con la chulería de una mayoría que pretende pisar la libertad y dignidad de un pueblo, lo dijo Joaquín Navarro Esteban») y «jauría mediática gubernamental» son el resumen de lo que se escribió contra uno de los soportes de la opción del Partido Popular, los medios de comunicación.⁶⁶

La contestación a la intervención de algunos intelectuales en la campaña de los partidos constitucionalistas siguió el camino del ataque personal y no el de la argumentación. No eran todos los intelectuales españoles, sino sólo los que amparaban el nacionalismo español en el momento en que España, de la mano de Aznar, había vuelto a amanecer. Así se explicaba en un artículo que trataba, además, de describir la relación entre tales intelectuales y varias asociaciones. En el grupo de intelectuales pro nacionalismo español estaban los vascos Jon Juaristi y Savater, a quienes les separaba no sólo la opción por Mayor o Redondo, sino el sueldo. El que más cobraba, Juaristi, pedía el voto para Mayor; Savater, al que había tocado la dieta, lo pedía por Redondo, a la espera de la nómina. No convencían al autor los intelectuales que estaban siempre a favor del poder. Y, a partir de la rectificación de la «mentira» del Foro de Ermua sobre la supuesta propuesta de la asociación para el premio Nobel de la paz, que al autor no le pareció cosa baladí, escribió: «La mentira, y siendo generosos la falta de rigor, es un arma habitual de la presunta intelectualidad que luego ha derivado en un variopinto grupo de presión: unas veces se llama Basta Ya y otras

⁶⁶ Ver *Deia* 27-4-2001 (12), «La radio, electrodoméstico para el potaje», Paco Gandoy; 28-4-2001 (12), «Desprecio a las reglas de juego», Paco Gandoy; 29-4-2001 (10), «El bombardeo de todos los días», Paco Gandoy; 30-4-2001 (2), «De algunos osos entre la mofa y la solemnidad», Juan José Baños; (8), «“Cope”ración», Paco Gandoy; (22), «La división acorazada», Joaquín Leguina; (23), «¿Salvar los muebles?», Alfonso Arnau Torres; 1-5-2001 (10), «El altavoz del frente», Paco Gandoy; (30), «Los obispos y la paz», José Ramón Scheifler; 2-5-2001 (10), «Los episodios nacionales o las crónicas de un pueblo imaginario», Paco Gandoy; (28), «Los otros agentes de campaña», Xavier Lapitz; «1.º de mayo, día de los sindicatos», Amaia Fano; 3-5-2001 (12), «Los nuevos géneros radiofónicos», Paco Gandoy; (20), «Sucia campaña electoral», Pablo Beldarrain Solatxi; 4-5-2001 (18), «Limpios de pecado», Pello Salaburu; 5-5-2001 (11), «Ibarretxe pregunta a Aznar si aceptará los resultados», J.C. Ibarra; (12), «Encuestas, mentiras y otras técnicas», Paco Gandoy; (30), «Encuestas para la papelera», Xavier Lapitz; 6-5-2001 (19), «Carta abierta al Sr. Mayor Oreja», Koldo Alday; 7-5-2001 (26), «La gran mentira, el gran error», José Ramón Scheifler; 9-5-2001 (12), «El día después del día después», Paco Gandoy; (28), «Manipular las urnas desde la pantalla», José Luis Iturrieta; (30), «Los embustes de Pío», Amaia Fano; 10-5-2001 (29), «Los mimbres y los cestos», Josu Erkoreka; 12-5-2001 (26), «Un rápido resumen de mensajes», Xavier Lapitz.

Foro El Salvador o Plataforma por la Libertad. Suena todo muy bien, pero mienten más que hablan»⁶⁷.

La crítica a los intelectuales participantes en un debate en Antena 3, que parecían ser José María Calleja y el pintor Ibarrola, contenía comentarios despectivos de tipo personal acompañados de la habitual interpretación nacionalista que veía el nacionalismo en medio de dos frentes con víctimas y dolor por ambos lados y que rechazaba, por supuesto, el olvido de una de las partes, pero, además, la acusación de complicidad del silencio ante las víctimas actuales. «Dijo cosas muy interesantes —se refería a unos de los comentaristas—, vistas desde prismas lejanos. Monotema, la violencia, el miedo. Ellos los sufridores. Nosotros, los cómplices. Por silenciosos. Pues muy bien. Hablaron luego las víctimas. Sólo las de un lado de la campaña. Madres, esposas, hijos. Que han sufrido el zarpazo de la barbarie. Un respeto a su dolor. Pero no hubo referencia alguna a otros dolores en la trinchera de enfrente. Ya digo, un canto a la objetividad»⁶⁸.

En un mismo artículo de «opinión» el autor del mismo recordaba su regreso del exilio y, en relación a Fernando Savater, la distancia que había entre lo protagonizado por él en la campaña en el Kursaal y lo que había escrito en años anteriores en periódicos como *El País* y *Egin*, de los que se transcribían textos mal citados y que no clarificaban nada. Sólo era nítida la calificación de su ataque al «nacionalismo democrático» en el acto de San Sebastián: injusto y calumnioso y, sobre todo, inquietante en quienes decían «apostar por la convivencia». Savater no buscaba la paz ni la libertad; simplemente daba vueltas sobre sí mismo como cuando era crío, «importándole un bledo su labor destructiva de una posible convivencia»⁶⁹.

⁶⁷ *Deia* 9-5-2001 (30), «No fue un simple desliz», Xavier Lapitz. En *Deia* 29-4-2001 (32), Amaia Fano, se califica a los intelectuales que intervinieron en el acto de «iluminados»; ver, también, 12-5-2001 (26), «Apuntes para una reflexión», de la misma autora, citado anteriormente.

⁶⁸ *Deia* 12-5-2001 (23), «Hoy toca silencio a la clase política», José Luis Iturrieta.

⁶⁹ *Deia* 13-5-2001 (29), «Tuve un compañero de pupitre apellidado Fernández Savater», Iñaki Anasagasti. En un comentario (de tópicos de campaña y ataques personales) Emilio Olabarriá Muñoz escribió que la guerra civil de Savater era una de las reflexiones apocalípticas de la campaña para el caso de que ganase la coalición nacionalista. Era la apelación al voto del miedo, un tal dislate político que los medios de comunicación de dependencia o afinidad gubernamental habían intentado ocultar. Probablemente tenían carácter delictivo y si las hubieran dicho otros portavoces políticos, no serían descartables las diligencias pertinentes por parte de la Fiscalía General por intimidación según el artículo 146 del Código Penal. Tales manifestaciones (pasando al ataque personal) ponían en entredicho la formación impartida por este profesor en la universidad y, sobre todo, teniendo en cuenta que en los veinte años de gobierno nacionalista, que había llevado al país a sus más altas cotas de

Fue en el insulto, donde de manera más clara y contundente los comentarios de *Deia* expresaron la amalgama de los políticos, populares y socialistas, con los intelectuales, Basta Ya, medios de comunicación, magistrados y Junta Electoral. Así se hizo en un artículo, en teoría, de opinión sobre los derechos de los electores, en el que el articulista unió las descalificaciones de Mayor Oreja —político fracasado, sargento chusquero de la política, «fatxa», monaguillo de los ultranacionalistas del imperio, abrazado a los del bombardeo de Gernika—, las de Fernando Savater —maestro de la vieja ética de Goebels, internacionalista para ocultar su ultraespañolismo—, las de Mikel Azurmendi —ideólogo según las modas, hombre de no fiar—, las de Ibarrola —eterno defensor del centralismo, seguidor de los mecenas, que nunca había dicho que el nacionalismo fuese democrático— y las de Boadella —profesional del sarcasmo y de la ironía, sometido al capricho del poderoso o comunicador de lo contrario de lo que se le entendía—. Estas eran las cuatro patas de la «butaca orejera», los paracaidistas de las miserias más graves de Basta Ya. El artículo, anunciado para defender que la dignidad de los electores exigía el reconocimiento de la primacía de los derechos de los electores, su igualdad, la claridad y la concreción de los mensajes, terminó pidiendo el voto contra Mayor Oreja, previas las descalificaciones aludidas y las denuncias de la manipulación de los censos —caso del cuartel de Intxaurrondo por incluir a las familias de los guardias— y de la calificación de los electores de la Izquierda Abertzale como malditos.⁷⁰

En el acto de Basta Ya en el Kursaal los políticos actuaron con «carga de exclusión» hasta el punto de que, si lo hubiera hecho algún político nacionalista, habría dado lugar a un nuevo capítulo del informe de Alvaro Gil-Robles; los intelectuales fueron unos iluminados; las palabras de Redondo expresaron obediencia y «calentura electoral»; los presentes, una cuadrilla; y los destacados intelectuales de la cultura euskaldun brillaron por su ausencia. Según el comentarista, el acto había reunido a madrileños —personas que «preconizan y participan de un poder absoluto, vertical, autocrático»— y a pocos euskaldunes —los que de verdad dan carácter a lo vasco. «Colosal manipulación», «venta barata de emociones», manifestación de cosas tremendas, intelectuales

bienestar económico y social (sin ninguna explicación objetiva), no había habido ningún atisbo de guerra civil, quien se estaba preparando para la guerra era o Savater o alguno de sus seguidores. Lo más probable era que sobrasen tales reflexiones, decía el articulista, y lo más que podía suceder era que alguno no fuera Consejero de Educación, si ganaba la coalición nacionalista. Al recurrir al miedo y al desgarramiento apocalíptico, es que se daban las elecciones por perdidas. (*Deia* 1-5-2001 (18), «La guerra civil de Fernando Savater»).

⁷⁰ *Deia* 3-5-2001 (20), «El elector y sus derechos», Patxi Zabaleta.

acunados por la cuestión vasca, «jinetes de Kazán» que volverán después de Mayo, «mitin contra la libertad de un pueblo», eso fue el acto. Según las palabras (insultantes e inaceptables) como las de Azurmendi —el euskera es la única lengua del mundo que mata— se creaba el caldo de cultivo de otras mentiras, como las que se vertían sobre las ikastolas o sobre la cultura vasca.⁷¹

Grandilocuente, vacío y falso era el discurso del «jefe del cuartelillo» que se paseaba por tierras vascas con toda su cohorte, en la que también estaban «intelectuales eunucos de su concubinato particular». Este era Aznar, cuyos socios políticos naturales —Berlusconi, Fini, Rauti— entroncaban «con los postulados del más rancio fascismo italiano». En este círculo el presidente se sentía cómodo y él ejecutaba «operaciones tan depravadas desde el punto de vista político como expulsar al PNV del partido Popular Europeo para hacerle un hueco a Berlusconi y su cuadrilla de fascistas. Esa es la deriva que espera a una Euskadi en manos de Aznar si el 13 de mayo no se le pone remedio»⁷².

Y lo que por su extensión podía parecer un análisis era una buena colección de insultos, que reservaba las alabanzas para el candidato nacionalista, su programa y único proyecto de libertad y de convivencia para el país. El autor, que llamaba a trabajar por el voto como él, que en una semana había «amarrado» 15 votos, incluso de residentes en Caracas y La Habana que vendrían expresamente a votar, decía que la cuña electoral del partido socialista era un «cubo de basura»; el senador Javier Rojo era un «bocazas desatado y agresivo»; TVE hacía campaña contra el nacionalismo y la Junta Electoral Central (la misma que había favorecido a la coalición nacionalista en la atribución de los espacios gratuitos), «brazo ejecutor del españolismo más rampante», lo negaba; el PSE estaba en situación mendicante, de maletero del ex ministro de Interior, y, juntamente con el PP, pondría al euskera en un museo, si estuviera en sus manos. Ni Fujimori ni Montesinos habrían organizado mejor el ataque al PNV-EA y los desprecios e insultos al nacionalismo vasco. «Crear una realidad virtual, unir nacionalismo con violencia, centrar los ataques en el PNV-EA y no en ETA, utilizar a Aznar a todas horas contra el Gobierno Vasco, silenciar las noticias positivas, desmesurar cualquier in-

⁷¹ *Deia* 29-4-2001 (9), «Redondo y Mayor ven en “Basta Ya” lo mejor de la sociedad vasca», J.C. Ibarra; (32), «¿Intelecto o política pura y dura?», Amaia Fano; (33), «Lo mejor de lo mejor», Juan Carlos Lotxaga; 30-4-2001 (16), «Los jinetes de Kazán», Antonio Alvarez Solís; (21), «Los idiomas no matan», Juan Carlos Latzaga; 1-5-2001 (26), «Quien ríe el último, ríe mejor», Amaia Fano, que denuncia los ataques en el Kursaal contra Madrazo, por tener la valentía de no sumarse a sus filas. Ver, también, *Deia* 9-5-2001, (30), «No fue un simple desliz», Xavier Lapitz, citado anteriormente.

⁷² *Deia* 3-5-2001 (32), «Los amigos italianos de Aznar», Kepa Bordegarai.

conveniente y todo esto con el escudo protector de una Junta Electoral llena de hostilidad contra un nacionalismo al que hay que pasarle factura. Y luego dicen que recurramos al Tribunal Constitucional, árbitro casero elegido por ellos. Si esto es una democracia que venga Montesinos y lo certifique...» Quien todo esto escribía no tenía inconveniente en recordar, a propósito de una intervención del socialista Augusto Bebel en el Parlamento alemán por la que, al recibir una gran ovación de la derecha, exclamó aquello de «¡qué habré dicho para que me aplauda esta canalla!» —la anécdota venía a cuento para llamar a reflexión a Redondo por los aplausos que recibía del PP—, que «nunca es excesiva la cautela, cuando se trata de hablar o de actuar para el público. La palabra suele ser voluble y a veces dice lo que no queremos decir»⁷³.

El insulto y la autocomplacencia se unían a la demagogia (ya el anterior era un ejercicio de demagogia) en un artículo que tenía por objetivo la crítica del PP y, especialmente, Mayor Oreja y Carlos Iturgaiz. Comenzaba el artículo por manifestar su rechazo frontal de los debates electorales con diversos argumentos que culminaban en la afirmación de que pertenecían, sobre todo, a la cultura norteamericana, que, quizá, por su falta de experiencia histórica y por ser una sociedad tan hipócrita y falsificada, necesitaba la voz del predicador y el espectáculo de los discursos emocionales. Pero esto era Euskadi, «un viejo país donde tenemos una sana prevención con los charlatanes». Resultaba, además, que Mayor Oreja, «enemigo mortal del diálogo político y paladín de los silencios», quería ahora debates. La cosa sonaba a falso, hería y sangraba (el autor parece olvidar que la propuesta de debate, que saltó a la campaña con más fuerza, fue la de Ibarretxe), tanto más cuanto el debate era un espacio en vías de extinción en las televisiones —lo que había era del género de la telebasura, v.g. Javier Sardá, o del género de humor, el de José María Calleja en CNN+, que si hablaba del País Vasco llevaba a dos personas de la misma opinión españolista— y en la radio española, donde había sido substituido por la tertulia, que, salvo «la meritoria excepción de Iñaki Gabilondo», sólo transmitía agresividad personal e institucional, odio a lo vasco y papanatismo. En resumen, los debates no eran ninguna necesidad democrática y el autor sólo creería en los del PP «el día en que su elegido sea ese portento de la dialéctica euskaldun, ese campeón del argumento, ese Castelar del parlamentarismo autóctono, ese Cicerón de la retórica postmoderna, ese Fénix de los ingenios cuyas palabras embelesan y arrebatan, ese pico de oro apasionante llamado Carlos Iturgaiz»⁷⁴.

⁷³ *Deia* 6-5-2001 (36), «Dime quién te aplaude y te diré quién eres», Iñaki Anasagasti.

⁷⁴ *Deia* 10-5-2001 (29), «De votos y debates», José Ramón Blázquez.

Algunos de los supuestos argumentos recogidos más arriba —estrategia de confrontación con el nacionalismo para destruirlo, premisa de que el nacionalismo «democrático» era el responsable de ETA, abandono del consenso de la transición, frente popular-mediático-judicial, desaparición de los escrúpulos y de los argumentos jurídicos en la lucha contra el terrorismo, cruzada de insultos y calumnias contra el nacionalismo, ausencia de legitimación intelectual, centralismo, franquismo, abandono de los intereses vascos— se utilizaron, también, en comentarios con pretensiones de ser más que denuncias, escritos por nacionalistas e, incluso, por algún miembro del Partido Socialista y ex miembro del Partido comunista, cuyo lazo de unión fue la censura al Partido Popular y el poco rigor en la argumentación. El beneficiado de todo ello era, por lo menos, el nacionalismo de la coalición.

Parte de estos contenidos se daban en la descripción de la interpretación que en Madrid hacían de las elecciones: un referéndum, en el que había que «vencer, hundir, machacar y triturar al nacionalismo democrático». Las elecciones vascas se iban a desarrollar sin control político y con mínimos democráticos, y, mientras en Madrid se presentaban libros contra el PNV —violencia, sexo, antinacionalismo, cien mentiras, una portada con ikurriña—, no eran noticia varios «salvajes atentados» contra los batzokis de Elorrio y Portugalete. La campaña de Mayor Oreja era como las cruzadas, una campaña bien arropada. «Políticos europeos, víctimas del terrorismo, escritores agradecidos, intelectuales a la violeta, colectivos fantasmas, todo vale para decir lo bueno que es, lo pérfido del nacionalismo a quien hay que pilonar y el mundo idílico que hagan, sin decir cómo, y que nacerá el 13 de mayo. Acabará con ETA, pondrá al PNV-EA en su sitio, encarcelará a media humanidad, distribuirá entre La Rioja y Cantabria los fondos vascos, dejará a ETB en su sitio, permitirá a la gente sólo decir “egunon”, valorará el inglés por encima del euskera y acabará con los mitos nacionalistas. San Jorge no lo haría mejor ante el dragón»⁷⁵.

La estrategia hostil de los populares contra el nacionalismo era el obstáculo a la llamada a los líderes políticos a dialogar al día siguiente de las elecciones, recordando la petición en tal sentido que se hizo en la manifestación tras el asesinato de Lluch. El diálogo debería abordarlo quienquiera que alcanzara el gobierno vasco con todas las fuerzas que condenaran la violencia y los atentados, porque lo que querían saber

⁷⁵ *Deia* 29-4-2001 (34), «Pasar el despacho de Ajuria Enea a Intxaurrendu», Iñaki Anagasti. En el artículo «Ibarretxe eta kitto», de Mikel Atxaga, se pide el voto nacionalista para Ibarretxe.

los vascos era cómo se iba a afrontar el problema de la violencia —percibido por españoles y vascos como el problema más preocupante— y qué capacidad de acuerdo existía entre las fuerzas democráticas. La política del diálogo debía sustituir a la estrategia de la tensión y confrontación con el nacionalismo que seguía el Partido Popular, cuya construcción teórica partía de la premisa de que el nacionalismo democrático vasco era el responsable último de la violencia de ETA, por lo que para acabar con ETA había que acabar en primer lugar con aquél. El articulista interpretaba que había sido el centro-derecha español el que con esta nueva estrategia se había alejado de la que siguió en la Transición, compartida por el PSOE y el PCE, de buscar un acuerdo con el nacionalismo, entendiendo que lo prioritario era el aislamiento social y político de ETA, estrategia que había permitido la aprobación del Estatuto de Gernika, la incorporación del PNV a las mayorías parlamentarias, el Pacto de Madrid y el de Ajuria Enea. Se había, pues, roto la unidad democrática y el consenso, por lo que urgía recuperar éste, al menos, en varias cuestiones: la prioridad de la violencia y el reconocimiento de que no existía una solución exclusivamente policial; el Estatuto como punto de encuentro; y la búsqueda del acomodo definitivo del nacionalismo en el edificio constitucional. Sería una buena noticia, concluía el autor, que se recuperasen el talante y los métodos utilizados en la Transición como se había recordado recientemente en una reunión de dirigentes y ministros de UCD con Jaime Mayor Oreja.⁷⁶

La criminalización del nacionalismo y el olvido de la independencia institucional se usaban en otro escrito que comentaba el homenaje a Mayor Oreja celebrado en Madrid, al que asistieron miembros del gobierno, jueces, fiscales, el Defensor del Pueblo —«representantes de poderes constitucionales, obligatoriamente independientes entre sí»— y empresarios, banqueros, dueños de los medios de comunicación próximos al Partido Popular —representantes de poderes «reales y actuantes en la mal llamada sociedad civil». Era, también, un acto de apoyo electoral a Mayor Oreja, que, a pesar de la «división acorazada» mediática, había dejado tras su marcha del ministerio de seguridad «más borrones que escritura, más nubes que claros». A pesar de esto, lo que ahora interesaba era que ganase en el País Vasco, por encima de todo,

⁷⁶ *Deia* 30-4-2001 (16), «Hablad, hablad, hablad», Enrique Curiel. El análisis ignora la responsabilidad del mal llamado nacionalismo democrático —todos los partidos tienen nombre— en la ruptura de la unidad democrática con el pacto de Lizarra y la vierte exclusivamente sobre el Partido Popular. Las condiciones del consenso muestran el idealismo de la propuesta. Toda la crítica al PNV se reduce a pedirle explicaciones sobre por qué no rompió con EH al día siguiente del primer atentado tras la tregua o por qué no desveló que tal pacto impedía el acceso de los socialistas al gobierno de Ibarretxe.

a cualquier precio, incluso a costa de las formas. «Todos contra el nacionalismo vasco a quien se criminaliza». Esto suponía, según el autor, seguir la dinámica dicotomizadora de ETA y abandonar la actitud seguida durante años de no considerar culpables de delito a los integrantes del entorno de ETA —miembros de HB y gestoras, que aplaudían a los asesinos, y jaleadores y sostenedores del terrorismo— y la diferenciación entre la delincuencia del terror y la acción política independentista. Con la llegada del PP habían desaparecido los escrúpulos y los argumentos anteriormente antijurídicos habían dejado de serlo y, en consecuencia, ETA no era ya sólo los comandos, sino los integrados en organizaciones satélites al amparo del Estado democrático de derecho. Esta había sido siempre la interpretación de los ministros de Interior, pero no la del poder judicial y mediático. Había que explicar cómo podía ser posible este cambio, si el ordenamiento jurídico era el mismo —y el giro estratégico del PNV había sido sólo un error—, y por qué era «legítimo saltarse las barreras y olvidar la debida independencia institucional para juntar todas las fuerzas en torno a un proyecto político de derechas». Se trataba, simplemente, de reescribir la historia imponiendo el silencio, ««la espiral del silencio» que acompaña a todas las grandes campañas mediático-judiciales con efectos políticos avasalladores»⁷⁷.

En la misma dirección se escribió un artículo propagandístico y esparpéntico en el que la «credencia», que fue la comunidad medieval de campesinos, artesanos y asalariados, una forma de autogobierno libre e independiente de los señores feudales, sirvió para presentar a los populares y al frente judicial en contra de la libertad e independencia —la credencia vasca—, de la que estaba enamorada la mayoría del pueblo vasco y por la que éste «luchará y después descansará». Así como los cruzados feudales de la cuarta cruzada se lanzaron contra los comuneros italianos, así una nueva cruzada estaba actuando contra los comuneros actuales, sus amigos y sus feudos, los nuevos herejes. «Contra ellos no hay mentira suficiente, difamación excesiva, disparate bastante o exceso reprochable». Un ejemplo era el famoso debate. Otro lo era la actuación del frente judicial —cierre pretoriano de Ardi Beltza, encarcelamiento de Pepe Rei con grave riesgo para su vida y anuncios de la eliminación de Haika y más tarde de EH y todo el MLNV. Así se llegará al «paraíso español de los cruzados. No hay más dios que Aznar y Mayor es su profeta». Sólo había una patria, una nación y una lengua, nunca impuesta, aunque muchos, por negarse a hablarla, encontraron la

⁷⁷ *Deia* 3-4-2001 (22), «La división acorazada», Joaquín Leguina.

muerte o la cárcel. «Cuando los insultos y las calumnias contra el nacionalismo vasco parecían insuperables, de nuevo hemos vuelto a comprobar que todo es superable»⁷⁸.

La supuesta pretensión del PP de encontrar entre los pensadores políticos españoles algún padrino que permitiese avalar la democracia de sus planteamientos ideológicos y que ocultase «el vergonzante sustrato franquista de sus fundadores» fue tema de un comentario. Tal intelectual parecía ser Ortega, sólo que era utilizado de manera poco honesta y sincera, ya que de él se tomaba su proyecto de vida en común, pero se dejaba de lado su crítica al uso particularista del poder central —particularismo en sentido de utilizar el poder para fines privados—, que estaba en el origen, según Ortega, de la eclosión de los particularismos catalán y vasco. La solución del problema nacional no estaba en ganar las elecciones a vascos y catalanes. El problema estaba en el centro. El autor aplicaba el caso a Mayor Oreja, calificándolo de «patriota con cabeza de cartón» tal como Ortega llamó los políticos de su época, por creer que ahora «el problema de su proyecto nacional español radica en ganar las elecciones autonómicas vascas y catalanas»⁷⁹.

El último comentario de este apartado concluía, dirigiéndose a los gobernantes españoles «centralistas», que «su generosidad, y su españolismo de embudo, además de impuesto, nos sale carísimo». La ocasión del comentario eran las declaraciones de Aznar y Areilza en el sentido de que Euskadi tenía una de las autonomías mayores del mundo y que el gobierno central estaba acostumbrado a sacar las castañas del fuego a cada una de las autonomías. En el escrito se negaba que Euska-

⁷⁸ *Deia* 4-5-2001 (31), «La credencia vasca», Joaquín Navarro.

⁷⁹ *Deia* 2-5-2001 (31), «Patriotas con cabeza de cartón», Josu Erkoreka. No es aceptable la explicación o sugerencia —en el supuesto de que el artículo tenga algo de lógica— de que el problema que planteaba el PNV, el del soberanismo, autoderminación o independentismo, tuviese por origen la patrimonialización del uso del poder central, lo que Ortega llamaba particularismo. La idea de una democracia corrompida como justificación del separatismo nacionalista no era el fundamento de las pretensiones nacionalistas, por más que Arzalluz y Anasagasti insistieran en la poca calidad de la democracia española. Este argumento se usaba para desprestigiar al adversario y, en todo caso, para completar la justificación de las pretensiones «naturales» del nacionalismo, basadas en la idea de nación, pueblo natural, que, en su opinión, eran el origen de su legitimidad. Esta reflexión es, además, sorda a la acusación del uso clientelar del poder autonómico por parte de los nacionalismos periféricos y regionalismos. Por otra parte, la afirmación de que al observador objetivo le resulta difícil discernir si los defensores de la idea de España como proyecto común tuvieron (se cita a Oriol, Urkijo, Ibarra, Bilbao, Oreja, Iturmendi) a este proyecto como más sugestivo que el de utilizarlo para su progreso personal, olvida que no se puede entender la creación de la nación sin los intereses y valores particulares y sociales que la acompañan o motivan, especialmente, los de la burguesía, aquí, en Francia y en cualquier otro país. Lo contrario sería una interpretación idealista de la historia y de la realidad política y social.

di tuviera la autonomía de la que hablaba Aznar basándose en dos criterios. El primero tenía en cuenta la representación directa ante la UE en los temas que afectaban a las competencias o intereses de los entes subestatales y, además, la representación interna en la toma de decisiones dentro de cada Estado. Mientras Euskadi no tenía representación en Europa, sí la tenían, en cambio, escoceses, flamencos, valones, diferentes länder alemanes y austriacos. Lo mismo ocurría en cuanto a la representación interna. En este sentido, la Conferencia Sectorial de las Comunidades Autónomas carecía de todo valor, según el autor. El segundo criterio tenía en cuenta que muchas competencias (que no se concretaban) exclusivas de las Comunidades Autónomas habían pasado al ámbito comunitario y era el Estado el que las ejercía. Ello suponía una recuperación por parte de éste de competencias que perdían las autonomías. En cuanto a la defensa de las autonomías por el Estado se recordaban (sin más consideraciones) los 75 recursos interpuestos por el Gobierno de Madrid contra medidas fiscales vascas o el recurso contra la delegación del Gobierno Vasco en Bruselas. La conclusión era que el Estado español era de estructura descentralizada, pero de mentalidad centralizadora que, además de no reconocer el derecho del País Vasco a ejercer la autodeterminación, no permitía la representación en Europa perjudicando así los intereses vascos. «Por favor, señores gobernantes españoles, les pedimos que no sean generosos con nosotros»⁸⁰.

La mayor parte de los textos breves relativos a la coalición nacionalista manifestó una coincidencia total con sus afirmaciones básicas de campaña sin ningún tipo de innovación. Los colaboradores apoyaron mediante su repetición lo que en las páginas del periódico aparece como información de las manifestaciones de los políticos. La identidad —que ocupó casi el 34%— fue, en general, absoluta. Y como no hubo añadidura a las tesis nacionalistas, sus afirmaciones vinieron acompañadas de la crítica o denuncia de populares y socialistas como

⁸⁰ *Deia* 12-5-2001 (29), «Generosidad y centralismo», Gorka Knörr Borrás. El escrito, en la línea de la campaña nacionalista, que de ninguna manera puede considerarse un análisis —lo mismo cabe decir de los anteriores artículos— es extravagante por la afirmación de que el autogobierno vasco era caro para los vascos («nos») por culpa del españolismo centralista y por unir el centralismo con la negación del supuesto derecho de autodeterminación, lo que convertía a todos los Estados del mundo, por disparate político-literario, en centralistas, ya que ninguno lo reconocía. Por otra parte, es insuficiente valorar el autogobierno basándose únicamente en los criterios manejados y, mucho menos, si no se aclara el significado de «representación directa», aunque tales criterios eran también básicos y debían tenerse en cuenta, especialmente el que se refería a la pérdida de competencias exclusivas. Por último, no se puede citar los recursos, sin mayor rigor de explicación, como negación de la defensa de la autonomía ante la UE.

defensa del nacionalismo. Esto ocurrió al hablar de los resultados electorales previsibles, del diálogo, de las candidaturas a lehendakari y de los objetivos de los partidos. Sólo hubo palabras de alabanza, si se exceptúa a Madrazo, para Ibarretxe y únicamente se aclararon los objetivos nacionalistas: conseguir que los vascos pudiesen decidir su futuro sin límites ni presiones en el caso del PNV-EA o la construcción nacional de EH. Hasta los términos usados por los candidatos, se escribía, identificaban a los mismos. Frente al «miedo» o «derrota» o «no» de Mayor y Redondo, estaban las palabras de Ibarretxe «construir», «colaborar» y «dialogar» para la paz⁸¹.

La identificación con la campaña de la coalición incluyó la felicitación por la presencia de un equipo vasco en el Tour; la petición expresa o tácita del voto para la coalición; la adulación a Ibarretxe; el apoyo a la estrategia nacionalista ante la violencia, Lizarra incluido; el reconocimiento de la virtud nacionalista ante la calumnia; la consideración del programa nacionalista como proyecto de libertad; la jactancia por el éxito económico y el bienestar, mayores que en «el resto del Estado»; la denuncia de la conspiración cuasi universal contra el nacionalismo democrático; la instrumentalización del terrorismo de ETA para atacar al PNV; la presentación del PNV en el centro de las dos violencias, la que puede matar y la que puede detener; la dramatización del momento electoral, el ser o no ser de la construcción o aniquilación de Euskal Herria; y la denuncia del miedo, antidemocracia e intromisiones del gobierno, jueces, kale borroka y ETA en la campaña⁸².

⁸¹ *Deia* 13-5-2001 (29), «Tuve un compañero de pupitre apellidado Fernández Savater», Iñaki Anasagasti; *Deia* 1-5-2001 (18), «La guerra civil de Fernando Savater», Emilio Olavarria Muñoz; *Deia* 12-5-2001 (23), «Hoy toca silencio a la clase política», José Luis Iturrieta; *Deia* 3-5-2001 (20), «El elector y sus derechos», Patxi Zabaleta;

Deia 29-4-2001 (9), «Redondo y Mayor ven en “Basta Ya” lo mejor de la sociedad vasca», J.C. Ibarra; (32), «¿Intelecto o política pura y dura?», Amaia Fano; (33), «Lo mejor de lo mejor», Juan Carlos Lotxaga; 30-4-2001 (16), «Los jinetes de Kazán», Antonio Alvarez Solís; (21), «Los idiomas no matan», Juan Carlos Latzaga; 1-5-2001 (26), «Quien ríe el último, ríe mejor», Amaia Fano, que denuncia los ataques en el Kursaal contra Madrazo, por tener la valentía de no sumarse a sus filas. Ver, también, *Deia* 9-5-2001, (30), «No fue un simple desliz», Xavier Lapitz, citado anteriormente; *Deia* 3-5-2001 (32), «Los amigos italianos de Aznar», Kepa Bordegarai; *Deia* 6-5-2001 (36), «Dime quién te aplaude y te diré quién eres», Iñaki Anasagasti; *Deia* 10-5-2001 (29), «De votos y debates», José Ramón Blázquez; *Deia* 29-4-2001 (34), «Pasar el despacho de Ajuria Enea a Intxaurren», Iñaki Anasagasti; *Deia* 30-4-2001 (16), «Hablad, hablad, hablad», Enrique Curiel; *Deia* 3-4-2001 (22), «La división acorazada», Joaquín Leguina; *Deia* 4-5-2001 (31), «La credencia vasca», Joaquín Navarro; *Deia* 2-5-2001 (31), «Patriotas con cabeza de cartón», Josu Erkoreka; *Deia* 12-5-2001 (29), «Generosidad y centralismo», Gorka Knörr Borrás.

⁸² Ver todos estos puntos en *Deia* 27-4-2001 (2), «¿Quién habla de que los conflictos son iguales?», Juan José Baños; (11), «Cinco tipos de corredor distintos disputan ya la

La estrategia del periódico fue tan semejante a la de la campaña del PNV-EA que hasta los artículos, cuyos títulos o caracterización como comentarios de opinión sugerían una profundización en la exposición de la naturaleza o legitimidad del nacionalismo, su papel político y social, sus estrategias o su modernización, se redujeron, salvo alguna muy contada excepción, a presentarlo perseguido y acorralado por una especie de confabulación universal donde la mirada se ponía sobre los «otros» a través de la denuncia o la acusación. La comunidad nacionalista quedaba como el baluarte defensivo a la que se apoyaba incondicionalmente con una aceptación acrítica de los objetivos, opciones, estrategias y supuestos éxitos, dando por obvio y demostrado cuanto se refería a la fundamentación del nacionalismo y su razón de ser.

Pero no todo lo que se escribió en *Deia* fue aplauso para el PNV y EA. Aunque poco, hubo veladas desconfianzas, reconocimiento de ineficacias y errores y advertencias juiciosas hechas por nacionalistas. En este último sentido y con ocasión de exponer las convulsiones internas que el posible desalojo del Gobierno por populares y socialistas podía provocar en la coalición PNV-EA, *Deia* publicó un análisis crítico, tal vez el único, sobre el PNV. Decía el artículo que a los nacionalistas del PNV les resultaba complicada la conjunción de 20 años de gobierno con el fracaso de la fórmula de Lizarra «paz por objetivos políticos». Esta había carecido del entusiasmo de la mayoría del «Pueblo Vasco», para el que la paz era ausencia de violencia —no la paz duradera, consecuencia de la construcción nacional— y la legitimidad de una profunda transformación de las instituciones tenía que estar fundamentada en mayorías cualificadas. Lizarra no respetó el principio de realidad so-

carrera del 13-M», J.C. Ibarra; 28-4-2001 (11), «Políticos abocados a la palabra tarde o temprano», J.C. Ibarra; 29-4-2001 (32), «Ibarretxe eta kitto», Mikel Atxaga; 30-4-2001 (2), «De algunos osos entre la mofa y la solemnidad», Juan José Baños; (7), «Los líderes “nacionales” levantan los actos del PP y PSE», J.C. Ibarra; (16), «Los jinetes de Kazán», Antonio Alvarez Solís; 1-5-2001 (30), «Los obispos y la paz», José Ramón Scheffler; 3-5-2001 (2), «Un equipo vasco en el tour de las estrellas», Juan José Baños; 4-5-2001 (30), «El barullo electoral», Gabriel Mariscal; 5-5-2001 (32), «Leopoldo Barrera y el euskera de Ibarretxe», Martín de Arribillaga; 6-5-2001 (19), «Carta abierta al Sr. Mayor Oreja», Koldo Aldai; (36), «Dime quien te aplaude y te diré quién eres», Iñaki Anasagasti; 7-5-2001 (26), «La gran mentira, el gran error», José Ramón Scheffler; 9-5-2001 (32), «El 13 de mayo, elección», Luis M.^a Retolaza y Ramón Labaien; 12-5-2001 (2), «Imaginemos que es hoy cuando regresa Tito», Juan José Baños; (9), «La elección es sencilla, pese a lo complejo del panorama», J.C. Ibarra; (26), «Un rápido resumen de mensajes», Xavier Lapitz; «Apuntes para una reflexión», Amaia Fano, a la que pertenecen los entrecorillados del texto; (29), «Un debate clarificador», José Ignacio Bajo; 13-5-2001 (2), «Que las urnas huelan a vida, diálogo, paz y libertad», Juan José Baños; (13), «Porcentajes», José Uriarte; (26), «La ¿nueva? derecha europea», Xavier Lapitz. El deseo de Amaia Fano, (29), «A unas horas del desenlace», de que ganara el menos malo fue una excepción.

cial y, en la medida en que se persistiera en lo mismo, los resultados serían similares o, incluso, peores, pues estas elecciones serían las últimas en las que el PNV-EA obtendría votos provenientes de la «emoción que origina lo que está en juego unida a la ira que causa el ensañamiento del adversario». Para las siguientes elecciones el nacionalismo democrático debía enfrentarse con estas cuestiones de fondo: envejecimiento de su cuerpo electoral, adaptación de su ideario a la realidad, «pérdida del carácter épico de su identidad», modelo definitivo político en relación a España y Francia dentro de UE y «resolución de las relaciones socio-políticas en el trato dado como “hijos pródigos” a quienes no resultan ser otra cosa que utilitaristas antisistema a la búsqueda de compañeros de viaje hasta donde ellos determinen». El cambio del PNV debía consistir, pues, en actuar en la construcción nacional desde las instituciones vigentes, a pesar de ETA y EH, excluyendo reivindicaciones comunes con el MLNV, mientras ETA no abandonara «la lucha armada». El resultado de las elecciones, por otra parte, sería el de una realidad plural en las identidades, más exacerbada en lo político, con un papel más importante a jugar por el Parlamento y con una sociedad demandando soluciones, pero no a cualquier precio⁸³.

El criterio sobre ETA se puso especialmente de manifiesto después del asesinato cometido en Zaragoza, siendo esto, tal vez, lo más sobresaliente. Hasta nueve comentarios, entre artículos y breves, aparecieron en un mismo día. Casi todos contienen el rechazo y condena inequívoca de ETA de manera expresa. Y, en los menos, la condena tácita es evidente. Otros comentarios, anteriores y posteriores a tal unanimidad, coinciden en expresar, además del dolor, semejante valoración. El espacio dedicado, de todos modos, por *Deia* a este apartado no alcanzó el 7%⁸⁴.

⁸³ *Deia* 9-5-2001 (20), «El cambio, ¡qué cambio!», Txema Montero. Ver, también, *Deia* 10-5-2001, (18), «Los árboles y el bosque», Kepa Landa; *Deia* 4-5-2001 (18), «Limpios de pecado», Pello Salaburu. Joaquín Leguina, Enrique Curiel y Xavier Gurrutxaga (éste *El Correo*) también hablaron de errores y silencios del PNV; ver artículos citados anteriormente. Txema Montero habló de fracaso de Lizarra, tal como se recoge en el siguiente comentario.

⁸⁴ *Deia* 10-5-2001 (30), «La conferencia episcopal», Fernando Sebastián; 7-5-2001 (2), «Los señores del terror no están en campaña», J.J. Baños; *Deia* 7-5-2001 (2), «Los señores del terror no están en campaña», Juan José Baños Loinaz; (13), «Una mañana de encuestas y una tarde de tragedia», Javier Velilla; 8-5-2001 (2), «El respeto que se debe a un recién fallecido», Juan José Baños Loinaz; (30), «Bai, bakea behar dugu», Amaia Fano; (11), «La fractura política marcó el día después del atentado», J.C. Ibarra; (22), «Si Dios lo permite, que haya un gobierno constitucional», Paco Gandoy; (17), «ETA intenta marcar el ritmo», José Luis Uriz Iglesias; (16), «Que se vayan», Joaquín Navarro Esteban; (18), «ETA no quiere puentes», Enrique Curiel; (17), «Su única vida», Ramón Mugica; (26), «La gran mentira, el gran error», José Ramón Scheiffler; 11-5-2001 (31), «El día después», Mikel

No cabe hablar de análisis en los comentarios de *Gara*, salvo alguna excepción. Son básicamente denuncias y acusaciones contra todos aquellos que se oponen, en primer lugar, a la construcción nacional vasca y, en segundo lugar, a la única fuerza comprometida con tal tarea, la izquierda abertzale. Esta denuncia afecta al Partido Popular, al Partido Socialista, al Partido Nacionalista, a los medios de comunicación, a Basta Ya, a la Iglesia Católica, a los órganos y fuerzas de seguridad del Estado, a la Asociación Mundial de periódicos, a Sindicatos e, incluso, a Elkarri. Todos formarían objetivamente el frente nacional español, aunque con naturaleza distinta: responsables, ejecutores, colaboradores, inactivos y desorientados. Por ello, la crítica y denuncia es, en ocasiones —el caso más claro es el del PNV—, parte de una llamada a la integración de las fuerzas nacionalistas. No obstante todo lo dicho, se percibe en determinados textos la sensación de que el experimento nacionalista no funcionaba y que la desorientación afectaba, incluso, a la misma izquierda abertzale. El total dedicado a este conglomerado es el 62,5% de lo escrito sobre partidos; el 35% para los partidos constitucionales y afines, y el resto, prácticamente, para el PNV.

La denuncia abarca la identificación del nacionalismo español con el fascismo, la persecución de la izquierda abertzale y la colaboración del PNV; el ayuntamiento de la derecha, gran burguesía, intelectualidad y prensa españolas; la actitud contraria de la Iglesia ante el llamado caso vasco; y los ataques al euskera. Determinadas caracterizaciones del «enemigo» y la utilización de ciertos términos parecen querer evocar vagamente algo que fue casi marginado en la campaña y en la prensa, la condición revolucionaria y social del movimiento radical⁸⁵.

Urkiola García. El rechazo de ETA por razones éticas y pragmático-políticas aparece en *Deia* 11-5-2001 (30), X «¡Oye ETA mi aflicción!», Angel Gaminde; *Deia* 28-4-2001 (11), «Políticos abocados a la palabra tarde o temprano», J.C. Ibarra; 8-5-2001 (30), «Con la fuerza de los votos», Xavier Lapitz; 9-5-2001 (20), «El cambio, ¡qué cambio!», Txema Montero; 9-5-2001 (32), «El 13 de mayo, elección», Luis María Retolaza y Ramón Labaien. No hay que olvidar que la mayor parte de los comentarios sobre Euskal Herriarrok se dieron con ocasión de la formación de gobierno y, en concreto, ante la cuestión de si el PNV gobernaría o no con el apoyo de los votos de EH. El tema está tratado y allá me remito. Milagros Rubio, parlamentaria navarra de Batzarre, en *Deia* 5-5-2001 (19), dio su versión de partido en «Elecciones en la CAV en la época del postLizarran» en *Deia* 28-4-2001 (11).

⁸⁵ Ver: *Gara* 6-5-2001 (8), «Alicias sin salida», José Mari Esparza Zabalegi; *Gara* 6-5-2001 (11), «Sarcasmos», Javier Salutregi Mentxaka; *Gara* 29-4-2001 (13), «Todo vale», Javier Salutregi Mentxaka; *Gara* 2-5-2001 (11), «La alarma está encendida en nuestras casas», Juan Antonio Madariaga Erezuma; *Gara* 4-5-2001 (10), «Libertad de prensa y libertad de expresión», Iñaki Iriondo; «Hauteskundeetako aforismoak», Edorta Jiménez; *Gara* 2-5-2001 (11), «Su libertad y canibalismo», Iñaki Gil de San Vicente; *Gara* 5-5-2001 (11), «*El País* cumple 25 años», Víctor Moreno; En *Gara* 4-5-2001 (11), «Dormir moscas», Kepa Ibarra; *Gara* 7-5-2001 (11), «El Vaticano siempre estuvo y está con el poder», Juan

El esquema de interpretación de la izquierda abertzale, coincidente con el de la coalición nacionalista, como ya se ha visto a lo largo del trabajo, es el propio de unas premisas que interpretan la realidad a partir de la categoría nacional. Según esto, las elecciones son la lucha entre dos nacionalismos, en este caso, nacionalismo español y nacionalismo vasco. Ante tal planteamiento sólo cabe estar en uno de los bandos. Pues bien, para los escritores del periódico *Gara*, la coalición nacionalista, especialmente el PNV, rompía este esquema, ya que parecía estar en un nacionalismo, pero actuaba con otro. Era la singularidad del colaboracionismo. Y esto se manifestaba lo mismo ante la formación del gobierno de la siguiente legislatura que ante el euskera o cualquier otra cuestión⁸⁶.

Con tales valoraciones no podía hacerse otra cosa que llamar a la izquierda abertzale al compromiso como único motor para la liberación nacional, ya que el PNV no utilizaría para la construcción nacional el «montonazo de votos miedosos que le han llovido de gente abertzale»⁸⁷.

Nada se dice sobre ETA, a excepción de alguna alusión expresa o velada hecha con ocasión de analizar la política de Euskal Herriarrok. Y lo escrito sobre EH gira en torno a la orientación del voto, que casi siempre de una manera explícita se pide para la izquierda abertzale, apoyándose en su radical nacionalismo o en su política de unidad, soberanía y libertad para el pueblo vasco. Casi el 38% de los textos giraron en torno a Euskal Herriarrok⁸⁸.

José Arregi Azpeitia; «Paleolitikotan ote geunden 1976an?», de Mikel Aramendi; *Gara* 8-5-2001 (8), «¿Alguien quiere mentira mejor?», Txotxe Andueza; «La penúltima sobre nacionalismos» (IV), Jon Odriozola; (11), «Del euskera, los ornitorrincos y la nalga del ex ministro», Xabier Kintana; *Gara* 9-5-2001 (10), «Euskera, excusas y reparaciones», Jabi Otsoa de Alda; *Gara* 5-5-2001 (10), «De nuevo, el inefable Fraga», Josu Cereceda.

⁸⁶ Ver *Gara* 2-5-2001 (15), «Retener Ajuria Enea, obsesión para PNV-EA ante su enésima encrucijada», Ramón Sola (la idea sería repetida en muchas ocasiones); *Gara* 30-4-2001 (6), «Sólo la vida vence al mundo», Alicia Sturtze; 3-5-2001 (10), «Sano regionalismo que complace a Madrid», Jon Urrujulegi; *Gara* 30-4-2001 (6), «La declaración del rey de España es una soberana mentira», Inazio Agirre Arregi; *Gara* 11-5-2001 (8), «Mirar el retrovisor», Iñaki Iriondo; *Gara* 11-5-2001 (8), «Mirar el retrovisor», Iñaki Iriondo; (10), «Gazteok, indarra eta borroka», Gari Mujika. *Gara* también recogía el artículo «13-M, lo que es y lo que no es», que publicaba el periódico *Deia* y que se recoge en este trabajo; *Gara* 12-5-2001 (8), «País Vasco-Español versus Euskal Herria», Xarlo Etxezaharreta; (9), «Qué dice el que calla cuando calla», Jorge Txokarro; «Muchos recursos, pocos debates y una deseada llave» (17), de Alazne Basáñez, era, más que otra cosa, un resumen descriptivo, muy elemental, de la campaña de los partidos.

⁸⁷ *Gara* 14-5-2001 (8), «Sigamos dirigiendo el camino», Alizia Sturtze.

⁸⁸ Ver *Gara* 27-4-2001 (8), «Por favor, deja de llorar», Iñaki Iriondo; 3-5-2001 (10), «Sano regionalismo que complace a Madrid», Jon Urrujulegi; 5-5-2001 (8), «Mendebaldeko abertzaleen botoa», Gaizka Aranguren; «Fikzioen denbora euskal politikan», Paco

Sólo un comentario, tal vez el único análisis de *Gara*, que trataba de explicar las causas del desánimo y dudas sobre la utilidad y orientación del voto en amplios sectores nacionalistas y, sobre todo, en la izquierda abertzale, se salió de este esquema, aunque siempre dentro de una argumentación nacionalista. Era una explicación inusual en este periódico, que, además y básicamente, analizaba el problema del voto dirigido al PNV-EA como voto útil para evitar el triunfo de Mayor. Las razones objetivas o causas del desánimo y desorientación eran: la vuelta a «lucha armada» de ETA, sobre la que el autor vertía un juicio negativo al decir que, si se obstinaba en jugar a las vanguardias con análisis políticos del siglo XIX, obligaría —se ha de entender que a los abertzales, él incluido—, a actuar eternamente a la defensiva, cuando había otras posibilidades; la indefinición y «la política de multipartido del PNV» con los adscritos al nacionalismo por su condición de caballo ganador; el avance de las fuerzas españolistas con su discurso del miedo y el rechazo del terrorismo; la incapacidad de la izquierda abertzale de ofrecer un proyecto no condicionado para el 80% de la población; y la eterna división en el nacionalismo entre la izquierda abertzale y el PNV —«nosotros somos mejores, ya que nos pringamos y nuestros objetivos están plenamente definidos, sin ambigüedades (la izquierda abertzale); nosotros somos más, somos quienes gobernamos, y nada se puede hacer sin nosotros (el PNV)». Dada la ofensiva PP-PSOE, no era recomendable la abstención. Votar a PNV-EA para mostrar el desacuerdo con ETA sería un castigo a la opción soberanista, ya que ETA tomaba sus decisiones al margen de su utilidad para los votos de EH. Votar PNV-EA para evitar el triunfo de Mayor no permitiría alcanzar la mayoría absoluta; por otra parte, la mayoría relativa la alcanzaría sin tales votos; sólo aportaría dos o tres escaños más a costa de EH, lo cual podría repercutir en la orientación del PNV, no precisamente a favor del nacionalismo, y facilitar, por una izquierda debilitada, la hipotética ilegalización —«y por hoy factible»— de EH por parte del «Gobierno-Garzón». En resumen, —«*ondo pensatu eta honetan bai, kontuz*»— que cada uno votase según su sensibilidad lo mejor para Euskal Herria, «porque sólo así su voto tendrá al menos la utilidad de mostrarnos lo que hay»⁸⁹.

Aristi. Ver, también, 10-5-2001 (8), «“Chiapas 2000”», Jesús Valencia, donde, además, se cae en el infantilismo de comparar Chiapas con Euskadi.

⁸⁹ *Gara* 9-5-2001 (11), «13-M, retrato colectivo», Eneko Herran Lekunberri. El comienzo del artículo insiste en la visión del PNV desarrollada en este apartado. Ver, también, *Gara* 9-5-2001 (10), «La “utilidad” de los votos», Iker Gallastegi; *Gara* 10-5-2001 (10), «Un voto para la soberanía y la paz», Rafa Díez, Itziar Lopategi, Ainhoa Etxaide; *Gara* 13-5-2001 (11) «Del voto al pacto», Javier Salutregi Mentxaka; (8), «Botoa emateko, pakete osoa eta itxia hartu behar», Laura Mintegi.

6. Conclusiones

El objetivo de este trabajo era analizar el papel de la prensa ante el discurso de legitimación de los partidos nacionalistas vascos. Supuestos los contenidos básicos de las campañas de los partidos políticos, las fuentes utilizadas permiten concluir los siguientes puntos:

1. La línea editorial de *Deia* confirmó la versión del PNV de que la sociedad vasca —y el mismo PNV— se encontraba sometida a la violencia de ETA y a la calumnia e injusticia de populares y socialistas. Salvarla de esta situación era el objetivo de la coalición nacionalista. Este encubrimiento de la naturaleza de los problemas se reforzaba con la explícita defensa de la campaña como debate electoral sobre la administración de las cosas y con la genérica explicación de la violencia como problema mundial. *Gara*, por su parte, apoyó la interpretación del enfrentamiento entre nacionalismos, denunciando la violencia de los Estados y exigiendo soluciones políticas para la violencia de ETA.

2. Fueron las colaboraciones de estos dos periódicos las que aludieron al supuesto fundamento del nacionalismo, la nación natural, a través de la ideología del derecho natural predemocrático y del sociobiologismo, repitiendo uno de los errores substanciales del sistema nacionalista de creencias, el de que el mundo está dividido en grupos nacionales o pueblos naturales —los sujetos de la historia— y que a cada uno de ellos corresponde la soberanía. En el caso de *Gara*, que señalaba a la lengua como el fundamento del pueblo (la misma idea aparece en *Deia*), hasta la violencia sería una de las consecuencias de la opresión de un pueblo sociobiológicamente constituido. El problema, pues, de la sociedad vasca, era el de la satisfacción del derecho a la vida y libertad en igualdad del pueblo vasco mediante la soberanía de Euskal Herria. La acumulación de votos para esta causa era la cuestión electoral y cada periódico la identificó con sus respectivas siglas políticas. *Deia*, que identificaba al pueblo vasco y la causa nacional con el PNV, hizo coincidir el problema vasco y la lucha contra la libertad de un pueblo con la pretensión de destrucción del nacionalismo democrático a base de su criminalización y culpabilización. La defensa de gobiernos mixtos o de concentración de algunos comentaristas no nacionalistas fue un postizo que no encajaba con las premisas teóricas ni estratégicas de la coalición.

A partir de este esquema ideológico, los partidos políticos PP y PSE, las asociaciones y los medios de comunicación favorables a sus objetivos fueron considerados por la prensa nacionalista la encarnación

circunstancial del españolismo contra el vasquismo, la gran cruzada del nacionalismo español contra la nación vasca, el fascismo contra la libertad y la democracia, la persecución del vasco y de lo vasco. El miedo en Euskadi era, en buena medida, su invención.

Las diferencias entre *Deia* y *Gara* afectaron al apoyo a las campañas de la coalición y de EH, respectivamente, y a las condenas y rechazos, el primero de ETA, especialmente a partir del asesinato, y el segundo, del PNV por su oposición a la construcción nacional y por su obsesión de poder. La identificación con la propaganda y mensajes de sus respectivos partidos fue total y, salvo dos incomprensibles y rarísimas excepciones, la homogeneidad de opinión fue pétrea. El recurso expreso o tácito al esencialismo e ideologismo fue común en los comentaristas *orgánicos* de la prensa nacionalista. También fue común la pobreza intelectual. De una manera exagerada *Deia* incluyó el insulto personal entre sus argumentos de campaña. La presencia de colaboradores no nacionalistas estuvo orientada a criticar y censurar al Partido Popular.

3. La pretensión de legitimación a través de este sistema dogmático de creencias fue contestada desde dos vertientes por la prensa de *El Correo*, *El Mundo* y *El País*: la de la realidad de la sociedad vasca y de la campaña electoral, trabajo hecho tanto por los editoriales como por los análisis, y la de la teoría, desarrollada por comentaristas y analistas. En la primera se destacó la incompatibilidad entre el nacionalismo, entendido como se ha dicho en este trabajo, y la sociedad vasca, tarea fundamentalmente realizada por los editoriales de *El Correo*. El muy grave problema vasco era el de la sociedad vasca, entendida como sociedad de ciudadanos, que afectaba al disfrute de los derechos fundamentales, al deterioro de las instituciones políticas y a la conciencia colectiva falsa, esquizofrénica y satisfecha. La causa estaba en el terrorismo de ETA y en la responsabilidad del PNV por su desmesura, apología de la barbarie, pretensiones de homogeneización, soberanismo, etnocentrismo, tibieza contra la violencia y aceptación de la separación entre los sometidos al terror y los otros como normalidad. El nacionalismo vasco, invención de la dirección de los partidos sin suficiente apoyo social —punto en el que coincidían *El Correo* y *El Mundo*—, se contradecía con la sociedad vasca plural. La cuestión electoral —elemento común a todos estos periódicos— consistía en la posibilidad de la alternancia y de su incidencia contra ETA y a favor de la libertad. Sin embargo, si se exceptúa a *El Mundo*, no hubo un explícito apoyo a la coalición de gobierno entre PP y PSE. La alternativa electoral estaba en elegir entre la razón y la superchería, identificada ésta más bien con ETA y la violencia.

En la segunda, los análisis resaltaron la incompatibilidad del concepto natural de pueblo vasco y derechos preconstitucionales con la democracia y el liberalismo, y la contradicción entre único y natural pueblo vasco y sociedad plural. Salvo en muy contados casos en los que se utiliza el concepto histórico de nación española, los argumentos contra el nacionalismo *primordialista*, esencialista y etnicista vasco —al que se consideraba en buena medida creado y alimentado por la violencia— hablaban de ruptura de la solidaridad, múltiple disfuncionalidad, anti-democracia, antiliberalismo y anacronismo de conceptos como los de patria, pueblo y etnicidad.

La naturaleza del problema real del país la describieron en términos de fractura de la sociedad vasca; división política, cultural, ideológica y emocional entre nacionalistas y no nacionalistas; ruptura del pacto político; sociedad prepolítica; sociedad incivil; sufrimiento objetivo; amenaza real; miedo; desigual y cualificado reparto del terror y de la negación de los derechos fundamentales por culpa de ETA, el pacto de Lizarra y el nacionalismo independentista. En lugar del derecho a la vida y libertad de un pueblo estaba el derecho a la vida, libertad e igualdad de todos los ciudadanos.

Las coincidencias substanciales en las premisas teóricas, valores, determinación del problema esencial de los ciudadanos vascos y objetivos políticos no se repitieron en la cuestión de gobierno. En *El Correo* hubo oposición a los gobiernos frentistas y se defendió la imposible transversalidad; en *El Mundo* se produjo la coincidencia básica entre editoriales y comentarios a favor del gobierno de alternancia; y en *El País* se dio el fenómeno contrario, los comentaristas defendieron mayoritariamente el gobierno de populares y socialistas sin nacionalistas en contra de la opinión oficial del periódico.

La responsabilidad, culpabilidad y complicidad del PNV en el problema vasco fue criterio común de toda esta prensa por la tergiversación y manipulación de la historia, negación del pluralismo, desprotección de parte de la sociedad e indiferencia ante el terrorismo, aprovechamiento de la violencia para sus intereses, ruptura del consenso, impunidad y tutela de ETA, despotismo, política de exclusión, mentiras, prioridad de los objetivos nacionalistas sobre la defensa de las víctimas, situación de protegido de ETA, sin compasión por las víctimas, irresponsabilidad ante el sufrimiento, banalización del mal, oscurantismo y carlismo anti-ilustrado. La atribución al PNV de un totalitarismo idéntico al de ETA sólo apareció en algún comentario de *El Mundo*.

4. El nacionalismo daba una respuesta abstracta, sin sentido y de imposible aceptación al sufrimiento objetivo de muchos y a la concul-

cación de sus derechos. La patria agobiante y virtual de los nacionalistas actuaba contra los derechos y libertades de los ciudadanos. La mitología nacionalista del PNV (y coalición), su estrategia de convergencia política con los radicales y su incapacidad para prescindir de ETA lo convertían en definitiva en el problema de un País Vasco carente de los fundamentos de una sociedad democrática y libre por causa de ETA. La independencia podía ser la tiranía. El nacionalismo era la causa no justificada de la sociedad violenta, dividida y enfrentada, que la retrotraía a la situación prepolítica por la ruptura del pacto fundamental y constituyente del que eran expresión la Constitución y el Estatuto. El nacionalismo no era progresismo, sino reacción, y el nacionalismo etnicista era integrismo puro. La fractura de la sociedad vasca no era espontánea, ya que había más cosas en común que diferentes, sino que venía producida por las direcciones o élites nacionalistas, que confirmarían la maleabilidad de las masas mediante el instrumento de la ideología nacionalista.

5. A esta interpretación del nacionalismo y de los partidos nacionalistas abrumadoramente mayoritaria en los periódicos indicados acompañó, en menor escala, la crítica a los Partidos Popular y Socialista y, especialmente, al gobierno central del Partido Popular. Destacó en esta labor el diario *El País*, que omitió prácticamente, por el contrario, críticas a los socialistas. En *El Correo* hubo una notable pluralidad de artículos de opinión. En él se expresaron ideas y proyectos nacionalistas —faltos de un adecuado desarrollo y maduración— que, por el contrario, no tuvieron su sede en los periódicos nacionalistas, tal vez, por su aparente, más que real, renovación que podía ser interpretada como una crítica a la ortodoxia nacionalista. En realidad, tales aportaciones nacionalistas eran incompatibles y contradictorias con el nacionalismo oficial. La nación plural vasca no añadía ningún elemento de legitimación a la nada democrática categoría de nación, ni a su delimitación territorial como sujeto de la soberanía, aunque servía para ahuyentar los fantasmas de la opresión, incultura, antipluralismo y desprecio a la libertad. También *El País* acogió ideas nacionalistas. La homogeneidad ideológica de los artículos de opinión de *El Mundo* fue muy alta y no hubo concesiones a opiniones nacionalistas. Tanto *El País* como *El Correo* tuvieron la decencia de no admitir insultos en sus páginas. Los que aparecieron en *El Mundo* no fueron comparables a la exhibición hecha en *Deia*.

6. Las cuantificaciones, especialmente el número de análisis y la distribución por materias, que se han hecho a lo largo del trabajo dan

idea de la función del periódico y de la relación entre éste y el lector. La combinación de ambos criterios, pocos análisis con alta presencia de la crítica a los Partidos no afectos al periódico, muestran una preferencia por los procedimientos propagandísticos —repetición de las campañas nacionalistas, denuncias cortas, slogans, críticas breves y muy repetidas, acusaciones concisas, insultos— a costa de la argumentación racional propia del análisis, que coincide con la importancia —número y calidad— mayor o menor de los editoriales. En este sentido, la prensa nacionalista es mucho más propagandística que el resto de periódicos. Hay un silencio comparativo, además, en los periódicos nacionalistas con respecto a la justificación teórica del nacionalismo, lo que apoyaría la tesis académica de que la ideología nacionalista no sólo es peligrosa por falsa, sino porque se da por evidente y obvia.

7. El estudio realizado permite confirmar la relación secuencial y dependiente, absolutamente lógica, entre las premisas teóricas, la naturaleza del problema, los objetivos de la legislatura y la responsabilidad de los partidos. Frente al particularismo ideológico de la noción de pueblo o nación se presenta el universalismo de los derechos humanos y fundamentales. La negación del derecho del pueblo a la independencia —problema— se contrapone a la negación de los derechos de las personas; la libertad nacional se contrapone a la libertad del ciudadano; la palabra de la nación se contrapone a la palabra de las víctimas. Al objetivo del soberanismo se opone la restauración de los derechos individuales. Y a la responsabilidad del españolismo se contesta con la responsabilidad del nacionalismo (ideología, premisas teóricas), de ETA y su terrorismo (causa) y del PNV/EA (estrategia de complicidad).

8. La idea básica que cabe establecer en este trabajo es fruto de las aportaciones de todas las campañas y de toda la prensa analizada. Para quienes de forma gratuita e infundada definen la historia y la realidad social a partir de las premisas jusnaturalistas o sociobiológicas, que hablan de naciones naturales o divinas, aunque sea para fines revolucionarios, la creencia en la nación soberana e independiente permite presentarla como la condición imprescindible y necesaria de la realización de cualquier otro valor. Según esto, el derecho de la nación no es uno más que se suma al listado de derechos fundamentales, sino su condición previa y fundamento. El derecho a la paz, así mismo, tiene por requisito a la nación. No hace falta despreciar los derechos humanos. Se puede defenderlos con convicción, pero la primacía axiológica y fundacional de la nación —que es lo que no se justifica— sirve de justifica-

ción del uso de la violencia y de cualquier estrategia que pretenda realizar el objetivo del nacionalismo sin supeditarlos a la previa realización de la paz y de los derechos fundamentales. El dogmatismo de esta ideología impide definir el problema de la sociedad vasca como una destrucción de la convivencia y violación del derecho a la igualdad ante la vida y libertad por más que los datos empíricos así lo confirmen, porque hay un algo que le precede y le acompaña, el problema político irresuelto de la nación. Impide también la unión de los demócratas, ya que son muchos los que no creen ni pueden creer en semejante sistema ideológico, no están dispuestos a su desarrollo y lo consideran un impedimento para la realización de los derechos. Hace imposible el diálogo, porque la nación o se acepta o se rechaza, pero no deja nada para la discusión y bloquea la elemental pregunta de si la nación étnica o territorial es, de hecho, causa o excusa de violación de los derechos de las personas. Por el contrario, da falsamente justificación a una interpretación por la que la denuncia de la violación de los derechos fundamentales por el terrorismo se utiliza como disculpa para destruir definitivamente las aspiraciones de la nación y todo cuanto acompaña a la nación, los movimientos y los partidos nacionalistas. El que rechaza a la nación, rechaza al partido que la defiende y sus pretensiones de gobierno y convierte a tal partido nacionalista y al nacionalismo en el objetivo a destruir. Ello da lugar a la imagen del perseguido. Y el que se opone al grupo de creyentes es el enemigo. Esta es la aplicación de la ideología nacionalista que los políticos y la prensa nacionalista hicieron a la campaña. Desde esta perspectiva desaparece toda interpretación objetiva de la realidad, se produce el fenómeno del «ojo ciego» y el pragmatismo que relativiza a las ideologías por su utilidad ante los valores ni existe ni puede existir. La simpleza del sistema de creencias no se corresponde con la fecundidad de su funcionalidad en la lucha por el poder que es toda elección, pues define los fines y el problema de la realidad social y política, impide el debate sobre la justicia reduciéndolo a las reivindicaciones más elementales y crea la mística de la persecución y de la salvación. La ideología de salvación se aplica como ideología de poder, que —convertida en mentalidad y conciencia— manipula a las masas y convierte a sus partidos en sociedades anónimas de administración de los intereses del «pueblo».

El mito del pueblo o nación que en su formulación decimonónica occidental contribuyó —con sus secuelas de daños y perjuicios— a satisfacer intereses particulares y generales en los largos procesos de modernización e industrialización, creando con ello su legitimidad, muestra en esta parte de la Europa occidental su carácter particular, incivil, destructor de la solidaridad social y políticamente disfuncional.

Las interpretaciones académicas de que el nacionalismo es una ideología de poder que debe ser tratada y analizada como tal o que en lugar de una comunidad fraternal es una sociedad anónima de intereses, o que no necesita de la nación para existir o que es un instrumento de manipulación de las masas al servicio del poder de las élites, tienen sobrados fundamentos en la prensa analizada, como también lo tiene la afirmación de que los términos nación, pueblo, patria e identidad, tal como los usa el nacionalismo, carecen de valor analítico.

COMPUTO DE ALGUNOS PLAZOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Fernando Gómez Martín

Auditor y Censor Jurado de Cuentas

Profesor de Derecho concursal. Universidad de Deusto

Sumario: 1. Fase común. 1.1. Comunicación a acreedores. 1.2. Prohibición nombramiento administrador concursal. 1.3. Sanción por no aceptación del cargo. 1.4. Retribución. 1.5. Rendición de cuentas. 1.6. Continuación y acumulación juicios declarativos. 1.7. Interrupción de la prescripción. 1.8. Contratos de trabajo. 1.9. Rehabilitación de contratos. 1.10. Informe de la administración concursal. 1.10.1. Presentación del informe. 1.10.2. Formulación de cuentas anuales. 1.10.3. Comunicación de créditos. 1.10.4. Publicidad e impugnación del informe. 1.11. Propuesta de convenio anticipado (trámite escrito). 2. Fase de convenio. 2.1. Propuestas de convenio ordinario. 2.2. Junta de acreedores. 2.3. Presentación de propuestas de convenio. 2.4. Oposición al convenio aprobado. 2.5. Cumplimiento de convenio. 2.6. Incumplimiento de convenio. 2.7. Conclusión del concurso. 3. Fase de liquidación. 3.1. Plan de liquidación. 3.2. Informe. 4. Calificación del concurso. 4.1. Informe de la administración concursal. 4.2. Informe del Ministerio Fiscal. 5. Clausura y reapertura. 5.1. Clausura. 5.2. Reapertura. 6. Derecho transitorio concursal. 6.1. Conclusión y reapertura del procedimiento. 6.1.1. Conclusión. 6.1.2. Reapertura. 6.1.2.1. Inventario y lista de acreedores. 6.1.3. Apertura de concurso por incumplimiento de convenio. 6.1.4. Convenio en la quiebra. 6.1.5. Propuestas de convenio. 7. Suspensión de pagos. 8. Quiebra. Sección 1.^a Declaración de quiebra. Sección 2.^a Administración de la quiebra. Sección 3.^a Efectos de la retroacción de la quiebra. Sección 4.^a Examen, graduación y pago de los créditos contra la quebrada. Sección 5.^a Calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado. Sección 6.^a Del convenio entre los acreedores y el quebrado

Según la Exposición de Motivos: «X. *La flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad. La Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, en cuanto ésta no contemple normas procesales especiales. La finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados*».

La Ley Concursal¹ dedica la Disposición Final Quinta: *«Derecho procesal supletorio. En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso»*.

Es la única mención de la Ley Concursal sobre cómputo de plazos, que he encontrado, por lo que habrá de acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a saber: Arts. 130 a 136 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala los términos para las actuaciones judiciales, particularmente el art. 133² de la citada LEC, y coincide con los de general aplicación, establecidos en los arts. 182 a 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que concreta el citado art. 182: a) Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad; b) Son inhábiles los días del mes de agosto; c) Los Jueces y Tribunales podrán habilitar los días y horas inhábiles, a instancia de parte, cuando hubiera causa urgente que lo exija, según dispone el art. 131 de la LEC; y, d) Los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil (art. 5³), aunque este artículo no resulta aplicable a los plazos procesales, sino a los plazos sustantivos civiles, tal y como tiene declarado la jurisprudencia.

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en vigor desde el uno de septiembre de dos mil cuatro.

² *«Cómputo de los plazos. 1. Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas. No obstante, cuando la Ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro, aquél se computará, sin necesidad de nueva notificación, desde el día siguiente al del vencimiento de éste. 2. En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles. Para los plazos que se hubiesen señalado en las actuaciones urgentes a que se refiere el apartado 2 del artículo 131 no se considerarán inhábiles los días del mes de agosto y sólo se excluirán del cómputo los domingos y festivos. 3. Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. 4. Los plazos que concluyan en domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil»*.

³ *«1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. 2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles»*.

dencia, por todas, la STS de 28 de septiembre de 2000, y en los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles.

Interesa, en particular, la norma sobre presentación de escritos, por los interesados, especialmente por la administración concursal, sujetos a plazo, que constituye una trascendental novedad, que podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del Tribunal o, de existir, en la oficina o servicio central que se haya establecido (art. 135.1 LEC).

Respetuoso con lo dispuesto en los arts. 184.2 de la LOPJ y 131.1 de la LEC, el art. 187 de la Ley Concursal previene: *«Extensión de facultades del juez del concurso. 1. El juez podrá habilitar los días y horas necesarios para la práctica de las diligencias que considere urgentes en beneficio del concurso».*

En relación con el citado art. 133 de la LEC, interesa el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de tres de mayo de dos mil cinco, *«FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.—Con carácter previo, han de hacerse algunas consideraciones respecto del plazo de presentación del recurso, que el concursado califica de extemporáneo. Como se indicara en la providencia de 11 de abril de 2005, el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo, ya que el mismo ha de computarse conforme al art. 133 LEC, es decir, excluyendo los días inhábiles, comenzando a contar desde el día siguiente al acto de comunicación, y contando el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas, es decir, en el presente caso, el plazo vencía el 11 de abril, fecha de presentación del recurso».*

Por su especialidad, merece atención el art. 191 de la Ley Concursal: *«1. Con carácter general, acordado el procedimiento abreviado, los plazos previstos en esta ley se reducirán a la mitad, redondeada al alza si no es un número entero, salvo aquéllos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a quince días».*

De acuerdo con lo expuesto, en el procedimiento concursal, los plazos se computan contando exclusivamente los días hábiles, salvo en el caso previsto en el art. 64.5: *«Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores».*

Según la STC 64/2005, de 14 de marzo de 2005: Fundamentos jurídicos. 3... *«es doctrina constitucional consolidada que “la fijación de*

un plazo para la evacuación de un trámite procesal representa, contemplado desde la perspectiva de la parte a la que le corresponde su cumplimiento, tanto la imposición de una carga de actuar tempestivamente como el reconocimiento del derecho a disponer del plazo en su totalidad” (SSTC 269/2000, de 30 de octubre, FJ 5; 38/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 54/2001, de 26 de febrero, FJ 2; y 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 4)».

Sobre términos y plazos, resulta de interés el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22.09.1994, que cita abundante jurisprudencia e incide en el carácter preclusivo de los plazos procesales en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Trataré de repasar los principales plazos procesales que afectan a la administración concursal, en las sucesivas fases del concurso.

1. Fase común

La declaración de concurso voluntario o necesario se hará por auto judicial, según el art. 21 de la Ley Concursal: «1. El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:... 2. El auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme».

1.1. Comunicación a acreedores

Art. 21.4: «La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos, en la forma establecida en el artículo 85» [Por escrito, ante el juzgado y en el plazo estipulado en el art. 21.1.5.º: «El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23»].

Sin demora significa que la administración concursal realizará la preceptiva comunicación sin tardanza o dilación, pero ¿a partir de cuándo? Considero que a partir de la aceptación del segundo de los administradores concursales, por analogía con lo establecido en el art. 74 de la Ley Concursal: «El plazo para la presentación del informe de los administradores concursales será de dos meses, contados a partir

de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos», es decir, desde el día siguiente.

1.2. Prohibición nombramiento administrador concursal

Según el apartado 1 del art. 28: «No podrán ser nombrados administradores concursales... quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquéllos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza...». Parece que el referido plazo de los tres últimos años se computará desde la fecha del auto de declaración de concurso.

Según el apartado 2 del referido art. 28, obstativa para los profesionales (abogados, auditores de cuentas, economistas o titulados mercantiles *colegiados*), no podrán ser nombrados administradores concursales por el mismo juzgado si hubieren sido designados en tres concursos dentro de los dos años anteriores. De igual modo, considero que el mencionado plazo de dos años se computará a partir del auto de declaración del concurso en el que se acuerde el cuarto nombramiento.

1.3. Sanción por no aceptación del cargo

El apartado 1 del art. 29 impone el deber de comparecencia judicial al administrador designado, fuese profesional o acreedor, y le faculta para aceptar o no el nombramiento, pero si no compareciese o no aceptase, sin justa causa, según el apartado 2, sufrirá la sanción de no ser designado administrador concursal en los procedimientos que puedan seguirse en el partido judicial, durante un plazo de tres años. El citado plazo de tres años se computará, según creo, a partir del día siguiente de la fecha de notificación del auto en que hubiese sido designado y no comparecido o aceptado el cargo.

1.4. Retribución

Según el apartado 3 del art. 34, el juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha. El señalamiento de estos plazos de pago de la retribución a los administradores concursales tiene efectos en la concurrencia de créditos contra la masa (art. 84.2), sobre el pago de estos créditos prededucibles, según el

art. 154.34: «*En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos*». La norma reglamentaria, que aprueba el citado arancel, por Real Decreto 1.860/2004, de 6 de septiembre, dispone en el art. 8: «*Plazos para la percepción de la retribución. Salvo que el juez del concurso establezca otros plazos, la retribución de los administradores concursales correspondiente a la fase común se abonará de la siguiente forma: a) El 50 por ciento de la retribución se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije; b) El 50 por ciento restante se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común*». De nuevo el *dies a quo*, a partir del cual podrá percibir la administración concursal, será a partir de que reciban la notificación de la resolución correspondiente.

1.5. Rendición de cuentas

El administrador concursal cesado deberá rendir cuentas de su actuación, en las competencias que le hubieran sido atribuidas, según el art. 38.4: «*En caso de cesar cualquiera de los administradores concursales antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación en las competencias que le hubieran sido atribuidas individualmente, en su caso. Cuando el cese afecte a todos los miembros de la administración concursal, el juez ordenará a ésta que rinda cuentas de su entera actuación colegiada hasta ese momento, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a cada uno de los administradores conforme a las reglas del artículo 36. Estas rendiciones de cuentas se presentarán por los citados administradores dentro del plazo de un mes, contado desde que les sea notificada la orden judicial, y serán objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso*». Queda claro, por tanto, que el administrador concursal o el órgano colegiado cesado tienen un plazo de un mes para rendir cuentas, desde que reciba la notificación judicial, mes hábil y no computable el mes de agosto.

1.6. Continuación y acumulación juicios declarativos

Artículo 51. «*1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante,*

⁴ Nueva inclusión en el referido informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados.

se acumularán aquéllos que, siendo competencia del juez del concurso, según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores». Se observa un plazo, para que la administración concursal pueda solicitar la acumulación de juicios declarativos en los que el concursado sea parte, que se computará con relación a otro, vinculado al previsto para la presentación de su informe, que el art. 74 de la Ley Concursal señala en dos meses, prorrogable por un mes más. Respecto de la acumulación solicitada por cualquier parte personada, también se remite a otro plazo estipulado en el art. 96 de la Ley Concursal: «Impugnación del inventario y de la lista de acreedores. 1. Dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa». El mencionado apartado 2 del art. 95 dispone: «La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23⁵ y se publicará en el tablón de anuncios del juzgado», es decir, tendrá lugar la denominada publicidad noticia.

«2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto se le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones...». Cuando el deudor haya sido suspendido en sus facultades de administración y disposición patrimoniales, de acuerdo con lo previsto en el art. 40, la administración concursal le sustituirá en los procedimientos judiciales en

⁵ «1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. No obstante lo anterior, la declaración del concurso se anunciará en el “Boletín Oficial del Estado” y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él. La publicación en el “Boletín Oficial del Estado” y, en su caso, en otros periódicos oficiales del edicto se insertará con la mayor urgencia».

trámite y dispondrá de un plazo de cinco días para instruirse en las actuaciones, a partir de su personamiento, por supuesto, días hábiles.

1.7. Interrupción de la prescripción

Queda interrumpida la prescripción de acciones contra el deudor, así como contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora, por créditos concursales, desde la declaración hasta la conclusión del concurso (art. 60). Al instituto de la prescripción dedica el Código Civil los arts. 1.930 a 1.975, particularmente, a la prescripción de acciones, a partir del art. 1.961; la Ley General Tributaria los arts. 66 a 70 y la Ley General de la Seguridad Social el art. 21 (cuatro años). Sobre responsabilidades de socios, administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica, el TRLSA dedica los arts. 15, 18, 30 a 33, 39, 46, 133 a 135, 211, 230, 232, 236 y 279. Clausurado el concurso, comienza de nuevo el cómputo de los plazos de prescripción.

1.8. Contratos de trabajo

Art. 64: «3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior [modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado] sólo podrá solicitarse del Juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso». Ya hemos recordado que la administración debe rendir su informe *ex art. 75*, en el plazo de dos meses, prorrogable por un mes más (un mes, prorrogable por quince días, en procedimiento abreviado).

«5. Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores». Unica referencia a cómputo de días hábiles en la Ley Concursal.

«6... Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de

los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas. Recibida dicha comunicación el juez del concurso recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución». Plazo computable en días hábiles.

«9. *En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización, que para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación... Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación».* El cómputo de estos doce meses será excluido agosto.

Art. 65: «*Contratos del personal de alta dirección. 1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. 2. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente» [el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo]. También en el cómputo del plazo de un mes será excluido agosto.*

1.9. *Rehabilitación de contratos*

Posible rehabilitación de créditos por préstamo, así como de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado, cuyo vencimiento anticipado o resolución, respectivamente, se haya producido dentro de los tres meses antes de la declaración de concurso (arts. 68 y 69). Para el cómputo de este plazo, se excluirá agosto.

1.10. *Informe de la administración concursal*

En el Título IV de la Ley Concursal, dedicado al informe de la administración concursal y a la determinación de la masa activa y pasiva del concurso, se establecen algunos plazos que han sido objeto de debate.

1.10.1. PRESENTACIÓN DEL INFORME

El art. 74 dispone: «1. *El plazo para la presentación del informe de los administradores concursales será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos.* 2. *Este plazo podrá ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias...*». De igual modo, en el cómputo de este plazo se excluye agosto.

Conviene recordar que, en procedimiento abreviado (arts. 190 y 191), el plazo establecido será de un mes, que podrá prorrogarse no más de quince días. Es decir, un mes hábil, no agosto, y quince días hábiles.

Breves plazos, en cualquier caso, particularmente si se considera que comienzan a contar desde la fecha de aceptación de dos de los tres administradores concursales (art. 27) o del administrador concursal único (art. 191.2), cuando los acreedores disponen del plazo de un mes para comunicar a la administración concursal, a través del Juzgado, la existencia de sus créditos, según el art. 85, que se remite al art. 21.1.5.º: «*El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23*». Es decir, los acreedores pueden disponer de plazo superior, para comunicar sus créditos, al que tenga la administración concursal para presentar su informe, circunstancia extraordinaria, entre otras, que permitirá la prórroga prevista.

Sin embargo, se ha arbitrado una solución por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, en auto de fecha 29.04.2005: «*FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEXTO.—Los arts. 74 y 191 de la LC establecen que los plazos para la emisión del informe por los administradores concursales se computarán desde la aceptación bien de dos de ellos, en el caso del concurso ordinario, bien el único, en el caso del abreviado. El art. 75.2 de la LC obliga a acompañar al informe de la administración concursal un listado de acreedores.*

Estos se determinan a través de la comunicación de créditos a la que alude el art. 21.1.5 de la LC, que, como expresa tal precepto, pue-

de realizar en el término de un mes desde la última de las publicaciones que hay que verificar.

Sin embargo la experiencia ha constatado que dichas publicaciones, sobre todo en periódicos oficiales, se demoran incluso un mes, por lo que pese a las prórrogas que es posible conceder a los administradores, resulta que hay acreedores que comunican sus créditos dentro del plazo legal pero después de que los administradores hayan evacuado el informe.

El perjuicio que se causa a los acreedores es evidente. Si la comunicación se produce después del término para elaborar el informe, aunque sea dentro del plazo que concede esta resolución conforme a lo dispuesto en la ley, es decir, dentro del mes siguiente a la última publicación, el crédito se calificará como subordinado al haberse comunicado tardíamente (art.92.1 LC).

Con ello se obliga al acreedor, que no ha incurrido en gasto para insinuar su crédito por la previsión del art. 184.3 de la Ley Concursal, a plantear un incidente concursal para el que, conforme a ese precepto y al art. 96.4 de la misma norma, precisa de abogado y procurador.

El acreedor se ve perjudicado por el gasto en el que tiene que incurrir, la administración concursal padece la inseguridad de la superposición de los plazos, el procedimiento se dilata por el planteamiento de incidentes concursales superfluos, ya que los créditos se comunican en plazo, todo por el retraso de la publicación de los edictos anunciadores del concurso, que no es imputable a quien lo promueve.

La previsión legal, en consecuencia, debe ser matizada ante la realidad de la escasa celeridad de algunos organismos en la publicación de los anuncios. Por ello se considera prudente y razonable que el término para la emisión del informe por parte de la administración concursal, se inicie desde la última de las publicaciones, y no desde la aceptación de dos de ellos o del único en el caso del procedimiento abreviado, lo que se hará constar en la parte dispositiva de esta resolución».

1.10.2. FORMULACIÓN DE CUENTAS ANUALES

El art. 75, sobre contenido del referido informe, dispone: «1.2.º... Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días». En Anteproyecto de la Comisión General de Codificación y el Proyecto

de Ley Concursal (BOCG 23.07.2002), señalaban: «*Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración judicial, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga. En este caso, la documentación contable elaborada será sometida a verificación por un auditor de cuentas designado por el Juez, cuyo informe se unirá al de la administración judicial. Esta misma verificación también procederá cuando las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio...*». La modificación del texto anterior se plasma en el informe de la Ponencia de la Comisión del Congreso, sin que enmienda alguna mencionase el plazo no superior a quince días para la formulación de las cuentas anuales por la administración concursal.

Considero que puede interpretarse este plazo de quince días como complementario del que disponen los administradores concursales para rendir su informe, es decir, de los dos meses concedidos en el art. 74, aunque también escaso para formular las cuentas anuales, que requiere actualizar los registros contables a la fecha de cierre del ejercicio inmediato anterior, en su caso, llevar a cabo el corte de operaciones, efectuar inventarios y practicar la regularización contable. La verdad es que este precepto suscita algunas dudas, pues también puede interpretarse que el plazo de quince días corre desde la aceptación del segundo administrador concursal, si se pone en relación con lo establecido en el art. 75.1.

1.10.3. COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS

El apartado 1 del art. 85 es concordante con lo dispuesto en el art. 21.1, que expresamente cita: «*El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:... 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23*», y con el art. 21.4: «*La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos, en la forma establecida en el artículo 85*». Recuerdo la obligación de información a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en los demás Estados miembros de la Unión Europea, se-

gún el mencionado art. 40 del Reglamento Comunitario, de obligado cumplimiento desde el 31.05.2002, aunque en la práctica concursal anterior se ha desconocido, en general, así como lo dispuesto en el art. 214 de la Ley Concursal, que impone el deber a la administración concursal de informar sin demora a los acreedores conocidos, que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, de que ha sido declarado en concurso su deudor. Llamo la atención en que el plazo para insinuar sus créditos por estos acreedores «extranjeros» (un mes, también hábil) se computará desde la fecha en que reciban la nota o escrito de la administración concursal. Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será de quince días (arts. 190 y 191).

Sobre cómputo de este plazo de comunicación de créditos por los acreedores, al Juzgado, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número uno de La Coruña, de fecha siete de septiembre de dos mil cinco: «*FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.—Sobre el cómputo del plazo de un mes que establece el artículo 85.1 de la Ley Concursal, por remisión al artículo 21. 1 5.º, la propia Ley establece que se contará desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito del antiguo artículo 304 de la LEC de 1881, análogo al actual artículo 133 de la LEC 1/2000, resalta la especialidad de la regla relativa al cómputo de los plazos señalados por meses o años, que se computarán de fecha a fecha, de modo que aunque el plazo comience a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo (artículo 133. 1) el plazo vence el mismo día del mes correspondiente a aquél en que se hizo la notificación o publicación. En este caso, si la publicación del último de los edictos es de fecha 25 de abril de 2005, el plazo de un mes para la insinuación de los créditos vence el 25 de mayo siguiente, aunque a efectos de la presentación de escritos sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LEC con lo que los acreedores podrían haber presentado en el Juzgado —en la oficina de recepción de escritos del Decanato— sus títulos de crédito hasta las quince horas del día 26 de mayo (jueves)».*

El reconocimiento de créditos o su exclusión de la masa pasiva corresponden a la administración concursal y se materializa en la lista de acreedores, según dispone el primer inciso del párrafo primero del apartado 1, del artículo 86, que debe acompañar a su informe *ex art.* 75.2.2.º, y comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ordenadas alfabéticamente (artículo 94.1). La decisión de inclusión o exclusión de créditos se adoptará respecto de cada uno de ellos, y se referirá tanto a los comunicados por sus titulares como los que resultaran

de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaran en el concurso, según previene el inciso final del párrafo primero del citado apartado 1 del art. 86. Es decir, que la administración concursal, aunque el acreedor no hubiese comunicado su crédito, ni acompañado el título o documentos de su crédito (art. 85) o lo hubiese hecho fuera del plazo establecido en el art. 21.1.5.º, podrá incluirlo en la lista de acreedores, si alcanza evidencia suficiente sobre el mismo, de la verificación de los antecedentes del deudor (libros y documentos) o por cualquier otra razón constaren en el concurso. Las cuestiones que se susciten sobre tales créditos se tramitarán como incidente concursal, como establece el párrafo segundo del mencionado art. 86.1, regulado en los arts. 192 a 196.

Y ¿cual será la clasificación de estos créditos incluidos en la lista de acreedores de la administración concursal? La que corresponda a su naturaleza, según los arts. 90 a 92. Este último precepto dispone: «*Son créditos subordinados: 1.º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza...*». Es decir, si se dan estos requisitos, «*que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas*», tendrán el carácter que les corresponda según su naturaleza, sin que influya en su clasificación el hecho de haber sido comunicados tardíamente o no haber sido comunicados.

El incumplimiento por los acreedores del deber de comunicación de créditos, cuando no sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores y los reconozca el juez al resolver sobre la impugnación del informe, así como los incluidos por la administración concursal en dicha lista, pero comunicados tardíamente, serán clasificados como créditos subordinados, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultase de la documentación del deudor, constare de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea preciso la actuación inspectora de las Administraciones Públicas (art. 92.1.º).

Así se deduce de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número uno de La Coruña, de fecha siete de septiembre de dos mil cinco: *«FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEGUNDO.—Cuestión distinta es la referente a la aplicación que la administración concursal ha hecho de la regla de postergación de créditos comunicados tardíamente que establece el artículo 92.1 de la Ley Concursal, sin tener en cuenta que la clasificación de un crédito comunicado fuera de plazo como subordinado tiene como excepción, entre otras, el supuesto de que se trate de créditos que resulten de la documentación del deudor o que constaren de otro modo en el concurso. Y así, en la relación aportada con la solicitud inicial de la concursada figura la TGSS como acreedora por 111.787,26 €, de modo que el crédito por ese importe ya constaba en el concurso y, con toda seguridad, también en la documentación del deudor. La postergación del crédito de la Tesorería por ese importe, desde el momento en que consta en el concurso, no puede ya sustentarse en el artículo 92. 1 de la LC sino, en su caso, en la ubicación concreta del crédito o de partes del mismo en alguna de las demás hipótesis del mismo artículo 92...»*

TERCERO.—Así pues, la demanda debe ser parcialmente estimada en el sentido de limitar la postergación correspondiente a créditos comunicados fuera de plazo a los 32.727,33 € de diferencia que no constaban en el concurso. Los 111.787,26 € restantes, ya inicialmente reconocidos por el deudor, deben ser clasificados según su naturaleza y esta clasificación corresponde hacerla a la administración concursal en su informe definitivo (artículo 96. 4 de la LC) siguiendo las premisas siguientes: Se considerará que la comunicación fuera de plazo afecta a los créditos correspondientes a las últimas liquidaciones, según criterio temporal, de las incluidas en la “relación de deudas” de la certificación de la TGSS. Si para obtener la cifra exacta de 111.787,26 € fuera necesario escindir parte de la deuda consignada en alguno de los documentos de la referida relación, se tomará en primer lugar de la correspondiente al recargo. La administración concursal clasificará el crédito así obtenido por importe de 111.787,26 € siguiendo los mismos criterios de la certificación de la TGSS y sus anexos. Puesto que no se ha suscitado debate alguno al respecto entre las partes ni se ha sometido en consecuencia esta cuestión a la decisión del juzgado, no es posible —en obediencia al principio de justicia rogada— imponer en este caso un criterio diferente de clasificación —en lo referente a recargos y al alcance del privilegio del artículo 91. 4 de la LC— como el que se ha ordenado seguir en sentencias incidentales que resolvieron esta cuestión en otros concursos de este mismo Juzgado».

No obstante, la casuística presenta otras situaciones de hecho que resuelve la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Madrid, de fecha veinticinco de mayo de dos mil cinco: «*FUNDAMENTOS JURIDICOS. SEGUNDO.—Decididas las cuestiones previas, se nos permite entrar en el fondo de la cuestión planteada por la entidad Zahonero, S.L. Esta, mediante la demanda incidental, pretende verse incluida en la lista de acreedores por la cuantía de 809,31 euros y como titular de un crédito ordinario. En el plano de los hechos la cuestión es pacífica. Zahonero, S.L. admite que no ha comunicado su crédito de ninguna manera. Sin embargo, entiende —y así lo expresa en el primer párrafo del hecho segundo de su demanda— que se encuentra dentro de plazo para ello. Debemos partir de la siguiente premisa: el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores no es una vía válida para la insinuación de un crédito. Los apartados 2 y 3 del artículo 85 LC exigen que se lleve a cabo la comunicación de créditos mediante escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, debiéndose presentar en el Juzgado; además el escrito deberá expresar nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, y características y calificación que se pretenda. Ni se hizo esta comunicación, ni consta que de cualquier otra forma la Administración concursal pudiera tener conocimiento del crédito pretendido por Zahonero, S.L.*

TERCERO.—Dadas las circunstancias de hecho, la cuestión que se suscita es la de los efectos de la falta de insinuación tempestiva en el concurso. Esta cuestión fue resuelta por este Juzgado mediante Auto de fecha 10 de marzo de 2005 en los autos de concurso voluntario núm. 18/04 en el sentido de no atribuir a las comunicaciones extemporáneas, esto es, fuera del término que el artículo 74.1 LC concede a la Administración concursal para la presentación del informe, ninguna eficacia en el ámbito del concurso. Y debe considerarse comunicación extemporánea la que se lleva a cabo mediante la demanda de impugnación de la lista de acreedores. La conclusión a la que acabamos de aludir, debe ser aquí mantenida. Para ello debemos partir de los plazos que la Ley Concursal marca para la Administración concursal a fin de que confeccione el informe y los documentos que han de serle unidos, en especial, la lista de acreedores (artículo 75.2.2.º LC). El artículo 74.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), impone a la administración concursal el deber de presentar el informe en el plazo de dos meses —prorrogable por otro si concurren, y se justifican, circunstancias extraordinarias (artículo 74.2 LC)— a contar desde la aceptación del

cargo de al menos dos de sus miembros. El otro plazo que debe ser tenido en cuenta para resolver la cuestión que se suscita es el que la Ley concede a los acreedores para que insinúen su crédito en el concurso. A tal efecto, el artículo 21.1.5.º LC concede a los acreedores del concursado el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias acordadas en el Auto de declaración del concurso. En el supuesto, que es el que debemos considerar, en el que el término para la comunicación de créditos expire con anterioridad al que corresponde a la Administración concursal para la presentación de su informe, podemos contemplar tres hipótesis distintas que derivan de la combinación de los dos plazos a los que acabamos de aludir más arriba. La primera, consistente en que el acreedor del concursado comunique su crédito dentro del plazo del mes previsto en el artículo 21.1.5.º LC. La segunda, que el acreedor comunique su crédito una vez transcurrido el plazo del mes previsto en el artículo 21.1.5.º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe. La tercera, que el acreedor comunique su crédito transcurrido el plazo que ésta tiene para la presentación de su informe.

CUARTO.—En la primera hipótesis, que debería constituirse en la ordinaria, la consecuencia es que la Administración concursal deberá proceder a examinar la solicitud y la documentación presentada por el acreedor, y la valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva acordando la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y, en su caso, con la calificación que corresponda (artículo 86.1 LC). En la segunda hipótesis, nos encontramos ante lo que la Ley califica como de comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. Aquí hay que hacer un inciso. No nos encontramos contemplando los supuestos en los que los créditos derivan de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. En tales casos el artículo 86.1 LC impone a la Administración concursal —con independencia de la comunicación aludida en el artículo 85 LC— la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento por cualquier medio. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso, y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso, pero con anterioridad a la finalización del plazo para que la Administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

QUINTO.—*La contienda que se suscita en el presente incidente gira en torno a la última de las hipótesis más arriba apuntadas. Se trata del caso de falta de insinuación del crédito, esto es, bien no comunicado, bien comunicado con posterioridad a la finalización del plazo para la entrega del informe para la Administración concursal. En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Esta solución viene avalada por una correcta interpretación de los artículos 85.1, 86.1 y 92.1.º, todos ellos de la Ley Concursal. Ninguna duda puede plantearse sobre la conducta que la Ley impone a los acreedores que pretendan ver reconocido su crédito. El artículo 85.1 LC exige su insinuación. Insinuación que si bien no se constituye en conducta a la que se pueda compeler obligatoriamente al acreedor, la Ley anuda graves consecuencias para el caso de no observarse. El artículo 86.1 LC impone a la Administración concursal la obligación de decidir sobre la exclusión o inclusión —y en este caso, la cuantificación y la clasificación— de todos los créditos que: a) hayan sido comunicados expresamente; b) resulten de los libros y documentos del deudor; o c) de cualquier otra forma consten en el concurso. Obviamente, quedan fuera de tal obligación aquellos créditos que no se encuentren en ninguno de los tres supuestos enumerados. Llegados a este punto, la Ley lleva a cabo una nueva distinción que ya ha sido examinada en el anterior fundamento jurídico pero que conviene recordar. Dentro de los créditos comunicados expresamente, se discrimina a aquéllos que lo han sido después de vencido el plazo para la insinuación. A éstos, de comunicación tardía, se les atribuye la calificación de subordinados (artículo 92.1.º LC). Sin embargo, el artículo 92.1 LC también prevé la calificación como créditos subordinados de aquéllos que «no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta». Pudiera parecer que esta mención abre la vía para que aquellos créditos que no han sido en absoluto comunicados pudieran llegar a formar parte de la lista de acreedores por el trámite de la impugnación de la lista de acreedores. Entendemos que sostener esta tesis supone atribuir al cauce de impugnación de la lista de acreedores una virtualidad distinta a la que la Ley establece. En efecto, impugnar significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, «combatir, contradecir, refutar». Esta contradicción precisa necesariamente de dos opiniones que previamente han sido contrapuestas. Y no hay contraposición de posturas relacionadas con la confección de la lista*

de acreedores —que se impugna— si el acreedor no ha insinuado previamente su crédito en el concurso. De ahí que el artículo 96.3 LC deba ser interpretado en el sentido de que la impugnación de la lista de acreedores podrá consistir en la inclusión de créditos, refiriéndose a aquéllos que han sido previamente excluidos; o a la exclusión de créditos, respecto de los que han sido incluidos en la lista de acreedores, pero no podrá consistir en otra cosa. No puede mantenerse la tesis de que el artículo 92.1 LC abre una nueva vía —en este caso judicial— para el reconocimiento de créditos porque dicho precepto hace referencia a los créditos que no han sido comunicados «oportunamente». La “comunicación oportuna” no puede referirse a otra comunicación que no sea la prevista en el artículo 85.1 LC. Cualquier otra comunicación no podría verse calificada legalmente como oportuna. Hemos dicho que el artículo 92.1 LC no tiene como finalidad abrir un nuevo cauce para el reconocimiento de créditos, porque su fin es establecer reglas para la calificación de determinados créditos como subordinados.

Entendemos que cuando el artículo 92.1 LC hace alusión tanto a créditos comunicados tardíamente como a créditos no comunicados oportunamente, se está refiriendo a un mismo supuesto de hecho. La diferencia radica en la situación de tales créditos comunicados tardíamente. En el primer caso se trata de créditos que la Administración concursal va a reconocer y por ello a incluir en la lista de acreedores. En este supuesto la regla para la clasificación de tales créditos se dirige a la Administración concursal. En el segundo caso se trata de créditos no comunicados oportunamente —dentro del plazo del artículo 21.1.5 LC, pero sí dentro del de confección del informe por la Administración concursal— pero que, a pesar de todo, y consecuencia de la valoración efectuada por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 86.1 LC, no han sido incluidos en la lista de acreedores. En esta hipótesis, la regla de valoración va dirigida al órgano judicial. Se trata de créditos que si a consecuencia de la impugnación procede que sean incluidos en la lista de acreedores, tendrán la consideración de subordinados precisamente como consecuencia de su tardía, pero al fin necesariamente expresa insinuación. De ahí que ambas hipótesis previstas en el artículo 92.1 LC sean calificables como comunicaciones tardías de créditos. De ahí que, para los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe, como ocurre con el de la entidad Zahonero, S.L. excluida la posibilidad de su calificación como de subordinados, no pueda ser otra la consecuencia que la de su exclusión definitiva del concurso».

Es interesante, también, el Auto del Juzgado de lo mercantil N.º 1 de Madrid, de fecha diez de marzo de dos mil cinco: «*FUNDAMENTOS JURIDICOS. PRIMERO.—El artículo 74.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), impone —en el ámbito del concurso ordinario— a la administración concursal el deber de presentar el informe en el plazo de dos meses a contar desde la aceptación del cargo de al menos dos de sus miembros. La Ley prevé la posibilidad de prorrogar dicho plazo por un mes más, a solicitud de la propia administración concursal siempre y cuando se justifique la concurrencia de circunstancias extraordinarias (artículo 74.2 LC). Con dicho informe se acompañará, por lo que aquí interesa, la lista de acreedores del concursado (artículo 75.2.2.º LC). Para que en la lista de acreedores se vean reflejados todos los que ostentan algún crédito concursal contra el deudor, la Ley establece una serie de mecanismos. Por un lado, el artículo 21.4 LC determina que la administración concursal comunicará individualmente a cada uno de los acreedores que consten en el concurso el deber de comunicar sus créditos, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 LC. Con independencia de tal comunicación, el artículo 21.1.5.º LC regula el plazo en el que los distintos acreedores del concursado deberán poner en conocimiento de la administración concursal su crédito a los efectos de ser incluidos en la lista de acreedores. De este modo, se concede a todos los acreedores del concursado el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias acordadas en el Auto de declaración del concurso, a fin de que comuniquen a la administración concursal la existencia de sus créditos. Como es fácil de observar, el plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos a la administración concursal no tiene por qué coincidir necesariamente con la finalización del periodo que tiene la administración concursal para elaborar el informe. Más bien la situación adecuada debería ser la de que el plazo para la comunicación de crédito finalizara con antelación a la expiración del plazo para la confección y entrega del informe de la administración concursal. Y a tal fin todos los operadores en el concurso deberán proceder de forma que las cosas sean así.*

SEGUNDO.—Visto lo anterior, las hipótesis que podemos contemplar a los efectos de comunicación de créditos son las tres siguientes: a) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal dentro del plazo del mes previsto en el artículo 21.1.5.º LC; b) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal una vez transcurrido el plazo del mes previsto en el artículo 21.1.5.º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene

para la entrega del informe —o el prorrogado— según lo previsto en los artículos 74 y 191 LC; c) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal transcurrido el plazo para que la administración concursal presente su informe. En el primer caso, que debe ser el supuesto normal, la consecuencia es que la administración concursal examinará la solicitud presentada por el acreedor junto con la documentación aportada, y valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y con qué eficacia (artículo 86.1 LC).

TERCERO.—El segundo supuesto se corresponde con lo que la Ley califica comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos ponen de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. No podemos desconocer que el artículo 86.1 LC impone a la administración concursal la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que se le hayan comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso y con anterioridad a la finalización del plazo para que la administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

CUARTO.—El último de los supuestos que hemos enumerado en el segundo fundamento de esta resolución es el de la comunicación del crédito con posterioridad a la entrega del informe por parte de la administración concursal. Se corresponde con el caso que se nos plantea, como consecuencia de la comunicación efectuada por la entidad Telefónica de España, S.A.U. Estamos ante la situación en la que el acreedor ha comunicado su crédito con posterioridad a la entrega por parte de la administración concursal del informe en cuya lista de acreedores no figura el referido crédito, toda vez que consta en autos que la fecha de la última publicación del Auto de declaración del concurso es la del 27 de noviembre de 2004, el informe de la administración concursal fue presentado el día 29 de diciembre de 2004, y el escrito de comunicación del crédito fue presentado por Telefónica de España, S.A.U. el día 25 de febrero de 2005. En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito

le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC, el cual extiende, en su caso, los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. De ahí que, habida cuenta del momento procesal en que se encuentra el concurso, y sobre la base de lo razonado en la presente resolución, deba rechazarse a todos los efectos la comunicación del crédito efectuada por la entidad Telefónica de España, S.A.U. mediante el escrito presentado en fecha 25 de febrero de 2005, sin que proceda atribuir a tal comunicación efecto legal alguno en el concurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, DISPONGO.—Se inadmite la comunicación del crédito efectuada por la entidad Telefónica de España, S.A.U. mediante el escrito presentado en fecha 25 de febrero de 2005, al que no se le atribuirá ninguna eficacia en el presente concurso».

1.10.4. PUBLICIDAD E IMPUGNACIÓN DEL INFORME

El art. 95, sobre publicidad del informe y de la documentación complementaria, dispone: «1. La administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal, por cualquier medio que acredite su recibo, a cada uno de los interesados que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o con calificación distinta a las pretendidas, indicándoles estas circunstancias y señalándoles un plazo de diez días desde su recibo para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente». Este precepto impone dicho deber de comunicación a la administración concursal, simultáneamente a la presentación de su informe ex art. 75, es decir, el mismo día, por fax, burofax, e-mail, correo certificado con acuse de recibo, etc., pero no a todos los interesados en el concurso sino solamente a los acreedores que hayan sido excluidos, o incluidos sin que hubiesen insinuado su crédito, o incluidos por cuantía inferior a la que reclamaron, o incluidos con calificación distinta a la que pretendieron, explicándoles la situación que les afecta y concediéndoles un plazo de diez días, desde que reciban dicha notificación, para que formulen las reclamaciones que a su derecho convenga. Me parece que el trámite relatado, sobre el plazo de diez días para que los acreedores puedan formular las reclamaciones que a su derecho convenga, no pugna con el establecido en el art. 96.1, concordante con el apartado 2, que se refiere exclusivamente a otros interesados.

El artículo 96.1 dispone que cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días, a contar desde la publicación ordenada en el citado art. 95.2, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Naturalmente, aquí se reconoce el derecho de cualquier interesado, entre los que también se encuentran los referidos en el art. 95.1, para impugnar el inventario y la lista de acreedores, y para ello disponen de un plazo de diez días, que nada tiene que ver con el anunciado en la comunicación de la administración concursal *ex* art. 95.1, sino con la del art. 95.2, que se remite al mencionado art. 23 de la Ley. Se concreta el plazo para reclamar a los acreedores que reciban comunicación de la administración concursal, respecto de los otros interesados, sin discriminación alguna. No obstante, estos mismos acreedores o presuntos acreedores, que hayan recibido la comunicación de la administración concursal, por imperativo del art. 95.1, tienen derecho a impugnar el inventario y otros créditos incluidos o excluidos de la lista de acreedores presentados por la administración concursal, y dispondrán del plazo establecido en el art. 96.1, es decir, de diez días hábiles. No es pacífica la interpretación relativa al derecho de impugnación que confiere a los acreedores la comunicación de la administración concursal *ex* art. 95.1, pues menciona reclamación, y opiniones autorizadas consideran que se refiere a reclamaciones ante la administración concursal, no a impugnaciones ante el juzgado, aunque tales reclamaciones carecerían de eficacia concursal, salvo que permitiesen a la administración concursal impugnar su propio informe, a la vista de las reclamaciones recibidas, legitimados como *cualquier interesado* (art. 96.1).

Dispone el art. 96.4: «*Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes así como una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado*». Cuando sea estimada alguna demanda incidental de impugnación del inventario o de la lista de acreedores, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes, etc., dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que reciban la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones.

Omite la Ley la tramitación de referido texto definitivo, pero parece razonable que dé lugar a una Diligencia de Ordenación, para su unión a autos (¿sección segunda?) y consiguiente Providencia judicial de traslado a partes personadas ¿sujeta a recurso de reposición? Parece que sí, pues el texto definitivo presentado por la administración concursal puede contener errores u omisiones.

1.11. *Propuesta de convenio anticipado (trámite escrito)*

Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos [un mes *ex* art. 21.1.5.º, desde la declaración de concurso], el deudor, que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 105, podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio (art. 104.1). Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será de quince días (arts. 190 y 191).

Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que, en un plazo no superior a diez días, proceda a su evaluación (art. 107.1), que tiene posibles efectos obstativos a su tramitación escrita, según el art. 107.2: «*La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe*». Texto confuso sobre el plazo que dispone la administración concursal para informar sobre la propuesta de convenio anticipado, aunque considero debe cumplir el señalado en la providencia judicial de traslado, es decir, en un plazo no superior a diez días, sin que venga a cuento su presentación en el más breve plazo, si fuese desfavorable. Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será de cinco días (arts. 190 y 191).

Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, es decir, hasta diez días después de la comunicación del informe de la administración concursal, según el art. 95.1, o dentro del plazo de diez días, a contar desde la publicación ordenada en el citado art. 95.2, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta, con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley

(art. 108.1). Conviene recordar el art. 96 de la Ley Concursal: *«Impugnación del inventario y de la lista de acreedores. 1. Dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa»*. El mencionado apartado 2 del art. 95 dispone: *«La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23⁶ y se publicará en el tablón de anuncios del juzgado»*, es decir, tendrá lugar la denominada publicidad noticia.

Cierra la fase común, aunque se incorpora como primer precepto de las fases de convenio o de liquidación, el artículo 98: *«Resolución judicial. Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título»*.

2. Fase de convenio

Si no procediera la aprobación de la propuesta anticipada de convenio, tramitada por escrito, el juez requerirá de inmediato al deudor para que, en plazo de tres días, manifieste si mantiene dicha propuesta para su sometimiento a la junta de acreedores o desea solicitar la liquidación (art. 110.1), salvo que hubiese solicitado la liquidación, en el mismo escrito de presentación de la propuesta anticipada de convenio, para el caso de que no prosperara⁷. Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será dos días (arts. 190 y 191).

⁶ «1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. No obstante lo anterior, la declaración del concurso se anunciará en el “Boletín Oficial del Estado” y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él. La publicación en el “Boletín Oficial del Estado” y, en su caso, en otros periódicos oficiales del edicto se insertará con la mayor urgencia».

⁷ ROJO, Angel, *El convenio anticipado*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 33.

2.1. *Propuestas de convenio ordinario*

Cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida la propuesta anticipada de convenio, el juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 96.1), si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos⁸ (art. 96.4), dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio ordinario y ordenando la formación de la sección quinta, relativa al convenio o a la liquidación (art. 111.1).

2.2. *Junta de acreedores*

Cuando el concursado hubiera mantenido la propuesta anticipada de convenio, el juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni de informe de la administración concursal, dictará auto convocando la junta de acreedores (art. 111.2). Dicho auto ordenará convocar junta de acreedores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 (publicidad), fijando lugar, día y hora de la reunión. Cuando se trate del supuesto previsto en el artículo 110 [mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio] y en el apartado 1 del artículo 113 [propuestas de convenio normal u ordinario por el concursado o los acreedores, antes de la convocatoria de la junta de acreedores], la junta deberá ser convocada para su celebración dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto. En los demás casos [propuestas de convenio presentadas por el concursado o por los acreedores después de la convocatoria de dicha junta], deberá ser convocada para su celebración dentro del tercer mes contado desde la fecha del referido auto que convoque a la junta de acreedores y no será computable agosto.

2.3. *Presentación de propuestas de convenio*

Transcurrido el plazo de comunicación de créditos, es decir, un mes desde la última de las publicaciones obligatorias del auto de declaración de concurso (art. 85.1, que se remite al art. 21.1.5.^o), y hasta la fi-

⁸ Se refiere al informe definitivo de la administración concursal, que presentará al juzgado en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones habidas.

nalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, que expira a los diez días de la comunicación del informe de la administración concursal (art. 96.1), si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, elaborados por la administración concursal (art. 96.4), podrá presentar propuesta de convenio el concursado, que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación. También podrán hacerlo los acreedores, cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores⁹, salvo que el concursado tuviese solicitada la liquidación (art. 113.1). Consecuentemente, las posibilidades que ofrece este precepto al concursado y a los acreedores, de presentación de propuestas de convenio, tienen lugar dentro de la fase común, momento procesal en el que puede suceder que aún no se haya formado la masa pasiva ni la clasificación de los créditos concursales.

En el supuesto de que no hubiera sido presentada ninguna propuesta de convenio, de las comentadas en el párrafo anterior, ni se hubiese solicitado la liquidación por el concursado, éste y los acreedores, cuyos créditos superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva¹⁰, podrán presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración (art. 113.2). Es decir, una vez abierta la fase de convenio, que supone la constancia en autos de la masa pasiva y la clasificación de créditos, permitiendo el conocimiento de los créditos subordinados.

Dentro de los cinco días siguientes a su presentación, el juez admitirá a trámite las propuestas de convenio, si cumplen las condiciones de tiempo (art. 113), forma (art. 99) y contenido (art. 100) establecidas en la Ley Concursal. De apreciar algún defecto, dentro del mismo plazo, lo notificará al concursado o, en su caso, a los acreedores para que, en los tres días siguientes a la notificación, puedan subsanarlo (dos días en el concurso abreviado), según el art. 114.

En la misma providencia de admisión a trámite se acordará dar traslado de la propuesta de convenio a la administración concursal para

⁹ Documento que puede no obrar aún en autos, cuando se presentasen propuestas de convenio por los acreedores, antes de la presentación por la administración concursal de su informe ex art. 75.

¹⁰ Durante este plazo de presentación de propuestas de convenio por los acreedores, ya obra en autos la lista definitiva de acreedores.

que, en el plazo improrrogable de diez días, emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe. Los escritos de evaluación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirán a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75, y los emitidos con posterioridad se pondrán de manifiesto en la secretaría del juzgado desde el día de su presentación al juez (art. 115).

Los acreedores podrán adherirse en trámite escrito, mediante comparecencia judicial o instrumento público, a cualquier propuesta de convenio ordinario, en los plazos y con los efectos establecidos en la Ley Concursal (art. 115.3, concordante con lo dispuesto en el art. 103), es decir, hasta el momento de cierre de la lista de asistentes a la junta.

2.4. *Oposición al convenio aprobado*

Podrá formularse oposición a la aprobación judicial del convenio, caso de propuesta anticipada, en el plazo de diez días, contado desde el siguiente a la fecha en que el juez haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, o desde la fecha de conclusión de la junta, cuando en ella se acepte una propuesta de convenio (cinco días en procedimiento abreviado).

Si la infracción apreciada afectase a la forma y contenido de algunas de las adhesiones (art. 103), el juez, mediante auto, concederá el plazo de un mes (quince días en procedimiento abreviado) para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley, transcurrido el cual dictará la oportuna resolución (art. 131.2).

2.5. *Cumplimiento de convenio*

Con periodicidad semestral (¿trimestralmente en procedimiento abreviado?), contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor informará al juez del concurso acerca de su cumplimiento (art. 138).

El deudor, una vez que estime íntegramente cumplido el convenio, presentará al juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. El juez acordará poner de manifiesto en la secretaría del juzgado el informe y la solicitud. Transcurridos quince días (ocho días en procedimiento abreviado) desde la puesta de manifiesto, el juez, si estimare cumplido el convenio, lo declarará mediante auto, al que dará la misma publicidad que a su aprobación *ex arts. 23 y 24* (art. 139).

2.6. *Incumplimiento de convenio*

Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio, en lo que le afecte, podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, en el plazo de dos meses (un mes en procedimiento abreviado) desde que se publique el auto de cumplimiento de convenio, que se tramitará por el cauce del incidente concursal, contra cuya sentencia cabe recurso de apelación, y si se declarase el incumplimiento supondrá la rescisión del convenio y la desaparición de los efectos de quita y espera ex art. 136 (art. 140), así como la apertura de oficio de la liquidación, según el art. 143.1.5.º.

2.7. *Conclusión del concurso*

Firme el auto de declaración de cumplimiento del convenio y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento (dos meses, según el art. 140.1, o uno, en procedimiento abreviado) o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado, el juez dictará auto de conclusión del concurso, al que se dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 (art. 141).

3. **Fase de liquidación**

La liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y la aplicación de su producto a la satisfacción de los créditos contra la masa y concursales es causa de conclusión del concurso, entre las previstas en el art. 176 de la nueva Ley¹¹. Su tramitación procesal tiene lugar en la sección quinta del procedimiento (art. 183.5.º) y se regula en el capítulo II del Título V de la citada Ley (arts. 142 a 162). A esta fase de liquidación se llega una vez finalizada la fase común (art. 142.2), directamente o después de frustrados los intentos de convenio (art. 143.1.2.º, 3.º y 4.º) o ante el riesgo de su incumplimiento (art. 142.3 y 4), así como una vez declarado dicho incumplimiento (art. 143.1.5.º).

La apertura de la fase de liquidación, que la exposición de motivos considera solución alternativa y subsidiaria en el concurso, puede ser declarada por resolución judicial, a petición del deudor, de cualquier acreedor o de oficio.

¹¹ LEY 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE número 164, de 10 de julio).

El deudor podrá pedir la liquidación, según el art. 142.1: 1.º Con la solicitud de concurso voluntario, concordante con el art. 6.4¹², a la que acompañará propuesta de plan de liquidación; 2.º Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones (diez o cinco días desde la comunicación del informe regulado en el art. 96, cuya publicidad se ordena en el art. 97), o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 96.4), siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite; 3.º Si el deudor no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110, que le faculta para solicitar la liquidación; y, 4.º Dentro de los cinco o tres días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio, conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya. Se observa que la petición de liquidación por el deudor, en los supuestos descritos, tiene lugar durante la fase común del concurso.

Sin embargo, la Ley confiere al concursado la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación durante la fase de convenio, según previene el art. 128.3, en el plazo de diez días (cinco días en el procedimiento abreviado), contados desde la fecha de conclusión de la junta de acreedores que aceptó una propuesta de convenio presentada por acreedores, a la que él no le hubiese prestado conformidad.

3.1. Plan de liquidación

El artículo 148 establece: «1. Dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, presentará ésta al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos...». Breve plazo, cuando la masa activa sea de mayor cuantía, aunque pueda prorrogarse por otros quince días, y brevísimo si de procedimiento abreviado se tratase (ocho días), según el art. 191.1.

¹² «En el supuesto previsto en el artículo 142.1.1.º deberá acompañarse propuesta de plan de liquidación».

Además de su puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado y en otros lugares que el Juez acuerde, se dará traslado de dicho plan de liquidación al deudor y a los acreedores personados, así como a los trabajadores, en su caso, para alegaciones, durante los quince días siguientes (ocho días en procedimiento abreviado), según los apartados 2 y 3 del citado art. 148. Si se hubiesen formulado alegaciones, la administración concursal informará, en el plazo de diez días (cinco días en procedimiento abreviado), sobre las observaciones y propuestas formuladas.

El apartado 4 del citado art. 148 contempla el caso de que las operaciones de liquidación previstas supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo y declara la aplicación del art. 64, antes de la elaboración del plan, es decir, la administración concursal debe tramitar ante el juez del concurso los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, quien llamará a consulta a los representantes de los trabajadores y recabará informe de la Autoridad Laboral. Esta incidencia puede dar al traste con el plazo de quince días (ocho días en procedimiento abreviado) y su prórroga, pues parece que se suspende el mismo, en tanto en cuanto no se resuelva la problemática laboral.

3.2. Informe

El informe sobre el estado de las operaciones de liquidación, cada tres meses desde su apertura (un mes y quince días en procedimiento abreviado), detallará las gestiones sobre realización de la masa activa y los ingresos devengados, así como los obtenidos, y de igual modo dará cuenta de los gastos devengados y de los pagos satisfechos. Considero que resulta más coherente como *dies a quo*, para inicio del cómputo trimestral, la fecha del auto aprobatorio del plan de liquidación.

Dispone el art. 153: «1. Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos...» (seis meses en procedimiento abreviado). Se señala como *dies a quo*, para el cómputo del plazo anual o semestral, la apertura de la fase de liquidación, cuando lo coherente hubiese sido computar la fecha de comunicación a la administración concursal del auto de aprobación del plan de liquidación o de aplicación de las reglas legales supletorias. Recuerdo que parte de este plazo anual puede haberse consumido en las gestiones laborales previstas en el art. 148.4.

4. Calificación del concurso

La calificación del concurso, como fortuito o culpable, es pieza decisiva, cuando tenga lugar su formación, en la que se evaluará la conducta del deudor, en los dos años anteriores a la declaración judicial y con posterioridad, es decir, durante la tramitación del procedimiento.

4.1. *Informe de la administración concursal*

El artículo 169.1 establece que la administración concursal, dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para la personación de los interesados, presentará al Juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes (artículos 164 y 165) para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, y si la propuesta fuese como culpable expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación (el deudor o, si los tuviere, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho) y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores. Insuficiente plazo, a mi juicio, dado el riguroso estudio que requiere y la trascendencia de este informe, con posibles consecuencias civiles e incluso penales para el deudor y terceros, como se deduce del contenido de la sentencia de calificación (art. 172.2). Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será de ocho días (arts. 190 y 191).

4.2. *Informe del Ministerio Fiscal*

Del referido informe de la administración concursal se dará traslado al Ministerio Fiscal, para que emita dictamen sobre la calificación del concurso, en el plazo de diez días (cinco días en procedimiento abreviado). Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen, se entenderá conforme con la propuesta de calificación.

Cuando en alguno de los dos informes mencionados se hubiese calificado el concurso como culpable, el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días (cinco días en procedimiento abreviado) y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso (el deudor o, si los tuviere, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días (tres días en procedimiento abreviado), comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anteriori-

dad. No parece que sean emplazados los acreedores, ni tan siquiera aquéllos que formularon alegaciones iniciales. A quienes comparezcan en plazo se les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes (cinco días en procedimiento abreviado), aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieren con posterioridad al vencimiento del plazo, se los tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieren, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.

5. Clausura y reapertura

La exposición de motivos menciona: *«La ley regula detalladamente las causas de conclusión del concurso, cuya naturaleza puede ser muy diversa: bien porque la apertura no se ajustó a derecho (revocación del auto de declaración de concurso), bien porque el procedimiento alcanzó su finalidad (cumplimiento del convenio, íntegra satisfacción de todos los acreedores), bien por su frustración (inexistencia de bienes y derechos con los que satisfacer a los acreedores), bien por el ejercicio del derecho de disposición de las partes sobre el procedimiento (desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos, transacción del deudor con ellos, causas éstas que, por sus características, sólo pueden operar una vez terminada la fase común del procedimiento y que exigen aceptación u homologación del juez, previo informe de la administración concursal). En los casos de conclusión por inexistencia de bienes y derechos, del concursado o de terceros responsables, con los que satisfacer a los acreedores, que conservan su derecho a hacer efectiva la responsabilidad del deudor sobre los que en el futuro aparezcan, la ley contempla también la reapertura del concurso, tanto si se trata de deudor persona natural como de persona jurídica. En este último caso, puesto que la conclusión por inexistencia de activos patrimoniales lleva consigo la extinción de la persona jurídica, la reapertura por aparición posterior de bienes y derechos se concretará a liquidarlos; pero si se trata de persona natural, la continuación de su actividad patrimonial habrá podido reflejarse tanto en la aparición de activos como de nuevos pasivos, lo que habrá de tenerse en cuenta en la actualización del inventario y de la lista de acreedores».*

5.1. Clausura

Artículo 176. *«1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:... 3.º En cualquier esta-*

do del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio; 4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores; 5.º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos».

En estos casos, sigue el apartado 2 del citado art. 176, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas (ocho días en procedimiento abreviado). El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas.

No se establece plazo alguno para la presentación del informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso, lo cual es lógico, cuando la petición de clausura obedezca al hecho descrito el apartado 4.º anterior y fuese iniciativa de la administración concursal. Sin embargo, cuando se inicie de oficio o a petición de parte interesada (deudor, acreedor, etc.), será la providencia correspondiente la que señale el plazo para emitir el referido informe, que podrá ser favorable, si ratifica la inexistencia de bienes y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, o desfavorable, en caso contrario.

No encuentro sentido a este informe en lo supuestos de los apartados 3.º y 5.º anteriores, pues nada tienen que ver con la existencia o inexistencia de bienes, etc. Es decir, si se ha producido el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 175.1.3.º), será la administración concursal, que habrá pagado a todos los acreedores concursales y contra la masa, quien solicite la clausura del concurso, queden o no bienes y derechos en la masa activa, etc., los cuales entregará al deudor con su rendición de cuentas (art. 181). En el caso 5.º del art. 176.1, será el juez quien dé traslado a la administración concursal de su resolución sobre el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (concurales y contra la masa), y el informe que deberá emitir la administración concursal será favorable, si todos los acreedores concursales y contra la masa han desistido o re-

nunciado, o desfavorable, caso contrario. No observo relación alguna con inexistencia de bienes y derechos, etc., que de existir serán entregados al deudor con la rendición de cuentas (art. 181).

5.2. Reapertura

Artículo 179. «1. La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior. 2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24».

Aunque se trata de una opción legislativa, llama la atención el límite de cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior, por inexistencia de bienes y derechos, para que la declaración de concurso de deudor persona natural tenga la consideración de reapertura de éste. Este plazo se computará a partir de la resolución firme (auto o sentencia) que haya acordado la conclusión del concurso anterior ¿y si hubiesen transcurrido cinco años y un día o más?

La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos, con causa en la aparición de nuevos bienes y derechos, sólo será posible si no hubiesen prescrito las acciones de los acreedores (art. 60).

Artículo 180. «1. Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso». Un mes si de procedimiento abreviado se tratase.

6. Derecho transitorio concursal

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se ocupa de los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, el uno de septiembre de dos mil cuatro, y dispone que continuarán rigiéndose hasta

su conclusión por el derecho anterior, es decir, se reconoce el principio general de irretroactividad de las normas legales¹³, aunque con ciertas excepciones, que paso a comentar.

Conviene recordar el Derecho derogado sobre procedimientos concursales, aunque sólo mencionaré las respectivas normas que han estado vigentes hasta el uno de septiembre de dos mil cuatro: «**curso de acreedores**» (arts. 1.913 a 1.928 del Código civil y 1.156 a 1.317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); «**quiebra**» (arts. 1.319 a 1.396 de la citada LEC; arts. 874 a 941 del Código de Comercio; y, arts. 1.004 a 1.177 del primer C. de C. de 1829); «**quita y espera**» (arts. 1.912 y 1.917 a 1.920 del Código Civil y arts. 1.130 a 1.155 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil); y, «**suspensión de pagos**» (arts. 870 a 873 del Código de Comercio de 1885¹⁴, y Ley especial de 26 de julio de 1922). Además, pueden ser de interés las disposiciones especiales para las **suspensiones de pagos y quiebras de las empresas de ferrocarriles y demás servicios públicos** (arts. 930 a 941 del C. de C.; Leyes de 12 de noviembre de 1869, 19 de septiembre de 1896, 9 de abril de 1904 y 2 de enero de 1915); y el Decreto de 5 de noviembre de 1934, así como la Ley de 1 de septiembre de 1939, de la Jefatura del Estado, sobre intervención de las empresas y en las condiciones que indica.

¹³ Art. 2 del Código Civil: «3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Artículo 2. de la LEC: Aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles. «Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas». Art. 9 de la Constitución Española: «3. La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...».

¹⁴ La doctrina mayoritaria ha considerado tácita y parcialmente derogados (derogación implícita, según Guasch Martorell) los arts. 870-872 del C. de Comercio: GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, José M.^a y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Valladolid, Imprenta de Emilio Zapatero, sin fecha, pág. 153; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *La suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 1957, pág. 83; SAGRERA TIZÓN, José M.^a, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*. Barcelona, Bosch, 2.^a ed., 1989, Vol. I, págs. 164-166; BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, págs. 150-151; MASCARELL NAVARRO, M.^a José, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Granada, Comares, 1994, págs. 12-13. MENÉNDEZ, Aurelio, «Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, Madrid, septiembre 1994, n.º 2, págs. 6-7. GUASCH MARTORELL, Rafael, «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, abril-junio 1995 (núm. 216), pág. 520.

6.1. *Conclusión y reapertura del procedimiento*

El número 1 de la mencionada disposición transitoria primera, como excepción a la declaración general de que los procedimientos concursales en tramitación, a la entrada en vigor de la citada Ley Concursal, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el referido derecho anterior, establece que será de inmediata aplicación lo dispuesto en los artículos 176 a 180 de dicha Ley, que regulan la conclusión¹⁵ y reapertura¹⁶ del concurso, excluyendo la aplicación de los incisos 1.º y 2.º del apartado 1 del citado art. 176¹⁷, quizá en consideración a que se trata de supuestos comunes de conclusión y archivo de los procedimientos concursales anteriores y del vigente concurso, aunque en el derecho derogado no se dicta auto de declaración de quita y espera.

Trataré de referirme a las actuaciones y plazos de los órganos auxiliares de los citados procedimientos concursales anteriores, aunque puede consultarse un trabajo más completo en la Revista Estudios de Deusto, Vol. 51/2, julio-diciembre 2004, de la Universidad de Deusto.

6.1.1. CONCLUSIÓN

La clausura del concurso, prevista en el citado art. 176, podrá iniciarse de oficio por el juez o a instancia de parte interesada, es decir, el deudor y cualquier acreedor¹⁸, así como de la administración concursal, luego la misma legitimación regirá para solicitar la clausura de los mentados procedimientos anteriores en tramitación, y también podrá iniciarse de oficio por el Juez de Primera Instancia o a solicitud de cualquier acreedor o de los órganos auxiliares (comisario, depositario, síndicos e interventores).

El art. 176.4 preceptúa: *«El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones*

¹⁵ La conclusión del concurso se regula también en el art. 141 de la Ley Concursal por cumplimiento de convenio.

¹⁶ Reapertura que parece prevenirse para el supuesto exclusivo de clausura del procedimiento por inexistencia de bienes y derechos (masa activa), en el art. 179.

¹⁷ *«1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: 1.º Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso. 2.º Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.»*

¹⁸ Art. 3: *«1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación...».*

viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas...».

Los emisores de este informe serán los síndicos del concurso de acreedores o de la quiebra, en este último procedimiento con la supervisión del comisario, y los interventores de la suspensión de pagos declarada en insolvencia definitiva, cuyo contenido se concreta en este apartado *«afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas»*, y que podrá ser objeto de alegaciones por las demás partes personadas (deudor y acreedores), es decir, se dará audiencia para alegaciones a las partes personadas.

Las acciones de nulidad y de reintegración en la quiebra, cuya legitimación activa ostenta la sindicatura, con la aprobación de comisario, se regulan en los citados arts. 1.366 a 1.377 de la anterior LEC, que se remiten a los mencionados arts. 878 a 882 del C. de Comercio. En la suspensión de pagos, calificada como insolvencia definitiva, debe acudir al art. 21 de la referida Ley especial, que se remite a los referidos arts. 879 a 882 del C. de C. En cuanto a las acciones de responsabilidad contra terceros, conviene recordar las específicas contra los administradores de derecho o de hecho, a los que podrá afectar el régimen general de responsabilidad (arts. 133 y 262.5 del TRLSA y arts. 69 y 105.5 de la LSRL) y el previsto en el art. 1.301 de la anterior LEC, para el concurso de acreedores, y en la sección quinta de calificación de la quiebra (art. 1.382 y siguientes de dicha Ley rituarial), que incluye la responsabilidad civil de los cómplices¹⁹ (art. 893 del C. de C.), así como a través de la pieza separada de la suspensión de pagos declarada en insolvencia definitiva para la calificación y depuración de las responsabilidades en que haya podido incurrir el suspenso (art. 20 de la Ley especial).

Solamente si se prueba el hecho de inexistencia de masa activa, así como cuando se alcance evidencia sobre la inviabilidad de acciones de reintegración de bienes y de responsabilidad contra terceros, podrá proseguirse la tramitación de la clausura del procedimiento concursal.

El art. 176.5 estipula: *«Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, el juez le dará la tramitación del incidente concursal»*.

¹⁹ Los **cómplices** de la quiebra serán condenados, civilmente, a perder cualquier derecho que tengan sobre la masa (normalmente su crédito) y a reintegrar los bienes y derechos sustraídos, con intereses e indemnización de daños y perjuicios (art. 894 del C. de C.).

Se entenderá que esta referencia al incidente concursal está hecha al procedimiento del artículo 393²⁰ de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según dispone el inciso segundo del número 1 de la mentada disposición transitoria primera, es decir, que no se tramita el incidente de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del título VIII (arts. 192 a 196) de la Ley Concursal. En el concurso, estarán legitimados para formular oposición a la conclusión del concurso la administración concursal, el deudor y los acreedores, que no la hubiesen solicitado. En los procedimientos derogados, además de estos últimos (deudor y acreedores), estarán legitimados para oponerse a su clausura los síndicos del concurso de acreedores o de la quiebra, en esta última con autorización del comisario, y los interventores de la suspensión de pagos, si no la hubiesen instado.

6.1.2. REAPERTURA

Dispone el art. 179: 1. *«La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior».*

Aunque ofrece alguna duda, parece que los autos del concurso de acreedores, la quiebra o la suspensión de pagos anterior, cuando hubiesen concluido por inexistencia de bienes y derechos de deudor persona natural, deben incorporarse al nuevo concurso del mismo deudor, cuando se declare dentro de los cinco años siguientes de haberse clausurado el anterior, y tendrá la consideración de reapertura de éste. Serán competentes los nuevos Juzgados de lo Mercantil, quienes oficia-

²⁰ Admisión, sustanciación y decisión de las **cuestiones incidentales**. «... 2. En la providencia sucintamente motivada en que se admita el planteamiento de la cuestión se resolverá si ha de considerarse de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, en el primer caso, el curso ordinario de las actuaciones. 3. Trasladado a las demás partes el escrito en que se plantee la cuestión, podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el tribunal citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales. 4. Formuladas las alegaciones y practicada, en su caso, la prueba que en la misma vista se admita, si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso. Si la cuestión fuere de especial pronunciamiento, será resuelta, con la debida separación, en la sentencia definitiva. 5. Cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva».

rán a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes para dicha acumulación.

«2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24».

De nuevo anticipo algunas dudas, pero me parece lo más seguro que la reapertura del anterior procedimiento concursal de persona jurídica (suspensión de pagos o quiebra, generalmente), con causa en que hubiesen aparecido nuevos bienes o derechos, será competencia del mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del anterior juicio universal, a cuyo auto de reapertura se dará la publicidad meramente informativa o «publicidad-noticia» (art. 23), así como la correspondiente constancia registral en los registros jurídicos de personas y de bienes, en este supuesto en el Registro Mercantil u otros registros públicos y en el Registro de la Propiedad, etc. (art. 24), y que abrirá la fase de liquidación, a la que será de aplicación lo dispuesto en los arts. 145 a 153 de la nueva Ley Concursal. Será preciso que el Juez nombre órgano auxiliar, es decir, depositario en el concurso de acreedores; depositario y comisario en la quiebra; o interventores en la suspensión de pagos, con arreglo a la legislación derogada, aunque no resultaría forzada la interpretación que considerase procedente el nombramiento de administradores concursales *ex art. 27* de la nueva Ley, previa declaración de procedimiento ordinario o abreviado.

La tramitación procesal de la fase de liquidación de los bienes y derechos de la persona jurídica concursada, quebrada o suspensa, aparecidos con posterioridad al archivo del respectivo procedimiento, tendrá lugar conforme a lo previsto en la Sección 2.^a Capítulo II del Título V de la citada Ley Concursal. La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos, sobre el deudor, según el art. 145, entre otros: suspensión de sus facultades de administración y disposición; si fuese persona jurídica, que es el caso, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, es decir, por el anteriormente mencionado órgano auxiliar; y, sobre los créditos concursales, según el art. 146, el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquéllos que consistan en otras prestaciones. Esta referencia a créditos concursales, recuerda la necesidad de que la administración concursal actualice la lista de acreedores, según dispone el art. 180, que comentaré en el siguiente epígrafe.

Según el art. 147, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley, que regula los efectos de la declaración de concurso, es decir, deberán respetarse los arts. 40 a 73, en cuanto no se opongan a las específicas de la fase de liquidación (capítulo II, del título V), particularmente las dedicadas a las operaciones de liquidación (arts. 148 a 153). Precisamente, el citado art. 148 obliga a la administración concursal a presentar al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa (plan de liquidación) o la observancia de reglas legales supletorias *ex art. 149*, previo inventario de la masa activa, según previene el citado art. 180, para dedicar su producto al pago de los créditos contra la masa y de los concursales, previo reconocimiento y graduación, ¿conforme a la normativa del procedimiento que se trate? No me parece acertado y considero que deberán aplicarse los arts. 85 a 94 de la Ley Concursal. El pago a los acreedores, me parece, se hará conforme a lo dispuesto en los arts. 154 a 162, pues se integra en la fase de liquidación.

En la quita y espera, el art. 1.140 de la anterior LEC reconoce derecho de abstención a determinadas categorías de créditos, aunque sobre privilegios, en general, puede aceptarse lo dispuesto para el concurso de acreedores, en cuyo procedimiento la graduación de créditos tiene lugar en junta de los acreedores, a la que darán cuenta los síndicos de cuatro estados, según el art. 1.268 de dicha LEC, que comprenderán: 1.º Los acreedores por trabajo personal y alimentos; 2.º Los acreedores hipotecarios y pignoratícios; 3.º Los acreedores por escritura pública; 4.º Los acreedores comunes. Estos estados de acreedores deben formarse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1.921 a 1.925 del Código Civil.

En la suspensión de pagos, la aprobación del convenio exige la constitución de una masa de acreedores (créditos concurrentes), a los cuales se les califica jurídicamente de forma especial, en función de la relación de créditos preparada por la comisión interventora y, finalmente, aprobada por el juez: lista definitiva de acreedores (art. 12 de la Ley especial), aunque no tiene lugar la graduación de créditos, propiamente dicha, sino la formación de dos grupos de acreedores: a) Acreedores con derecho de abstención; b) Resto de acreedores. El artículo 15 de la citada Ley señala: «*Los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de Comercio, podrán abstenerse de concurrir a la Junta, pero si concurrieran quedarán obligados como los demás acreedores*». El art. 913.3.º incluye los privilegiados por derecho común, es decir, los créditos vinculados con aquéllos menciona-

dos en los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código civil. El art. 22 concede el mismo derecho de abstención a los acreedores que invoquen los derechos reconocidos en los arts. 908 a 910 del C. de C., es decir, a los mal llamados acreedores de dominio.

En la quiebra, la graduación de los créditos reconocidos tiene lugar en junta de acreedores, señalando la naturaleza y lugar que debe ocupar cada uno, para que sean pagados con la preferencia que les corresponda. El Código de Comercio vigente dedica parte de la Sección Quinta, concretamente los arts. 912 al 919, a la graduación y pago de créditos. Ante la falta de un texto refundido y único, regulador de la preferencia y prelación de créditos de todas clases, puede decirse que en el Código civil se encuentran las disposiciones generales que han de mencionarse a la hora de dar alguna luz sobre la graduación de créditos en las quiebras, para la aplicación de lo establecido en el mencionado art. 913.3.º del Código Mercantil. En dicho contexto, los referidos artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código Civil.

Conviene recordar, en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación, que el concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable, en la sección sexta del procedimiento, según dispone el art. 164, aunque el tono imperativo del art. 179.2, «*La reapertura... se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad*», permite interpretar que la calificación de la conducta del deudor está vedada. Sin embargo, me inclino por la procedencia de tramitar también la sección sexta, para evitar quedasen impunes actuaciones irregulares de los administradores sociales de la persona jurídica deudora, desde la clausura hasta la reapertura, cualquiera que hubiese sido la calificación anterior, en su caso, y aplicando los arts. 164 a 173 de la Ley Concursal, en la medida que no prevalezca, en dicha materia calificadora, el aludido principio de irretroactividad de las normas legales que bien pudieran considerarse sancionadoras. Si así fuese, la calificación de la conducta del deudor, durante el periodo transcurrido desde la clausura hasta la reapertura, se hará conforme a las disposiciones citadas de la anterior legislación concursal, salvo que se valore más acertado el criterio expuesto favorable a la observancia de los preceptos vigentes, particularmente en el caso de que la conducta a calificar corresponda a un periodo posterior al uno de septiembre de dos mil cuatro.

6.1.2.1. Inventario y lista de acreedores

El art. 180 dispone: «*1. Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses*

a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor; a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores».

Creo que es un texto claro, para actualizar la información sobre masa activa y pasiva en la declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de masa activa (art. 179.1), así como en la reapertura del concurso de persona jurídica regulado en el anteriormente referido art. 179.2, aunque no encuentro explicación a que dicha actualización, en cuanto al inventario, consista en suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor y a corregir la valoración de los subsistentes, cuando la clausura del anterior concurso fue causada por inexistencia de masa activa, es decir, desde su conclusión no han podido salir ni subsistir bienes o derechos que no existían entonces, a no ser que hubiesen sido ocultados (alzamiento).

Sin embargo, cuando se trate de la declaración de nuevo concurso de persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra, por inexistencia de masa activa (art. 179.1), o de la reapertura de concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos de persona jurídica, recuerdo que en este último procedimiento no se menciona el inventario como documento contable y deberá ponerse en relación con el activo del balance *ex* art. 8 de la Ley especial, concretamente con la masa activa determinada por el juez respecto de la verificada por la intervención. En el concurso de acreedores, la masa activa la forman los síndicos (art. 1.228 de la anterior LEC), y en la quiebra la sindicatura forma el inventario del haber (bienes y derechos) *ex* art. 1.355 de la anterior LEC, en relación con los arts. 1.079 a 1.081 del primer C. de Comercio. Lo expuesto queda como derecho histórico y en el transitorio habrá de actuarse según se expone en el apartado siguiente.

Respecto de la lista de acreedores, deberán actualizarse los créditos reconocidos en el concurso de acreedores (art. 1.262 de la anterior LEC), así como en la quiebra (arts. 1.380 y 1.381 de la misma LEC), al igual que en la suspensión de pagos (art. 12 de la Ley especial), de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

«2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta Ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se registrarán por lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización».

Los capítulos citados se refieren a la determinación de las masas activa (arts. 76 a 83) y pasiva (arts. 84 a 94), que comprende la calificación de créditos, referidas a la fecha del auto de reapertura, su publicidad e impugnación (arts. 95 a 97).

El inventario de la masa activa de persona natural no casada y de persona jurídica, según el art. 82, consistirá en una relación con los siguientes datos: 1) Descripción de bienes y derechos; 2) Naturaleza; 3) Características; 4) Lugar en que se encuentran; 5) Datos de identificación registral; 6) Gravámenes, trabas y cargas; y, 7) Valoración. Cuando el deudor fuese persona casada, dicho inventario incluirá, además, la relación de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter. A dicho inventario se añadirán dos relaciones, a saber: a) Una, con los litigios cuyo resultado pueda afectar a los bienes y derechos incluidos en el mismo; b) Y otra, con las acciones que debieran promoverse para la reintegración de la masa activa (art. 71). En estas dos relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales. Además, cuando la administración concursal haya acudido a expertos independientes para la valoración de los bienes y derechos inventariados, unirán al inventario los informes emitidos por tales expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa, según dispone el art. 83.2.

La lista de acreedores comprenderá dos relaciones, a saber:

- A) Relación de créditos incluidos, ordenada en el apartado 2 del art. 94, se presentará con múltiples columnas, a saber: 1) Identidad; 2) Causa; 3) Principal comunicado; 4) Intereses y sanciones comunicados; 5) Principal reconocido; 6) Intereses y sanciones reconocidos; 7) Suma, en su caso; 8) Fechas de origen; 9) Fechas de vencimiento; 10) Garantías personales; 11) Garantías reales; 12) Calificación jurídica del principal y de los intereses o sanciones; 13) Carácter de litigioso del principal o de los intereses (sin cuantía); 14) Condicionales; 15) Pendiente de excusión; 16) Falta de comunicación oportuna; u otras, si se incluye la dirección de los acreedores, aunque no se menciona, salvo que se considere implícita en la identidad, así como si se

incorpora una columna final, para observaciones o para referenciar anexos, que resultarán convenientes para dejar constancia de datos complementarios de los créditos verificados. Si el deudor fuese persona casada, en régimen de gananciales o de comunidad de bienes (art. 86.3), se presentarán dos relaciones de acreedores separadas, es decir, los créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre su patrimonio privado y los que puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común.

- B) Relación de créditos excluidos (apartado 3 del art. 94), que expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión, es decir, no presentará importes, al parecer, sólo la identidad del acreedor y la causa de su exclusión, aunque considero una omisión cuestionable, pues debiera figurar el importe declarado por el deudor o reclamado por el acreedor.

El apartado 4 del art. 94 exige otra relación separada, sobre el detalle y cuantía de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, que en el Derecho derogado son ajenas al proceso concursal y ostentaban derecho de ejecución separada, y que resultará indispensable con vistas a la liquidación en curso.

6.1.3. APERTURA DE CONCURSO POR INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO

El número 2 de la referida disposición transitoria primera dispone que la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales derogados, a los que se ha hecho mención [quita y espera (art. 1.155 LEC 1881), suspensión de pagos (art. 17 LSP), concurso de acreedores (art. 1.919 CC) y quiebra (art. 906 C. de C.)], y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta Ley, producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella (arts. 144 a 153 de la Ley Concursal). Según la Magistrada Hernández Rodríguez²¹: «... en estos casos, en lugar de continuar con la tramitación establecida en la legislación anterior..., se abre el concurso del deudor, a los solos efectos de liquidación, es decir, con una tramitación muy limitada, sin fase común... no se trata de un concurso completo, en el sentido de la Ley Concursal, sino de la integración de la legislación concursal anterior con la nueva...».

²¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar «Algunos problemas del régimen transitorio de los procedimientos concursales iniciados al amparo de la legislación anterior», pág. 299. Anuario de Derecho concursal, 4/2005, Editorial Aranzadi, S. A.

Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal, es decir, se sustrae a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil y mantendrá la competencia el mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del procedimiento anterior, cuyo convenio ha declarado incumplido. Puntualiza la Magistrada Hernández Rodríguez²²: *«La opción del legislador, en realidad, no supone una excepción a las normas sobre competencia objetiva, que impide el conocimiento de la materia concursal por parte de los juzgados de primera instancia, sino precisamente el mantenimiento en este aspecto del principio de irretroactividad, al mantener la competencia del juez de primera instancia a pesar el nuevo cauce procesal a seguir»*.

El auto de declaración de concurso, por incumplimiento de convenio en suspensión de pagos o quiebra (también en quita y espera o en concurso de acreedores, inhabituales), además de la apertura de la fase de liquidación, tendrá necesariamente otros pronunciamientos: a) Nombramiento de administradores concursales; b) El requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6; c) En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo; d) El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23; e) La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso; f) En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el capítulo II del título VIII de esta Ley; g) Se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta.

En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación procederá la formación de la sección de calificación (art. 163.1.2.º), aunque se hubiese tramitado en el procedimiento anterior y que no habrá tenido lugar en la quita y espera. Sin embargo, no debo desconsiderar la prevención *«producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella»*, pero me inclino por considerar procedente la tramitación de la sección sexta de calificación, como he comentado en el epígrafe anterior sobre reapertura del procedimiento, para valorar la conducta del deudor.

²² *Op. cit.*, pág. 299.

Recuerdo algunos efectos sobre el deudor y los acreedores, que se contemplan en el art. 145 (suspensión de las facultades de administración y, en su caso, extinción del derecho a alimentos o disolución societaria y cese de administradores o liquidadores) y 146 (vencimiento anticipado de los créditos), respectivamente, así como el nombramiento del órgano auxiliar del Juzgado *ex art.* 27, previa decisión judicial sobre su tramitación ordinaria o abreviada (arts. 190 y 191) y la publicidad correspondiente, así como la necesaria actualización de la masa activa y pasiva (arts. 76 a 94), en los términos expuestos en el epígrafe anterior.

La Magistrada Hernández Rodríguez²³ ofrece su autorizada opinión sobre algunos de los pasajes anteriores y contempla otros escenarios posibles:

«1. *El convenio incumplido con auto de declaración de incumplimiento. Este supuesto no plantea ningún problema puesto que es el específicamente referido en la Ley. Por lo tanto, si se declara el incumplimiento del convenio, el juez que dicta esta resolución, a continuación, de oficio, deberá declarar el concurso del deudor, sin necesidad de argumentar sobre su situación de insolvencia, y a los solos efectos de la tramitación de la fase de liquidación. No obstante, nada impide que algún legitimado solicite la declaración de concurso ante el Juzgado de Primera Instancia competente. En cambio, si en este caso algún legitimado instase la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil, la resolución procedente sería la de inadmisión de la solicitud.*

2. *El convenio incumplido sin resolución que lo declare. Este problema se plantea en aquellos supuestos en que, transcurrido el plazo en que debió ser cumplido el convenio, no existe resolución judicial al respecto y es solicitada la declaración de concurso. La aplicación de la disposición transitoria analizada exige la previa resolución declarando el incumplimiento del convenio, pero se plantea la situación de que ningún acreedor haya instado tal pronunciamiento y el deudor, ante su situación de insolvencia, solicite la declaración de concurso. En este caso, como no existe resolución judicial, no es posible acudir a la vía prevista expresamente por la disposición transitoria. La referida disposición únicamente da respuesta al supuesto perfecto de que el incumplimiento del convenio sea declarado judicialmente y deja en cambio sin prever específicamente lo que sucede en aquellos casos en que se ha incumplido por no satisfacer las deudas en los términos acorda-*

²³ *Op. cit.*, págs. 306-308.

dos pero no exista resolución judicial al efecto. El problema se plantea en el supuesto de que se presente una solicitud de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil. De tratarse de una solicitud de concurso voluntario y presentarse completa la documentación exigida (art. 6 LC), lo que es en todo caso preciso para la admisión a trámite de la solicitud, o con mayor precisión, para su no inadmisión, en tanto que legalmente no se prevé una resolución admitiendo a trámite, de ella se extraerá el incumplimiento del convenio, con lo que será posible traer a colación la disposición transitoria y abstenerse de conocer por falta de competencia objetiva, ante la situación de incumplimiento, debiendo las partes acudir al órgano de primera instancia competente para recabar una resolución que declare el incumplimiento. En cambio, en aquellos supuestos en que, a pesar de haberse aportado toda la documentación exigida, ésta estuviera incompleta y la contabilidad se hubiera llevado incorrectamente, de modo que no sea posible conocer en esa fase de admisión tan breve la previa existencia de un convenio incumplido, y en los supuestos de solicitud de concurso necesario en el que no existe oposición o habiéndose producido ésta, de la documentación aportada no se extrae el incumplimiento de un convenio, la solución será diferente: si se acredita la situación de insolvencia, se declarará el concurso con la consecuencia de que una vez que se tenga conocimiento en la fase común de la existencia del convenio, deberá concluirse el concurso, por aplicación de la disposición transitoria 1.ª, y tendrán que acudir las partes al Juez que conoció del procedimiento anterior, o de postularse la solución antes aludida que residencia la cuestión en reglas de competencia objetiva, deberá abstenerse de conocer el juez que está tramitando el concurso apreciando de oficio su falta de competencia objetiva, indicando la competencia del Juzgado de Primera Instancia correspondiente, con la fatal consecuencia de declaración de nulidad de todo lo actuado, que sin duda habrá representado importantes costes (art. 48 LECiv). No obstante, la problemática se mantiene en los supuestos en los que los acreedores, a pesar de que exista un incumplimiento del convenio, por diferentes motivos, no instan la declaración judicial de incumplimiento. Ha de partirse de que con carácter general únicamente se otorga la iniciativa para instar el incumplimiento a los acreedores (arts. 17-IV LSP y 906 CCom), con lo que se plantea la situación del deudor que desea la declaración de incumplimiento para poder abrir posteriormente un concurso. En este caso la solución no puede pasar por entender que no resulta de aplicación la disposición transitoria primera por la falta de declaración de incumplimiento y el deudor puede instar la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil. Téngase en cuenta que, de declararse el concurso en este

supuesto, en algún momento, si quiera tácitamente, el juez del concurso tendría que pronunciarse sobre el incumplimiento del convenio, decisión para la que no resulta competente. Por ello, la vía posible parece ser la necesidad de que sea el propio deudor el que provoque la declaración judicial de incumplimiento, cuando se dé esta situación, no se haya instado esta declaración por parte de los acreedores y al deudor le interese la liquidación, entendiéndose que sí se encuentra legitimado el deudor para solicitar tal pronunciamiento.

3. El convenio en fase de cumplimiento. El problema es similar en resultados al anterior; el supuesto en que aprobado un convenio, cuando éste se encuentra aún en fase de cumplimiento, algún legitimado interesa la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil (lo que ya ha sucedido en algunos tribunales). En este caso, si de la documentación aportada con la solicitud de concurso o en la vista tras oposición (lo que será más fácil en el supuesto de concurso voluntario), al igual que en el supuesto anterior, se extrae la vigencia de un convenio, debe inadmitirse a trámite la solicitud de concurso. En el supuesto de que no se tuviese ese conocimiento en el momento de solicitar el concurso y se declarase éste, desde que constase en autos su vigencia, deberá terminarse en ese momento el concurso por estar otro procedimiento abierto sobre la misma materia con clara litispendencia entre ambos o, según la segunda postura, dictarse un auto, absteniéndose el juez del concurso de conocer y dando lugar a la nulidad de todo lo actuado (art. 48 LECiv). Esto incluso en el supuesto de que la solicitud la hubiese presentado un acreedor no afectado por el convenio²⁴».

²⁴ Lo que no podrá hacerse es ampararse en esa nueva solicitud para obtener otro convenio que sustituya al anterior, bien durante su vigencia, bien ante el incumplimiento del mismo. Dejando a un lado las teorías sobre la naturaleza jurídica del convenio, la Ley Concursal opta claramente por su consideración como un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad goza de gran libertad (aunque en la práctica se encuentra sumamente limitada). Sin embargo, es un negocio jurídico en el que no existe posibilidad de novación una vez aprobado (aprobación que en todo caso es judicial). Si se produce un incumplimiento o varían las circunstancias a lo largo de su vigencia, no es posible la aprobación de un nuevo convenio que sustituya al anterior puesto que la consecuencia se encuentra legalmente establecida, sin posibilidad de excepción, la apertura de la liquidación. Esto implica, que la única posibilidad de burlar la aplicación de esta regla que impone la liquidación viene dada por la inactividad de las partes denunciando esta falta de cumplimiento (que no puede ser declarada de oficio por el juez). Esto es así, incluso en el supuesto de que sean nuevos algunos de los acreedores que no resultaron afectados por el anterior convenio o de acreedores que según la legislación anterior quedaban fuera de él, puesto que en los convenios han de tenerse en cuenta las posibilidades de cumplimiento de las deudas no sólo de los acreedores a quienes afecten, sino también de terceros y de las futuras.

6.1.4. CONVENIO EN LA QUIEBRA

Dispone el número 3 de la citada Disposición Transitoria Primera que en la quiebra de cualquier clase de sociedades no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos (arts. 1.380 y 1.381 de la anterior LEC). No será de aplicación, por tanto, el art. 929²⁵ del C. de C., que se remite a los arts. 930 y siguientes del mismo Código Mercantil, que permitía la tramitación de convenio anticipado en la quiebra de las compañías, antes de la celebración de la Junta de reconocimiento de créditos e incluso con anterioridad al nombramiento de la sindicatura, es decir, durante la actuación del depositario (STS de 8.06.1880²⁶ y SAT de Barcelona de 30.06.1987²⁷).

El referido art. 929 del Código de Comercio determina la facultad de las compañías (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) de presentar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas, en cualquier estado de la quiebra, y también a su tramitación acomodada a lo dispuesto en los artículos 932 a 937 del citado Código Mercantil. Este último artículo (937) dispone: *«Aprobado el convenio sin oposición, o desestimada ésta por sentencia firme, será obligatorio para la compañía o empresa deudora y para todos los acreedores cuyos créditos daten de época anterior a la suspensión de pagos, si hubieren sido citados en forma legal, o si, habiéndoseles notificado el convenio, no hubieren reclamado contra él en los términos*

²⁵ *«Las compañías estarán representadas durante la quiebra según hubieren previsto para este caso los estatutos, y en su defecto, por el Consejo de administración; y podrán en cualquier estado de la misma presentar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas, las cuales deberán resolverse con arreglo a lo que se dispone en la Sección siguiente»*

²⁶ *«...Que también son infundados los motivos de casación en que se pretende el imposible de que en la pieza de calificación de una quiebra se oiga a síndicos que no existen, ni deben existir, puesto que realizado el convenio no había para qué proceder a su nombramiento, y bastaba la representación fiscal para el único interés restante de la causa pública».*

²⁷ *«Modificado el artículo 1.147 del Código de Comercio de 1829 por la Ley de 30 de julio de 1878, en el sentido de no autorizarse la celebración de convenios entre el quebrado y sus acreedores sin que hubiere terminado el examen y reconocimiento de los créditos y haberse hecho la calificación de la quiebra, con independencia del acierto o no del legislador en las razones por las que se excluyó de dicha regla a las sociedades anónimas, es lo cierto que, de forma expresa a las mismas se refiere en la Exposición de Motivos de la propia Ley que establece la excepción al señalar el artículo 929 del Código de Comercio que podrán «en cualquier estado de la misma presentar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas». Consecuentemente con ello no queda sujeta en el tiempo la proposición del convenio a la aprehensión física de los bienes y documentos de la sociedad quebrada».*

prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Interpreto que obliga a todos los acreedores, sin excepción alguna, es decir, que no excluye a los acreedores con derecho de abstención, como ocurre en el caso del convenio regulado en la Sección Cuarta (arts. 898 a 907), pues el art. 904 se remite al art. 900, y éste confiere la facultad de abstenerse a los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios. Así parece desprenderse de la SAT de Barcelona, de 30.06.1987²⁸, y su tramitación se resume por Ramírez²⁹.

6.1.5. PROPUESTAS DE CONVENIO

El número 4 de la reiterada Disposición Transitoria Primera dispone que las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, en cualquiera de los procedimientos derogados, deberán cumplir los requisitos establecidos en los artículos 99 y 100 de la citada Ley.

Toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente (art. 99).

Las propuestas de convenio no podrán ofrecer una quita exceda de la mitad de los créditos ordinarios, ni espera superior a cinco años, excepto en empresas con especial trascendencia para la economía (nacional, autonómica, provincial o local), cuando de propuesta ordinaria de convenio se tratase (art. 100.1), es decir, si no fuese propuesta anticipada, pues en ésta la excepción a los indicados límites se admitirá cuando el plan de viabilidad contemple expresamente su superación y el Juez lo autorice (art. 104.2). Además, dichas propuestas podrán contener proposiciones alternativas, incluidas las ofertas de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (arts. 156 TRLSA y 74 LSRL), o en créditos participativos (art. 20 Real Decreto 7/1996, de 7 de junio). Conviene llamar la atención sobre la limitación en la espera a cinco años, que parece afectará a las citadas proposiciones alternativas y, en concreto, a la conversión de créditos en préstamos parti-

²⁸ BARÓ CASALS, Antonio y PEDREÑO MAESTRE, Francisco, *Derecho Concursal. Tomo II. La Quiebra*, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 701.

²⁹ RAMÍREZ, José A., *La quiebra*. Barcelona, Bosch, tomo III, págs. 626-628.

cipativos o en obligaciones convertibles en acciones (arts. 292-294 TRLSA). También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores (art. 100.2). La propuesta de convenio no puede consistir en *datio pro soluto o pro solvendo*, ni en la liquidación global del patrimonio (masa activa), etc., sin perjuicio de la posibilidad de fusión o escisión (arts. 233 a 259 TRLSA y 94 LSRL) de la persona jurídica concursada, según el art. 100.3.

En la tramitación y aprobación de dichas propuestas de convenio, conforme al procedimiento que en cada caso corresponda, será de aplicación lo establecido en el artículo 103³⁰ y en el apartado 3 del artículo 118³¹, así como en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 121³² de la referida Ley Concursal, debiendo entenderse que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la junta en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio pueda aprobarse sin celebración de junta, es decir, mediante trámite escrito, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar

³⁰ Artículo 103. Adhesiones a la propuesta de convenio. «1. Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley. 2. La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido. 3. La adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrá de efectuarse mediante comparecencia ante el secretario del juzgado en el que se tramite el concurso, o mediante instrumento público. 4. La adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan».

³¹ «3. Los acreedores firmantes de algunas de las propuestas y los adheridos en tiempo y forma a cualquiera de ellas que no asistan a la junta se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución».

³² «4. Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. Los acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella. Se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de convenio los de los acreedores firmantes y los de los adheridos que no asistiendo a la junta hayan sido tenidos por presentes».

adhesiones en el correspondiente procedimiento. Se contempla, por tanto, el procedimiento escrito del convenio en la suspensión de pagos (arts. 18³³ y 19 de la Ley especial de 1922) y en la quiebra (arts. 932³⁴, 934³⁵ y 935³⁶ del C. de C.).

En la suspensión de pagos, el convenio parte de la proposición presentada con su solicitud por el deudor para pago de sus débitos (art. 2.4.º de la LSP) y puede ser modificado por los acreedores con el asentimiento del suspenso. Se cuestiona por la doctrina si el deudor puede modificar su propuesta inicial de convenio, inclinándose por la respuesta afirmativa. Así parece desprenderse de lo ordenado en el art. 2.5.º *in fine* de la LSP, para las sociedades anónimas, cuando establece que en el acuerdo de la junta general de accionistas *se indicarán las personas... que habrán de ostentar la plena representación de la sociedad... con facultad para modificar la proposición de convenio formulada...* No debe haber causa de discriminación para deudores personas naturales y jurídicas. En la junta de acreedores, convocada para deliberar sobre la aprobación del convenio, el juez abre a discusión la proposición de convenio formulada por el deudor, la cual podrá ser libremente mo-

³³ «En el auto en que se estime la solicitud se concederá al suspenso un plazo prudencial, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro, para que presente al Juzgado la proposición de convenio con la adhesión de los acreedores obtenida en forma auténtica».

³⁴ «La compañía o empresa que se presentare en estado de suspensión de pagos, solicitando convenio con sus acreedores, deberá acompañar a su solicitud el balance de su activo y pasivo. Para los efectos relativos al convenio, se dividirán los acreedores en tres grupos: el primero comprenderá los créditos de trabajo personal y los procedentes de expropiaciones, obras y material; el segundo, los de las obligaciones hipotecarias emitidas por el capital que las mismas representen, y por los cupones y amortización vencidos y no pagados, computándose los cupones y amortización por su valor total, y las obligaciones según el tipo de emisión, dividiéndose este grupo en tantas secciones cuantas hubieren sido las emisiones de obligaciones hipotecarias; y el tercero, todos los demás créditos, cualquiera que sea su naturaleza y orden de prelación entre sí y con relación a los grupos anteriores».

³⁵ «3.º Impondrá a las compañías y empresas el deber de presentar al Juez o Tribunal, dentro del término de cuatro meses, una proposición de convenio para el pago de los acreedores, aprobada previamente en junta ordinaria o extraordinaria por los accionistas, si la compañía o empresa deudora estuviere constituida por acciones».

³⁶ «El convenio quedará aprobado por los acreedores si le aceptan los que representen tres quintas partes de cada uno de los grupos o secciones señalados en el artículo 932. Se entenderá igualmente aprobado por los acreedores si no habiendo concurrido, dentro del primer plazo señalado al efecto, número bastante para formar la mayoría de que antes se trata, lo aceptaren en una segunda convocatoria acreedores que representaren los dos quintos del total de cada uno de los dos primeros grupos y de sus secciones, siempre que no hubiese oposición que exceda de otros dos quintos de cualquiera de dichos grupos o secciones, o del total pasivo».

dificada por los acreedores, con el consentimiento de aquél, y podrán hablar tres acreedores a favor del convenio propuesto y tres en contra (art. 14 de la Ley especial).

En la suspensión de pagos, cuando los acreedores exceden de doscientos el juez podrá acordar la suspensión de la junta (dejarla sin efecto o desconvocarla) y su sustitución por la tramitación escrita, a petición del deudor o de cualesquiera de los acreedores, cuya solicitud deberá ser presentada a partir de la fecha del auto en el que se acuerda la convocatoria de la junta y hasta ocho días antes del señalado para su celebración. En caso de que se formulase la solicitud, el juez oírá preceptivamente el informe de los interventores, que deberán evacuarlo en el término de tres días, y resolverá lo procedente (art. 18 de la Ley especial). Cuando se acuerde la tramitación escrita, el suspenso vendrá obligado a presentar al juzgado la proposición de convenio (la inicial u otra), con la adhesión del voto individual de los acreedores en forma auténtica, bien por comparecencia ante el secretario judicial o mediante acta notarial, que sumen la mayoría de tres cuartos exigible en los supuestos de insolvencia definitiva y cuando el convenio consista en una espera superior a tres años, dentro del plazo que le conceda el juez, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro, con obligada prórroga de treinta días más, si en el primer plazo no se reuniera, y así se acreditase por el deudor. Si las adhesiones recibidas introdujeran modificaciones esenciales en la proposición del convenio, tanto durante el plazo del citado art. 18 como en el de prórroga del art. 19, ambos de la Ley especial, el juez oírá obligatoriamente sobre ellas (las modificaciones al convenio propuesto) el informe de los interventores, que deberán emitirlo en el improrrogable plazo de quince días, y dará vista al deudor para que preste o no su consentimiento. También este informe carece de orientación legal y, en la práctica, de contenido ilustrativo; los interventores acostumbran a destacar las modificaciones planteadas respecto de la propuesta inicial del deudor y a analizar posibles ventajas económicas para las partes que resultasen beneficiadas con los cambios introducidos. En el supuesto que el suspenso no dé su conformidad a las modificaciones en el convenio presentadas por los acreedores el juez sobreseerá el expediente.

En el procedimiento de quiebra de los empresarios individuales y compañías de responsabilidad ilimitada, una vez terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos, según el art. 1.390 de la LEC, que se remite al art. 1.304 de la LEC, el cual ordena: «*Toda solicitud que haga el deudor o cualquiera de los acreedores para convocatoria a junta que tenga por objeto el convenio, deberá contener los*

requisitos siguientes, sin los cuales no será admitida: 1.º Que se formulen con claridad y precisión las proposiciones del convenio. 2.º Que se acompañen tantas copias de ellas, impresas o manuscritas, cuantos sean los acreedores reconocidos. 3.º Que el que las haga se obligue a satisfacer los gastos a que dé lugar la convocatoria y celebración de la junta, aunque se defienda por pobre, asegurando el pago a satisfacción del Juez». No gozarán de este derecho al convenio los quebrados fraudulentos ni los que se fugaren durante el juicio de quiebra (art. 898 del vigente C. de C.). Este artículo modificó la redacción del art. 1.147 del primer Código de Comercio, al que se refiere el art. 1.389 de la LEC, que prohibía presentar proposiciones de convenio hasta terminado el examen y reconocimiento de créditos y hecha la calificación de quiebra. Con el texto actual, se permite al quebrado presentar sus proposiciones de convenio a los acreedores o aceptar las que éstos le presenten, sin esperar a que finalice el examen y reconocimiento de créditos, consecuentemente su graduación, ni la calificación de la quiebra. En este supuesto, el convenio no podrá concluir hasta después de terminadas aquellas operaciones, es decir, se podrán presentar las propuestas de convenio por el deudor o sus acreedores, pero el juzgado deferirá la convocatoria de la junta de acreedores para deliberación y votación hasta que hayan finalizado su tramitación las piezas cuarta y quinta. Son aplicables, a este respecto, los arts. 1.307 a 1.311 de la LEC, a los que remite el art. 1.391 de la LEC. Debe repararse en que se excluye la remisión al art. 1.306 de la LEC y, consecuentemente, permite interpretar que los administradores de las sociedades regulares colectivas y sociedades comanditarias podrán hacer las proposiciones de convenio y representar a estas compañías en la junta de acreedores correspondiente.

En la quiebra de otras sociedades mercantiles, no parece que haya obstáculo para acogerse a los mismos trámites sobre convenio, en junta de acreedores, a las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), una vez finalizadas las piezas tercera, cuarta y quinta. Sin embargo, los administradores de las compañías anónimas o quienes les representen según poder especial, y por extensión las de responsabilidad limitada, así como los liquidadores de las compañías disueltas, podrán presentar a los acreedores, en cualquier estado de la quiebra, las proposiciones de convenio que estimen oportunas, según reza el art. 929 del C. de C. (sentencia del TS de 6.06.1977 y sentencia de la AT de Barcelona de 30.06.1987), que deberá resolverse con arreglo a lo dispuesto en la Sección Octava, que se refiere a las suspensiones de pagos y quiebras de las Compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, y se completa con la Ley de 12 de noviembre de 1869, a la que remite el art. 1.320 de la

LEC. Se interpreta, por tanto, que las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (SA y SRL), incluso declaradas en quiebra fraudulenta, pueden alcanzar un convenio con sus acreedores, para cuya calificación no será preciso oír a los síndicos, si no hubiesen sido nombrados, como declara la citada STS de 8.06.1880: «...*Que también son infundados los motivos de casación en que se pretende el imposible de que en la pieza de calificación de una quiebra se oiga a síndicos que no existen, ni deben existir, puesto que realizado el convenio no había para qué proceder a su nombramiento, y bastaba la representación fiscal para el único interés restante de la causa pública*».

En las sociedades de capital (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), que no se hallen en liquidación, puede acordarse en el convenio su continuidad o traspaso (art. 928 C. de C.). El profesor De la Oliva³⁷ señala una aparente antinomia entre el art. 928 y el art. 221.3.º C. de C., en cuanto que, según éste, la quiebra determina la disolución de la sociedad, que algunos autores tratan de salvar con argumentos que le parecen poco convincentes, como el maestro Garrigues, sobre la distinción entre disolución y extinción de las sociedades, aunque en el fondo está de acuerdo con este autor, pero no en la presentación argumental. A su juicio el art. 221.3.º es una regla general, más que nada de constatación de que la declaración judicial de quiebra inhabilita, y así no se puede seguir comerciando, mientras que el art. 928 supone un desenlace excepcional, rectificatorio del proceso de cuyo inicio da cuenta el art. 221.3.º. A mi entender, los arts. 260.2 del TRLSA y 104.2 de la LSRL, que simplemente facultan al órgano social para disolver con causa en la declaración de quiebra, han dejado sin efecto la aplicación para estas compañías del art. 221.3.º del C. de C.

Parece que en los supuestos comentados sobre proposiciones de convenio concursal, en suspensiones de pagos o quiebras en tramitación, después del 1 de septiembre de 2004, deberán respetarse las disposiciones de los arts. 99 y 100, así como los arts. 103, 118 y 121 de la nueva Ley.

7. Suspensión de pagos

Puede convenirse que en el procedimiento de suspensión de pagos los plazos establecidos por la Ley especial habrán de contarse por días hábiles, y, cuando señala meses, deberá prescindirse del mes de agosto,

³⁷ OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Angel, *Derecho procesal civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, vol. IV, pág. 412.

aunque el art. 305 de la LEC menciona que los términos señalados por meses se contarán por meses naturales. En la suspensión de pagos un plazo establecido por meses se encuentra en el último párrafo del art. 18 para la tramitación escrita del convenio. Si se concediese un plazo de cuatro meses para la presentación al juzgado de la proposición de convenio con la adhesión de los acreedores, y entre ellos se comprendiese agosto, estimo que deberá descontarse como inhábil.

En materia de plazos debe destacarse el art. 24 de la LSP: «*Los plazos establecidos en esta Ley se entenderán vencidos por su mero transcurso, sin necesidad de apremio, incluso en el juicio de calificación a que alude el artículo 20*». La literalidad de este precepto, se pone en relación con el art. 134 de la LEC, cuyo primer párrafo señala que los plazos establecidos son improrrogables. En el procedimiento de suspensión de pagos, cuando se trata de plazos improrrogables la propia Ley se encarga de explicitarlo, así en los arts. 2, 8, 10, 17, 18 y 19, además de los mencionados de caducidad, que una vez transcurridos producen la preclusión y se pierde la oportunidad de realizar el acto de que se trate (art. 136 LEC).

El primer párrafo del art. 10 de la LSP establece: «... *En los casos de insolvencia definitiva no se acordará la convocatoria [de la junta de acreedores] hasta que transcurra el plazo de quince días, señalado en el artículo 8, para la consignación o afianzamiento del déficit. Si el juez, cumplido este trámite, mantuviese la calificación de insolvencia definitiva, convocar inmediatamente la junta, a no ser que en el plazo de cinco días el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra*». Plazo de caducidad, dentro del cual podrá solicitarse la declaración de quiebra, voluntaria o necesaria, que dará lugar a la denominada quiebra consecutiva.

Los demás plazos señalados en la Ley especial, considero que pueden ser ampliados por decisión judicial, y destaco, por su especial relevancia: a) El de quince días del art. 8, dada la dificultad de consignar o afianzar en plazo tan breve; b) El de treinta días del art. 19, dada la transcendencia de que se puedan lograr adhesiones suficientes durante este segundo plazo, siempre que se acredite ante el juzgado la necesidad de su ampliación, si concurriesen circunstancias extraordinarias; c) El término no inferior a veinte días ni mayor de sesenta, que el art. 8 establece para que los interventores redacten el dictamen, puede ser insuficiente para cumplir responsablemente con el mandato legal, dada la dimensión actual de algunas empresas y la complejidad de sus operaciones.

La realidad empresarial del tiempo en que ha de ser aplicado este precepto redactado en 1922, al amparo del art. 3.1 del C. Civil, permite

al juzgado ampliar el corto plazo estipulado, sin necesidad de acudir a fórmulas complejas, como la que se plantea cuando los interventores, a punto de vencer el plazo señalado en la providencia de admisión de la solicitud de suspensión de pagos, y teniendo pendiente de verificar determinados particulares de los extremos objeto de informe, presentan su dictamen con la mención expresa a su contenido parcial o incompleto, a veces, huérfano de conclusiones, para que el juez, a su vista, adopte la resolución, para mejor proveer³⁸, concediéndoles un nuevo plazo para que preparen el dictamen íntegro.

Sobre términos y plazos, resulta de interés el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22.09.94, que cita abundante jurisprudencia e incide en el carácter preclusivo de los plazos procesales en aras de garantizar la seguridad jurídica.

8. Quiebra

Sección 1.^a. *Declaración de quiebra*

El art. 1.017 del primer C. de C. establece que es obligación de todo empresario, que se encuentre en estado de quiebra, ponerlo en conocimiento del juzgado de su domicilio, dentro de los tres días siguientes al que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, haciendo una exposición en la que se manifieste en quiebra, designe su domicilio y todos los lugares de su establecimiento. Se pone en duda la vigencia de este precepto, según Rojo y otros³⁹, particularmente en cuanto al indicado plazo de tres días, por el contenido del art. 871 del C. de C., que hace referencia al plazo de cuarenta y ocho horas para presentarse en suspensión de pagos, tácitamente derogado, dada la regulación de este procedimiento por Ley especial de 26.07.1922, según opinión mayoritaria de la doctrina mercantil: González de Echávarri y Miguel

³⁸ «*Providencia del Magistrado-Juez n.º 4. Señor Martínez Llebres. Bilbao, nueve de diciembre de mil novecientos setenta y siete. Para mejor proveer y con suspensión, por quince meses, del plazo para dictar la resolución a que se refiere el párrafo 4.º del artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, como antecedente necesario para determinar en dicho auto el alcance de la insolvencia provisional o definitiva de la suspenso, requiérase a los Sres. Interventores Judiciales para que en el plazo indicado, e improrrogable, emitan su dictamen en los términos prevenidos en los dos primeros párrafos del mencionado artículo octavo. Comuníquese esta resolución a los Sres. interventores y al suspenso*».

³⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. y CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 407-408.

Romero⁴⁰, Garrigues⁴¹ Torres de Cruells⁴², Sagrera Tizón⁴³, Bisbal⁴⁴, Mascarell⁴⁵, Menéndez⁴⁶, Cordón Moreno⁴⁷ y Rojo, Beltrán y Campuzano⁴⁸.

Garrigues⁴⁹ sostiene, con base en el art. 875 del C. de C. y la supresión del segundo párrafo del art. 871, por la Ley de 10.06.1897, que el comerciante no tiene la obligación de presentarse en estado de quiebra, sino que la quiebra se declara cuando la pide el deudor, pese al obstáculo del art. 889.2.º, que considera quebrados culpables a los que no hubieren hecho su manifestación de quiebra en el término y forma que se prescribe en el art. 871, tácitamente derogado.

El auto de la AP de La Rioja, de fecha 29.12.1997, considera que no existe obligación por parte del empresario, en estado de insolvencia, de pedir la declaración de quiebra de una manera obligatoria, y debe entenderse materialmente suprimido y derogado el art. 1.017 del primer C. de C., según declara en el Fundamento de Derecho Tercero. Puede llegarse a la conclusión de que el plazo mencionado no rige actualmente.

Respecto al cómputo del plazo para impugnar la declaración de quiebra necesaria, el art. 1.325 de la anterior LEC se remite al 1.028 del primer C. de C., que señala el derecho del deudor a pedir la reposición del auto declarativo dentro de los ocho días siguientes a su publicación. La STS de 12.02.1982 considera su cómputo a partir de que se publiquen los edictos acordados en el auto recurrido. La SAT de Burgos de

⁴⁰ GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.^a y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*. Valladolid, Emilio Zapatero (imp.), S. A., pág. 153.

⁴¹ GARRIGUES, Joaquín, *Diccionarios de Derecho mercantil*. Madrid, Aguirre (imp.), 1976, tomo II, págs. 312-314.

⁴² TORRES DE CRUELLES, Joaquín, *La suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 1957, pág. 83.

⁴³ SAGRERA TIZÓN, José M.^a, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*. 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1989, Vol. I, págs. 164-166.

⁴⁴ BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albornotiana IL), 1986, págs. 150-151.

⁴⁵ MASCARELL NAVARRO, M.^a José, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*. Granada, Comares, 1994, págs. 12-13.

⁴⁶ MENÉNDEZ, Aurelio, «Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 2, septiembre 1994, págs. 6-7. «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», en *Homenaje a José M.^a Chico y Ortiz*. Coordinador: Juan Luis Gimeno. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Marcial Pons, 1995, págs. 1316-1317.

⁴⁷ CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*. Pamplona, Aranzadi, 1995, págs. 196-197.

⁴⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. y CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, *op. cit.*, pág. 109.

⁴⁹ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, tomo II, págs. 312-314.

2.12.1986, ante la posibilidad de multiplicidad de *dies a quo*, se decanta por la aplicación del art. 303⁵⁰ de la LEC y señala el día de la notificación. En la práctica forense, cuando los edictos se publican en distintos medios, se toma en consideración la fecha de aquél en que ha tenido lugar la última publicación. De la Oliva⁵¹ entiende que en los casos en que la declaración de quiebra se efectúe mediante edictos que se publiquen en distintos lugares y fechas, debería adoptarse como *dies a quo*, a efectos del cómputo del plazo de ocho días que establece el art. 1.028 del viejo C. de C., el día de la última publicación. Torres de Cruells⁵² era de la misma opinión. Según la SAP de Asturias, de fecha 13.07.2000, cuando el Juzgado tiene por personado al quebrado, éste toma conocimiento de todo lo actuado, incluido el auto declaratorio de quiebra, sin que pueda en este caso computarse como día de inicio del plazo la fecha de su publicación en el Boletín Oficial, cómputo éste que sólo se aplica en el caso de que la declaración de quiebra se produzca sin la manifestación espontánea del quebrado o sin intervención alguna por su parte en el expediente, y así se declara en el Fundamento de Derecho Primero.

En la quiebra voluntaria, el plazo para oponerse a su declaración, por parte de los acreedores y terceros interesados, puede computarse de igual modo, aunque será de tres días, de ser aplicable el art. 1.170 de la LEC, por remisión del art. 1.319 de la propia Ley. Así se deduce de la SAP de Barcelona, de fecha 19.10.1995, referida a la declaración de quiebra voluntaria, que en su Fundamento de Derecho Primero declara: *«Es lo cierto que el “dies a quo” del plazo de tres días, para formular oposición a la quiebra, no es aquél en que el opositor tuvo conocimiento más o menos exacto de su declaración, sino, conforme al citado artículo 1.171 de la Ley Procesal Civil, el de la citación de aquél, personal o, en su defecto, edictal, para el juicio de quiebra; en el caso presente no medió citación personal a los acreedores de la quebrada, sino por edicto, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia el día 26 de abril de 1994, de modo que la demanda de oposición, interpuesta*

⁵⁰ Art. 133.1 de la nueva LEC: *«Cómputo de los plazos. 1. Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas. No obstante, cuando la Ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro, aquél se computará, sin necesidad de nueva notificación, desde el día siguiente al del vencimiento de éste...».*

⁵¹ OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Angel, *Derecho procesal civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, Vol. IV, pág. 385.

⁵² TORRES DE CRUELLES, Joaquín, «La reposición de la declaración de quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1957, págs. 950-952.

el siguiente día 29 del mismo mes, lo fue temporáneamente, y, por tanto, el motivo debe desestimarse».

Sobre oposición al auto de declaración de quiebra, el magistrado Manresa⁵³ analiza los arts. 1.170 y 1.171 de la anterior LEC y señala: «... en la ley anterior... si bien no se desconoció nunca el derecho que tiene cualquier acreedor legítimo para oponerse a la declaración de concurso, ya sea voluntario o necesario, cuando haya sido dictada sin su intervención y le cause perjuicio, no era uniforme la práctica sobre el término y procedimiento para hacer uso de ese derecho. A fin de evitar esta irregularidad se adicionaron dichos dos artículos, declarando el derecho y las causas en que puede fundarse, y el tiempo y modo de utilizarlo.

Todo acreedor legítimo —debiendo entenderse por tal el que tenga a su favor un título de crédito con fuerza ejecutiva o un mandamiento de ejecución, como se declara en el art. 1.159 y hemos expuesto en su comentario— tiene el derecho de oponerse a la declaración de concurso, ya sea voluntario o necesario, lo cual habrá de entenderse en el caso de que no haya sido hecha a su instancia dicha declaración, ni haya sido parte en la oposición formulada por el deudor (art. 1.166) ...»

La oposición a la declaración de concurso, en los casos de que se trata, ha de deducirse dentro de los tres días siguientes al de la citación del deudor, cuando ésta le haya sido hecha personalmente por ser conocido su domicilio, conforme al art. 1.198, y en otro caso, dentro del término de los edictos, que, según los artículos 1.193 a 1.197, deben publicarse citando a los acreedores para que comparezcan en el juicio con los títulos de sus créditos...

Esos términos son improrrogables, puesto que, transcurridos, no puede admitirse la oposición, según prevención expresa de la ley. Del verbo «deducir» empleado en el art. 1.171, y del procedimiento que en el mismo artículo se establece, se infiere que el término de los tres días, o de los edictos, no es sólo para anunciar la oposición, sino también para formalizarla, alegando los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoye. De este escrito y de los documentos que se acompañen, deberán presentarse tantas copias cuantas sean las partes personadas en el juicio del concurso. Por medio de otrosí se pedirá la formación de la pieza separada para sustanciar este incidente, designando los particulares que haya de contener, conforme a lo prevenido en el art. 747⁵⁴, y en su caso, que se reciba a prueba (art. 750⁵⁴).

⁵³ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la *Revista de Legislación*, 1891, tomo V, págs. 69-71.

⁵⁴ Arts. 392 y 393 de la nueva LEC: «Art. 392. *Planteamiento de las cuestiones incidentales. Inadmisión de las que no sean tales. 1. Las cuestiones incidentales se plantearán*

El comisario y el depositario son cargos de aceptación voluntaria y, por tanto, renunciables. Estimo que resulta aplicable el procedimiento y las causas de recusación que se establecen, para los peritos, en los arts. 124 a 128 y 343 de la vigente LEC. La impugnación y remoción del comisario y depositario puede producirse por las mismas causas y siguiendo idéntica tramitación que para los síndicos, por aplicación extensiva de los arts. 1.348 y 1.349 de la anterior LEC. El plazo para impugnar dichos nombramientos será el general de cinco días, establecido en el art. 452 de la vigente LEC para el recurso de reposición.

Declarada la quiebra necesaria, a solicitud de acreedores, el quebrado será requerido para la presentación del balance general, en el término de diez días (art. 1.060 C. de C. viejo), referido a la fecha del auto de declaración de quiebra, y si no lo hiciera será nombrado por el juez un experto para que lo formule en un plazo no superior a quince días (art. 1.061 C. de C.).

El plazo para la presentación al juzgado, por el comisario, del estado de los acreedores del quebrado, según señala el art. 1.063 y ratifica el art. 1.342 de la citada Ley procesal, es de tres días, a partir de la declaración de quiebra, declaración que se hace por auto, que debe incluir el nombramiento de comisario de la misma, como ordena el art. 1.333 de la misma LEC, además de contener otras disposiciones comprendidas en el art. 1.044 del C. de C. antiguo. Consecuentemente, *prima facie*, podría afirmarse que el mencionado plazo de tres días comienza

por escrito, al que se acompañarán los documentos pertinentes y en el que se propondrá la prueba que fuese necesaria y se indicará si, a juicio de quien proponga la cuestión, ha de suspenderse o no el curso normal de las actuaciones hasta la resolución de aquélla. 2. El tribunal repelerá, mediante auto, el planteamiento de toda cuestión que no se halle en ninguno de los casos anteriores». «Art. 393. Admisión, sustanciación y decisión de las cuestiones incidentales. 1. En el procedimiento ordinario no se admitirá el planteamiento de ninguna cuestión incidental una vez iniciado el juicio, y en el verbal, una vez admitida la prueba propuesta. 2. En la providencia sucintamente motivada en que se admita el planteamiento de la cuestión se resolverá si ha de considerarse de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, en el primer caso, el curso ordinario de las actuaciones. 3. Trasladado a las demás partes el escrito en que se plantee la cuestión, podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el tribunal citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales. 4. Formuladas las alegaciones y practicada, en su caso, la prueba que en la misma vista se admita, si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso. Si la cuestión fuere de especial pronunciamiento, será resuelta, con la debida separación, en la sentencia definitiva. 5. Cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva».

a contar a partir de la aceptación del cargo por el comisario, siempre que obre en autos el balance general de los negocios del quebrado, circunstancia que sólo podrá darse en las quiebras voluntarias.

Si la quiebra fuese necesaria, para el cómputo del repetido plazo de tres días, habrá de esperarse a que se practique la diligencia de ocupación de bienes y papeles de comercio del quebrado, que ordena el art. 1.350 de la anterior LEC, en la forma señalada en el art. 1.046 del primer C. de C., al que se remite, habida cuenta que será a partir de la ocupación cuando podrá el comisario acceder al balance y, en su caso, al libro mayor o demás libros y papeles del quebrado.

En resumen, considero que el plazo de tres días, establecido para que el comisario forme y presente al juzgado el estado de los acreedores del quebrado, será computable a partir de: a) La fecha de aceptación del cargo de comisario, en la quiebra voluntaria; b) La fecha de la diligencia de ocupación de los bienes y papeles de comercio del quebrado, en la quiebra necesaria.

Sección 2.^a. *Administración de la quiebra*

El comisario de la quiebra dicta las providencias interinas que sean urgentes para la seguridad y buena conservación de los bienes de la masa, sin perjuicio de lo que, en definitiva, resuelva el juzgado (art. 1.045.2.º citado y art. 1.363 de la anterior LEC). Rives y Martí⁵⁵ señala que los acreedores y los síndicos están facultados para pedir la reforma de esas providencias al juez de primera instancia que, a la vista de la reclamación y del informe del comisario sobre ella, resolverá de plano. La anterior Ley no establece el término dentro del cual ha de solicitarse la reforma, por lo que se aplicará por analogía la regla general de los tres días que señala el artículo 452 de la vigente LEC.

El depositario presentará la rendición de cuentas al juzgado, que deberá ser informada por el comisario y la sindicatura (art. 1.356 de la anterior LEC, que se remite al juicio de concurso —art. 1.185— y art. 1.082 del viejo C. de C.). Manresa⁵⁶, refiriéndose al concurso, señala que el depositario, como todo el que administra bienes ajenos, debe rendir cuenta de su administración en el término de quince días, desde su cese, ante el juzgado que lo nombró, dándose audiencia a los síndicos por el término que el juez estime necesario.

⁵⁵ RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras, con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, 3.ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, tomo II, págs. 479-480.

⁵⁶ MANRESA Y NAVARRO, José María, *op. cit.*, tomo V, pág. 86.

La impugnación de las cuentas del depositario, que cita el referido art. 1.356 y se remite al orden establecido en el juicio de concurso (art. 1.185 de la anterior LEC), contempla la audiencia de la sindicatura, sustanciándose por los trámites de los incidentes, en ramo separado de la pieza de administración, establecido para los abintestatos en los arts. 1.013 a 1.015⁵⁷ de la misma Ley.

El nombramiento de síndicos podrá ser impugnado ante el juez (art. 1.347 de la anterior LEC), por el deudor y por cualquiera de los acreedores personados que no hubieren asistido a la junta, o que hubieren disentido de la mayoría y protestado en el acto contra la elección, y el plazo para presentar dicha impugnación es de tres días, según el art. 1.220 de la anterior LEC, computados de la siguiente forma: a) Desde la fecha de celebración de la junta, para el deudor o el acreedor que la deduzca, si hubieren asistido a ella y hecho constar su protesta; b) Desde la publicación del nombramiento de síndicos, en otro caso. Así se declara en la vieja STS de 28.01.1874: «Una vez hecho en junta general de acreedores el nombramiento de los síndicos de las quiebras, sólo puede ser impugnado por tacha legal que obste a la persona nombrada para ejercer este encargo, o por haber procedido contra derecho en el modo de su elección; siendo necesario para que pueda admitirse esta reclamación que la haya precedido la protesta del reclamante contra el nombramiento ante la junta de acreedores en el acto de publicarse éste, y que se deduzca ante el Tribunal dentro de los tres días siguientes, por cuyo transcurso queda sin efecto la protesta con arreglo a lo dispuesto en el art. 194 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil».

No se señala plazo para que los síndicos procedan a la formación del inventario de los bienes, efectos, libros, documentos y papeles de la quiebra, por entrega del depositario (art. 1.185 LEC de 1881), suscribiendo la correspondiente diligencia (art. 1.355 LEC que se remite a los arts. 1.079 a 1.081 del C. de C. antiguo), y que autorizará con su

⁵⁷ Art. 800 de la nueva LEC: «Rendición final de cuentas. Impugnación de las cuentas. 1. Cuando el administrador cese en el desempeño de su cargo, rendirá una cuenta final complementaria de las ya presentadas. 2. Todas las cuentas del administrador, incluso la final, serán puestas de manifiesto a las partes en la Secretaría, cuando cese en el desempeño de su cargo, por un término común, que el tribunal señalará mediante providencia según la importancia de aquéllas. 3. Pasado dicho término sin hacerse oposición a las cuentas, el tribunal dictará auto aprobándolas y declarando exento de responsabilidad al administrador. En el mismo auto, el tribunal mandará devolver al administrador la caución que hubiere prestado. 4. Si las cuentas fueren impugnadas en tiempo hábil, se dará traslado del escrito de impugnación al cuentadante para que conteste conforme a lo previsto por los artículos 404 y siguientes, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal».

asistencia el comisario, de la que dará fe el secretario judicial. Habrá de estarse, por tanto, a lo que señale el juzgado.

Los síndicos presentarán los estados mensuales de la administración de la quiebra al comisario, quien los pasará con su informe al tribunal (art. 1.095 del C. de C. viejo). Al respecto, Rives y Martí⁵⁸ y Garrigues⁵⁹ explican que, en virtud del artículo 1.095 del antiguo C. de C., los síndicos presentarán mensualmente un estado de la administración de la quiebra al comisario, y éste lo presentará al juzgado con su informe. Todo acreedor podrá tener a sus expensas copia de estos estados, si así lo solicita, y exponer lo que estime procedente a los intereses de la masa. Estas reclamaciones se dirigirán al juzgado en forma de exposiciones, dándose traslado al comisario para que informe, con lo que el juez dictará las providencias que estime necesarias en interés de la masa. En parecidos términos se pronuncia el art. 1.362 de la LEC de 1881, matizando el art. 1.232 de la misma LEC, para el concurso, que con los estados o cuentas de administración se formará un ramo separado de la pieza primera (segunda de la quiebra), a disposición de los acreedores y del deudor, que quieran examinarla.

No se establecen plazos, en la anterior LEC ni en el primer C. de C., para la presentación de dichos estados de administración, por la sindicatura al comisario, por lo que habrá de estarse a lo que el juzgado acuerde.

Sección 3.^a. *Efectos de la retroacción de la quiebra*

En cuanto al momento procesal oportuno (temporaneidad) para decidir *ex officio* la revisión de la fecha de retroacción o para su solicitud por las partes legitimadas, Cordón Moreno⁶⁰, que cita a Carreras, acepta que la fecha provisional se convierta en definitiva, es decir, se pronuncia dando por finalizada tal posibilidad de revisión, al término del proceso de examen y reconocimiento de créditos. Este momento se identifica con la primera fase de la junta de graduación de créditos o con la tramitación de la pieza cuarta, cuando ganan firmeza las resoluciones dictadas en los correspondientes ramos separados sobre créditos pendientes de reconocimiento. La jurisprudencia, en opinión de Ramírez⁶¹, aborda esta cuestión de forma poco clara y aun contradictoria.

⁵⁸ RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *op. cit.*, tomo II, pág. 478.

⁵⁹ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, tomo II, pág. 97.

⁶⁰ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Alfredo Montoya Melgar (dir.). Madrid, Civitas, 1995, Vol. IV, págs. 5441-5442.

⁶¹ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo II, pág. 386.

Habida cuenta de la información que puede proporcionar el reconocimiento de créditos, sobre las operaciones que dieron lugar a su nacimiento, me inclino por la caducidad de acciones, para solicitar la determinación de la fecha definitiva de retroacción, cuando hayan adquirido firmeza los acuerdos sobre reconocimiento de créditos en la junta de graduación, pues la retroacción de los efectos de la quiebra (consecuentemente el señalamiento de la fecha) ha de tomar en consideración los actos que sean jurídicamente expresión directa de un sobreseimiento de sus obligaciones y, también, aquellos otros cuyas características pongan de manifiesto el estado patrimonial de insuficiencia que había de provocarla, revelada a través de concretos actos patrimoniales del deudor tendentes a burlar la *par conditio creditorum*.

Los síndicos deben formar, dentro del plazo de diez días inmediatos a la diligencia de inventario y entrega de bienes, los tres estados de retroacción previstos en los arts. 1.368 y 1.370 de la anterior LEC, para su entrega al comisario, a efectos de comprobación y visado, quien los presentará al juzgado con su informe, particularmente relativo a las reclamaciones y demandas que autorice entablar a la sindicatura. El contenido de tales estados se ordena en los mentados artículos, con remisión al primer C. de C. (arts. 1.038 a 1.041), pero deben entenderse sustituidos por los arts. 879 a 881 del vigente Código Mercantil.

Sección 4.^a. *Examen, graduación y pago de los créditos contra la quiebra*

Una vez nombrados los síndicos, previa aceptación del cargo, y habiéndose comunicado dicho nombramiento a los acreedores mediante circular por el comisario (sic) y publicados los correspondientes edictos (arts. 1.071 y 1.072 del C. de C. viejo y 1.217 de la anterior LEC), el juez dictará providencia para la convocatoria a la junta de acreedores de examen y reconocimiento de créditos, señalando la fecha de su celebración, que será el duodécimo día después de vencido el plazo prefijado para la presentación de documentos, y el término dentro del cual los acreedores hayan de presentar a los síndicos los títulos justificativos de sus créditos.

Procesalmente la obligada graduación de créditos debe prepararse por la sindicatura en dos secciones (estados de graduación), según el art. 912 del C. de C., cuyo orden se establece en los artículos 913 y 914, y acompañarán su dictamen respecto a cada crédito (art. 1.271 de la LEC), para su entrega al comisario, quien la examinará antes de su presentación al juzgado, con el informe correspondiente (art. 1.123 del C. de C. anti-

guo). Este trámite se explica por el profesor González Huebra⁶², y se hacen eco Nogués y Martorell⁶³ y el citado Soto Vázquez⁶⁴, señalando que el comisario, a quien tienen que pasar (los síndicos) estos trabajos (estados de graduación), los examinará, verá si están conformes con lo acordado por la junta de reconocimiento, y los presentará al Tribunal.

Sobre plazos para la convocatoria de esta junta, considero derogado el art. 1.126 del antiguo C. de C. y de aplicación el art. 1.267 de la anterior LEC. Pero los citados Códigos guardan silencio sobre el plazo de entrega por la sindicatura al comisario de los estados de graduación y correspondientes dictámenes, así como del plazo de su presentación al juzgado por el comisario.

Podrán el deudor y determinados acreedores reclamar sobre la validez formal de la convocatoria, celebración y votaciones de la junta de acreedores para examen y reconocimiento de créditos, cuya demanda deberá deducirse dentro de los tres días siguientes al de la celebración de dicha junta (art. 1.265 de la anterior LEC), según declara la SAP de Sevilla, de 9.10.1997, en el Fundamento de Derecho Primero.

Celebrada la junta de graduación de créditos, en el plazo de treinta días, podrán ser impugnados los acuerdos de la junta sobre reconocimiento de créditos (art. 1.380 de la LEC de 1881) y las demandas de los acreedores se acomodarán al procedimiento establecido en el juicio de concurso (art. 1.381 de la misma LEC), que dedica a estas demandas los arts. 1.261 a 1.264, con la salvedad de que el plazo de ocho días del art. 1.261 se amplía a treinta días (tomado del art. 1.107 del C. de C. antiguo), según Manresa⁶⁵.

Los acuerdos de la junta de graduación de créditos o las resoluciones del juez podrán ser impugnados por los interesados a quienes pare perjuicio, según el art. 1.381 de la anterior LEC, que se remite, en cuanto a procedimiento impugnatorio, a las normas dispuestas para el juicio de concurso, es decir: a) Art. 1.261, en cuanto al reconocimiento de créditos, con la salvedad de que el plazo de ocho días se amplía a treinta días (tomado del art. 1.107 del C. de C. antiguo); b) Art. 1.265 en lo que puede afectar a la validez formal de la convocatoria, celebración y votaciones, cuya reclamación deberá deducirse dentro de los tres

⁶² GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo, *Tratado de quiebras*. Madrid, Imprenta de C. González, 1856, pág. 166.

⁶³ NOGUÉS, Emilio José M.^a y MARTORELL Y ROVIRA DE CASELLAS, Luis, *Quiebras y suspensiones de pagos. Comentarios al Libro IV del Código de Comercio*. Madrid, La Propaganda Universal, 1897, segunda parte, pág. 590.

⁶⁴ SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente. Quiebras y concurso de acreedores*. 2.^a ed., Granada, Comares, 1998, págs. 435-436.

⁶⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María, *op. cit.*, tomo V, pág. 366.

días siguientes a la celebración de la junta; c) Art. 1.275, respecto de los acuerdos adoptados en orden a la graduación de créditos, cuya demanda debe formularse dentro del término de ocho días, computables desde el día siguiente al de la celebración de la junta, para los acreedores concursales que hubiesen disentido del voto de la mayoría y reservado su derecho para impugnarlo; y, d) art. 1.276, que exige se sustancien por el trámite de los incidentes todas las impugnaciones que se hagan de los acuerdos de la junta o decisiones del juez sobre la graduación de créditos.

Sección 5.^a. *Calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado*

Para la calificación de la quiebra resulta preceptivo el informe del comisario, con el que se inicia la tramitación de la pieza quinta, abierta con testimonio del auto de declaración de quiebra, según ordena el citado art. 1.382 de la anterior LEC, y que deberá versar sobre los capítulos previstos en el art. 1.138 del viejo C. de C. El referido art. 1.382 no señala plazo para la presentación de este informe, limitándose a establecer que la pieza quinta empezará con dicho informe, por lo que considero que el comisario deberá atenerse al que se establezca en la resolución que ordene la apertura de la misma o a la que le emplace y requiera al efecto.

Es práctica habitual que se tramite la pieza de calificación como un expediente, en el que los síndicos presentan su exposición y deducen la pretensión formal sobre la clase de quiebra (fortuita, culpable o fraudulenta), sin plantear la pretendida calificación con los requisitos exigidos para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al margen de posibles polémicas doctrinales sobre el procedimiento concreto, me inclino a favor de que la sindicatura sea representada en esta demanda incidental por procurador y asistida de letrado, desde su iniciación, pues de otra forma los síndicos, por definición acreedores o en su representación, cuando no son letrados (es frecuente que actúen auditores de cuentas, economistas o titulares mercantiles), se encontrarán huérfanos de la imprescindible formación jurídica que se requiere para su defensa. Además, si no se iniciara como demanda incidental, cuando se abriese dicho proceso, en el supuesto de oposición, los acreedores con derecho a perseguir al fallido, que se hubiesen personado en el expediente, según el art. 895 del C. de C., podrían quedar privados del derecho de solicitar se reciba a prueba el incidente, si lo estiman necesario. Al respecto, Soto Vázquez⁶⁶ reconoce que ningún precepto impone que

⁶⁶ SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, *Quiebras y concurso de acreedores. Las situaciones de insolvencia y la responsabilidad penal del deudor*, Granada, Comares, 1994, pág. 250.

esas pretensiones adopten la forma de una demanda civil, revestida de los requisitos del art. 524⁶⁷ de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero tampoco existe inconveniente legal alguno en que adopten la forma de demanda, e incluso puede ser conveniente hacerlo así, si se tiene en cuenta que esa razonada exposición puede ser contestada por el deudor, oponiéndose a la misma si fuere contraria a sus intereses, y siguiéndose entonces el juicio por los trámites de los incidentes, sin nuevo traslado a los síndicos para alegaciones. Y concluye que una exposición que adopte la forma de demanda se ajustará más fácilmente a un orden de proceder de esta clase. En todo caso, el escrito de la sindicatura sobre calificación de la quiebra debe presentarse dentro de los quince días siguientes a su nombramiento (art. 1.383 LEC de 1881), una vez hayan recibido el traslado del informe del comisario,

Sección 6.^a *Del convenio entre los acreedores y el quebrado*

El plazo de ocho días, para la acción impugnatoria del convenio (art. 1.396 LEC de 1881 y 1.159 C. de C. de 1829), establecido en el art. 902 del C. de C., es de carácter procesal, según la generalidad de la doctrina (Ramírez⁶⁸ y Sala Reixachs⁶⁹), por lo que se computan únicamente los días hábiles. Este plazo empezará a contar el día siguiente de

⁶⁷ Art. 399 de la nueva LEC: «*La demanda y su contenido. 1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con la que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. 2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan. 3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante. 4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo. 5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente».*

⁶⁸ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo III, pág. 202.

⁶⁹ SALA REIXACHS, Alberto, «Las causas de impugnación al convenio», en *Derecho Concursal II*. (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 243-244.

la celebración de la junta. Ramírez⁷⁰ concreta que, votado favorablemente un convenio, no obliga automáticamente a los acreedores, pues es preciso, para que tal obligatoriedad surja, la aprobación judicial, o sea, su homologación, y tal aprobación judicial no se produce automáticamente, sino después de transcurrido cierto plazo que la ley concede a los acreedores para que puedan oponerse a su aprobación por el juez. La oposición a la aprobación del convenio acordado en la junta se previene en el art. 902 del Código de Comercio. Se tramita, como incidente, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1.394 y 1.395 de la LEC de 1991, siendo legitimados los acreedores disidentes y los que no hubiesen concurrido a la junta, estando vedado a los acreedores que por el acta de la junta resultaren haber asentido en ella al convenio (art. 1.393 LEC).

⁷⁰ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo III, págs. 199-200.

CONSTITUCION, CONSTITUCIONALIZACION Y CONSTITUCIONALISMO DE LA UNION EUROPEA

Luis Ignacio Gordillo Pérez

Profesor ayudante de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Deusto
Becario MEC-FPU, ref. AP2003-2394

Sumario: I. Sobre el término «Constitucionalización». II. ¿Qué es una constitución? 1. Aproximación al concepto de constitución. A. Orígenes. B. Aproximación al concepto de constitución desde la Teoría del Estado. a) El concepto racional-normativo. b) El concepto histórico. c) El concepto sociológico. d) El concepto mínimo. C. Recapitulación sumaria: el concepto de constitución en la doctrina europea actual. 2. Elementos esenciales o contenido mínimo. A. Estado de Derecho e imperio del Derecho. B. Derechos y libertades fundamentales. C. Separación de poderes. D. Principio democrático. 3. Tratado y constitución. A. Consideraciones preliminares. B. La debilidad argumentativa de los enfoques tradicionales. C. El argumento de los tipos de normas: aprobación, modificación y extinción de tratados y constituciones. D. Recapitulación sumaria. III. Constitucionalismo y Unión Europea. 1. La constitución de la UE. A. Consideraciones preliminares. B. Sector doctrinal que niega la existencia de una Constitución europea. C. Sector doctrinal que sostiene la existencia de una Constitución europea. a) Perspectiva formal: los Tratados constitutivos como constitución de la Unión Europea. b) Perspectiva material: la jurisprudencia como factor principal de constitucionalización de la Unión Europea. 2. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

I. Sobre el término «Constitucionalización»

El término *constitucionalización* se ha instalado rápidamente en las reflexiones doctrinales actuales del campo del Derecho constitucional, especialmente en relación con la evolución que está sufriendo el sistema jurídico e institucional de la Unión Europea. El vocablo parece ser de origen inglés (*constitutionalization*), es bien conocido en la doctrina germana (*Verfassungsentwicklung*), y resulta ciertamente familiar en español, sin embargo, su empleo en la lengua castellana sólo se ha generalizado —al menos en la jerga jurídica— a raíz del debate surgido en torno a la Unión¹.

¹ Para un breve comentario sobre el origen de la palabra, que el autor sitúa en la lengua inglesa, *vide* CONSTANTINESCO, V., «La constitutionalisation de l'Union Européenne», en

A primera vista, la constitucionalización hace referencia al proceso por el cual una norma desprovista inicialmente de dicho carácter adquiere un valor constitucional, es decir, que se situaría por encima, en la misma cúspide, de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico considerado. De este modo, la palabra *constitucionalización* «implica un proceso combinado y circular mediante el cual los tratados han sido interpretados con la ayuda de técnicas utilizadas por los textos constitucionales antes que con aquéllas utilizadas por los tratados multilaterales y, mediante estos procedimientos, los tratados (...) eran considerados el “Derecho superior”, de la misma manera que lo sería una constitución»².

Así pues, la *constitucionalización* haría referencia a la adopción por parte de la Unión de procesos y técnicas constitucionales (imitando el funcionamiento jurídico-institucional de los Estados europeos, en cuanto al reparto y ejercicio del poder e incluso en lo referente a la protección de los Derechos fundamentales), convirtiéndolos en propios de la Unión, y prescindiendo así, en su funcionamiento *ad intra*, de las técnicas propias del Derecho internacional. Es decir, en la evolución de la Unión Europea, ésta, nacida siguiendo los procedimientos propios del Derecho internacional, ha ido dotándose de reglas de funcionamiento interno y de un cierto programa (el proyecto europeo) propios. Como fuentes de inspiración ha contado con la experiencia de las organizaciones internacionales y los Estados, por lo que dichas reglas y «cláusulas programáticas» resultarán ya conocidas o, al menos, familiares. En este debate, aderezado con opiniones no siempre estrictamente científicas, habida cuenta de los encontrados sentimientos que genera el «proyecto europeo», muchos han visto, con el notabilísimo ejemplo del propio Tribunal de Justicia, una constitución o «carta constitucional» de la Unión en los tratados constitutivos³. Además, para avivar la polémica, la Convención sobre el futuro de Europa, presidida por el ex presidente francés GISCARD D'ESTAIGN, aprobó

RIDEAU, J., *De la Communauté de droit à l'Union de droit: Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 133 a 152, especialmente, p. 237.

² WEILER, J.H.H., «Supranationalism revisited. A retrospective: the European Communities after 30 years», en MAIHOFFER, W. (ed.), *Noi si mura*, European University Institute, Florence, 1986, p. 342.

³ Así, el TJCE ha calificado los Tratados de «Carta constitucional de base» (STJCE de 23.04.1986, caso 294/83, *Partido ecologista «Los verdes» c. el Parlamento Europeo*, Rec. 1339) o incluso de «Carta constitucional de una comunidad de Derecho» (Dictamen 14.12.1991, *Proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo*, Dictamen 1/91, párrafo 21, Rec. 1991, p. I-6079, § 21).

el proyecto reforma de los Tratados, que luego hizo suyo, con las oportunas modificaciones, el Consejo Europeo, con el nombre de *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. La llamada constitución Europea, por algunos, o Tratado constitucional, por otros, según se quiera resaltar uno u otro aspecto, actualmente se encuentra en una situación de *impasse*, tras el «no» de Francia y de Holanda en sendos *referenda*. Pero ello no evita que se acuda a ella para intentar esclarecer algunas cuestiones, como la de su naturaleza o su posible evolución, bien hacia estructuras más constitucionales o intergubernamentales.

Al enfrentarse a la cuestión de si la UE tiene o no constitución, se corre el riesgo de caer en un interminable círculo vicioso, amén de nunca dar una respuesta adecuada. Y esto, fundamentalmente, por dos tipos de razones: la primera de ellas porque no existen definiciones unívocas ni para la UE ni para el término «constitución», y la segunda porque, con frecuencia, la doctrina reserva dicho texto legal sólo al Estado, en cuyo caso, además, sería un elemento definitorio del mismo, con lo que se caería en la tentación de argumentar, otra vez como una serpiente que se muerde la cola, que un Estado es Estado en la medida en que posee constitución y que una constitución es constitución sólo si se está en presencia de un Estado. Evidentemente, la UE no es un Estado, o al menos no un Estado en el sentido clásico del término, con lo que no podría tener una constitución con las mismas características y contenido que un Estado soberano. Pero sería quizá negar la evidencia obviar la indudable repercusión que tienen las normas constitucionales en el proceso de configuración de la Unión. Tampoco sería serio olvidar y reelaborar los conceptos que, con numerosas diferencias e innumerables matices de un autor a otro y de un país a otro, las tradiciones constitucionales occidentales han elaborado. Por ello, el presente análisis partirá de las definiciones elaboradas por la doctrina en el último siglo, para abordar a continuación las propuestas que permiten la calificación de «constitución» de textos legales no referidos a un Estado soberano, en el sentido tradicional del término, permitiendo un trasvase pacífico de los logros consolidados frente a la que ha sido la forma tradicional de organización social, hacia la nueva entidad en la que se está transformando Europa.

En este trabajo, forzosamente breve, se abordará el concepto de constitución desde el punto de vista de la dogmática clásica para, seguidamente, contraponerlo al de tratado internacional. A continuación se analizará hasta dónde ha llegado la *constitucionalización* de la Unión y cuáles son sus elementos esenciales.

II. ¿Qué es una constitución?

1. *Aproximación al concepto de constitución*

A. ORÍGENES

Decía el profesor GARCÍA-PELAYO que el término constitución «es uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su *ratio* no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario»⁴. Esta afirmación, que algún autor creía «exagerada» y limitada sobre todo al último tercio del siglo XVIII, en que se comienza a discutir sobre una realidad muchas veces no plasmada en ningún documento, sería plenamente válida en el debate actual sobre la Unión Europea al que se viene haciendo referencia⁵.

A pesar de las lógicas «controversias», en el Derecho constitucional histórico, poco a poco, fueron admitiéndose algunas características de la constitución, a saber:

- a) La constitución hace referencia a la organización del poder político, pero no a cualquier forma abstracta o configuración histórica de él, no al poder del tirano o del Estado despótico⁶. No se habla de constitución en relación con el poder en Estado puro ejercido como fuerza frente a quienes lo soportan, sino con el poder concebido como dominio o soberanía, regulado, de alguna manera, por el Derecho y ejercido sobre quienes con sus derechos limitan ese poder o incluso participan de él.
- b) La constitución es algo que viene del pasado, se legitima por su antigüedad y es emocionalmente recibido y vivido como herencia, o es algo proyectado hacia el futuro y legitimado por su racionalidad.
- c) La constitución obliga, tanto si se la entiende como tradición o como ley nueva, y tiene fuerza vinculante hasta para los titulares del poder político.

⁴ GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1987, p. 33.

⁵ Dicho autor es TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 29.

⁶ Así, MONTESQUIEU llegó a escribir que en los Estados despóticos «no hay Ley», en su libro, *De l'esprit des lois*, XIX, 12, vide MONTESQUIEU, C. DE S., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995.

B. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DESDE LA TEORÍA DEL ESTADO

Es clásico el análisis realizado por el profesor GARCÍA-PELAYO y completado por TOMÁS y VALIENTE, entre otros, estudiando la «tipología de los conceptos de constitución»⁷. Dado su interés, se seguirá la misma estructura en este estudio.

a) El concepto racional-normativo

Según un concepto racional-normativo, se puede definir la constitución como «un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas»⁸.

Fueron dos sociedades en trance de ruptura, la norteamericana respecto de su metrópoli y la francesa frente al Antiguo Régimen, las que alumbraron una concepción de la constitución como ley nueva, sencilla, superior a cualquier otra, expresión de la voluntad constituyente de la nación (francesa) o del pueblo (de los Estados Unidos), e instrumento normativo que declara y garantiza «los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre»⁹.

La constitución es una ley nueva en tanto en cuanto rompe con el pasado. La francesa de 1791 dedica un solemne párrafo inicial a declarar la voluntad de la Asamblea Nacional a abolir irrevocablemente aquellas instituciones y privilegios del pasado «que dañaban la libertad y la igualdad de derechos».

Es una ley sencilla, tal y como corresponde a la intención ilustrada de claridad legislativa, y al propósito de que todo ciudadano la entienda, para que no ocurra como con la constitución de Inglaterra que «es tan desordenada y compleja que la nación puede sufrir sus defectos durante años sin que se pueda descubrir dónde residen»¹⁰. Debe ser, pues, obra del sentido común (*common sense*).

⁷ GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., pp. 33 a 53, TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., pp. 30 a 35.

⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 34.

⁹ Así reza el preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789).

¹⁰ PAINE, T., *Common Sense and other Writings*, Forum Books, New York, 1966, p. 57 (la cita se halla en su ensayo de 1776 titulado *Of the origin and design of government in general, with concise remarks on the English Constitution*).

La constitución reconoce «el principio de la soberanía del pueblo, es decir, la supremacía de la voluntad general sobre todas las voluntades particulares»¹¹. Dicha soberanía se expresaría, pues, con un acto fundante del poder constituyente. Por eso algún autor apostillaría que la constitución «no tiene una existencia ideal, sino real»¹². Es algo que antecede al gobierno, pues un gobierno no es más que la criatura de una constitución¹³. Más aún, tal y como defendía TOCQUEVILLE, no sólo la competencia de los órganos o instituciones, sino su misma existencia radica en la constitución¹⁴. La constitución de un país, de este modo, «no es el acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno»¹⁵. De ahí arranca su superioridad normativa como obra de ese radical poder constituyente, y no de un derivado poder legislativo constituido u ordinario, del que procederán después las demás leyes¹⁶.

Por último, los derechos naturales que dentro del pensamiento pactista son el principio y fundamento del Estado, puesto que al pactar el nacimiento de éste los hombres pretenden conservar aquéllos, concebidos como libertades individuales que el Estado debe asegurar protegiendo su ejercicio, su disfrute. Ahora bien, se da la paradoja de que el mayor enemigo de la libertad individual no es el Estado, su garante, pero sí los oficiales encargados de ejercer dentro del Estado los diferentes ámbitos del poder político. De ahí que «la separación de todos los poderes públicos, así como una buena constitución sobre los mis-

¹¹ CONSTANT, B., «Principios de política», en *Escritos políticos*, traducción de M. L. SÁNCHEZ MEJÍA, CEC, Madrid, 1989, p. 7.

¹² La aseveración es de T. PAINE, comentando la revolución francesa. Citado en TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 33.

¹³ CONSTANT, B., *Cours de politique constitutionnelle*, 3^o ed., Bruxelles, 1837, p. 55, cit. en GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 35.

¹⁴ Así, TOCQUEVILLE se preguntaba y respondía: «¿De quién recibe el rey sus poderes? De la constitución. ¿De quién los pares? De la constitución. ¿De quién los diputados? De la constitución... ¿En qué punto se han de colocar para cambiar la constitución? Una de dos: o son impotentes sus esfuerzos contra la Carta Constitucional, que continúa estando depositada en sus manos, y entonces continúan operando en su nombre, o ellos pueden cambiar la Carta, y en este caso la ley, en virtud de la cual ellos existían (como funcionarios), no existe ya, y ellos mismos se nulifican. Al destruir la Carta se destruyen a sí mismos», en TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, vol. I., (trad. de C. CERRILLO ESCOBAR), Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1911, pp. 589 a 590.

¹⁵ PAINE, T., *Common Sense and other Writings*, op. cit., p. 59.

¹⁶ La expresión más radical de este pensamiento es KELSEN, para quien la soberanía es una propiedad del orden jurídico que se suponga como válido, o sea, como «vigente»; esta propiedad consiste en que sea un orden supremo, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior; es decir, cuando es un orden que deriva de una misma norma fundamental, o sea, de una misma constitución. Vide KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 2.^a ed., UNAM, México, 1982, especialmente, pp. 232 a 235.

mos son la única garantía que puede preservar a la Nación y a los ciudadanos» de los abusos de aquellos mandatarios del Estado¹⁷.

b) El concepto histórico

En los últimos decenios del s. XVIII se perfila el concepto histórico de la constitución, sobre todo, pero no exclusivamente, en Gran Bretaña, como reacción y antídoto contra el concepto revolucionario de la constitución triunfante en las colonias norteamericanas a punto de independizarse o en la Francia de 1789. En aquella época, YOUNG y BURKE defendieron apasionadamente la constitución histórica británica¹⁸. Desde la Carta Magna de 1215 hasta el *Bill of Rights* de 1689, la constitución británica se presenta ante los ojos del inglés como una «herencia» de sus «mayores», ciertamente no inmutable, pero en la que todas las reformas se han llevado a cabo respetando aquel espíritu, es decir, con arreglo al principio del respeto al pasado, lo cual implica, además, la obediencia a un sabio pragmatismo, porque «la ciencia práctica del gobierno» se basa en la experiencia y, por consiguiente, «sólo con infinitas precauciones se podría uno aventurar a destruir un edificio [la constitución Británica] que durante siglos ha cumplido de manera conveniente los fines generales de una sociedad»¹⁹.

Distintas versiones de este historicismo que sacraliza la historia, pero que paradójicamente convierte el pasado en foto fija que sólo admite retoques, y exige lealtades conservadoras de una constitución concebida como tradición, reaparecieron en distintos momentos de la historia europea: «así, está situado en el fondo del liberalismo doctrinario francés, del pensamiento de la Escuela histórica del Derecho y del romanticismo alemanes, y resucita con el renacimiento de cualquier nacionalismo que no puede olvidar la exaltación de unos fueros, o leyes, o costumbres —o todo ello— integrantes de una constitución histórica

¹⁷ SIEYÈS, E., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid, 1989, p. 183.

¹⁸ YOUNG menciona con desprecio el uso que los franceses hacen de ese término, como si una constitución fuese «un *pudding* que se hace con un recipiente», YOUNG, A., *Arthur Young's Travels in France*, George Bell and Sons, London, 1909, (1789-4.32). La expresión aparece en la hoja correspondiente al 27 de junio de 1789. BURKE defendió con apasionamiento contrarrevolucionario la constitución como tradición: «Si deseáis conocer el espíritu de nuestra constitución (...) buscadlo en nuestras historias, en nuestros archivos, en las actas parlamentarias, en los diarios del Parlamento», en BURKE, E., *Reflections on the French Revolution*, Vol. XXIV, Part 3. The Harvard Classics, Collier & Son, 1909-14. New York, 2001, para. 51.

¹⁹ BURKE, E., *Reflections on the French Revolution*, op. cit., paras. 51 y 79.

que fuerzas enemigas han procurado sin éxito destruir, porque en último término la constitución histórica permanece asociada de forma tan misteriosa como imperecedera a un “espíritu del pueblo” del que emana, o a unas “señas de identidad” en ella reflejada»²⁰.

c) El concepto sociológico

El concepto sociológico de constitución es la proyección del sociologismo en el campo constitucional. Siguiendo a la doctrina más autorizada, se entiende por tal una concepción científica y una actitud mental que de manera más o menos intensa y extensa relativiza la política, el Derecho y la cultura a situaciones sociales²¹. En lo que atañe a este trabajo, hay coincidencias inevitables entre los conceptos histórico y sociológico de constitución, pues, por una parte, es difícil, si no distinguir la Sociología de la Historia, sí que lo es distinguir la realidad social de la realidad histórica, ya que aquélla tiene lugar en el marco de ésta y en un tránsito de los precedentes a lo futuro; en segundo lugar, lo que interesa a un concepto histórico de constitución son siempre determinadas estructuras de poderes sociales concretos o de conciencias colectivas insertas en ellos. Por consiguiente, se hace necesario fijar de una manera precisa qué se entiende por concepto sociológico en su doble oposición al racional y al histórico²². Así, se entiende por tal aquél que se basa en las siguientes afirmaciones:

- a) La constitución es primordialmente una forma de ser y no de deber ser.
- b) La constitución no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente, que para una gran parte del pensamiento del siglo XIX —y no solamente para MARX— se identifican con situaciones y relaciones económicas.
- c) La constitución no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia «legalidad», rebelde a la pura normatividad e imposible de ser dominada por ella; el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura, de la que emerge o a la que debe adaptarse el deber ser.
- d) Si en lo que respecta al Derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la histórica sobre el de legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre el de vigencia.

²⁰ TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 31.

²¹ GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 46.

²² Profundizando en este aspecto, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., pp. 46 a 47.

Tal concepto sociológico se encuentra, por ejemplo, en SISMONDI, cuando define a la constitución como «la manera de existir de una sociedad, de un pueblo o de una nación. (...) En este sentido sería imposible que existiese un Estado sin constitución, sin manera alguna de vida»²³; por consiguiente, nada ha de ser más variable que la teoría de las constituciones, ya que el legislador debe «respetar la vida del cuerpo político, tal como existe» conservando aquello que le parezca adecuado al interés general, pero teniendo en cuenta que «los pueblos existen y no son ciertamente los legisladores quienes les dieron la vida: los pueblos existen y cada cual tiene una constitución en el sentido más lato de la palabra, por tanto, que existe. El legislador debe sólo tocar esta constitución, la lima, y nada indica un espíritu más superficial y más falso, al mismo tiempo, que la empresa de trasplantar la constitución de un país a otro, o de dar una nueva constitución a un pueblo, no según su genio o su propia historia, sino según algunas reglas generales»²⁴. Para el citado autor, el problema constitucional radica en un equilibrio entre el ser y el deber ser, de manera que «cuando una constitución es racional, cuando está conforme con el verdadero desarrollo de la ciencia social, debe garantizarse a sí misma; preparando al mismo tiempo los medios de formarse [reformarse] y de acrecentarse, hasta llegar a lo que debe ser»²⁵.

A la vista de estas breves pinceladas, es claro que el concepto preciso de constitución que mantengan los partidarios de esta tendencia (la sociológica) será función de la diversa concepción que se mantenga de lo social; de manera que en este punto son determinantes las diversas concepciones sociológicas, con toda la gama de sus diferenciaciones y contraposiciones. Ello no obstante, en lo que a este análisis se refiere, interesan no tanto las formulaciones científicas precisas como las concepciones ideales; y, en este sentido, las direcciones de esta tesis van desde la consideración de la constitución como la simple sistematización jurídica de los poderes fácticos, hasta la de concebirla como resultado de todo un conjunto de circunstancias ambientales de diverso orden. La primera tesis está representada por LASALLE para quien «la constitución es la suma de los factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momen-

²³ SISMONDE DE SISMONDI, M. J. C. L., *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, Traducción de J. Amador de los Ríos, Alvarez y Cía., Sevilla, 1843, p. 14.

²⁴ SISMONDE DE SISMONDI, M. J. C. L., *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, op. cit., p. 36.

²⁵ SISMONDE DE SISMONDI, M. J. C. L., *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, op. cit., pp. 37 a 38.

to, incorporados a un papel, no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en Derecho»²⁶. Como ejemplo de la segunda, valga citar la definición —a mitad de camino entre MONTESQUIEU y el positivismo— dada por DE MAISTRE: «¿Qué es una constitución? ¿No es cierto que no es otra cosa que la solución del problema siguiente? Dadas la población, las riquezas, las buenas y las malas cualidades de una determinada nación, encontrar las leyes que le convienen»²⁷.

En todo caso, es característica del concepto sociológico de constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se puede dar una normatividad jurídico constitucional en desacuerdo con la estructura real, esta tendencia lleva implícita la escisión del concepto de constitución en dos partes, al distinguir entre una constitución real o sociológica y una constitución jurídico-política, la cual será tanto más vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir con la primera²⁸.

d) El concepto mínimo

De las concepciones anteriormente expuestas deriva lo que se ha dado en llamar *concepto mínimo* de constitución, expuesto, por primera vez, en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que dice así: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de

²⁶ LASALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 70.

²⁷ Vide DE MAISTRE, J. M., *Consideraciones sobre Francia*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 67.

²⁸ Esa concepción surge como concepto polémico mantenido por conservadores y socialistas contra el Estado liberal, atacando lo que constituía la clave jurídico-política de su sistema, es decir, la teoría racional de la constitución, y buscando en tal doctrina una base ideológica de sustentación a sus pretensiones políticas. Los principales representantes de ambas tendencias fueron VON STEIN y LASALLE. Así, sobre VON STEIN y su contraposición dialéctica Estado-Sociedad, presupuesto de sus reflexiones sobre la constitución, vide GARCÍA-PELAYO, M., «La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 47, 1949, pp. 43 a 88. Para un entendimiento del concepto de constitución en LASALLE, vide LASALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, *op. cit.*, especialmente, p. 97, donde asevera que «los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho sino de poder, la verdadera constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social». Hay que tener presente que en el concepto de constitución que se está exponiendo en este apartado no cabe hablar de soberanía abstracta y despersonalizada de la constitución, sino de poderes concretos.

los poderes, carece de constitución»²⁹. Sin estos elementos, una ley podrá llamarse constitución, pero no lo será. Así pues, no es constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado, sino precisamente aquella que reúne estas dos condiciones: la garantía de los derechos individuales y la división de poderes que sirve a la efectividad de aquéllos³⁰. Asimismo, si bien éste era el mínimo indispensable, «de ahí hacia arriba, una constitución debía procurar la realización de la mayor carga utópica que fuera posible. Todo legislador constituyente debía poner su mayor entusiasmo para lograr “la más noble y pura constitución sobre la faz de la tierra”»³¹.

Mucho después, a mediados del siglo XX, K. LÖWENSTEIN, continuando esa línea de pensamiento, insistió en la existencia de unos requisitos fundamentales que bien se podría afirmar que siguen estando considerados «como el mínimo irreducible de una auténtica constitución»³². Estos serían:

- a) La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales u ostentadores del poder para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentador del poder.
- b) Un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos ostentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos —los *checks and balances*, familiares a la teoría constitucional americana y francesa—, significan simultáneamente una distribución y, por tanto, una limitación del ejercicio del poder político.
- c) Un mecanismo, planeado igualmente con anterioridad, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes ostentadores del

²⁹ La expresión *concepto mínimo* aparece, por ejemplo, en TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 34.

³⁰ Sintomáticamente, casi todos los manuales franceses de Derecho constitucional comienzan su exposición de la noción de constitución con la redacción de este artículo, así, por ejemplo, CONSTANTINESCO, V. et PIERRÉ-CAPS, S., *Droit Constitutionnel*, PUF, Paris, 2004, p. 179. También los tratadistas alemanes estuvieron de acuerdo en considerar como constitución solamente a la que reuniera estas condiciones, pues aunque algunos admitieron un concepto «neutral» de constitución o algunos efectuaron una distinción entre «constitución» (*Verfassung*) y «constitución constitucional» (*Konstitutionelle Verfassung*), lo cierto es que sólo consideraron como constitucional aquel régimen que reunía los dos caracteres antes indicados. En este sentido, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 39.

³¹ Así lo resalta TOMÁS y VALIENTE citando a PAINE, vide TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 34.

³² El *mínimo irreducible* aparece desarrollado en LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1976, pp. 153 a 154.

poder autónomos, con la finalidad de evitar que uno de ellos, caso de no producirse la cooperación exigida por la constitución, resuelva el *impasse* por sus propios medios, esto es, sometiendo el proceso del poder a una dirección autocrática. Cuando, finalmente, bajo el impacto de la ideología democrática de la soberanía popular del pueblo, el constitucionalismo alcanzó el punto en el cual el árbitro supremo en los conflictos entre los ostentadores del poder establecidos quedó encarnado en el electorado soberano, la idea originaria del constitucionalismo liberal quedó completada en la idea del constitucionalismo democrático.

- d) Un método, también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas —el método racional de la reforma constitucional— para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución.
- e) Finalmente, la ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual —los derechos individuales y libertades fundamentales—, y su protección frente a la intervención de uno o todos los ostentadores del poder. Que este punto fuese reconocido en una primera época del desarrollo del constitucionalismo es un signo de su específico *telos* liberal. Junto al principio de la distribución y, por lo tanto, limitación del poder, estas esferas absolutamente inaccesibles al poder político se han convertido en el núcleo de la constitución material³³.

C. RECAPITULACIÓN SUMARIA: EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA EUROPEA ACTUAL

Los anteriores enfoques (histórico, sociológico, racional-normativo y mínimo) son tal vez excluyentes como «conceptos tipo» weberianos, pero son compatibles entendidos como perspectivas metodológicas a tener en cuenta a la hora de elaborar una constitución. En verdad no hay una sola receta para cocinar el *pudding* de A. YOUNG ni éste aparece como herencia vinculada como tradición intocable, sino que debe ser elaborado a partir de unos ingredientes mínimos sin los cuales el

³³ Como puede verse, los elementos *irreducibles* que LÖWENSTEIN enumera son un desarrollo de aquellos de 1789, a los que se une un mayor y explícito énfasis en el «electorado soberano», como expresión del constitucionalismo democrático de nuestro tiempo, la necesaria coordinación entre los poderes como complemento a su separación y equilibrio (*checks and balances*) y «un método racional de la reforma constitucional».

pudding no es tal, sino engañosa apariencia³⁴. Pero también es prudente que el legislador constituyente tenga en cuenta la historia nacional, la constitución histórica recibida y la realidad económica, cultural, religiosa, lingüística, etc., de la sociedad política sobre la cual ha de construir un Estado democrático, para mejor garantizar la vigencia efectiva o material de la ley llamada constitución, que no es, desde luego que no, una ley como otra cualquiera sino superior a todas.

Por otro lado, dado el enfoque de este estudio, se hace necesario abordar la problemática de la concepción de la constitución desde una perspectiva europea. A este respecto, resulta evidente que la noción de constitución no puede ser definida a nivel europeo sin tener en cuenta las culturas políticas y constitucionales de los diferentes Estados europeos. No obstante, parece que, a pesar de las dificultades, la tradición del constitucionalismo occidental constituye una base común suficientemente homogénea del pensamiento constitucional. Esta base común del constitucionalismo descansa, principalmente, sobre la capacidad de limitación del poder y del carácter constitutivo del poder de las Constituciones³⁵.

Estos dos aspectos resumen perfectamente la discusión doctrinal alemana dividida en dos escuelas: una, a la que se podría llamar *estatista*, y otra, que se podría denominar *contractualista*³⁶.

Para la primera, la más clásica, por así decirlo, el Estado existe por sí mismo como hecho histórico o sociológico, y la constitución es, bien la decisión fundamental adoptada de una vez por todas sobre su estructura de base (SCHMITT), o bien —como la mayoría de los autores defiende— simplemente su ordenamiento jurídico de base adoptando la organización del poder y definiendo sus límites en relación con los ciudadanos (STERN y otros). Hay que resaltar que en este segundo caso, el ordenamiento jurídico de base adoptado es susceptible de modificaciones por el poder constituido³⁷. Pero lo que caracteriza a la escuela *esta-*

³⁴ Sobre el *pudding* a que hacía referencia YOUNG, vide nota 18.

³⁵ A este respecto, vide GERKRATH, J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe: modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, éd. ULB, Bruxelles, 1997, especialmente, p. 33. Igualmente ilustrativo y en referencia al último paso, todavía no completado, de la adopción de la Constitución Europea, resulta el trabajo de ZILLER, J., «La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva Constitución para Europa», en CARTABIA, M., DE WITTE, B., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y PÉREZ TREMPES, P., *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant, Valencia, 2005, pp. 27 a 85.

³⁶ Para una visión en primera persona de ambas escuelas, vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, U. Pantheon-Assas-IHEI, Ed. A. Pedone, 2004, pp. 16 a 20.

³⁷ La existencia del Estado como hecho histórico o sociológico ya había sido analizada por el primer autor citado en su obra SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot,

tista es la idea de que el Estado preexiste y que la constitución se le otorga, a continuación. Así, la experiencia alemana sería una prueba: tras la segunda guerra mundial el Estado alemán continuaba existiendo pero hacía falta darle una (nueva) constitución³⁸. La noción de Estado y la de constitución están estrechamente ligadas la una a la otra, llegando a estar la segunda condicionada por la primera. Por tanto, de acuerdo con esta concepción, no puede haber constitución sin que haya un Estado al que aplicarla y sin un pueblo que integre el poder constituyente³⁹. La debilidad principal de esta posición es el valor explicativo que asigna a ejemplos históricos muy concretos como el de la Alemania de la posguerra donde, efectivamente, el Estado precedió a la constitución, sin que de ello, no obstante, se deduzca la infalibilidad de esta supuesta regla⁴⁰.

La tesis contraria, llamada *contractual*, se fundamenta en el argumento de que no puede haber más Estado o, en otros términos, más poder público legítimo que el que establece o constituye la propia constitución (HÄBERLE). Esta concepción negaría, así, la existencia de todo poder, de toda autoridad pública legítima que no haya sido constituida, es decir, creada e investida de poderes, por la propia constitución⁴¹. La

München, 1928, pp. 20 a 24, donde distingue la ley constitucional que es susceptible de revisión por parte del legislador. Para la aplicación de las teorías de C. SCHMITT y R. SMEND a la UE, vide PERNICE, I., «Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 120, 1995, pp. 100 a 120. Sobre la teoría de la constitución como ordenamiento jurídico, vide STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl., C.H. Beck, München, 1984, pp. 83 a 93; GRIMM, D., «Vertrag oder Verfassung», *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, Vol. 6/4, 1995, pp. 509 a 531.

³⁸ Este ejemplo lo aporta ISENSEE, J., «Staat und Verfassung», en ISENSEE, J. u. KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 594 y 636 a 637.

³⁹ ISENSEE, J., «Staat und Verfassung», *op. cit.*, p. 592. Algo más prudente es la definición de K. HESSE, que habla más generalmente del ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad (*Gemeinwesen*), en HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 10 a 11. Una crítica a este planteamiento puede encontrarse en SCHWARZE, J., «Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung - Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, vol. 24, 1999, pp. 1677 a 1756, especialmente, vide p. 1682.

⁴⁰ En idéntico sentido, vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹ HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 620. Más recientemente, HÄBERLE, P., *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 15 y 16. Esta concepción ya fue expresada anteriormente, vide ARNDT, A., «Umwelt und Recht», *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 1/2, 1963, pp. 24 y 25 donde asevera que la entrada en vigor de la constitución deroga todo poder preconstituido («in einer Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt»).

constitución se convierte así en expresión del contrato social entre las personas que simultáneamente:

- a) Se constituyen en una comunidad en sentido clásico y organizan un nuevo poder público, crean los órganos a los que se confía este poder y las competencias que de él se derivan, determinando la composición y fijando los procedimientos de decisión.
- b) Se definen ellas mismas como miembros de esta comunidad o, en su caso, como los ciudadanos de un Estado así constituido y organizado y, de esta manera, se definen, ellas mismas, como poder constituyente de ese Estado.
- c) Fijan su estatus en esta comunidad, es decir, sus derechos y obligaciones respecto del poder público y de los órganos que lo ejercen, y sus derechos fundamentales, comprendidos los derechos de participación activa en el proceso político.

Esta concepción tiene, sin duda, relación con la filosofía política clásica de ROUSSEAU y la de LOCKE. Recuerda, en efecto, la célebre fórmula de un «plebiscito de todos los días» tal y como fue propuesta por E. RENAN en relación a la nación en su conferencia de 1882⁴². Dicha concepción es igualmente compatible con la definición de las funciones esenciales de una constitución, tal y como han sido expuestas, por ejemplo, por D. GRIMM, a saber, «determinación de la legitimidad de la existencia y de las condiciones del ejercicio del poder político, institución y organización de ese poder, y delimitación entre el poder político legítimo y las libertades individuales y la autonomía de la sociedad»⁴³. La principal innovación del autor consiste en añadir la función creadora o «constitutiva» de la constitución; sin ella, no hay ni poder político (legítimo), ni poder constituyente, ni pueblo, ni incluso nación en sentido político⁴⁴. El Estado es, según la definición propuesta por E. KANT, la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes de De-

⁴² Vide RENAN, E., *¿Qué es una nación?*, 2.^a ed., Civitas/CEC, Madrid, 1983, pp. 38, cuando dice «la existencia de una nación es (perdonadme esta metáfora) un plebiscito de todos los días, como la existencia de un individuo es una afirmación perpetua de vida» (traducción al castellano de *Qu'est-ce qu'une nation?*, Conferencia pronunciada en la Sorbona, el 11 de marzo de 1882).

⁴³ GRIMM, D., «Vertrag oder Verfassung», *op. cit.*, pp. 512 a 513. Igualmente, GRIMM, D., «Does Europe Need a Constitution?», *European Law Journal*, Vol. 1/3, 1995, p. 287. De la misma opinión, HABERMAS, J., «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», *European Law Journal*, Vol. 1/3, 1995, pp. 303 a 308.

⁴⁴ Para más detalles sobre la discusión de esta noción de constitución, vide PERNICE, I., «Europäisches Verfassungsrecht im Werden», en BAUER, H. u. HUBER, P. M., *Ius Publicum im Umbruch, XI. Deutsch-Polnisches Verwaltungsrechtskolloquium*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2000, pp. 25 a 46.

recho⁴⁵. No obstante, «el pueblo» se define por la ley (constitucional) que no sólo crea instituciones comunes y las inviste de poderes, sino que también instituye la ciudadanía de aquéllos que son el origen de la comunidad así creada, es decir, los «asociados»⁴⁶. De esta manera, parecería más lógico pensar que la nación francesa no era un hecho natural o sociológico, sino, más bien, el producto de la Revolución, del acto común de liberación de los individuos contra la dominación del absolutismo, de las personas que, mediante la constitución, se declararon ellas mismas dueñas de su propio destino⁴⁷.

La constitución es, desde entonces, la expresión del contrato social por el cual un grupo de personas, sobre un territorio determinado, acuerda darse la condición («*estatus*») de ciudadanos de un nuevo ordenamiento jurídico, de formar el pueblo que, mediante su poder constituyente, crea instituciones y procedimientos, derechos y obligaciones propias para cumplir determinadas obligaciones o funciones en interés de todos⁴⁸. Es decir, de nuevo, no hay poder público que la constitución no constituya. En un sistema democrático, ésta parece ser una definición bastante certera de la función de la constitución⁴⁹. Dicha definición, además, tiene la ventaja de no depender, esencialmente, de la existencia de un Estado, lo que permitiría excluir la existencia de una autoridad pública legítima fuera de una constitución. Permite también concebir la constitución como la expresión —continuamente renovada en la aplicación y evolución, es decir, revisión de la constitución— de un acuerdo de ciudadanos o, más generalmente, de «asociados» (o miembros) de otras formas y estructuras de organización política, bien por encima, bien por debajo del nivel estatal. Es, precisamente, el sentimiento continuado que se expresa en el discurso político y jurídico cotidiano, la fuente de la legitimidad de la constitución. Esta tiene

⁴⁵ KANT, E., *Principios metafísicos del Derecho*, Cajica, Puebla (México), 1962, p. 162.

⁴⁶ Vide, por ejemplo, STEIGER, H., «Der Vertrag von Amsterdam: Auf dem Weg zu einer europäischen Republik?», en WEICK, G., *Competition or Convergence. The Future of European Legal Culture*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 31 a 46, especialmente, vide p. 40 donde hace depender la constitución de órganos representativos comunes a los pueblos de los Estados que son parte en los Tratados de la existencia de un pueblo europeo.

⁴⁷ Vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., p. 18.

⁴⁸ Sobre el concepto de «estatus», en este caso se emplea como una situación jurídico-constitucional a la que corresponden determinados Derechos y obligaciones, vide SANTA-MARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo*, 4.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 410.

⁴⁹ Para un análisis más profundo sobre la cuestión, vide PERNICE, I., MAYER, F. and WERNICKE, S., «Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism», *King's College Law Journal*, Vol. 12/1, 2001, pp. 61 a 74.

sus manifestaciones más importantes en las convenciones o en un texto determinado, pero queda expuesta a las modificaciones expresas o mutaciones implícitas producto de su aplicación, interpretación o enmienda⁵⁰.

Quienes critican esta aproximación, se basan en una concepción estática de constitución que ignora el carácter procedural de la misma. Dicho carácter procedural viene a significar que el consentimiento no queda limitado al acto creador, sino que —en una suerte de procedimiento de ensayo y error— está sujeto a una crítica permanente de sus virtudes y a la aprobación implícita o explícita citada⁵¹. Abundando en la cuestión, parece que un modelo discursivo o comunicativo de la legitimidad constitucional, siguiendo los postulados de HABERMAS, describiría mejor el «proceso contractual» autorreflexivo de la sociedad que fundamenta la legitimidad que la distinción entre una legitimidad preexistente⁵².

Por tanto, últimamente está haciendo fortuna la concepción de la constitución como la expresión solemne y normativa de un consenso en la sociedad sobre el establecimiento de órganos, representados por personas seleccionadas conforme a procedimientos determinados y a los que algunos poderes le son confiados. Estos poderes se ejercerían en virtud de normas y procedimientos precisos, en función de los objetivos asignados y dentro del respeto a las disposiciones que definen el «estatus» de los particulares afectados, es decir, los ciudadanos de la comunidad así creada, en relación con los órganos constituidos y, especialmente, sus derechos fundamentales. Esta definición reflejaría, además, las condiciones que enuncia el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, ya citada, no solamente en lo que respecta a los derechos de los particulares que han de ser salvaguardados y la división de poderes que ha de ser respetada, sino que también evocaría la «sociedad» que tiene —o no— constitución, más que a la nación o al Estado⁵³.

⁵⁰ Vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., p. 19.

⁵¹ La crítica a la que se ha hecho referencia puede encontrarse en PETERS, A., *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, p. 499 y 529 a 530.

⁵² Sobre el modelo discursivo o comunicativo de la legitimidad constitucional de HABERMAS, vide HABERMAS, J., «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», op. cit., especialmente, pp. 305 a 307. Para una versión más desarrollada en la dogmática jurídica, vide PERNICE, I., «Die Dritte Gewalt in europäischen Verfassungsverbund», *Europarecht*, Heft 1, 1996, pp. 27 a 43. Más recientemente, vide DELLA VALLE, S., *Una Costituzione senza popolo?: la Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come potere costituente?*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁵³ PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., pp. 19 a 20.

2. Elementos esenciales o contenido mínimo

Una vez analizadas comparativamente las diferentes propuestas, y oteadas las nuevas sendas, es posible concretar los elementos esenciales que habría de tener una constitución. Antes de abordar el análisis, se hace necesario recordar que la noción de constitución es, como se ha visto, controvertida. Para unos es esencialmente organización, para otros equivale a legitimación, mientras otros inciden en su aspecto formal y normativo⁵⁴. En este estudio se adoptará un planteamiento finalista, es decir, se concebirá a la constitución como el instrumento básico de protección de la libertad de los ciudadanos que forman la comunidad, mediante una doble vía, la garantía de unos derechos fundamentales y la limitación del poder, para lo que se hace necesaria la introducción del elemento democrático⁵⁵.

Según FRIEDRICH, la constitucionalidad de un gobierno se establece en atención a que se dé algo que es consustancial a la constitución: la limitación del poder⁵⁶. Sin embargo, ésta no es una finalidad *per se*, sino que apunta, en última instancia, a la «salvaguarda de cada miembro de la comunidad política en tanto que persona, que ser humano. Se entiende que cada hombre posee una esfera de genuina autonomía»⁵⁷. Por consiguiente, no se trata en principio de organizar la comunidad política sin más, sino de hacerlo de forma que la libertad esté asegurada. Hoy, a esa limitación contribuyen tanto los derechos fundamentales y la separación de poderes como la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder. Por tanto, el contenido constitucional es reconducible a dos clases de elementos constitucionales: los llamados «liberales» y los democráticos.

Para comenzar a hablar de los elementos constitucionales esenciales, hay que preguntarse qué hace que el funcionamiento de un gobierno o sistema político pueda ser calificado de constitucional. Como se ha visto, a ello se podría responder fácilmente que la existencia de una constitución formal. Sin embargo, a pesar de la importancia evidente de este factor, la mera existencia formal no significa limitación real del poder, y muchas veces, tampoco respeto a unos mínimos derechos fun-

⁵⁴ SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, pp. 29 a 62.

⁵⁵ Realiza una análisis similar CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, Universidade, Santiago de Compostela, 2001, p. 167.

⁵⁶ FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, vol. I, p. 257.

⁵⁷ FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, *op. cit.*, vol. I, p. 39.

damentales. Tampoco se puede responder a la cuestión planteada que la mera existencia de instituciones políticas o de un sistema político entraña la existencia de una constitución. De esta forma, se ampliaría el concepto de constitución en exceso para concluir que toda comunidad política tiene constitución, siendo ésta entendida en sentido descriptivo e identificada con la particular forma de ser de cada comunidad política. No basta, pues, ni con una respuesta formalista ni con una de tipo sociológico o descriptivo.

Lo que permite afirmar que un gobierno o poder político es constitucional sería, más bien, que su ejercicio se realiza con sometimiento efectivo a límites políticos y jurídicos que, a veces, constan en un documento y, otras veces, se desprenden de la jurisprudencia, la costumbre, las convenciones o los usos. Para la garantía de ese sometimiento, al menos del jurídico, es necesaria la existencia de un tercero imparcial que dirima los conflictos entre gobernados y gobernantes⁵⁸.

A. ESTADO DE DERECHO E IMPERIO DEL DERECHO

En términos genéricos, ambas nociones persiguen la solución de la clásica cuestión del gobierno de los hombres por hombres o por leyes, decantándose por éstas, entendidas en sentido amplio, como sinónimo de Derecho. Aunque tienen diferentes significados, las dos responden a la idea de evitar la arbitrariedad de los gobernantes⁵⁹.

El Estado de Derecho hace referencia a una garantía constitucional de primer orden, a saber, aquélla que busca que el Derecho frene al poder político, evitando, o al menos reduciendo, sus posibles actuaciones abusivas o arbitrarias. Más en concreto, trata de que los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) estén sometidos al Derecho, y en especial el ejecutivo, que es el que entraña un mayor riesgo para la libertad y la seguridad física y jurídica de los gobernados. Supone, por tanto, no sólo que los poderes públicos, en particular el gobierno, deban actuar conforme a normas, principios y nociones jurídicas (justicia, imparcialidad...), sino que tampoco pueden amoldarlas para sí mismos. Así, al-

⁵⁸ Vide el apartado precedente «d) El concepto mínimo».

⁵⁹ En este estudio se emplearán indistintamente ambas denominaciones, aunque su significado sea diferente. La expresión «imperio del Derecho» es traducción de la inglesa «Rule of Law» e incluso de la francesa «règle de droit». Sobre la distinción entre ambas, vide PEREIRA MENAUT, C., «Rule of law» o Estado de Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2003. La diferencia principal radicaría en que en el Estado de Derecho, el propio Estado se autolimita, mientras que el *Rule of Law* presupone la existencia de un Derecho ajeno, no producido por el Estado (ya sea consuetudinario o judicial). Igualmente, sobre esta cuestión, vide el interesante trabajo de HEUSCHLING, L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002.

gún autor ha aseverado que «para que se dé un auténtico imperio del Derecho es imprescindible que se reconozca alguna entidad jurídica sobre la que el gobernante carezca de jurisdicción, sea el *Common Law*, el Derecho natural o lo que fuere»⁶⁰. En otras palabras, el Estado de Derecho no equivaldría exclusivamente a sumisión de la ley positiva, sino que reclama la existencia de límites jurídicos indisponibles para el poder legislativo y para el ejecutivo. En último extremo, cabe preguntarse, si desde el punto de vista del imperio del Derecho, éste se agota en la ley o es algo más⁶¹.

En cuanto a su contenido, hay que señalar que para algunos autores engloba el principio de legalidad, la separación de poderes y los derechos y libertades⁶². En todo caso, el Estado de Derecho significaría, al menos, la sumisión de los poderes a los derechos humanos (incluso el constituyente), a la constitución y la sujeción del poder ejecutivo a las leyes y a las sentencias judiciales⁶³.

A pesar de no existir una concepción única (o unánime) del Estado de Derecho, es posible distinguir dos modalidades, la judicial y la legal. La primera, típica del mundo anglosajón, implica que el poder político queda sometido al Derecho por medio de los jueces que aplican las mismas reglas al poder público y a los ciudadanos (judicialismo); en la segunda modalidad, propia del Continente europeo, la ley es el medio de materializar esa sumisión (legalista). Sin embargo, para que el funcionamiento del Estado de Derecho sea efectivo no basta con la sola presencia de un Derecho independiente del poder. Es preciso, además, que alguien se encargue de su aplicación práctica y los llamados a hacerlo son los jueces⁶⁴. Así, según LÖWENSTEIN, la independencia judicial implica que los jueces deben quedar al abrigo de posibles influencias de los otros dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, en especial en los pleitos en los que éste último sea parte; en caso contrario, esa imparcialidad estaría, cuando menos, amenazada⁶⁵. Hoy día, la inde-

⁶⁰ PEREIRA MENAUT, A. C. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Lecciones de Teoría Constitucional*, 3.ª ed., Colex, 1997, p. 69.

⁶¹ Esta espinosa cuestión, que, por lo demás, no se analizará en este trabajo, es continuo objeto de estudio y revisión por parte del Derecho natural.

⁶² Vide ALVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho constitucional*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 95.

⁶³ De igual forma, vide PEREIRA MENAUT, A. C. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Lecciones de Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁴ Sobre la relevancia de los jueces en el Estado constitucional, especialmente en lo que atañe a su independencia, vide, por ejemplo, LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, 294 a 325.

⁶⁵ LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 295.

pendencia judicial aparece como un dogma constitucional recogido formalmente en la mayoría de las Constituciones.

Por consiguiente, el imperio del Derecho se presenta como un elemento constitucional que existe allí donde hay un efectivo sometimiento del poder a ciertas normas, principios o valores jurídicos, es decir, al Derecho, garantizado por jueces imparciales.

B. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Al igual que con el «imperio del Derecho», los derechos y libertades fundamentales son otro clásico elemento constitucional de claro sesgo liberal que figuraba entre las primeras reivindicaciones del movimiento constitucionalista. Hablar de los derechos equivale a referirse al elemento nuclear de la constitución, hasta tal punto que se puede afirmar que son términos inseparables⁶⁶. En general, los derechos fundamentales suponen otorgar a los individuos ciertos derechos subjetivos para proteger una esfera de autonomía frente a la actuación del poder.

En cuanto a su origen, aparte de la Carta Magna otorgada por Juan sin Tierra en 1215 a los barones ingleses, el primer reconocimiento de derechos en sentido moderno aparece en la Inglaterra del siglo XVII: la *Petition of Rights* (1627) y, posteriormente, el *Bill of Rights* (1688). Estas declaraciones son el resultado constitucional de las luchas entre el absolutismo y la tradición jurídico-política medieval. Fueron formuladas para hacer frente a necesidades prácticas, no como resultado de teorías o formulaciones abstractas. Eran derechos de los ingleses cuyo fundamento residía en el antiguo Derecho inglés y todavía poseían un resabio medieval. Por tanto, no responden aún al fundamento liberal de inspiración racionalista que caracteriza a los derechos en la época constitucional que los universalizará⁶⁷. Ciertamente, la moderna fundamentación de los derechos está emparentada con la filosofía racionalista iusnaturalista que parte del presupuesto de que el hombre es titular de un conjunto de derechos anteriores al Estado. Además, éstos corresponden a todo hombre, a todo integrante de la comunidad política, con independencia de cualquier circunstancia política, económica, social, etc. La universalización de los derechos es el reflejo jurídico del principio de igualdad de todos los hombres⁶⁸. A estos postulados responden

⁶⁶ LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant, Valencia, 1997, pp. 131 a 132.

⁶⁷ Vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado, op. cit.*, pp. 252 a 257.

⁶⁸ LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho constitucional*, Tirant, Valencia, 1994, pp. 101 y 102.

las primeras declaraciones de derechos que los universalizan: Declaración de Virginia (1776), Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y Declaración de la constitución belga (1831). A diferencia de las anteriores, son declaraciones sistemáticas de derechos atribuidos a todos los hombres sin atención a ninguna condición (sexo, religión, lengua, etc.), cuyo fundamento es el Derecho natural⁶⁹.

Hoy está asentada la idea de que toda constitución debe contener una declaración formal de derechos⁷⁰. Ello no obstante, difieren considerablemente a la hora de determinar cuáles merecen la consideración de «fundamentales». De todas formas, la doctrina acostumbra a distinguir entre los derechos que tratan de configurar parcelas inaccesibles al poder, de inspiración liberal, y los derechos que apuntan a la legitimación, participación y control del poder por los ciudadanos, de inspiración democrática⁷¹. En todo caso, hoy día se haría difícil calificar de tal una constitución que ignorase los derechos básicos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷².

Desde la perspectiva constitucional, se hace necesario destacar que, al menos en esta materia, es dudoso que la constitución tenga naturaleza constitutiva, por lo que de la ausencia formal de declaración de un derecho concreto no se deduce su inexistencia real. Por tanto, se trataría de derechos universales, es decir, que son predicables de todo hombre individualmente considerado frente al poder político, lo que constituye una nota distintiva⁷³. En esta línea, además, hay que relativizar el aspecto formal de los derechos, dado que de su reconocimiento formal tampoco se sigue su efectivo respecto. Lo realmente importante es su defensa jurídica (medios procesales al alcance de los ciudadanos) y su defensa política. Así, como se verá, en la Unión Europea no existe una

⁶⁹ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 173.

⁷⁰ A pesar de ser un aspecto casi unánimemente aceptado, en la historia del constitucionalismo esto no siempre ha sido así: la constitución norteamericana de 1787 carecía de ella. Hubo que esperar hasta 1791 para que se incluyesen las diez primeras enmiendas, el llamado *Bill of Rights*, y la protección de esos derechos estuviese formalmente reconocida. En este sentido, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 349.

⁷¹ GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, op. cit., p. 353. LÓPEZ GUERRA, por su parte, clasifica los derechos contenidos en la Constitución Española en atención a la garantía, en atención a la naturaleza y en atención al contenido. Así, vide LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, op. cit., pp. 136 a 139.

⁷² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

⁷³ Vide SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 169, y PEREIRA MENAUT, A. C. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 321.

Declaración formal de Derechos incorporada expresamente al ordenamiento jurídico como tal de la que se siga una obligación general de respeto, pero el Tribunal de Justicia se ha encargado de irlos desarrollando (con anterioridad) e incluso de hacer mención a la Declaración existente (que fue «proclamada» y no adoptada) y, además, dicho documento cuenta con el respaldo político de haber sido proclamado simultáneamente por las instituciones de la Unión.

C. SEPARACIÓN DE PODERES

Este es otro elemento indiscutiblemente constitucional. La misma expresión «separación de poderes» es controvertida pues algunos autores prefieren hablar de «separación de funciones». Así, algún autor señala que «lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado»⁷⁴. En este trabajo se empleará la expresión «separación de poderes», dada su consolidación política y académica, pero en su sentido funcional.

La separación de poderes surgió en el marco de las luchas entre el parlamento inglés y el monarca, pero no fue formulada teóricamente hasta LOCKE. En efecto, fue dicho autor quien propuso este mecanismo que acabó por convertirse en un dogma constitucional⁷⁵. Su formulación, aunque incompleta pues no mencionaba el poder judicial, supuso una innovación porque concebía la separación de poderes como un mecanismo constitucional. No se trataba de una mera división o especialización del trabajo, sino de una forma de limitar el poder para preservar la libertad. Unos años más tarde, MONTESQUIEU formuló la clásica versión tripartita de la separación de poderes que alcanzaría difusión universal⁷⁶.

Esta teoría clásica ha sido objeto de reformulaciones de las cuales la más conocida es la de CONSTANT que introdujo un cuarto poder: el neutro⁷⁷. Su finalidad principal sería la de actuar como moderador de los otros tres para impedir que se extralimiten en sus tareas. Aunque este autor tenía ante sí una monarquía parlamentaria, la británica, su concepción es también aplicable a las repúblicas que no sean presidencialistas⁷⁸.

⁷⁴ LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 55.

⁷⁵ LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, especialmente, pp. 310 a 312, donde trata «Del poder legislativo, ejecutivo y federativo de la república».

⁷⁶ MONTESQUIEU, C. DE S., *Del espíritu de las leyes*, op. cit., libro XI, cap. III.

⁷⁷ CONSTANT, B., *Principios de política*, op. cit., pp. 20 a 35, especialmente, p. 21.

⁷⁸ Así lo cree CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 179.

La separación de poderes nace, pues, en un contexto histórico determinado y con una finalidad específica: limitar el poder absolutista que pretendía instaurar la monarquía. El mérito de LOCKE y MONTESQUIEU es el de caer en la cuenta de que esa separación podía servir para preservar la libertad individual, es decir, constitucionalizan la división de funciones que siempre había estado presente en todo gobierno. Así, la separación de poderes se transforma en un principio general aplicable a todo Estado que se concibe como un «mecanismo constitucional destinado a impedir la concentración absolutista del poder y a garantizar la libertad de los ciudadanos»⁷⁹. Su finalidad es política y coincide de lleno con la de la constitución: servir de límite a la actuación del poder. En este aspecto incide TORRES DEL MORAL cuando escribe que «la división de poderes no es ningún artilugio ingenieril para distracción de constitucionalistas sino que fue concebida desde el principio precisamente como una técnica de garantía de la libertad; la organización de los poderes públicos no tiene una justificación inmanente, sino que debe estar realizada de manera que, evitando el abuso y la irresponsabilidad del poder, facilite y garantice un ámbito de libertad e incluso la promueva»⁸⁰. Su meta es lograr la limitación del poder por medio del poder para asegurar la libertad, no a través de una realidad ajena a él como sucede en el Estado de Derecho o en los derechos fundamentales. En consecuencia, «la utilización de este concepto carece de sentido allí donde no existe un poder político con incidencia directa sobre los ciudadanos capaz de hacer peligrar la libertad como sería una organización internacional»⁸¹.

Se acaba de indicar que hoy la separación de poderes es un dogma constitucional, que, sin embargo, está bastante desconectado de la realidad política, sin perder por ello su utilidad. Por esta razón, no faltan críticas doctrinales hacia este mecanismo constitucional. Para LÓPEZ GUERRA, por ejemplo, «la complejidad organizativa de los Estados modernos, [supone] comprender el concepto de “poder” como el de “conjunto o agrupación de órganos”. Así, el poder legislativo comprende o puede comprender varias Cámaras, y los órganos mediante los que éstas actúan (mesa, comisiones, etc.)». En segundo lugar, continúa dicho autor, «han surgido poderes no previstos en su clasificación (Tribunal Constitucional, Administración electoral, cuerpo electoral). Además de

⁷⁹ CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, UNAM, México, 1998, p. 743.

⁸⁰ TORRES DEL MORAL, A., *Introducción al Derecho constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 91.

⁸¹ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 180.

producirse un reparto territorial del poder en los Estados federales o regionales». En tercer lugar, la misma formulación inicial de la separación de poderes no fue entendida en sentido radical, pues, «en último término, ello significaría que cada poder sería absoluto en su área, con lo que un poder no podría “frenar a otro”. Por ello, los diversos sistemas constitucionales han establecido fórmulas de control y colaboración entre los diversos poderes, de manera que el grado de separación entre ellos varía notablemente»⁸².

Al margen de estas críticas, también hay que tener en cuenta que este principio originariamente respondía a la idea de equilibrio, de pesos y contrapesos, inspirada en la filosofía mecanicista. Hoy, en vez de ese equilibrio, se asiste a un claro predominio del ejecutivo sobre el parlamento que, por ejemplo, pierde su clásica función a favor de aquél. Al tratar de la separación de poderes y, concretamente, de la relación entre el legislativo y el ejecutivo, es preciso referirse a las dos principales formas de gobierno: el parlamentarismo y el presidencialismo⁸³. El criterio seguido para adscribir una concreta forma de gobierno a una de las categorías es la mayor o menor separación existente entre ambos poderes. En el caso del presidencialismo, es absoluta, ya que ambos poderes emanan directamente de la voluntad popular. En el parlamentarismo la separación es relativa porque el ejecutivo descansa en la confianza del legislativo. Junto a estos modelos la realidad política proporciona otros como el sistema francés, a medio camino entre ambos.

En definitiva, es probable que la separación de poderes en su formulación clásica esté superada, pero lo que es inadmisiblemente es la concentración o la monopolización del poder. A la mentalidad constitucional le repugna esta idea. Una garantía frente a ella parece ser el pluralismo institucional, tal y como, según se verá, sucede en la Unión Europea de hoy.

D. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Hasta este momento se han expuesto los elementos constitucionales que configuran la que se ha calificado de dimensión liberal de la constitución, es decir, aquella que busca primariamente la preservación de la libertad individual. Pero, la constitución, tiene otra dimensión no

⁸² LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho constitucional*, op. cit., p. 73.

⁸³ Para una síntesis de estas dos formas de gobierno, vide LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho constitucional*, op. cit., pp. 91 a 98. Para un estudio en profundidad, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit. pp. 249 a 456.

menos importante: la democrática. En términos generales, ésta apunta a la legitimación del poder político, a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y, en última instancia, al control y a la exigencia de responsabilidad política a los gobernantes⁸⁴.

Aunque hoy las constituciones contienen esta dimensión democrática, e incluso en ocasiones emplean la expresión «democracia» y sus derivados como sinónimo de constitucional, lo cierto es que constitución y democracia son conceptualmente diferenciables. Además, históricamente, no siempre han ido de la mano. En efecto, puesto que en el siglo XIX se inicia lo que la doctrina ha llamado «proceso de democratización del constitucionalismo», que ha llegado hasta el día de hoy⁸⁵.

En la actualidad, la democracia conlleva la admisión del sufragio universal, libre, igual y directo de quienes componen una comunidad política, de manera que, como escribe FRIEDRICH «únicamente la democracia ofrece un fundamento aceptable para el ejercicio del poder político»⁸⁶. Así pues, el principio democrático cumple una función legitimadora del poder político, que sólo es reputado legítimo si cuenta con el consentimiento de los ciudadanos⁸⁷.

Pero además, el principio democrático implica que los ciudadanos participan indirectamente (salvo cuando lo hacen directamente a través del referéndum o de la iniciativa legislativa popular) en la toma de decisiones políticas a través de representantes, dando origen a la democracia representativa. Estos representan al conjunto de la comunidad política, no a cada uno de sus miembros, lo cual nos sitúa ante el importante concepto de la representación política y el punto clave para el funcionamiento de todo sistema democrático: la elección de representantes⁸⁸.

Por otra parte, en relación con la elección de los representantes y con la universalización del sufragio está el nacimiento de los partidos políticos, que se han convertido en un instrumento imprescindible para

⁸⁴ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., pp. 183 a 184.

⁸⁵ Vide FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., vol. I, pp. 81 a 84. Paulatinamente, el principio democrático fue encontrando acomodo en las distintas constituciones: primero bajo la fórmula de la representación estamental, luego con el sufragio censitario y, finalmente, universal.

⁸⁶ FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., vol. I, p. 107.

⁸⁷ Cosa que no sucedía en los Estados socialistas, donde las llamadas «democracias socialistas» buscaban la legitimación del poder, aunque fuese autoritario.

⁸⁸ Sobre la representación política, vide, por ejemplo, FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., vol II, pp. 13 a 38.

el funcionamiento de las democracias contemporáneas donde hay que llegar a un electorado masivo. Hoy, resulta imposible comprender el funcionamiento de los sistemas democráticos sin el concurso de los partidos políticos, por ello, se han acuñado expresiones como «Estado de partidos», «democracia de partidos» o «partitocracia» para poner en evidencia el importante papel que juegan en la vida política y en el parlamento⁸⁹.

Además, cabría decir, en línea con LÖWENSTEIN, que el electorado constituye, a su vez, la válvula de escape ideal ante situaciones de falta de cooperación entre poderes, ya que como depositario de la legitimidad puede ser llamado a pronunciarse sobre un simple cambio en los titulares de los órganos (elecciones) o, incluso, sobre una alteración en el sistema de equilibrio entre ellos (reforma constitucional). De esta manera, aparecen íntimamente unidos los conceptos de separación de poderes y democracia, de tal suerte que, en la actualidad, ésta se convertiría en presupuesto casi indispensable de aquélla, ante la inexistencia misma, o la imposibilidad de maniobra del poder neutro de CONSTANT, expuesto *supra*⁹⁰.

3. Tratado y constitución

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A primera vista, parecería que existen diferencias, incluso determinantes, entre los tratados internacionales y las constituciones y, aún peor, que esa diferencia es clara e incuestionable. Ahora bien, analizando la cuestión con detenimiento, se cae en la cuenta de que la diferencia entre ambos conceptos es bastante menos evidente de lo que parece⁹¹. Por otra parte, no hay que perder de vista la finalidad de este breve *excursus* en el presente trabajo: preguntarse por la diferencia entre tratado internacional y constitución sólo tiene sentido en un contexto de estructuras compuestas. Sería poco útil, por ejemplo, indagar si la constitución francesa es algo distinto de un tratado internacional, pero no lo sería tanto plantear esa cuestión con respecto a la constitución de los Estados Unidos, la Confederación Helvética o en el caso de la Re-

⁸⁹ Para un estudio en profundidad sobre el tema, *vide* GARCÍA-PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

⁹⁰ *Vide* LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 153.

⁹¹ En la doctrina española, uno de los trabajos más serios sobre la cuestión es DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, 2001, pp. 85 a 101.

pública Alemana. La dificultad de distinguir entre constitución y tratado internacional no surge en los Estados unitarios, sino precisamente allí donde una serie de entidades políticas independientes se han integrado en una estructura superior. Este ha sido el caso, en un momento u otro, de la mayor parte de las experiencias federales clásicas⁹². En otro orden de cosas, los tratados internacionales que interesan en el presente escrito son aquéllos constitutivos de estructuras multilaterales, con lo que tampoco tendría sentido preguntarse si hay alguna diferencia entre un tratado bilateral de delimitación de fronteras y una constitución. Así pues, la pregunta a la que se estaría intentando aportar alguna luz sería: ¿qué diferencia hay entre un tratado internacional institutivo de una organización internacional y una constitución?

Por otra parte, como ya se ha visto en el caso del análisis del concepto de constitución, la autocalificación de un texto normativo no es en absoluto decisiva a la hora de determinar su naturaleza⁹³.

B. LA DEBILIDAD ARGUMENTATIVA DE LOS ENFOQUES TRADICIONALES

Siguiendo a Díez-PICAZO, del contraste entre los significados generalmente aceptados de tratado internacional y de constitución se sigue que las diferencias entre uno y otro no son en absoluto tan palpables⁹⁴. Por «tratado internacional» se entiende todo acuerdo entre sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos vinculantes entre las partes⁹⁵. El término «constitución», como se ha visto, es mucho menos unívoco. En lenguaje estrictamente jurídico y adoptando una actitud positivista, que elimine en la medida de lo posible los elementos valorativos, puede decirse que lo más frecuente es identificar constitución con norma suprema o fundamental de un ordenamiento jurídico.

⁹² Así, por ejemplo, EE UU o Suiza. Para un estudio en profundidad sobre el nacimiento de ambos Estados, *vide infra* nota 97.

⁹³ Así, por ejemplo, si dos entidades federadas (o subestatales) de un mismo Estado suscriben un acuerdo denominado «Tratado» o «Convenio», resulta claro que nos encontraremos ante algún protocolo de cooperación o texto de naturaleza contractual, pero en ningún caso ante un Tratado Internacional. Tal caso, podría darse en el caso del artículo 91b de la Ley Fundamental de Bonn (que prevé convenios entre los *Länder* para la gestión de asuntos comunes) e incluso en el caso del artículo 118 (que establece la firma de un Tratado de delimitación territorial entre dos *Länder*). En el caso español, existen los convenios entre Comunidades Autónomas que, parece ocioso decirlo, no revisten la naturaleza de acuerdos internacionales (*vide*, por ejemplo, artículo 145.2 de la Constitución Española).

⁹⁴ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?», *op. cit.*, pp. 86 a 88.

⁹⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 103.

Así las cosas, «habría que concluir que nada impide que la norma suprema de un ordenamiento jurídico sea de naturaleza convencional, de manera que uno o varios tratados internacionales puedan ser calificados de constitución»⁹⁶.

Frente a esta afirmación no resultaría demasiado convincente argüir que una constitución no es la norma suprema de cualquier ordenamiento jurídico, sino únicamente de los ordenamientos jurídicos estatales. La constitución equivaldría, así, a norma suprema del Estado, cuya misión consistiría en establecer la organización política del mismo. Pero esta idea, según la cual sólo puede hablarse con propiedad de constitución en relación con los Estados, tiene un punto débil: la evolución histórica de la idea misma de Estado. En este sentido, y a título meramente ejemplificativo, el nacimiento de los Estados Unidos de América o de la Confederación Helvética se debió a un acuerdo firmado entre entidades independientes para gestionar conjuntamente algunas de sus competencias⁹⁷.

Así pues, de los significados generalmente admitidos entre los juristas no se desprende una distinción tajante y clara entre tratado (institutivo de una organización internacional) y constitución (federal). Y «tampoco cabría —siguiendo a DíEZ-PICAZO—, acudir a otras características, tales como la adhesión a postulados liberal-democráticos, el estilo de redacción o los métodos de interpretación»⁹⁸. En cuanto a lo primero, no se trata sólo de que haya países a mitad de camino entre la democracia liberal y el autoritarismo, sino que muy a menudo se usa la palabra «constitución» en regímenes inequívocamente autoritarios (Cuba, por ejemplo). A ello se podría oponer que se trata de un abuso del lenguaje, pero, en todo caso, está totalmente implantado en el lenguaje coloquial y en el periodístico. En cuanto al estilo, es cierto que las constituciones suelen ser más breves que los tratados y, a diferencia de éstos, tienden a estar escritas con un lenguaje austero y lapidario; pero hay constituciones muy largas y, por ello mismo, escasamente so-

⁹⁶ Quien así opina es DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 87, que, a continuación, apostilla «esto es precisamente lo que sucede en el Derecho comunitario si se acepta, como no puede ser menos, que los Tratados de París de 1952 y Roma de 1957 han dado vida a un ordenamiento jurídico diferenciado», *ibidem*, p. 87.

⁹⁷ Sobre la formación de ambos Estados, *vide* GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, *op. cit.* pp. 325 a 340 y 522 a 533. Además, sobre los orígenes del federalismo suizo, *vide* FAVRE, A., *Droit constitutionnel suisse*, 2. ed., Editions Universitaires de Fribourg (Suisse), Fribourg, 1970, pp. 28 a 29.

⁹⁸ DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 87.

lemnes⁹⁹. Y, por lo que se refiere a los métodos de interpretación, conviene hacer dos observaciones. Por una parte, que las constituciones federales dejaran de ser interpretadas con criterios propios del Derecho internacional fue, en sí mismo, un logro¹⁰⁰. Por otra, cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enseñan que tratados institutivos de organizaciones internacionales pueden ser sistemáticamente interpretados con criterios propios del Derecho constitucional¹⁰¹.

C. EL ARGUMENTO DE LOS TIPOS DE NORMAS: APROBACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE TRATADOS Y CONSTITUCIONES

Tras el análisis precedente, parece que el único enfoque viable para determinar las diferencias entre tratado y constitución consiste en comparar los rasgos distintivos del tratado internacional y de la constitución como tipos de normas. Ello exige analizar, aunque sea someramente, la aprobación, la modificación y la extinción de tratados y constituciones.

La aprobación de cualquier tratado internacional requiere siempre el consentimiento de las partes. De ahí que un Estado no pueda quedar convencionalmente vinculado contra su voluntad¹⁰². La aprobación de las constituciones federales requiere, asimismo, el consentimiento de los Estados afectados, al menos en su origen. Esta última matización es crucial, pues indica «que no se puede crear una estructura superior que

⁹⁹ En el constitucionalismo histórico español, tenemos el caso de la Constitución de Cádiz de 1812 con 384 artículos, o los ejemplos actuales de Austria e Italia, donde es posible aprobar leyes de rango constitucional. Sobre el sistema constitucional austríaco, *vide* HAUSMANINGER, H., *The Austrian Legal System*, 2nd ed., Kluwer Law, The Hague, 2000, pp. 22 a 23 y sobre el italiano, *vide* VIVIANI SCHLEIN, M. P., *Rigidità costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 1997, pp. 170 a 176.

¹⁰⁰ La experiencia norteamericana es muy ilustrativa a este respecto, ya que hasta la Guerra Civil existió una importante corriente de pensamiento según la cual la constitución de 1787 era un mero pacto entre Estados, cuya interpretación última debería corresponder, en consecuencia, a ellos mismos. Sobre esta cuestión, *vide* SCHWARTZ, B., *The Reins of Power (A Constitutional History of the United States)*, Hill and Wag, New York, 1963, pp. 20 a 28.

¹⁰¹ *Vide* KOOPMANS, T., «The Court of Justice and national legal traditions», *La Cour de Justice des Communautés européennes 1952-2002: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 15 a 23.

¹⁰² Ello es consecuencia de la confluencia de dos rasgos del Derecho internacional: primero, el carácter inorgánico y descentralizado de la sociedad internacional, que carece de una autoridad legislativa central; segundo, el principio de igualdad de los Estados, por el que la voluntad de uno no es jurídicamente superior a la voluntad de otro, *vide* CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, *op. cit.*, pp. 139 a 142.

englobe una pluralidad de Estados hasta entonces independientes sin el consentimiento de éstos»¹⁰³. Pero ello no impide que la constitución o el tratado esté vigente para los sujetos que la hayan aprobado. En el caso de EE UU, por ejemplo, de conformidad con el artículo 7 de la constitución de 1787, «la ratificación por las convenciones de nueve Estados bastará para que esta constitución entre en vigor por lo que respecta a los Estados que la ratifiquen». Igualmente, en el caso de la Ley Fundamental de Bonn, el artículo 144.1 dispone que «la presente Ley Fundamental requiere la aceptación por las representaciones populares en las dos terceras partes de los *Länder* alemanes donde ha de regir desde ya». Es más, la Ley Fundamental nunca ha sido ratificada por Baviera, lo que no ha impedido que también allí esté vigente¹⁰⁴. De este modo, tendría razón DíEZ-PICAZO cuando afirma que «el establecimiento de una federación implica ya la creación de una unidad política y, por tanto, la eventual aprobación de nuevas constituciones en un momento ulterior, no pasa necesariamente por el consentimiento de todas las entidades federadas»¹⁰⁵.

Por lo que hace a la modificación, ninguna duda surge con respecto a las constituciones federales. Toda reforma o revisión constitucional ha de realizarse según el procedimiento previsto por la propia constitución. De lo contrario, más que una verdadera reforma constitucional, habría un nuevo acto de ejercicio de poder constituyente; lo que, en todo caso, implicaría una ruptura con el orden preexistente¹⁰⁶.

Normalmente, las constituciones federales suelen exigir para su reforma la ratificación por una mayoría cualificada de las entidades federadas¹⁰⁷. En Alemania, en cambio, los *Länder* no están llamados a pronunciarse directamente, pero dado que se exige la aprobación por mayoría de dos tercios de cada cámara, y en el *Bundesrat* están presentes los representantes de los gobiernos de los *Länder*, en la práctica, el resultado es parecido¹⁰⁸. Curiosamente, las cosas no son muy distintas

¹⁰³ DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁴ Sobre la formación y evolución del federalismo en Alemania, *vide* POLONI, B., *Histoire constitutionnelle de l'Allemagne*, Ellipses, París, 2000, especialmente, pp. 113 a 120.

¹⁰⁵ DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁶ CONTRERAS, M., «Sobre el Título X de la Constitución Española: de la reforma constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 37, 1992, pp. 303 a 317 y GARCÍA-ATANCE GARCÍA, M. V., «La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad», *Revista de Derecho Político*, n.º 37, 1992, pp. 319 a 329.

¹⁰⁷ Así, artículo 5 de la constitución de EE UU de 1787, artículo 123 de la constitución suiza de 2000.

¹⁰⁸ *Vide* artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

para los tratados institutivos de organizaciones internacionales. Aunque se tienda a creer lo contrario, a veces los tratados institutivos de organizaciones internacionales no exigen la unanimidad de todas las partes para su modificación, pudiendo ésta incluso resultar vinculante para aquellos Estados que no han dado su consentimiento¹⁰⁹. Ello parecería chocar con el principio general del Derecho internacional según el cual no hay tratado sin consentimiento. No obstante, es posible la vinculación de los Estados a una norma convencional que no han consentido ex artículo 40 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969¹¹⁰. Por tanto, si se desea salvaguardar ciertos derechos básicos de los Estados en el seno de la organización, lo mejor es excluirllos de la posibilidad de modificación sin consentimiento del afectado¹¹¹. En suma, tampoco desde el punto de vista de su modificación hay diferencias radicales entre las constituciones federales y los tratados institutivos de organizaciones internacionales.

En cuanto a la extinción, el problema verdaderamente crucial no es tanto si una constitución o tratado pueden perder su vigencia en general (lo cual es evidente), sino si puede dejar de estar en vigor para una parte. Es decir, se trata de esclarecer si en las constituciones federales y en los tratados institutivos de organizaciones internacionales cabe la retirada unilateral o secesión.

A primera vista, parecería que mientras que la retirada de una organización internacional es siempre un derecho, la secesión de una federación está siempre excluida; y la razón sería que en las organizaciones internacionales los Estados mantienen su independencia, al

¹⁰⁹ Más aún, la posibilidad de modificación no unánime dista de ser algo excepcional entre los tratados institutivos de organizaciones internacionales, *vide* artículo 108 de la Carta de Naciones Unidas, el artículo 17 C del Estatuto del Fondo Monetario Internacional o el artículo 36 de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre la posibilidad de reforma no unánime de los tratados institutivos de organizaciones internacionales, *vide* DUPUY, R. J., *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 42 a 43.

¹¹⁰ Dicho precepto, que se refiere a la modificación de tratados multilaterales, establece como regla supletoria que los Estados que no hayan prestado su consentimiento no quedarán vinculados a las modificaciones de los tratados multilaterales en que sean parte. Ahora bien, esta regla tiene precisamente carácter supletorio y, por ello, sólo se aplica si el tratado multilateral en cuestión no dispone otra cosa. La explicación más frecuente entre los internacionalistas de este fenómeno es que la adhesión a un tratado implica la aceptación del mismo en todos sus extremos, incluidas las eventuales cláusulas relativas al procedimiento para su modificación, *vide* DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 93.

¹¹¹ En este sentido, por ejemplo, el artículo 18 D del Tratado de la Agencia Internacional de la Energía Atómica concede la posibilidad de retirada al Estado disconforme con la modificación.

contrario de lo que sucede en las federaciones. No obstante, esta creencia supone una notable simplificación de la realidad, que es mucho más matizada.

Así, la idea de que cualquier Estado tiene absoluta libertad para denunciar un tratado internacional del que es parte, dando así por terminada su vinculación al mismo, es jurídicamente falsa. La denuncia o retirada unilateral sólo es jurídicamente lícita si concurren las condiciones impuestas por el Derecho internacional, es decir, que esté prevista en el propio tratado o que medie el consentimiento de todas las partes en el mismo¹¹². Fuera de estas dos hipótesis, habría que aplicar el artículo 56 del Convenio de Viena, que establece la norma general supletoria en la materia. Esta disposición admite la denuncia o retirada sólo si consta que fue intención de las partes admitir dicha posibilidad o que la denuncia o retirada pueda inferirse de la naturaleza del tratado. Además, el artículo 60 del Convenio de Viena contempla una posibilidad extraordinaria de terminación de los tratados por «violación grave»¹¹³. Por consiguiente, fuera de estos supuestos, la retirada unilateral de un tratado multilateral sería antijurídica y, de producirse como hecho consumado, daría lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Por tanto, no existe, así, una libertad general e incondicionada de retirarse unilateralmente de las organizaciones internacionales.

En otro orden de cosas, «tampoco es del todo cierto que en las federaciones la pérdida de independencia de las entidades federadas comporte siempre la ilicitud de la retirada unilateral»¹¹⁴. Sobre este particular, efectivamente, existen algunos ejemplos en el constitucionalismo comparado. Uno de ellos es el de la constitución soviética de 1977, cuyo artículo 70 la definía como una «unión voluntaria», y, a continuación, el artículo 72 hacía surgir un «derecho a la libre secesión». Es indudable que la intención de los redactores del texto soviético era más bien un ejercicio de retórica, pero, avatares del destino, en el caso de las Repúblicas Bálticas, la separación de la Unión Soviética adoptó como fundamento formal ese reconocimiento constitucional del derecho de secesión¹¹⁵.

Vistas estas excepciones, parece que, en definitiva, lo normal en una federación es que las entidades federadas carezcan de derecho a la

¹¹² Vide artículo 54 del Convenio de Viena de 1969.

¹¹³ Vide PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 129.

¹¹⁴ DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁵ Vide SUKSI, M. «Ondate baltiche? L'evoluzione costituzionale di Estonia, Lettonia e Lituania», *Quaderni costituzionali*, vol. 3/92, 1992, pp. 491 a 526, especialmente, *vide* p. 510.

retirada unilateral. Dado que no son Estados independientes, «un derecho a la retirada unilateral no puede dársele el Derecho internacional, sino sólo el correspondiente ordenamiento interno»¹¹⁶.

D. RECAPITULACIÓN SUMARIA

Como se ha visto, por lo que se refiere a su aprobación, modificación y extinción, no hay una línea de separación absolutamente nítida entre constituciones federales y tratados institutivos de organizaciones internacionales. Ciertamente, en estas últimas los Estados tienden a conservar un grado mucho mayor de libertad; pero ello no significa que la diferencia sea radical ni, sobre todo, necesaria. Ante esta situación Díez-PICAZO reflexiona «¿habría que concluir, entonces, que no hay diferencia esencial alguna entre ambos tipos de normas? Tal vez... pero ello no deja de chocar con los presupuestos generalmente arraigados en nuestra cultura jurídica: una cosa es un tratado y otra una constitución»¹¹⁷.

Seguramente, la razón última de tanta perplejidad radica en que el concepto de tratado es puramente formal, mientras que el concepto de constitución, como se ha visto, no lo es. La identificación de los tratados, en efecto, depende de características externas (sujetos, procedimiento, ciertas solemnidades, etc.). Como se ha señalado, cualquier acuerdo entre sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos vinculantes entre las partes es un tratado, cualquiera que sea su contenido. Para identificar las constituciones, en cambio, es preciso a menudo hacer consideraciones sobre contenido, es decir, materiales. Es verdad que, según la definición más extendida, una constitución es la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, pero como se ha visto, además, es necesario que su contenido refleje un mínimo (separación de poderes y garantía de derechos). Además, la experiencia histórica demuestra que a veces la norma fundamental de un ordenamiento jurídico está recogida en costumbres, en leyes ordinarias o en tratados internacionales¹¹⁸. En estos supuestos, sólo la sustancia —esto es, ser norma fundamental de un ordenamiento jurídico— permite identificar a

¹¹⁶ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁷ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁸ Incluso, como en el caso de Canadá hasta 1982, en una ley de otro país: la *British North American Act* de 1867, aprobada por el Parlamento de Westminster. Vide HOGG, P. W., *Constitutional law of Canada*, 4th ed., Carswell, Toronto, 1997, pp. 4 a 7.

las constituciones. De todo ello era plenamente consciente Kelsen, quien afirmaba que «los conceptos de tratado y constitución, de constitución y ley no son excluyentes (...). El Estado federal, pues, puede basarse en una constitución y, sin embargo, haber nacido en virtud de un tratado»¹¹⁹. Igualmente, el autor austriaco afirmaba que «normalmente, un Estado federal adquiere existencia por medio de un tratado internacional concluido por Estados independientes»¹²⁰.

III. Constitucionalismo y Unión Europea

1. La constitución de la UE

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La pregunta a la que se intentará responder es, lisa y llanamente, la de si la Unión tiene, hoy por hoy, una constitución y en qué se basan quienes defienden una u otra aseveración.

Desde la firma del Tratado de Maastricht se ha sucedido un verdadero aluvión de publicaciones que intentaban responder a esta cuestión, aunque no fuese en absoluto novedosa. Ya en la década de los sesenta, recién firmados los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM), algunos autores comenzaron a hablar de la «constitución de la Comunidad» al amparo de ciertas características especiales que ofrecían¹²¹. Pero, estas referencias al carácter constitucional de los Tratados no fueron patrimonio exclusivo de la doctrina, sino que también se encuentran en la jurisprudencia. En concreto, a mediados de la década de los cincuenta, ya se puede observar en alguna sentencia del Tribunal de Justicia referencias a la naturaleza constitucional del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹²². En similar sentido se pronunció el Tribunal Constitucional federal alemán,

¹¹⁹ Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Comares, Granada, 2002, pp. 327 a 328.

¹²⁰ Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 379.

¹²¹ En 1963, MÜNCH examinó la presencia de elementos constitucionales en los Tratados constitutivos, como la separación de poderes o un tribunal constitucional, así, *vide* MÜNCH, F., «Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés Européennes», *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2, 1961, pp. 127 a 137.

¹²² *Vide* las conclusiones del abogado general en Asunto 8/55, donde sostenía, respecto del TCECA que, a pesar de haber sido concluido bajo forma de tratado internacional, «desde un punto de vista [puede ser caracterizado] como la Carta de la Comunidad», STJ 29.11.1956, Asunto 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique v. Haute Autorité*, Rec.1955, p. 291.

quien señaló que «el Tratado CEE representa en cierto modo la constitución de la Comunidad»¹²³.

Sin embargo, el detonante definitivo de este debate constitucional fue la proclamación por el Tribunal de Justicia de varios principios fundamentales del Derecho comunitario como el de efecto directo y el de primacía. A éstos hay que sumar otras cuestiones como la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo o la delimitación de las competencias de las Comunidades Europeas¹²⁴.

Más adelante, el Proyecto Spinelli de 1984 y el Acta Unica Europea de 1986 sirvieron de aliciente para mantener viva esta polémica política y doctrinal. Esta alcanzó su punto más álgido con la aprobación del Tratado de la Unión Europea en 1992 y tuvo su traducción al terreno académico al desencadenar una auténtica explosión de publicaciones que, de forma directa o indirecta, abordaban la existencia, en unos casos, y la necesidad, en otros, de una Constitución europea. Después, también el Proyecto Hermann de 1994 ha contribuido, aunque en menor medida, a este debate. En 1997, el Tratado de Amsterdam lo ha reavivado, quizá más por sus omisiones que por sus logros. Y, por último, entre las contribuciones a ese debate, figura el Tratado de Niza, que recientemente ha entrado en vigor, y que ha sido sucedido por el proceso de elaboración y ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, de momento congelado tras el rechazo en sendos *referenda* de Francia y de Holanda¹²⁵.

¹²³ Sentencia del TCFA n.º 22 de 18 de octubre de 1967, BVerfGE 22, 293 (296), «Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar».

¹²⁴ Vide, por ejemplo, CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., pp. 246 a 247.

¹²⁵ BITSCH, M.T., *Histoire de la construction européenne*, Complexe, Paris, 2001, pp. 265 a 305. Sobre el proceso de ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, el fracaso de los *referenda* precitados, sus consecuencias y las posibles soluciones, vide, por ejemplo, BORRELL, J., «La encrucijada francesa», *El Periódico*, 02.05.2005, GLUCKSMANN, A., «El narcisismo francés y la atracción del abismo», *El Mundo*, 26.05.2005, DE ARISTEGUI, G., «Bofetada a la francesa», *El Mundo*, 30.05.2005, MÉNDEZ DE VIGO, I., «Y Francia utilizó la metralleta...», *ABC*, 30.05.2005, ORTEGA, A., «Por una nueva Mesina», *El País*, 31.05.2005, ESTELLA, A., «“Plan B”», *El País*, 31.05.2005, COLOMBANI, J-M., «El callejón sin salida», *El País*, 31.05.2005, JULY, S., «Un desastre general», *El Mundo*, 31.05.2005, NAÏR, S., «El “no” abre la Caja de Pandora», *El Periódico*, 01.06.2005, MÉNY, Y., «L’Europe désorientée, la France débousolée», *Le Monde*, 31.05.2005, GLUCKSMANN, A., «Euronihilismo», *El País*, 01.06.2005, CARRILLO, S., «Interpretación del voto francés», *El País*, 01.06.2005, FINI, G., «¿Quo vadis Europa?», *El Mundo*, 01.06.2005, STEYN, M., «La UE no aceptará un “no” por respuesta», *Gees*, 02.06.2005, ANDREANI, J-L., «Les raisons d’un rejet», *Le Monde*, 06.06.2005, HABERMAS, J., «Cataclismo en Europa: ¿estímulo o paralización?», *El País*, 09.06.2005, HURD, D., «Con perdón de España, el Tratado está muerto», *ABC*, 09.06.2005., SCHMIDT, H., «Debemos ser valientes», *La Vanguardia*,

En definitiva, desde hace ya varias décadas el debate doctrinal sobre las cuestiones jurídico-institucionales de las Comunidades —hoy, de la Unión—, ha discurrido por carriles constitucionales. En este sentido, conviene señalar que paradójicamente las primeras contribuciones fueron obra de expertos internacionalistas, no de constitucionalistas¹²⁶.

La división entre los autores que han tratado el tema es manifiesta. En gran medida, proyecta el enfrentamiento político acerca de la orientación futura del proceso de integración europea, aunque también esconde diferencias teóricas. A pesar de que los escritos sobre el tema son muy abundantes, metodológicamente, conviene encuadrarlos en dos grandes grupos o sectores doctrinales antagónicos, aun a riesgo de simplificar un tanto el pensamiento de los diferentes autores. Estos grupos son: uno, el de quienes rechazan la existencia de la Constitución europea; otro, el de aquellos que defienden su existencia, si bien dentro de éste se hará una doble distinción. La selección de autores no es, en absoluto exhaustiva. Sólo se incluyen aquéllos que reflejan y exponen con mayor claridad cada una de las tesis.

B. SECTOR DOCTRINAL QUE NIEGA LA EXISTENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Los autores incluidos en este grupo, para negar la existencia de la constitución de la Unión, hacen hincapié, bien en la falta de un Estado a escala europea, bien en el carácter incompleto o en el origen no democrático de los Tratados constitutivos. Es necesario advertir que sólo se hará referencia a autores que tratan expresamente este tema. Se excluyen, por tanto, a quienes sostienen que los Tratados y, en general, el Derecho comunitario tienen naturaleza jurídico-internacional sin pronunciarse sobre la Constitución europea.

El profesor KIRCHHOF es, probablemente, quien con más rotundidad expone su parecer. Sostiene el catedrático y ex presidente del Tribunal Constitucional alemán que «allá donde no hay Estado, no hay constitución y donde no hay un pueblo, no hay Estado»¹²⁷. De aquí deduce que

10.06.2005, LÓPEZ-ESCOBAR, E. «El coma constitucional europeo: Algunas posibles consecuencias», *ABC*, 10.06.2005, DIEDRICHS, U. y WESSELS, W., «Soluciones para el futuro de Europa», *La Vanguardia*, 16.06.2005, BARÓN CRESPO, E., «Democracia y Constitución europea», *El País*, 12.07.2005, TORREBLANCA, J. I., «Un pacto con los ciudadanos», *El País*, 29.09.2005, MISSÉ, A., «Entrevista a Javier Solana», *El País*, Domingo, 28.11.2005, D'ALEMA, M. *et alii*, «Por una iniciativa de la izquierda europea», *El País*, 14.01.2006.

¹²⁶ Así, por ejemplo, MÜNCH, F., *Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés Européennes*, op. cit.

¹²⁷ KIRCHHOF, P., *EU-Nachrichten*, n.º 18/19, de 9 de mayo de 1994, p. 3.

actualmente no cabe sostener la existencia de un pueblo europeo, lo que, por consiguiente, impide hablar de un Estado europeo y de una Constitución europea. El punto de partida de este autor es la vinculación entre el Estado y la constitución, lo que le leva a afirmar que la Unión Europea no es un Estado y, en consecuencia, no puede tener una constitución¹²⁸.

En esta misma línea, aunque en un tono menos académico y más político, se pronuncia HOWE, para quien no existe una Constitución europea, pues «los diversos tratados son sólo eso, tratados internacionales entre Estados. Por el contrario, las Constituciones son los fundamentos legales de los Estados mismos». Y concluye, «sólo si alguien se atreviera a argumentar que la UE es ya un Estado, podría empezar a afirmar que disfruta ya de una constitución»¹²⁹.

La principal laguna de estas tesis es la dificultad que encuentran para explicar la erosión sufrida por las Constituciones internas como consecuencia de la transferencia de poderes a las instituciones europeas. Aunque la justificación jurídico-política de esta transferencia hay que buscarla en los distintos textos constitucionales, hay que recordar que existe un auténtico poder público de ámbito europeo, organizado al margen de los tradicionales esquemas estatales, que incide directamente sobre los ciudadanos y cuyas normas priman sobre las estatales, incluidas las constitucionales. Sólo así es posible comprender, por ejemplo, por qué el Tribunal de Justicia ha tenido que reconocer y tutelar los derechos y libertades fundamentales a nivel europeo para satisfacer las alegaciones de los particulares y las presiones de los tribunales constitucionales nacionales o la consagración del principio de subsidiariedad ante el temor de los Estados miembros a la pérdida de poder a favor de las instituciones europeas¹³⁰.

¹²⁸ Vide KIRCHHOF, P., «Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration», en ISENSEE, J. u. KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 870 a 873. Para una crítica a la visión de KIRCHHOF, vide MANCINI, G. F., «Europe: The Case for Statehood», *European Law Review*, vol. 4/1, 1998, pp. 29 a 42, especialmente, pp. 34 y 35, y sus conclusiones, pp. 41 a 42.

¹²⁹ HOWE, G., «La construcción de Europa de abajo arriba: argumentos en contra de la Constitución europea», *Cuadernos del Philip Morris Institute for Public Policy Research*, n.º 10, 1996, p. 29.

¹³⁰ Son muchos los autores que emplean el término de «poder público europeo», así, vide, KOTZUR, M., «Federalismo, regionalismo y descentralización local como principios estructurales del espacio constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004, pp. 47 a 74, especialmente, pp. 51 a 55; o PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., pp. 29 a 30. En la doctrina española, vide Díez-PICAZO, L. M., «Reflexiones sobre la idea de Constitución europea», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, CEC, Madrid, 1993, pp. 533 a 559.

En definitiva, parece que negar la existencia de una constitución europea a causa de la naturaleza no estatal de la Unión, además de adolecer de cierto formalismo, equivale a reconocer que las constituciones internas habrían autorizado su propia «desconstitucionalización» o vaciamiento, es decir, que habrían permitido el ejercicio directo sobre los ciudadanos de ciertos poderes o facultades públicas, que de otra manera estarían sometidos a ellas¹³¹.

Desde otro punto de vista, para LECHELER es innegable que la Comunidad posee una estructura jurídica fundamental que rige las relaciones en el marco del sistema comunitario¹³². Ahora bien, este autor se pregunta si es merecedora esta estructura del calificativo de constitucional en el sentido estatal. Desde el ángulo estatal, la constitución, como ya se ha visto, «es el supremo principio normativo de la comunidad» que rige la «totalidad política» de modo permanente, no sólo una parte de la vida estatal o social¹³³. Este argumento le permite negar el carácter constitucional del Tratado de Maastricht, a pesar de la ampliación de competencias que realiza a favor de la Unión Europea, pues no comprende esa «totalidad política» al estar abierto a futuros complementos¹³⁴. Este argumento parece poco consistente porque, desde una posición realista, tampoco las constituciones de los Estados miembros cumplirían hoy esta exigencia después de la transferencia de poderes a favor de las instituciones europeas. Además, ésta no es una característica constitucional; existen constituciones que no pretenden regir la totalidad de la vida política y social¹³⁵.

Tampoco para GRIMM es posible hablar de una constitución europea, aunque por distintas razones. Este autor cuestiona la naturaleza constitucional de los Tratados constitutivos llegando a la conclusión de que carecen de ella. Según él, la negación de este carácter se sustenta no en el hecho de que la Unión no sea un Estado, sino en la falta de legitimación popular de los Tratados, ya que provienen de la voluntad de

¹³¹ Así opina, entre otros, CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 250.

¹³² LECHELER, H., «Braucht die “Europäische Union” eine Verfassung? Bemerkungen zum Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments vom 9. September 1993», en RANDELZHOFFER, A., SCHOLZ, R. u. WILKE, D., *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, CH Beck, München, 1995, pp. 393 a 407, especialmente, p. 397.

¹³³ LECHELER, H., «Braucht die “Europäische Union” eine Verfassung? Bemerkungen zum Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments vom 9. September 1993», op. cit., pp. 397 a 398.

¹³⁴ LECHELER, H., «Braucht die “Europäische Union” eine Verfassung? Bemerkungen zum Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments vom 9. September 1993», p. 398.

¹³⁵ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 251.

los Estados miembros. En concreto, tras constatar la existencia de un poder público en el nivel europeo, señala que esos Tratados, aunque cumplen funciones constitucionales, «no son una constitución en el sentido pleno del término. La diferencia reside en la referencia a la voluntad de los Estados miembros y no al pueblo de la Unión»¹³⁶.

Sin restar importancia en términos generales a la legitimación democrática de las Constituciones, un rápido vistazo a otros sistemas constitucionales revelará que es posible encontrar Constituciones que no han tenido un origen popular directo. Es el caso de la constitución de Nueva Zelanda, la de Australia o la de Canadá (ésta última brevemente analizada *supra*) que fueron obra del Parlamento de Westminster o la Ley Fundamental de Bonn. Por otra parte, los partidarios de los postulados de GRIMM han de tener en cuenta que estos Tratados cuentan con la aprobación de los parlamentos nacionales y, en algunos casos, con la de los ciudadanos a través de *referenda*, lo que restaría importancia a esa crítica. A esta legitimación popular indirecta, los Tratados suman la que han obtenido las instituciones europeas gracias a la consecución de ciertos objetivos como la convivencia pacífica entre los Estados europeos durante casi medio siglo, la estabilidad y el bienestar económicos, etc., es decir, que contarían con una cierta legitimidad de ejercicio¹³⁷.

En cuanto a la doctrina española, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA afirma que la Unión Europea no es un Estado «porque no es una organización política que pueda referirse al ejercicio soberano del poder constituyente de un pueblo único». Y concluye, «la base jurídica de la Unión, por tanto, no es una verdadera constitución como acto único fundante de un orden político soberano de un pueblo, sino los Tratados Internacionales de los Estados que la integran, los cuales no se han unido en una unión estatal, sino en un orden común, al que se encuentran sometidos pero del que pueden salir»¹³⁸.

¹³⁶ GRIMM, D., *Does Europe Need a Constitution?*, *op. cit.*, p. 291. Igualmente, *vide* HABERMAS, J., *Remarks on Dieter Grimm's «Does Europe Need a Constitution?»*, *op. cit.*, pp. 303 a 308.

¹³⁷ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 252.

¹³⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 90, 1995, pp. 45 a 68, especialmente, pp. 47 a 48. En sentido similar se expresa RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La «Constitución europea» y la teoría del poder constituyente: algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 100. No obstante, hay que tener en cuenta las matizaciones sobre la absoluta libertad del abandono de la Unión, que, hasta el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, no estaba reconocido expresamente, así, sobre el régimen que estaría vi-

Esta reflexión es importante tanto por su contenido, es decir, por negar la existencia de la Constitución europea, como por ser un claro exponente de la concepción doctrinal dominante en el panorama jurídico-constitucional español¹³⁹. Sin entrar ahora en el estudio detallado de sus respectivas concepciones constitucionales, es posible concluir, en términos genéricos, que entienden la constitución como una norma suprema que regula la producción de las demás normas jurídicas, que resulta de la obra de un poder constituyente legitimado democráticamente y que posee carácter constitutivo. Esta atiende esencialmente a la organización del Estado de acuerdo con unos principios o valores (derechos fundamentales o separación de poderes...). Por consiguiente, constitución y Estado son conceptos inseparables. Desde el punto de vista del Derecho, la constitución es omnicompreensiva o plena, esto es, encierra todo el Derecho y proporciona los criterios formales y materiales para su válida formación, en una palabra, legitima la totalidad de las normas aplicables en el territorio español, incluso las que le preceden. De aquí se deriva que la infracción de la constitución por una norma inferior entraña su nulidad que puede ser declarada por el Tribunal Constitucional en exclusiva¹⁴⁰.

C. SECTOR DOCTRINAL QUE SOSTIENE LA EXISTENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

En este apartado se realizará una distinción entre los autores que adoptan una perspectiva formal, lo que quiere decir que acuden principalmente a los Tratados constitutivos y aquellos otros que, desde una

gente, *vide* JACQUE, J. P., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Dalloz, 2^e edition, Paris, 2003, pp. 104 a 106.

¹³⁹ Así, entre las obras que han contribuido a conformar el panorama jurídico-constitucional español, merecen ser reseñadas, ALVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2003, DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 1983, TORRES DEL MORAL, A., *Principios de derecho constitucional español*, 5.^a ed., Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (Escritos sobre la constitución)*, CEC, Madrid, 1993.

¹⁴⁰ Así, el Tribunal Constitucional ha declarado en múltiples ocasiones que el Derecho comunitario tiene carácter «infraconstitucional», así, *vide* SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 120/1998, de 17 de julio, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero de 2002, FJ 2. Esta postura, duramente criticada por otro sector de la doctrina, habría cambiado, según su más contundente portavoz, tras la DTC 1/2004, al abandonar la tesis del artículo 93 CE como un precepto meramente «orgánico-procedimental». Así, *vide* MANGAS MARTIN, A., *La constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005, p. 167.

perspectiva material, sostienen su existencia al amparo de la presencia de ciertos elementos constitucionales en el Derecho de la Unión¹⁴¹.

a) Perspectiva formal: los Tratados constitutivos como constitución de la Unión Europea

En general, la identificación de los Tratados con la Constitución europea presupone la adopción de una concepción constitucional que presta atención a su aspecto constitutivo y organizativo. En concreto, para fundamentar sus tesis, los autores incluidos en este apartado acuden a aquellos preceptos de los Tratados que crean las instituciones comunitarias, que delimitan sus funciones, que regulan sus relaciones mutuas y que rigen la producción normativa comunitaria. A continuación se expondrán las tesis más significativas.

Entre los representantes de este grupo, está BERNHARDT, para quien la «constitución de la Comunidad» es como su ley fundamental obligatoria. Este autor juzga adecuado el uso de esta expresión, de una parte, porque permite recoger las particularidades del ordenamiento jurídico comunitario y, de otra, por su connotación política, puesto que evoca la idea de una «unión cada vez más estrecha»¹⁴². No obstante, surgen las dificultades a la hora de precisar su contenido. En términos generales, «la constitución, en cuanto fuente del derecho comunitario designará (...) por un lado las normas obligatorias para todas las instituciones comunitarias y para los Estados miembros, sobre las que éstos no tienen ningún poder, y que se encuentran principalmente en los Tratados comunitarios, y, por otro, a título excepcional, las normas plasmadas por ciertos actos cualificados de las instituciones comunitarias o que pueden ser obligatorias en cuanto derecho constitucional no escrito»¹⁴³.

En concreto, la constitución de la Comunidad, en su mayor parte, está integrada por los Tratados comunitarios, completada por otros actos jurídicos emanados, bien de los Estados miembros, bien de las instituciones comunitarias, aunque su inclusión no está clara para el autor.

¹⁴¹ Por su parte, Díez-PICAZO distingue cuatro posiciones doctrinales de acuerdo con el objeto con que la identifican: la jurisprudencia del Tribunal, la regla fundamental del ordenamiento comunitario, la creación y la organización de un poder público comunitario y el establecimiento de una estructura cuasi-federal, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Reflexiones sobre la idea de Constitución europea*, *op. cit.*, pp. 538 a 543.

¹⁴² BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *Treinta años de Derecho comunitario*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1981, p. 73.

¹⁴³ BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 74.

Para despejar esta duda, BERNHARDT acude a una especie de principio general conforme al cual «deben considerarse parte del derecho constitucional de la Comunidad únicamente aquellos otros actos previstos por los mismos Tratados, como capaces de modificar o sustituir el derecho anterior del Tratado»¹⁴⁴. Así, según este criterio las decisiones adoptadas por los Estados miembros en el seno del Consejo (entendido como conferencia intergubernamental), los tratados entre Estados miembros y aquéllos que concluye la Comunidad y/o los Estados miembros con terceros países, formarían parte de la constitución de la Comunidad¹⁴⁵.

También incluye dentro de esta constitución algunas normas no escritas pero desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, los principios generales del Derecho extraídos de los ordenamientos de los miembros comunitarios que complementarían al Derecho constitucional escrito (por ejemplo, la protección de los derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal). Por último, el Derecho constitucional comunitario estaría complementado por las normas de Derecho internacional público de *ius cogens* y por sus normas fundamentales¹⁴⁶.

En conclusión, este autor sostiene que «el derecho constitucional de la Comunidad está compuesto por los Tratados comunitarios [el Derecho comunitario originario], por las modificaciones y adiciones al derecho comunitario originario autorizadas por los Tratados y, como complemento, por los principios fundamentales del Derecho de los Estados miembros y por las normas fundamentales del derecho internacional»¹⁴⁷.

En opinión de CANCELA OUTEDA esta concepción merece algunas matizaciones. En primer lugar, la amplitud del contenido de la Constitución europea es excesiva. No todo el contenido de los Tratados constitutivos tiene relevancia constitucional como —por citar sólo dos ejemplos— la regulación en materia de agricultura o de libre competencia. En segundo lugar, tampoco tiene sentido incluir en esa constitución normas de Derecho internacional público, cuya naturaleza obviamente es distinta. Y, en tercer lugar, llamaría la atención la escasa

¹⁴⁴ BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁵ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴⁶ BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁷ BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 78.

importancia que atribuye al Tribunal de Justicia, a pesar de que la incorporación de algunos principios generales del Derecho al ordenamiento comunitario sean obra suya¹⁴⁸. BERNHARDT, por su parte, apostilla que «el Tribunal en teoría no hace más que aplicar el derecho preexistente; explicita la constitución de la Comunidad, pero no crea derecho constitucional propiamente dicho»¹⁴⁹.

Una tesis semejante a la anterior respecto de la existencia de la Constitución europea es la defendida por RODRÍGUEZ IGLESIAS, para quien está integrada «fundamentalmente por los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y los tratados modificativos de aquéllos»¹⁵⁰. Así, tal y como sostiene el ex presidente del TJCE, los Tratados poseen una serie de elementos característicos de cualquier constitución propia de un Estado: la jerarquía normativa, el reconocimiento de una serie de Derechos fundamentales, principios generales de Derecho constitucional y normas de reparto de competencias entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros¹⁵¹. Fueron éstos quienes crearon este ordenamiento legal y al mismo tiempo limitaron su soberanía. Estos elementos serían:

- a) La jerarquía normativa. Esta característica implica que los Tratados están en una posición superior a la de las demás normas integrantes del Derecho comunitario. La garantía de esa superioridad es de carácter jurisdiccional y se atribuye en exclusiva al TJCE. El control de la legalidad-constitucionalidad, amparado en el artículo 173 TCE, se extiende: a los actos del Consejo y de la Comisión, a los actos del Parlamento, a las normas comunitarias. Igualmente, se ha admitido la tutela judicial cautelar.
- b) El reconocimiento de Derechos fundamentales. Entre ellos, es posible destacar: las libertades reconocidas en los Tratados, especialmente, las de circulación y de servicios, que deberán ser interpretadas como libertades fundamentales; el principio de cooperación leal, artículo 10 TCE; el principio de subsidiariedad, artículo 5 TCE.

¹⁴⁸ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁴⁹ BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La constitución de la Comunidad Europea», *Noticias CEE*, n.º 100, 1993, p. 93.

¹⁵¹ En este sentido, *vide* RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *La dimensión constitucional del Derecho comunitario europeo*, Discurso de ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, citado, entre otros, por MUÑOZ MACHADO, S., *Constitución*, 1.ª edición, Iustel, Madrid, 2004, p. 231.

- c) Principios generales comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, como el régimen de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias (artículo 228 TCE) o el reconocimiento de los Derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad Europea (artículo 6 TUE)¹⁵².

Otro autor que desde la perspectiva formal considera los Tratados como la Constitución europea es LOUIS. Su contenido lo conformarían los principales instrumentos normativos comunitarios: los Tratados de París y de Roma y sus posteriores modificaciones, entre las que destaca el Acta Unica Europea, los Tratados y las Actas de adhesión de los nuevos estados miembros y el Tratado de la Unión Europea¹⁵³. Para él, los Tratados son la constitución de la Comunidad porque «determinan el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en el tiempo y en el espacio. Atribuyen competencias a las instituciones y enuncian los principios y los procedimientos que éstas deben respetar. Garantizan este respeto mediante un control jurisdiccional, que se ejerce tanto sobre los actos de las instituciones en el ámbito interno como sobre las relaciones exteriores»¹⁵⁴.

Otro autor interesante a este respecto es STEIN. Su tesis afirma la existencia de una constitución «parcial» de la Unión Europea. En su opinión, la Unión posee una constitución porque los Tratados constitutivos, al igual que sucede en las organizaciones internacionales, han creado un conjunto de órganos, han establecido sus competencias y sus procedimientos decisorios y han fijado un mecanismo para su reforma. Además, los Tratados han introducido principios y postulados que convierten a la Unión Europea en una forma de integración supranacional distinta de otras organizaciones¹⁵⁵.

¹⁵² RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *La dimensión constitucional del Derecho comunitario europeo*, *op. cit.*, pp. 231 a 233. Igualmente, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La constitución de la Comunidad Europea», *op. cit.*, pp. 93 a 99.

¹⁵³ LOUIS, J-V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed., Servicio de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1995.

¹⁵⁴ LOUIS, J-V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, *op. cit.*, p. 94. En particular, el autor precitado pone el acento en el carácter constitucional de las disposiciones comunes del Tratado de la Unión Europea (antiguos artículos A-F) que contendrían los principios constitucionales comunes a los tres pilares de la Unión: el principio de subsidiariedad, el de coherencia y continuidad de las acciones llevadas a cabo para la consecución de los objetivos comunitarios y, en especial, el de coherencia del conjunto de la acción exterior, el de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros que deben tener sistemas de gobierno basados en los principios democráticos, el de respeto a los derechos fundamentales y el de adecuación de los medios necesarios para conseguir sus objetivos, *vide* pp. 94 a 95.

¹⁵⁵ STEIN, T., «La Constitución europea: pasado, presente y futuro», *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 2, Universidad de la Rioja, Logroño, 1996, pp. 235 a 254, en concreto, *vide* p. 240.

En resumen, para este sector de la doctrina, los Tratados, pese a su origen internacional, son la constitución de la Comunidad o Unión Europea. De forma genérica, se podría concluir que conciben la constitución como una ley o *norma normarum*, es decir, creadora y fundamentadora de todo un ordenamiento jurídico. Pero ello podría llevar a concluir que cualquier documento que cree instituciones, que establezca sus facultades y procedimientos de actuación y regule la producción de normas es merecedor del calificativo de constitucional. Además, relativizan el hecho de que los Tratados creen una entidad diferente del Estado (casi ninguno de ellos considera a la Unión Europea un Estado) e insisten, en contraposición con algunos autores ya vistos, en la separación entre constitución y Estado¹⁵⁶.

Las tesis anteriormente expuestas han recibido las críticas de la doctrina, aunque por diferentes razones.

Así, para DÍEZ-PICAZO los Tratados no son una constitución en el sentido pleno del término debido a la existencia de dos lagunas: la limitación de los fines de la Unión Europea al terreno económico y el profundo déficit democrático del que adolece la Unión (tanto desde un punto de vista decisional como organizativo)¹⁵⁷.

CANCELA OUTEDA, por su parte, descarta que estos argumentos automáticamente desvistan del apelativo de constitucional a los Tratados Comunitarios, pero llega a la misma conclusión debido a otras razones. En primer lugar, la negación de este carácter responde a la finalidad que persiguen los propios Tratados. Así, cualquier constitución merecedora de tal denominación debe apuntar a la efectiva limitación del poder, a la protección de los individuos frente a eventuales arbitrariedades y abusos provenientes del poder público. Es decir, la constitución, en esencia, se conforma con la pasividad del poder. Por el contrario, los Tratados están orientados a la consecución de ciertos fines comunes a los Estados pactantes, razón por la que, no sólo no tienden a limitar el poder, sino que, al contrario, incentivan la actuación de las instituciones comunitarias. Por ello, desde el punto de vista teleológico, constitución y Tratados están enfrentados. Por otro lado, la afirmación de que los Tratados constitutivos son la constitución de la Unión porque han creado un sistema institucional provoca una ampliación desmesurada del concepto de constitución hasta, en palabras del citado autor, «des-

¹⁵⁶ Salvo MANCINI, aunque, como se ha dicho, considera que la Unión posee características propias de un Estado, más matizadamente, *vide* MANCINI, G. F., *Europe: The Case for Statehood*, *op. cit.*, pp. 29 a 42.

¹⁵⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Reflexiones sobre la idea de Constitución europea*, *op. cit.*, pp. 550 a 552.

virtuarlo»¹⁵⁸. De esta ampliación, resultaría, continuando con dicha argumentación, que cualquier organización internacional dispondría de una constitución y que cualquier Estado la tendría, aunque sus gobernantes ejercieran el poder de forma autoritaria. Otro argumento en contra sería el hecho de que en los Tratados abundan las disposiciones de nulo contenido constitucional¹⁵⁹. Finalmente, añade el académico, existe un argumento que hace referencia a la relación que guardarían los Tratados (eventual constitución de la UE) con las Constituciones de los Estados miembros. Este vendría a decir que es imposible que ambas categorías (Constituciones nacionales y la de la UE) compartan simultáneamente tal carácter dado que ambas no pueden ser al tiempo la cúspide de un sistema normativo en el que conviven normas emanadas de los Estados y de las instituciones de la Unión¹⁶⁰.

b) Perspectiva material: la jurisprudencia como factor principal de constitucionalización de la Unión Europea

Lo que se ha llamado *perspectiva material* hace referencia a un enfoque constitucional que atendería al funcionamiento real y al contenido de esta estructura jurídico-institucional a la que se llama Unión Europea. Este planteamiento les permite descubrir ciertos elementos constitucionales dispersos en los Tratados, en la jurisprudencia del TJCE e, incluso, en las constituciones de los Estados miembros.

De este modo, HALLSTEIN se refirió muy tempranamente a la existencia de una constitución de la Comunidad. Para él, la Comunidad, en cuanto unión de Estados, dispone de una constitución «no escrita», esto es, que no está formalizada en un único documento, sino que es una suma de reglas y principios obligatorios, que se hallan en parte en los Tratados constitutivos o en los Reglamentos y, en parte, en la costumbre. En concreto, la Comunidad estaría dominada por dos principios: el de Derecho (*Rule of Law*) y el democrático¹⁶¹.

También sigue este enfoque SCHWARZE, para quien una característica de la Comunidad Europea es el desarrollo constitucional que vive. A

¹⁵⁸ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 266.

¹⁵⁹ En este sentido, también, HARTLEY, T., «Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 42, 1993, pp. 213 a 237.

¹⁶⁰ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 265 a 268.

¹⁶¹ HALLSTEIN, W., *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ Verlag, Düsseldorf, 1973, pp. 42 a 43.

diferencia de las constituciones estatales, los Tratados se caracterizan por su apertura, elasticidad y flexibilidad debido a que el objetivo último que persiguen es la integración. De esta manera, el desarrollo constitucional se ha nutrido de las siguientes fuentes: los Tratados, la acción de los Estados miembros y de las instituciones europeas y la interpretación que el Tribunal de Justicia, a modo de Corte Constitucional, ha ido haciendo del Derecho comunitario¹⁶². De esta aproximación interesa, sobre todo, destacar la incapacidad del concepto formal de constitución para explicar los diversos elementos constitucionales existentes en la Comunidad Europea¹⁶³. En relación con estas tesis, CANCELA OUTEDA concluye que «los elementos constitucionales no son el fruto de un único poder constituyente»¹⁶⁴.

En la misma línea, MANCINI sostiene que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se orientó, prácticamente desde su creación, hacia el establecimiento de una constitución para la Comunidad. Así, los primeros jueces de la alta instancia judicial, se encontraban ante una organización internacional de características muy peculiares, pero, a pesar de ello, los Tratados fundacionales no podían ser considerados una constitución. Con este panorama, «el Tribunal trató de constitucionalizar el Tratado [de la CEE], es decir, formar un sistema constitucional para una estructura de tipo federal en Europa»¹⁶⁵. Entonces, el autor diferencia varias etapas en el camino de la constitucionalización de la Unión: el primero fue la proclamación del principio de efecto directo o aplicabilidad inmediata del Derecho de la Comunidad; el segundo consistió en el establecimiento del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el interno; el tercer paso lo constituyó el principio de preclusión (*preemption*), de amplia repercusión en el reparto competencial

¹⁶² SCHWARZE, J., «Constitutional Developments in the European Community: Definition and Foundations», *Law and State*, vol. 32, 1985, pp. 106 a 112.

¹⁶³ Sobre esta concepción que bebe mucho de las teorías de «activismo judicial» importadas de EE UU, *vide* ALTER, K. y MEUNIER-AITSAHALIA, S., «Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision», *Comparative Political Studies*, vol. 26, 1994, pp. 535 a 561, especialmente, pp. 397 a 423; ALTER, K., *The Making of a Rule of Law: The European Court and the National Judiciaries*, Department of Political Sciences, Ph.D. dissertation, MIT, Massachusetts, 1996 y ALTER, K., «Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration», en SLAUGHTER, A.M., STONE SWEET, A. y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, pp. 227 a 252.

¹⁶⁴ CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁶⁵ MANCINI, G. F., «The Making of a Constitution for Europe», *Common Market Law Review*, vol. 26, 1989, pp. 595 a 614, la cita aparece en la p. 596.

entre los estados y la Comunidad y que complementó al de primacía; y el cuarto paso fue el referido a la creación de un sistema de control de la adecuación de las normas estatales a las disposiciones de los Tratados¹⁶⁶.

En otro orden de cosas, pero en la línea argumental de las tesis expuestas, el profesor BIEBER defendía la existencia de una constitución en la Unión. Para ello separaba los conceptos de constitución y de Estado, aduciendo que éste no es la única forma de organización política, social y económica de los hombres en un determinado territorio y añade que la falta de una referencia expresa al Estado en los Tratados significa que la Comunidad debe encontrar su propia estructura para ejercer su autoridad¹⁶⁷.

Otros autores también hablan la Constitución europea a pesar de que no exista un documento calificado como tal, pero sí una normas según las cuales sería posible «tener constitución» sin «tener una constitución». Así, HÄBERLE, opina que «Europa vive ya [en 2004] bajo un conjunto de constituciones parciales escritas y no escritas»¹⁶⁸. PERNICE, por su parte propuso el término de *Verfassungsverbund* («confederación constitucional») y, recientemente, ha afirmado que «la Unión Europea dispone ya de una constitución en sentido amplio, si bien separándola del concepto de Estado»¹⁶⁹.

¹⁶⁶ MANCINI, G. F., *The Making of a Constitution for Europe*, op. cit., pp. 595 a 604.

¹⁶⁷ BIEBER, R., «Verfassungsentwicklung und Verfassungsgebung in der Europäischen Gemeinschaft», en WILDENMANN, R., *Staatswerdung Europas?: Optionen für eine Europäische Union*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1991, pp. 393 a 414.

¹⁶⁸ HÄBERLE, P., «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004, p. 12. Es más, el autor germano añade «en mi opinión, se puede hablar de una “comunidad constitucional” sui generis. Los actuales Tratados son constituciones parciales o tratados constitucionales sectoriales. Revelan típicos temas y funciones constitucionales y sustraen ámbitos clásicos a las constituciones nacionales, de tal manera que éstas en algunos aspectos se convierten, a su vez, en constituciones parciales en el contexto de la Unión (por ejemplo “Schengen” aleja las “fronteras estatales” de la teoría tradicional de los elementos del Estado: las naciones participantes son ya interior: “naciones amigas”). El concepto de “Derecho constitucional común europeo” propuesto por mí en 1991, con todos sus principios jurídicos, desarrollados en parte pretorialmente en la jurisprudencia del TJCE, en parte formulados textualmente en el CEDH, es “constitutional european law in public action”, un “aglutinante” constitucional que tiene efectos a lo largo de Europa y que debemos ganar para un Derecho comparado cualificado», p. 13.

¹⁶⁹ El concepto de *Verfassungsverbund* aparece en la dilatada obra de PERNICE, aunque el término que ha hecho fortuna ha sido su traducción al inglés, *multilevel constitutionalism*, por ejemplo, en PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitutionmaking revisited?», *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, 703 a 750, especialmente, vide p. 707, donde emplea el término en alemán. Sobre la existencia de una Constitución europea en «sentido amplio», vide PERNICE, I., *Fundements du droit constitutionnel européen*, op. cit., p. 8 y 22 a 27.

Igualmente, el profesor CONSTANTINESCO ha escrito muy recientemente que «en el actual estadio cabe estimar, sin forzar la realidad, que los tratados que instituyen la Unión y la Comunidad, junto con los actos sucesivos que revisan tales tratados, las constituciones nacionales (...) y las interacciones de éstas con los tratados comunitarios, sin olvidar las obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos, forman a escala europea una verdadera *red constitucional europea compuesta de diversos niveles normativos* (...) abiertos a las interpretaciones de una pluralidad de jueces nacionales y europeos»¹⁷⁰.

Por tanto, el hecho de que la constitución, al igual que en el caso del Reino Unido, no esté plasmada y codificada ordenadamente en un único documento es la clave para entender la posible existencia de una constitución Europea¹⁷¹. Algún autor (francés) ha hablado de la existencia de un bloque de constitucionalidad, que él entiende a la manera francesa, es decir, un conjunto de normas, principios y resoluciones jurisprudenciales que formarían la *Grundnorm* del sistema de la Unión¹⁷².

2. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

En el momento actual, el proceso de ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa se encuentra, al menos para algunos países, en suspenso. Ello, unido a las declaraciones de muchos líderes en el sentido de que es necesario renegociar el Tratado, hacen muy difícil, si no imposible, saber si el también llamado Tratado Constitucional entrará algún día en vigor y, si lo hace, si sus disposiciones serán las mismas que las del texto sometido a referéndum, por ejemplo, en España¹⁷³.

No obstante, dada la volatilidad de las opiniones y los tiempos en el entramado comunitario, parece interesante analizar, si quiere someramente, si la Unión Europea tendría una constitución con la eventual entrada en vigor del Tratado Constitucional.

¹⁷⁰ CONSTANTINESCO, V., «El proyecto de tratado que establece una constitución de la Unión Europea, entre el derecho internacional y el derecho constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 15, 2005, p. 75.

¹⁷¹ En idéntico sentido, *vide* CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 269; TEMPLE LANG, J., «The Development of European Community Constitutional Law», *The International Lawyer*, vol. 25, 1991, pp. 455 a 470; WEATHERILL, S., *Law and Integration in the European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, especialmente, pp. 184 a 187.

¹⁷² Así, *vide* GERKRATH, J., *L'urgence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, especialmente, pp. 349 a 351.

¹⁷³ Como ejemplo de las declaraciones de algún líder europeo, *vide* LANGELLIER, J-P., «Tony Blair invite les Européens à réfléchir au non français», *Le Monde*, 01.06.2005.

Ciertamente, comenzando por su título mismo («Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa»), éste evoca simultáneamente las tensiones habidas (Tratado o constitución) y la solución finalmente adoptada. Así es, como se ha visto, un Tratado simplemente rige las relaciones en una organización internacional, mientras que una constitución supone un paso más, en el sentido de introducir un elemento nuevo, el de una comunidad política a la que está organizando¹⁷⁴. En realidad, esta fórmula expresa bien la originalidad de la empresa de la reforma. Así, el Tratado sería el vector que soporta a la constitución¹⁷⁵. Por tanto, se trataría, de un lado, de establecer con mayor claridad la estructura jurídica fundamental para los ciudadanos europeos (que es a lo que tiende siempre una constitución); por otro, la entrada en vigor de esta constitución depende de la voluntad unánime de los Estados concernidos, que se expresará en un tratado internacional. Una vez el Tratado esté concluido, «desaparece para dejar lugar al orden constitucional que implanta»¹⁷⁶.

Pero la cuestión de base sería, ¿instaura realmente el Tratado una constitución? Dejando de un lado la problemática sobre la existencia o no de un *demos* europeo, la posibilidad de una nación europea o que el sistema institucional sea idéntico al de los Estados, es posible, al menos, desgranar los elementos esenciales a toda constitución reunidos en el Tratado Constitucional.

Una constitución debe, en primer lugar, organizar el poder en una Comunidad política. De este modo, el Tratado Constitucional contiene, en el plano horizontal, el establecimiento de órganos y la descripción de las relaciones entre ellos; y, en el plano vertical, dispone una descripción precisa de las competencias atribuidas a la Unión.

Otro punto fundamental es la posición jerárquica de la constitución respecto del Derecho de los Estados miembros. En este sentido, el ar-

¹⁷⁴ Por todos, *vide* DONY, M. et BRIBOSIA, E., «De Rome à Rome: du traité à la Constitution?», *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Ed. ULB, Bruxelles, 2005, p. 440.

¹⁷⁵ Así, JACQUE, J.P., «Les principes constitutionnels fondamentaux dans le Projet de Traité établissant la Constitution Européenne», en ROSSI, L. S., *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne: le projet de Traité Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 50; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «Le projet de Constitution: une avancée pour l'Europe», *Regards sur l'actualité*, vol. 294, 2003, p. 12. En el mismo sentido, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «¿Tratado o constitución? El valor de la constitución Europea», en ALVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S., *Comentarios a la constitución Europea. Vol I. La Unión Europea, el derecho de la Unión, competencias de la Unión, las instituciones*, Tirant, Valencia, 2004, p. 69, cuando concluye «la idea de constitución hace referencia mas a un contenido que a un continente».

¹⁷⁶ *Vide* DONY, M. et BRIBOSIA, E., «De Rome à Rome: du traité à la Constitution?», *op. cit.*, p. 440.

título I-6 es determinante al declarar que «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros»¹⁷⁷.

Siguiendo el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, toda constitución debe contener un sistema de garantías de los derechos y obligaciones de las personas que componen la comunidad¹⁷⁸. En este sentido, hay que añadir que la constitucionalización de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, lejos de ser un acto aislado, constituye un paso fundamental en la constitucionalización de la Unión¹⁷⁹. Es más, en el artículo I-9.2, el Tratado Constitucional prevé, incluso, la posibilidad de que la Unión ratifique la Convención Europea de los Derechos del Hombre¹⁸⁰.

Además, la constitución debe establecer una conexión entre la organización institucional y las personas que la componen. Aquí se llega a un punto ampliamente criticado por la doctrina, cual es el de la ausencia de legitimidad democrática de la Unión. En tanto que pacto social rusioniano, parecería fuera de toda discusión la necesidad de una

¹⁷⁷ No es este el lugar de entrar a analizar el alcance de tan importante disposición, baste recordar, sobre el significado de esta disposición que, por su rotundidad, desborda lo meramente jurídico, la «Declaración sobre el artículo I-6», que dispone «La Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia». Para un comentario doctrinal, *vide* PÉREZ TREMPES, P., «La constitución Española ante la constitución Europea», en ALBERTÍ ROVIRA, E., ROIG MOLÉS, E., *El Proyecto de nueva constitución Europea*, Tirant Monografías 314, Valencia, 2004, pp. 485 a 526; y REESTMAN, J. H., «Primacy of Union Law», *European Constitutional Law Review*, vol. 1, 2005, pp. 104 a 107. Ambos autores hablan del artículo I-10 del Proyecto de constitución, que tras la reenumeración operada a resultas de las modificaciones introducidas en la Conferencia Intergubernamental, pasó a ser el I-6.

¹⁷⁸ MANZELLA, A., «La Constitution Européenne: une véritable Constitution?», en ROSSI, L.S., *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne: le projet de Traité-Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 63 a 76.

¹⁷⁹ LEBAUT-FERRARESE, B. et KARPENSCHIF, M., «La «constitutionnalisation» de la Charte: un acte fondamental pour l'Union européenne», en PHILIP, C. et SOLDATOS, P., *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 125 a 162.

¹⁸⁰ Recuérdese sumariamente que la posibilidad de que las Comunidades se adhiriesen a la Convención fue descartada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rec. 1996, I-1759). Sobre la adhesión de la UE, tras la constitución Europea, a la Convención, *vide* MANIN, P., «L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales», en ROSSI, L.S., *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne: le projet de Traité-Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 247 a 264.

convención elegida directamente por la ciudadanía de la comunidad que elaborase un texto sometido posteriormente al electorado (*vide supra*). JACQUE, por su parte, considera que dado que la Unión no es un Estado, sino un pacto de asociación entre pueblos que conservan su propia identidad, es lógico que la aprobación de la constitución se haga en cada Estado siguiendo sus propios procedimientos¹⁸¹. No obstante, esta cuestión conduce todo análisis prospectivo de la UE a la ineludibilidad de plantearse la necesidad de un espacio público europeo para cubrir la legitimidad de la Unión. En este sentido, la Constitución europea aporta su grano de arena. Por ejemplo, el artículo I-1 menciona los ciudadanos antes que los Estados. Por otra parte, la incorporación plena y efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea supone no sólo un plus de protección al individuo sino que, además, los derechos allí recogidos se proyectan en la escena política¹⁸². Esto viene a significar que representan, efectiva-

¹⁸¹ JACQUE, J. P., *Les principes constitutionnels fondamentaux dans le Projet de Traité établissant la Constitution Européenne*, *op. cit.*, p. 52, así, escribe el jurisperito «le réflexe stato-centrique ne doit pas conduire à exiger que la Constitution d'un ensemble fédéral soit adoptée selon des procédures qui conviennent aux Etats-nations».

¹⁸² La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue «proclamada solemnemente» por el Consejo, el Parlamento y la Comisión Europea en Niza, el 7 de diciembre de 2000. El texto de la Carta está publicado en el DOCE C 364/1, de 18.12.2000. Sobre la eficacia real de la Carta, *vide* MATIA PORTILLA, F. J., «La eficacia de la Carta de Niza», en *La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 123 a 167, donde se dice, por un lado, que «algunas disposiciones constitucionales pueden dotar de cierta significación jurídica, de índole interpretativa, a sus disposiciones. Esto ocurre, claramente, con el artículo 10.2 CE, que consagra a los tratados y acuerdos internacionales relacionados con los derechos humanos como fuente interpretativa para delimitar el contenido y alcance e los derechos constitucionales», p. 140. A renglón seguido, concluye el autor que «para que ésta despliegue efectos jurídicos (...) no es necesario» que quede integrada formalmente en los Tratados. Así, citando una fuente de la Comisión, sentencia que «se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho comunitario», p. 142. Aunque, inicialmente, el TJCE no siguió estos derroteros, los abogados generales, desde muy pronto, ya lo intentaron, así, *vide* las Conclusiones Generales de J. MISCHO (20.09.2001, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd et alii v. The Scottish Ministres*, puntos 125 y siguientes, y el 22.02.2001, asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P,D y Reino de Suecia contra Consejo de la Unión Europea, punto 97), C. STIX-HACKL (13.09.2001, asunto C-459/99, *Mouvement contre le racisme vs. l'Etat belge*, punto 64, y en la misma fecha, asunto C-60/00, *Mary Carpenter vs. Secretary of State for Home Department*) y F. G. JACOBS (14.06.2001, asunto C-377/98, *Reino de los Países Bajos vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, puntos 197 y 210; 22.03.2001, asunto C-270/99P, *Z. vs. Parlamento Europeo*, punto 40), todos ellos citados por el autor, p. 141, nota 56. Recientemente, por ejemplo, puede verse como el Tribunal de Primera Instancia, por ejemplo, ha aceptado la definición de un derecho tal y como está redactada en la Carta y refiriéndose a dicho documento

mente, juicios comunes en materia de valores de una sociedad plenamente transnacional¹⁸³.

Un punto importante y que, probablemente, es uno de los más débiles de la Constitución europea es su modo de revisión. Los Estados miembros, colectivamente, siguen siendo los «señores de los Tratados», ya que se exige la unanimidad para la revisión. Según algunos autores, en la medida en que se necesita unanimidad y no una cierta mayoría cualificada, se estaría ante un Tratado y no ante una constitución¹⁸⁴. En este sentido, el vice-presidente de la Convención que redactó la constitución europea, G. AMATO, sentenció «E un maschio», lamentando la falta de audacia de la Convención en este punto¹⁸⁵.

Por consiguiente, al menos, sería posible concluir que la constitución europea es un proyecto híbrido, que sería fruto de un compromiso entre visiones opuestas y muchas veces enfrentadas sobre la construcción europea. Sin contar los intereses nacionales y los defensores de una mayor actuación de las instituciones de la Unión, la Convención fue campo de batalla de distintos proyectos para el futuro de Europa¹⁸⁶.

como un texto de indudable repercusión jurídica. Así, *vide* STPI 13.07.2005, caso T-242/02, *The Sunrider Corp. v. OAMI*, § 51.

¹⁸³ MAGNETTE, P., *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de sciences-politiques, Paris, 2003, p. 234.

¹⁸⁴ En la doctrina española, por ejemplo, ha constatado este particular, GARCÍA GESTOSO, N., «Una prueba del carácter confederal de la Unión Europea: el mantenimiento de la unanimidad Estatal en el proceso de revisión del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2005, pp. 342 a 344 (el artículo está también publicado, con algunas modificaciones, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005, pp. 111 a 156).

¹⁸⁵ «Es un niño», que quiere decir «es un Tratado» (también masculino), por oposición a «una niña», que sería una constitución. Esta frase se encuentra citada, por ejemplo, en DONY, M. et BRIBOSIA, E., *De Rome à Rome: du traité à la Constitution?*, *op. cit.*, p. 443.

¹⁸⁶ *Vide* ZILLER, J., *La nouvelle Constitution européenne*, La Découverte, Paris, 2004, p. 25, quien identifica cuatro: el proyecto federalista, el proyecto funcionalista, el proyecto intergubernamental y el proyecto soberanista, que se opone a los tres primeros.

ARBITRAJE Y DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA: VIEJOS PROBLEMAS Y NUEVOS DILEMAS*

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Juliana Rodríguez Rodrigo

Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Consideraciones introductorias. 2. Arbitrabilidad de las controversias concurrenciales. A) El desmoronamiento del planteamiento clásico en los ordenamientos jurídicos nacionales. B) Práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria en la «era del Reglamento n.º 17». C) Perspectiva actual (del Reglamento n.º 17 al Reglamento 1/2003). 3. Aplicación del Derecho de la competencia por los árbitros: Facultativa u obligatoria. 4. Cuestiones procedimentales. A) Recurso prejudicial. B) Procedimiento comunitario y procedimiento arbitral. C) Comunicación de las sentencias arbitrales a la Comisión. D) Recurso en caso de inaplicación del Derecho de la competencia. E) Retirada del beneficio de una exención por categorías. 5. Control del laudo arbitral en el *exequatur*.

1. Consideraciones introductorias

1. No es infrecuente en el arbitraje privado internacional que el órgano arbitral tenga que aplicar o, al menos, tomar en consideración el Derecho de la competencia y, en particular, el Derecho europeo de la competencia para resolver la controversia entre las partes que se han sometido a él¹.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación n.º SEJ2004-03257/JUR1 de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo del Ministerio de Educación y Ciencia sobre «El Derecho internacional privado en materia de sociedades y su incidencia en los procesos de integración desarrollados en Europa y América Latina».

¹ *Vid., ad ex.* sentencia CCI n.º 1.397/1966, *Clunet*, 1974, pp. 879-884, con nota de Y. DERAÏNS; sentencia CCI n.º 1.675/1969, *Clunet*, 1974, p. 895, con nota de THOMPSON; sentencia CCI n.º 1.717/1972, *Clunet*, 1974, p. 290; sentencia CCI n.º 2.811/1978, *Clunet*, 1979, pp. 983-989, con nota de Y. DERAÏNS; sentencia CCI n.º 2.886/1977, *Clunet*, 1978, p. 996; sentencia CCI n.º 2.930/1982, *Yearbook of Commercial Arbitration*, VII, 1982, p. 105;

2. Los estudios sobre las relaciones entre el arbitraje privado internacional y el Derecho comunitario han puesto habitualmente de relieve, apoyándose en particular en los originarios arts. 181, 182 y 220 del Tratado de Roma (actuales arts. 238, 239 y 293 TCE), que la Comunidad Europea surgió con una disposición favorable a dicho medio de arreglo de controversias, aunque, durante las décadas que siguieron a su nacimiento, la Comunidad no articulase de forma adecuada esa predisposición propicia al mismo².

sentencia CCI n.º 3.880/1982, *Clunet*, 1983, p. 897; sentencia CCI n.º 4.132/1983, *Yearbook of Commercial Arbitration*, X, 1985, pp. 49-52 y *Clunet*, 1983, pp. 891-893, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI n.º 4.237/1984, *Yearbook of Commercial Arbitration*, X, 1985, p. 52; sentencia CCI n.º 4.604/1984, *Clunet*, 1985, pp. 973-981, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI n.º 4.996/1985, *Clunet*, 1986, pp. 1.131-1.136, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI n.º 5.103/1988, *Clunet*, 1988, pp. 1.207-1.215, con nota de AGUILAR ALVAREZ; sentencia CCI n.º 5.118/1986, *Clunet*, 1987, pp. 1.027-1.029, con nota de S. JARVIN; sentencia CCI n.º 6.106/1991, *Bull. ICC*, n.º 2/1994, pp. 44-50; sentencia CCI n.º 6.142/1990, *Clunet*, 1990, pp. 1.039-1.046; sentencia CCI n.º 6.149/1990, *Yearbook of Commercial Arbitration*, XX, 1995, pp. 41-57; sentencia CCI n.º 6.283/1990, *Yearbook of Commercial Arbitration*, XVII, 1992, pp. 178-185; sentencia CCI n.º 6.294/1991, *Clunet*, 1991, pp. 1.050-1.054; sentencia CCI n.º 6.320/1992, *Clunet*, 1995, pp. 986-983, con nota de D. HASCHER y *Yearbook of Commercial Arbitration*, XX, 1995, pp. 63-109; sentencia CCI n.º 6.475/1994, *Bull. ICC*, n.º 1/1995, pp. 51-53; sentencia CCI n.º 6.503/1990, *Clunet*, 1995, pp. 1.022-1.031, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI n.º 6.614/1991, *Bull. ICC*, n.º 1/1995, pp. 53-54; sentencia CCI n.º 6.709/1992, *Bull. ICC*, n.º 2/1994, pp. 50-51; sentencia CCI n.º 6.719/1994, *Clunet*, 1994, pp. 1.071-1.081; sentencia CCI n.º 6.773/1992, *Bull. ICC*, n.º 1/1995, pp. 66-70; sentencia CCI n.º 6.932/1992, *Clunet*, 1994, pp. 1.065-1.071, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI n.º 7.154/1993, *Clunet*, 1994, pp. 1.059-1.064, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI n.º 7.181/1992, *Bull. ICC*, n.º 1/1995, pp. 55-56 y *Yearbook of Commercial Arbitration*, XXI, 1996, pp. 99-112; sentencia CCI n.º 7.319/1992, *Bull. ICI*, n.º 2/1994, pp. 56-59; sentencia CCI n.º 7.539/1995, *Clunet*, 1996, pp. 1.030-1.037, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI n.º 7.673/1993, *Bull. ICI*, n.º 1/1995, pp. 56-59; sentencia CCI n.º 8.626/1996, *Clunet*, 1999, pp. 1.073-1.079, con nota de J.-J. ARNÁLDEZ; sentencia CCI n.º 8.423/1998, *Clunet*, 4, 2002, pp. 1.079-1.085, con nota de J.-J. ARNÁLDEZ.

² P. BONASSIES, «Arbitrage et droit communautaire», en *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulois*, Paris, 1991, pp. 21 ss.; J.-J. BURST, «L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes», *Rev. arb.*, 1979, pp. 105 ss.; L. GOFFIN, «L'arbitrage et le droit européen», *Rev.int.dr.comp.*, 67, 1990, pp. 315-338; P.L. HETSCH, «L'arbitrage en droit communautaire», *Bull. CIA*, CCI, vol. 6, n.º 2, nov. 1995, pp. 46-58; L. IDOT, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev.dr.aff.int.*, 1996, pp. 561-591; R. KOVAR, «La participation de la Communauté aux conventions internationales», *AFDI*, 1975, pp. 903 ss.; A. MC CLELLAN, «Le rôle de l'arbitrage commercial et le droit communautaire dans la perspective de 1992», *Revue de droit international et de droit comparé*, 67, 1990, pp. 301-314; X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, pp. 349-403; J. ROBERT, «De la place de l'arbitrage dans le jeu des Traités instituant les communautés européennes», *Rev. arb.*, 1964, pp. 111 ss. y *Rev. arb.*, 1965, pp. 3 ss.; ID., «Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire», *Rev. arb.*, 1966, pp. 23 ss.; C.M. SCHMITTHOFF, «Arbitration and EEC Law», *C.M.L.Rev.*, 24, 1987, pp. 143-157. Recientemente

3. Resulta difícil no compartir las anteriores afirmaciones. Pero si, en vez de examinar las relaciones entre el arbitraje y el Derecho comunitario en general, se exploran las relaciones entre el arbitraje y el Derecho europeo de la competencia, la verdad es más compleja, más sutil, más interesante.

4. Por lo pronto, cabe distinguir dos supuestos. Según el primero de ellos, un árbitro puede verse en la tesitura de tener que aplicar Derecho comunitario —en especial, sus normas sobre libre competencia (arts. 81 y 82 TCE y el Derecho derivado)— en el curso de un procedimiento arbitral entre dos empresas. Conforme al segundo supuesto, menos frecuente que el anterior, se puede pretender que una institución comunitaria actúe como árbitro para dirimir una determinada diferencia entre las partes de un litigio o puede ocurrir que sea la propia Comunidad la que intervenga como parte en un procedimiento arbitral³. En esta exposición, únicamente nos ocuparemos del primero de ambos supuestos, que es el más habitual.

5. El estudio de la aplicación de las normas comunitarias de competencia por parte de los órganos arbitrales pasa por considerar, sucesivamente, el problema de la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho de la competencia (= si los árbitros poseen competencia para ello), el carácter imperativo o facultativo de dicha aplicación (= si son libres para aplicarlo o, por el contrario, están obligados a ello), las cuestiones procedimentales (= si poseen los mismos medios que las autoridades estatales encargadas en los Estados miembros de la aplicación de las normas de Derecho antitrust) y, por último, el control del laudo arbitral en el *exequatur* (= si una eventual inaplicación del Derecho de la competencia acarrea la ineficacia extraterritorial de la sentencia arbitral).

2. Arbitrabilidad de las controversias concurrenciales

6. Conviene, pues, que expliquemos, en primer lugar, qué se entiende por *arbitrabilidad*.

Técnicamente, desde un punto de vista subjetivo, la arbitrabilidad no es otra cosa que el derecho de las partes de someter una controver-

te, *ad ex.*, M. GÓMEZ JENE, «Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenmarkt», *IPRax*, 2/2005, pp. 84-93.

³ *Ad ex.*, STJCE de 17 de marzo de 2005, *Comisión/AMI Semiconductor Belgium BVBA y otros*, C-294/02: Cláusula compromisoria - Designación del Tribunal de Primera Instancia.

sia a un órgano arbitral (= la arbitrabilidad como un derecho subjetivo de los sujetos jurídicos)⁴ o, si se prefiere, desde un punto de vista objetivo, la posibilidad de plantear, para su resolución, un asunto jurídico a un tercero imparcial libremente designado por las partes en vez de a un órgano judicial establecido por el Estado (= la arbitrabilidad como facultad de un tribunal arbitral para conocer y resolver una diferencia)⁵. Se trata, en todo caso, del anverso y reverso de un mismo fenómeno jurídico: la atribución con plena efectividad del arreglo de diferencias a una instancia vinculante para las partes y alternativa a la administración estatal de justicia.

A) *El desmoronamiento del planteamiento clásico en los ordenamientos jurídicos nacionales*

7. El estudio del Derecho comparado pone de relieve que, de ordinario, el arbitraje sólo es posible si se trata de cuestiones o litigios de carácter patrimonial (*caractère patrimonial du litige, claims of economic or financial interest*), en los que hay *libre disponibilidad de los derechos (libre disponibilité des droits, freely disposable claims)* o de asuntos que no están regidos por *normas de orden público (a mandatory statutory provision)* o que no son competencia exclusiva de las autoridades estatales (*competence exclusive des autorités étatiques*)⁶. Cualquiera de estos criterios es lo suficientemente amplio para necesitar que los respectivos tribunales nacionales tengan que concretar, caso por caso, de qué tipo de diferencias se debe tratar para que sean arbitrables.

8. Ahora bien, peor, incluso, que la insatisfacción conceptual o inseguridad jurídica que pueda generar cualquiera de las tres fórmulas mencionadas, es el hecho, también demostrable por el Derecho comparado, de que subsisten grandes diferencias entre los ordenamientos jurídicos tanto desde la perspectiva del Derecho material (= si una concreta cuestión es arbitrable o no) como desde la perspectiva del Derecho

⁴ En este sentido, *ad ex.*, J.D.M. LEW/L.A. MISTELIS/S.M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, p. 187.

⁵ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Paris, 2001, p. 26; A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, 1988, p. 37; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, Rec.Cours, 2002, t. 296, pp. 40 y 42-43; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, p. 25.

⁶ *Vid.*, *ad ex.*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 101-114 y 119-123; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, pp. 107-115; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 27-149.

conflictual (= la determinación de la ley aplicable a la cuestión de la arbitrabilidad objetiva)⁷.

9. Por otra parte, el problema de la arbitrabilidad del litigio —como ha subrayado, entre otros, B. HANOTIAU— puede plantearse en cuatro distintos momentos procesales: Ante el tribunal arbitral al que se pretende someter la contienda entre las partes, ante un tribunal estatal al que se le pide que resuelva si la oposición de la parte demandada basada en la no arbitrabilidad del litigio se ajusta a Derecho, ante el órgano judicial nacional al que se le solicita la anulación de un laudo arbitral dictado en dicho asunto, carente de arbitrabilidad según el ordenamiento competente declarado aplicable por dicho tribunal estatal, o, finalmente, ante el tribunal estatal que, bien a instancia de parte o bien de oficio, debe verificar si un laudo arbitral extranjero reúne los presupuestos necesarios para obtener su reconocimiento y ejecución⁸.

10. Se consideró generalmente que los tribunales arbitrales no podían pronunciarse sobre la ilicitud de un comportamiento respecto del

⁷ La determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva suscita dos cuestiones: quién puede plantearla (si sólo la parte o, ante el silencio de ésta, puede suscitarse por el árbitro *de oficio*) y cuál es el ordenamiento jurídico que la rige. Esta última cuestión puede depender de que se plantee ante el tribunal arbitral o ante un tribunal estatal al que se le ha sometido esta cuestión, bien de modo concurrente o en el marco de una acción de anulación del laudo arbitral o de obtención del *exequatur*. Se acostumbra a oponer la ley rectora del convenio arbitral a la ley de la sede del arbitraje o, incluso, a leyes de policía extranjeras, en particular del lugar de ejecución de la sentencia arbitral. Sobre el Derecho aplicable a la arbitrabilidad objetiva, *vid., ad ex.*, B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, pp. 62-93; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 151-178; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 2002, pp. 69-145.

Con motivo de la pretendida nulidad de un contrato de licencia de marcas, la sentencia CCI n.º 4.604/1984, *Clunet*, 1985, pp. 973-981, con nota de Y. DERAIS, reveló un caso de *false conflict*. Se trataba de un tribunal arbitral con sede en Suiza, al que el demandado invocó que la diferencia era inarbitrable en virtud del Derecho italiano, tanto si se tomaba en consideración el art. 85 (actual art. 81) del Tratado de Roma como si los que se apreciaban eran los arts. 1.379 y 2.596 del Código Civil italiano. El tribunal no sólo consideró que el litigio era arbitrable conforme al Derecho de la sede del tribunal arbitral, sino que, además, advirtió que, a diferencia de lo sostenido por una de las partes, el Derecho italiano no se oponía a la solución por vía arbitral de aquella controversia. Este último ordenamiento jurídico, en dicho caso, no tenía más título de aplicación que el de ser una ley de policía extranjera y, en particular, la ley del probable lugar de ejecución de una eventual sentencia de condena.

⁸ AA.VV., *Competition and Arbitration Law*, Institut de la CCI, Paris, 1992; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, p. 44; G. VAN HECKE, «Arbitrage et restrictions de la concurrence», *Rev. arb.*, 1973, pp. 143-153; ID., «Arbitrage et règles de concurrence», *Rev. arb.*, 1978, pp. 191-195.

Derecho de la competencia; porque —se señalaba— estas normas tienen el carácter de normas imperativas o de orden público tanto en la UE como en los Estados miembros⁹. «El Derecho de la competencia —se ha señalado— es una disciplina híbrida que toma prestadas sus características del Derecho civil, del Derecho penal y del Derecho administrativo y que, a menudo, recurre [...] a una autoridad especializada para sancionar los comportamientos anticompetitivos. El fin del Derecho de la competencia es preservar la competencia en una economía de mercado. Es por lo que, en Derecho de la competencia, el orden público tiene por función limitar la libertad de los agentes económicos con objeto de mantener una competencia sana y efectiva»¹⁰.

Incluso en los Estados Unidos, la jurisprudencia se inclinó por la no arbitrabilidad de las acciones basada en el Derecho *antitrust*, apoyándose en el efecto de los comportamientos colusorios sobre los terceros y sobre la economía en su conjunto, la complejidad de este tipo de litigios o una mejor posibilidad de protección de la parte más débil o de reunir en un proceso los elementos de prueba necesarios para acreditar este tipo de infracciones¹¹. Según un célebre *dictum* del Tribunal de apelación del segundo circuito en *American Safety Equipment Corp. v. McGuire & Co.* (1968), se argumentaba que: «Una demanda en materia de leyes *antitrust* no es únicamente un asunto privado. La Sherman Act está instaurada para promover el interés nacional en una economía competitiva; de tal manera que la parte que invoca sus derechos en función de la Act es equiparada al Attorney general que protege el interés público. Las violaciones del Derecho *antitrust* pueden afectar a centenas de miles, quizás millones de personas e infligir un asombroso daño económico. No pensamos que haya estado en las intenciones del Congreso que tales demandas sean resueltas además únicamente ante los tribunales»¹².

Se trataría, en definitiva, de una cuestión de *arbitrabilidad de la diferencia*. Un laudo arbitral no tendría, por consiguiente, ningún valor legal y no podría ser ejecutado.

⁹ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 16-17 y 32-45; B. GOLDMAN/A. LYON-CAEN/L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5.^a ed., Paris, 1994, p. 612; X. DE MELLO, «Arbitrage et ordre public national découlant des règles de la concurrence», *Rev. arb.*, 1979, pp. 101 ss.; J.-H. MOITRY, «Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la *lex mercatoria*?», *Rev. arb.*, 1989, pp. 3-36; A. RIGOZZI, «Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence», *Bull. ASA*, 1999, pp. 455-487.

¹⁰ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, p. 98.

¹¹ *American Safety v. McGuire*, 391 F.2d 821 (1968).

¹² *American Safety v. McGuire*, 391 F.2d 821, 826 (1968). *Vid., ad ex.*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 47-55 y 143-169.

11. Las partes, sin embargo, suelen acudir a un órgano arbitral en materias —*ad ex.*, contratos de distribución comercial— sometidas al Derecho de la competencia, ya sea con motivo de un incumplimiento contractual o para liberarse de una obligación contractual, generalmente en relaciones verticales (la denominada *Euro-Defence* o *Euro-defense Einrede*)¹³. Es, en este ámbito —el de las excepciones de nulidad o demandas reconventionales de nulidad (*ad ex.*, sentencia CCI n.º 2.811/1978, *Clunet*, 1979, pp. 983-989, con nota de Y. DERAÏNS)—, cuando un árbitro, a título incidental, podría verse obligado a tener en cuenta el Derecho comunitario de la competencia¹⁴.

¹³ Vid. J.R. ALLISON, «Arbitration Agreements and Antitrust Claims: The Need for Enhanced Accommodation of Conflicting Public Policies», *North Carolina Law Review*, 64, 1986, pp. 219-276, con cr. pp. 239 y 258; D.I. BAKER/M.R. STABILE, «Arbitration and Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel», *Bus.Lawyer*, 48, 1993, pp. 395-436, con cr. p. 414; J. BEECHY, «Arbitrability of Antitrust/Competition Law Issues – Common Law», *Arbitration International*, 12, 1996, pp. 179-189, con cr. pp. 179-180; D. GIRSBERGER/U. WEBER-STECHER, «Die Einrede der Wettbewerbswidrigkeit vor schweizerischen Schiedsgerichten», en *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch*, Zürich, 1999, p. 683; M.R. LEE, «Antitrust and Commercial Arbitration: An Economic Analysis», *St. John's Law Review*, 62, 1987, pp. 1-44, con cr. p. 24; R.B. VON MEHREN, «From *Vynior's Case* to *Mitsubishi*: The Future of Arbitration and Public Law», *Brooklyn Journal of International Law*, 12, 1986, pp. 583-628, con cr. p. 617; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, p. 202.

En litigios de naturaleza extracontractual, las partes no suelen acudir al arbitraje; es lo normal que las demandas extracontractuales se planteen ante órganos jurisdiccionales (vid. L. IDOT, «Arbitration and the Reform of Regulation 17/62», en C.-D. EHLERMANN/I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual: 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, 2003, pp. 309-310). En todo caso, se considera que el Derecho de la competencia desleal puede interpretarse como una cuestión particular de responsabilidad civil y es, por consiguiente, susceptible de ser resuelto mediante el recurso al arbitraje. Vid., *ad ex.*, en este sentido, L. IDOT, «Rapport introductif», en Institute of International Business Law and Practice, *Competition and Arbitration Law*, Paris, 1993, pp. 11-38, con cr. p. 13; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 55 y 98-99; CL. REYMOND, «Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international», *TCFDIP*, 1988-89, pp. 97 ss., con cr. pp. 101-102.

¹⁴ S. BASTIANON, «L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario», *Il Foro italiano*, 124, 11, 1999, IV, 471-483; C. BAUDENBACHER/A.K. SCHNYDER, *Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizer Schiedsgerichte*, Basel, 1996; H.G. GHARAVI, «The Proper Scope of Arbitration in European Community Competition Law», *The Tulane European and Civil Law Forum*, 11, Winter 1996, pp. 185-205; B. GOLDMAN, «L'arbitrage international et le droit de la concurrence», *Bull. Assoc. suisse d'arbitrage*, 1989, pp. 260 ss.; D. HAHN, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, Genève, 1983; C. KAPLAN, «L'arbitrabilité des litiges commerciaux en matière de droit de la concurrence», *DPCI*, 1988, n.º 3, pp. 403-426; R. KOVAR, «Droit communautaire de la concurrence et arbitrage», en *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris,

12. Históricamente, la evolución de la arbitrabilidad ha sido favorable, a lo largo del siglo XX, al arbitraje (el denominado *favor arbitrandum*)¹⁵. Hasta mediados de los años 80, sin embargo, la tesis de la no arbitrabilidad de las diferencias relativas a cuestiones de competencia no se mostró en franca retirada¹⁶.

Cabe recordar, en este sentido, que ya el Prof. B. GOLDMAN consideró que los litigios en los que se tenga que aplicar el Derecho comunitario de la competencia deberían poder ser sometidos a arbitraje internacional, sin que deba distinguirse entre la demanda que tiene por objeto la nulidad de un contrato por incompatibilidad con las reglas de competencia y la excepción o defensa contra la ejecución de un contrato basada en la misma, distinción «no justificada por ninguna razón lógica pues, en un caso como en otro, el árbitro está llamado a “inmiscuirse” en el orden público económico de la legislación aplicable»¹⁷.

13. Efectivamente, dejando a un lado el tema —tan complejo— de las concentraciones de empresas, que, en la práctica administrativa y judicial, goza de una cierta autonomía dentro del Derecho de la competencia, la interpretación defendida por el Prof. B. GOLDMAN se impuso tanto en las legislaciones estatales como en la práctica arbitral internacional:

14. a) En algunos ordenamientos jurídicos (Derecho suizo y alemán), se admitió la arbitrabilidad de las diferencias que conciernen al Derecho de la competencia, siempre que las partes se reserven el derecho a recurrir al juez estatal, una vez que haya surgido la controversia (*recurso opcional al juez*)¹⁸.

1982, pp. 109-124; P.J. SLOT, «The Enforcement of EC Competition Law in Arbitral Proceedings», *Leg. Iss. Eur. Integr.*, 1996, 1, pp. 101-113; P. ZOBEL, «Art. 81 EGV im Schiedsverfahren», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15, Juli 2001, pp. 300-307.

¹⁵ *Id.*, ad ex., B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité», p. 40; D. HASCHER, «Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence – Rapport introductif», en Institute of International Business Law and Practice, *Competition and Arbitration Law*, Paris, 1993, pp. 153-165.

¹⁶ *Id.*, ad ex., B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen», *Clunet*, 1994, pp. 899-966, concr. pp. 940-951; *Id.*, «L'arbitrage et le droit européen de la concurrence», en R. BRINER/Y. DERAÏNS [et al.], *L'arbitrage et le Droit Européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 31-64; D.G. LANGE/S. WIESSNER, «Die Schiedsfähigkeit internationaler Antitrust-Streitigkeiten», *RIW*, 1995, pp. 757-765; M.R. LEE, «Antitrust and Commercial Arbitration: An Economic Analysis», *St. John's Law Review*, 62, 1987, pp. 1-44.

¹⁷ B. GOLDMAN/A. LYON-CAEN/L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5.^a ed., Paris, 1994, p. 612.

¹⁸ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 177-181 y 186-187; M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, 1990, p. 509;

15. b) La Ley federal suiza sobre cárteles de 20 de diciembre de 1985 estableció de manera expresa la arbitrabilidad de las materias de Derecho de la competencia, al igual que hizo la nueva Ley federal suiza de cárteles de 6 de octubre de 1995¹⁹. La jurisprudencia suiza ya había confirmado la arbitrabilidad de los litigios relativos al Derecho de la competencia en el asunto *Société G. v. Société V.*²⁰.

16. c) El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se inclinó en favor de la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho de la competencia, del no reconocimiento del laudo que ignore esta cuestión y de la aplicabilidad de oficio del Derecho de la competencia, incluso si es un Derecho extranjero el rector del contrato, en *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*²¹, jurisprudencia que fue extendida a los arbitrajes

W. KÜHN, «Arbitrability of Antitrust Disputes in the Federal Republic of Germany», *Arbitration International*, 1987, pp. 226-239; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 60-62 y 63-67.

¹⁹ Vid. M. BLESSING, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Basel, 1999, p. 259.

²⁰ Sentencia del Tribunal Federal suizo de 28 abril 1992, *G.S.A./V.S.p.A.*, *Rev. arb.*, 1993, p. 124, con nota de L. IDOT.

²¹ United States Supreme Court, 2 July 1985, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1986, p. 555; también en *Int'l Legal Materials*, 24, 1985, p. 1064. Vid. W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 87-96; P. BERNARDINI, «Stati Uniti: arbitrabilità di controversie in materia di legislazione antitrust», *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, pp. 109-121; TH. E. CARBONEAU, «Mitsubishi: The Folly of Quixotic-Internationalism», *Arbitration International*, 1986, pp. 116-140; ID., «The Exuberant Pathway to Quixotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 19, 1986, pp. 265-298; SH.L. CLOUD, «Mitsubishi and the Arbitrability of Antitrust Claims: Did the Supreme Court Throw the Baby Out with the Bathwater?», *Law and Policy in International Business*, 18, 1986, pp. 341-369; C. Q. CORINNE TROUNG, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 113; R.M. DONALDSON, «Mitsubishi and Antitrust Arbitration – It's All the Japanese You Need to Know», *Brigham Young University Law Review*, 1986, pp. 219-232; L.M. FERRI, «International Arbitration – Commerce – Arbitrability of Antitrust Claims Arising from International Commercial Disputes Recognized under Federal Arbitration Act – Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 105 S.Ct. 3346 (1986)», *Seton Hall L. Rev.*, 17, 1987, pp. 448-473; R.E.M. GOODMAN, «Arbitrability and Antitrust: Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth», *Columbia Journal of Transnational Law*, 23, 1984-1985, pp. 655-678; J. GRIFFIN, «U.S. Supreme Court Encourages Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws», *International Business Lawyer*, 1993, pp. 389-393; A.F. LOWENFELD, «The Mitsubishi Case: Another View», *Arbitration International*, 1986, pp. 178-190; J.P. McGRATH, «Son of Mitsubishi – Arbitration of Domestic Antitrust Disputes», *Brooklyn Journal of International Law*, 12, 1986, pp. 693-702; R.B. VON MEHREN, «From Vynior's Case to Mitsubishi: The Future of Arbitration and Public Law», *Brooklyn Journal of International Law*, 12, 1986, pp. 583-628; L. NEWTON, «Arbitration and Antitrust: A Leg Up for International Arbitration [Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 105 S.Ct. 3346 (1985)]», *Washburn L.J.*, 25, 1985-1986, pp. 536-551; PH. O'NEILL, «Recent

internos por una decisión del Tribunal federal de distrito, Distrito de Puerto Rico, de 17 de noviembre de 1989²².

17. Parece conveniente recordar el supuesto que originó la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 2 julio 1985 en el caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Mitsubishi*. El caso fue el siguiente: La sociedad suiza Chrysler Internacional S.A. (CISA) firmó un acuerdo de distribución con la sociedad puertorriqueña Soler Chrysler Plymouth Inc. (Soler) —distribuidor en Puerto Rico—, en virtud del cual Soler debía vender un número determinado de coches Mitsubishi al año en un área concreta (el territorio de Puerto Rico). Esos coches serían fabricados por Mitsubishi Motors Corporation, sociedad japonesa constituida a través de una *joint venture* entre CISA y Mitsubishi Heavy Industries. En cumplimiento del acuerdo de distribución, CISA, Soler y Mitsubishi firmaron ese mismo día un contrato que disponía la venta directa de los productos de Mitsubishi a Soler. En este contrato, había una cláusula compromisoria, en virtud de la cual las partes acordaron que,

Developments in International Commercial Arbitration: an American Perspective», *Arbitration*, 1987, pp. 177-186; K.L. PALMER, «*Mitsubishi*: The Erosion of the New York Convention and International Arbitration», *Wis. Int'l L.J.*, 1984, pp. 151-182; J. PARNASS, «International Arbitration and the Comity of Error: Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.», *Conn. L. Rev.*, 19, 1986-1987, pp. 435-466; F.R. PETTI, «Enforcement of Agreements to Arbitrate Federal Antitrust Claims in the International Arena: Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth», *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 1986, pp. 213-226; J.A. PIETROWSKI, «Enforcing International Commercial Arbitration Agreements – Post-*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*», *Am. U. L. Rev.*, 36, 1986-1987, 37, pp. 57-92; E.A. POSNER, «Arbitration and the Harmonization of International Commercial Law: A Defense of Mitsubishi», *Vanderbilt Journal of International Law*, 39, 1988-1989, pp. 647-670; M.A. RENOLD, «Arbitrage international et droit antitrust: l'arrêt Mitsubishi v. Soler de la Cour suprême des Etats-Unis», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1986, pp. 545-552; J. ROBERT, «Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt Mitsubishi contre Soler», *Rev. arb.*, 1986, pp. 173-189; R.A. ROTH, «Application of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*», *Fordham Int. L.J.*, 8, 1984-1985, pp. 194-225; L. SOPATA, «Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.: International Arbitration and Antitrust Claims», *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 7, 1985-1986, pp. 595-617; M.R. VOORHEES, «International Commercial Arbitration and the Arbitrability of Antitrust Claims: Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth», *N. Ky. L. Rev.*, 14, 1987, pp. 65-90; L.L. WALSH, «Arbitration in International Commercial Transactions: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* and its aftermath», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 13, n.º 1, 1986, pp. 200-216; M.D. WILKINSON, «Judicial Review of Foreign Arbitral Awards on Antitrust Matters After *Mitsubishi Motors*», *Columbia Journal of Transnational Law*, 26, 1988, pp. 407-427.

²² *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1991, p. 637. Vid. W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 125-126; J.P. McGRATH, «Son of Mitsubishi – Arbitration of Domestic Antitrust Disputes», *Brooklyn Journal of International Law*, 12, 1986, pp. 693-702.

de surgir controversias, acudirían a la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial, y una cláusula relativa a la ley aplicable que elegía, como rector del contrato, al Derecho suizo. Después de un período de tiempo de éxito, Soler no pudo mantener el volumen de ventas y solicitó a CISA y Mitsubishi que le permitieran vender los coches fuera del área predeterminada —en concreto, a Estados Unidos e Hispanoamérica—, petición que fue denegada por CISA.

Llegado el momento de la disputa, Soler acudió a la Corte de Puerto Rico para presentar una demanda. Se originó así un procedimiento judicial, en el transcurso del cual Soler alegó la infracción por CISA y Mitsubishi de la *Sherman Act* y otras normas de competencia. Dichas empresas eran responsables —según Soler— de prácticas restrictivas de la competencia, como la división del mercado o la prohibición de venta de vehículos a Estados Unidos y países hispanoamericanos.

18. El asunto llegó a la Suprema Corte de Estados Unidos, la cual afirmó lo siguiente:

«La importancia de la indemnización privada de daños... no impone la conclusión de que no debería ser buscada fuera de un tribunal americano. A pesar de su importante función incidental de policía, la acción por el triple de los daños concedida a las partes por la Sección 4 de la Clayton Act... y perseguida por Soler... busca, en primer lugar, permitir que un competidor perjudicado gane una compensación por el daño.

La Sección 4... es, en esencia, una disposición para poner remedio al daño. Confiere el triple de los daños a cualquier persona que sea perjudicada en su negocio o propiedad por razón de cualquier comportamiento prohibido por las leyes antitrust. Por supuesto, el triple de los daños también juega un papel importante en la penalización de malhechores y en la disuasión de la maldad, como también frecuentemente hemos observado... Sin embargo, es verdad que la disposición acerca del triple de los daños, disponible sólo para las partes perjudicadas, y que se mide como un múltiplo de los daños probados, está prevista en primer lugar como un remedio.

No hay razón para dar por sentado en el principio de la disputa que el arbitraje internacional no será un mecanismo adecuado. Es seguro que el tribunal arbitral internacional no deberá aplicar, en un primer momento, las normas legales de un Estado particular; por tanto, no está obligado a justificar sus decisiones. De todos modos, el tribunal está obligado a observar las intenciones de las partes. Donde las partes han acordado que el tribunal arbitral decida en relación con un conjunto definido de demandas, entre las cuales se incluye, como en estos casos, aquéllas que provienen de la aplicación del Derecho americano de antitrust, el tribunal debería estar vinculado a decidir la disputa de acuerdo con el Derecho nacional alegado en la demanda. Con tal que el futuro litigante efectivamente pueda justificar el fundamento le-

gal de su acción ante el foro arbitral, las normas continuarán sirviendo a las dos funciones de remedio y de prevención»²³.

19. Deben, pues, formularse varias consideraciones en relación con este célebre *dictum*:

Primera: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció expresamente que para resolver una cuestión de Derecho privado (unas indemnizaciones por daños), puede resultar necesario que un tribunal arbitral aplique o, al menos, tome en consideración unas normas —las del *Derecho antitrust*— que tienen las características del Derecho público o, al menos, del denominado Derecho económico (= los tribunales arbitrales están obligados a aplicar el *Derecho antitrust*)²⁴. Es más, dado que el contrato de suministro preveía la aplicación del Derecho suizo, es evidente que la «doctrina Mitsubishi» significa que los tribunales arbitrales tienen la obligación de aplicar *de oficio* el Derecho antitrust, aunque el contrato del que surja la diferencia entre las partes esté regido por un ordenamiento jurídico extranjero.

Segunda: En otras partes de esta sentencia, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos empleó dos argumentos complementarios del principal. Por un lado, razones de cortesía internacional (*international comity*) frente a tribunales extranjeros, así como razones de previsibilidad o seguridad jurídica de los medios de arreglo de diferencias en el comercio internacional requerían que se ejecutase el acuerdo de las partes²⁵, aun sabiendo que, de tratarse de un litigio doméstico y no de un litigio internacional, en el futuro la respuesta no sería la misma. Por otro, la idea de que, en principio, un litigio es arbitrable, salvo que el Congreso de los Estados Unidos disponga lo contrario en una ley especial²⁶. Este obviamente no era el caso de la *Sherman Act*²⁷. La exigencia de dicha ley especial venía impuesta por un dato: La política federal era claramente favorable al arbitraje²⁸. La adopción por los Estados Unidos del Convenio de Nueva York de 1958 no hacía sino confirmar esto.

Tercera: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos —como se ha observado— probablemente dio por supuesto que, una vez dictado el laudo arbitral, éste sería presentado para su reconocimiento y, en su

²³ 473 U.S. 614.

²⁴ Se ha visto en este hecho una muestra de la *privatización del Derecho de la competencia* impulsada por el pensamiento neoliberal. Vid. W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 117-119.

²⁵ 473 U.S. 628.

²⁶ 473 U.S. 625.

²⁷ 473 U.S. 628.

²⁸ 473 U.S. 626.

caso, eventual ejecución ante una corte estadounidense, lo que no necesariamente tenía por qué ocurrir²⁹.

Ahora bien, en el caso de que efectivamente se presentase a reconocimiento ante los tribunales estadounidenses, éstos estarían obligados a verificar si el tribunal arbitral aplicó correctamente el Derecho antitrust norteamericano y a denegar el *exequatur*, por violación del orden público, si no hubiera sido así: Esta es la denominada *Second Look Doctrine*³⁰.

Cuarta: Con este fallo se puso fin a la doctrina de *American Safety v. McGuire*, 391 F.2d 821 (1968). Sin duda ayudó el hecho de que, como se ha observado por algunos autores, la jurisprudencia estadounidense había mostrado, en alguna ocasión, una tendencia a interpretar restrictivamente la inarbitrabilidad de un litigio, precisamente a propósito de cuestiones colusorias³¹.

20. d) Incluso en Francia, país que es sede de numerosos procedimientos arbitrales, la jurisprudencia acabó admitiendo ampliamente la arbitrabilidad de los litigios relativos al Derecho europeo de la competencia³², tras los casos *Almira Films*³³, *Ganz*³⁴, *Labinal*³⁵, *Velero*³⁶ y *Aplix*³⁷.

21. e) Por su parte, la jurisprudencia italiana también apostó por la arbitrabilidad de la controversia, cuando ésta sea relativa al Derecho de la competencia³⁸.

²⁹ 473 U.S. 638. *Vid.* S. JARVIN, «Mitsubishi ICC comment» *Journal of International Arbitration*, 4, 1, 1987, p. 87; J. WERNER, «A Swiss Comment on Mitsubishi», *Journal of International Arbitration*, 3, 4, 1986, p. 81.

³⁰ W.W. PARK, «National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration», *Tulane Law Review*, vol. 63, 1989, pp. 647 ss., *concr.* p. 668.

³¹ *Vid.* W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 56-59; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, p. 122, nota 278.

³² N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 49-58.

³³ Decisión de la Corte de Apelación de París de 16 de febrero de 1989, *Almira Films, Rev. arb.*, 1989, p. 711, con nota de L. IDOT. *Vid.*, CH. JARROSSON, «L'arbitrage et le droit de la concurrence», *Rev. arb.*, 1990, pp. 947-951.

³⁴ Decisión de la Corte de Apelación de París de 29 de marzo de 1991, *Ganz, Rev. arb.*, 1991, p. 478, con nota de L. IDOT.

³⁵ Sentencia del Tribunal de París de 19 de mayo de 1993, *Labinal, Rev. arb.*, 1993, p. 645, con nota de CH. JARROSSON, y *Clunet*, 1993, p. 957, con nota de L. IDOT.

³⁶ Sentencia del Tribunal de París de 14 de octubre de 1993, *Velero, Rev. arb.*, 1994, p. 164, con nota de CH. JARROSSON.

³⁷ Decisión de la Corte de Apelación de París de 14 de octubre de 1993, *Aplix/Velero, Rev. arb.*, 1994, p. 164, con nota de CH. JARROSSON.

³⁸ Decisión de la Corte de Apelación de Bolonia de 14 de octubre de 1991, *Yearbook*, 1993, p. 422. *Vid.*, *ad ex.*, N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 58-60.

21. f) Finalmente, la jurisprudencia sueca admitió que los árbitros, a la hora de dictar sus laudos, deban tener en cuenta las normas que protegen intereses públicos para, así, evitar que éstos puedan ser recurridos por contravenir los principios de orden público³⁹.

22. En definitiva, actualmente cabe afirmar que, con carácter general, las disputas sobre Derecho de la competencia son arbitrables. No cabe extrañarse, pues, de que, en la práctica arbitral contemporánea, existan laudos arbitrales que den por supuesta o, incluso, evidente dicha arbitrabilidad⁴⁰.

23. Ahora bien, una cosa es esto y otra muy distinta afirmar que cualquier litigio concurrencial es potencialmente arbitrable o tiene el mismo grado de probabilidad de acabar en un arbitraje privado internacional. Como pusieron de relieve D.I. BAKER/M.R. STABILE, cabría distinguir cuatro grupos de casos típicos⁴¹:

- 1.º) Aquéllos en los que las partes instauran entre ellas una alianza especial con finalidad cooperativa y carácter permanente (*partnership disputes*): Contratos de distribución comercial, acuerdos de transferencia de tecnología en sentido amplio (contratos de licencia de patentes, contratos de *know how*) y contratos de constitución de filiales comunes (*joint ventures*).
- 2.º) Conflictos entre compradores y vendedores acerca de sus obligaciones recíprocas, especialmente en el marco de restricciones verticales, negativa de ventas o reproches de abuso de posición dominante.
- 3.º) Disputas en el marco de relaciones, asociaciones o uniones especiales acerca de cooperación con terceros en violación de lo pactado.
- 4.º) Disputas entre empresas competidoras entre las que no existe ninguna relación jurídica especial.

En principio, como señalan estos autores, sólo los dos primeros grupos de casos serían adecuados para una solución de diferencias arbitral. Existe una buena razón para llegar a esta conclusión: Dado que el

³⁹ Decisión T 4.366-02 de la Corte de Apelación del Oeste de Suecia, 29 de diciembre de 2003, *Dirland Télécom SA v. Viking Télécom AB*. Vid. G. BLANKE, «The Role of EC Competition Law in International Arbitration: a Playdoyer», *Eur.Bus.L.Rev.*, vol. 16, 1, 2005, p. 173.

⁴⁰ Vid. N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 203-204.

⁴¹ D.I. BAKER/M.R. STABILE, *Arbitration and Antitrust Claims...*, pp. 395-436, concr. pp. 398-399.

arbitraje requiere el acuerdo entre las partes, es poco probable que en los dos últimos grupos de casos —en los que no existe una relación contractual entre los eventuales litigantes—, estos pacten el recurso a un procedimiento arbitral, en vez de acudir directamente a la Comisión, a las autoridades nacionales de defensa de la competencia o a los tribunales estatales⁴².

24. No obstante, no hay que olvidar que:

1.º) Un árbitro no puede considerarse una autoridad nacional, porque no administra justicia en nombre de un Estado⁴³. Es ésta una cuestión de extrema importancia, que explica, en parte, la desconfianza que algunos juristas experimentan ante la posibilidad de que los árbitros puedan resolver cuestiones relacionadas con el Derecho de la competencia⁴⁴. Pero es también una interrogante parcialmente también superada: La experiencia del arbitraje privado internacional pone de relieve que los árbitros han recurrido frecuentemente al Derecho de la competencia y, además, han obrado diligentemente, sin que se haya desencadenado, por ello, el desprestigio global del arbitraje temido por un sector doctrinal o ese *kiss of death for international arbitration* anunciado por algún autor (J. WERNER)⁴⁵.

Con todo, el hecho de que el árbitro no sea una autoridad estatal, sino un particular que administra justicia en nombre de las partes que lo han designado no es, de ninguna manera, un dato baladí, puesto que explica:

a') El problema del argumento *venire contra factum proprium*. A un árbitro puede resultarle escandaloso —ha observado, entre otros, N. SPIEGEL— que una empresa solicite que se declare, en favor suyo, la nulidad de un contrato, alegando que vulnera el Derecho antitrust, cuando probablemente fue ella misma la que propuso la entente que se encuentra en el origen de la denuncia y la ha realizado durante años⁴⁶. En consecuencia, el árbitro puede sentirse inclinado a no aplicar el Derecho de

⁴² *Id.*, *ad ex.*, en este sentido, N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 200-203.

⁴³ STJCE de 23 de marzo de 1982, Nordsee, C-102/81, Rec. 1982, p. 1.095, apartado 13. *Id.*, *ad ex.*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, p. 18.

⁴⁴ Sobre esta cuestión, *vid.*, *ad ex.*, H.G. GHARAVI, «EC Competition Law and the Proper Scope of Arbitration», *Arbitration*, 63, 1987, pp. 59-66, *concr.* pp. 65-66; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, *concr.* pp. 212, 233 y 265; E. STEINDORFF, «Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit», *WuW*, 1984, pp. 189-200, *concr.* pp. 190, 197 y 199; L. VOLLMER, «Verfassungsrechtliche Grenzen der Kartellschiedsgerichtsbarkeit», *WuW*, 1969, pp. 421-434, *concr.* p. 591; J. WERNER, «Application of Competition Law by Arbitrators: The Step Too Far», *Journal of International Arbitration*, 1995, 1, pp. 21-26, *concr.* pp. 24-25.

⁴⁵ J. WERNER, «Application of Competition Law...», *concr.* p. 25.

⁴⁶ Sobre esta cuestión, *vid.*, *ad ex.*, N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 225-230.

la competencia, basándose en viejos principios jurídicos como *nemo pro-
pria turpitudinem suam, par in pari o venire contra factum proprium*. Por
el contrario, para un juez está claro —y debiera estarlo también para un
árbitro— que la competencia es una política, que protege un interés pú-
blico, no sólo intereses particulares, y que, por consiguiente, debe decla-
rarse *de oficio* la nulidad de un acuerdo contrario al Derecho antitrust,
cualquiera que haya sido el comportamiento de las partes que hayan par-
ticipado en él antes o durante el procedimiento judicial o arbitral⁴⁷.

b') Las dificultades con que, a veces, tropieza la práctica de la *prue-
ba*. En muchos procedimientos arbitrales, se deja de aplicar el Derecho de
la competencia porque no consiguen probarse los comportamientos anti-
competitivos⁴⁸. Es cierto que esta dificultad no es privativa de los procedi-
mientos arbitrales: Esencialmente, es la misma que tienen que afrontar
los tribunales civiles estatales⁴⁹. No obstante, los jueces disponen de me-
dios coercitivos de obtención de pruebas (*ad ex.*, la *pre-trial discovery*),
de los que los árbitros carecen. Como ha afirmado H.G. GHARAVI, los tri-
bunales arbitrales internacionales están pobremente equipados (*poorly
equipped*) para la tarea de encontrar los hechos⁵⁰.

c') Los impedimentos que encuentra la cooperación de las autorida-
des judiciales o administrativas de los Estados con los órganos arbitra-
les. Aunque la generalidad —no la totalidad— de la doctrina defiende
una estrecha colaboración de autoridades judiciales o administrativas
estatales con los órganos arbitrales, a los que se les exige que apliquen
correctamente el Derecho de la competencia, es lo cierto que, hoy por
hoy, dicha colaboración es escasa, supone trabajo y ninguna compensa-
ción para los tribunales u órganos administrativos estatales y, en todo
caso, no es vinculante para el órgano arbitral⁵¹. Por el contrario, la
conciencia de que vivimos en una economía globalizada, que los com-
portamientos de las empresas no se detienen en las fronteras de los Esta-
dos y que una cooperación interestatal es recíprocamente beneficiosa ha
favorecido una política de cooperación internacional en materia de libre
competencia, cuyos logros son, por el momento, muy desiguales⁵².

⁴⁷ *Ibidem*, p. 227.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 230-232, 271-272 y 282.

⁴⁹ L. IDOT, «Arbitrage et droit communautaire», pp. 561 ss., concr. p. 576.

⁵⁰ H.G. GHARAVI, «EC Competition Law and the Proper Scope of Arbitration», *Arbi-
tration*, 63, 1987, pp. 59 ss., concr. p. 66.

⁵¹ *Vid.* N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 266-269.

⁵² *Vid.*, *ad ex.*, D. BAETGE, «Competition law and perspectives for harmonisation», *Uniform Law Review*, 9, 3, 2004, pp. 501-510; C. CANENBLEY/M. ROSENTHAL, «Co-operation
between antitrust authorities in – and outside the EU: what does it mean for multinational
corporations? Part 1», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 2, 2005, pp. 106-114; C. CANENBLEY/

d') Las limitaciones de la eficacia de un eventual laudo futuro frente a terceros (*Das Aussenseiterproblem*). Como una consecuencia más del origen contractual del arbitraje, el órgano arbitral carece de facultades para obligar a participar en el procedimiento arbitral a quienes no están obligados por el acuerdo arbitral y para imponerles el cumplimiento del eventual laudo. Para dichos sujetos (terceros, *outsiders*), el acuerdo o compromiso arbitral, el procedimiento y el laudo arbitral no son más que *res inter alios acta*, que ni les beneficia ni les perjudica. La única manera de llevarles ante un tercero imparcial es recurrir a los tribunales estatales. Pero esta solución tiene serios inconvenientes: El riesgo de dos —o más— procedimientos paralelos, al menos uno de ellos arbitral, sobre el mismo asunto y el posible pronunciamiento de resoluciones contradictorias. Para evitar este problema se ha sugerido la abstención de los árbitros en este tipo de asuntos y la sumisión de todas las posibles acciones a los tribunales estatales (el denominado *principio de indivisibilidad*)⁵³.

2.º) Además, al menos, no parece probable que, en caso de acuerdos que supongan una concentración económica, quepa la actuación de un órgano arbitral. Hay una buena razón para esto: Tanto las legislaciones internas como el Derecho comunitario prevén un procedimiento administrativo especial y previo para la autorización de las operaciones de

M. ROSENTHAL, «Co-operation between antitrust authorities in – and outside the EU: what does it mean for multinational corporations? Part 2», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 3, 2005, pp. 178-187; CH. DAMRO, «Multilateral competition policy and transatlantic compromise», *European Foreign Affairs Review*, 9, 2, Summer 2004, pp. 269-287; M.ª P. DÍAZ CREMADES, «Los elementos de un posible (?) Acuerdo Multilateral de Competencia. Crónica de unas negociaciones que siguen», *Not.UE*, n.º 242, 2005, pp. 33-44; J. DREXL, «International competition policy after Cancún: placing a Singapore issue on the WTO development agenda», *World Compet.*, 27, 3, 2004, pp. 419-457; ID., «WTO und Kartellrecht: zum warum und wie dieser Verbindung in Zeiten der Globalisierung», *ZWeR*, 2, 2, 2004, pp. 191-249; A. HEINEMANN, «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence», *Rev.int.dr.écon.*, 18, 3, 2004, pp. 293-324; CHR.B. HÜSKEN, «Die soziale Funktion des Wettbewerbs: Bedarf es eines fusionskontrollrechtlichen Regulierungssystems der WTO in Anlehnung an nationalstaatliche Regulierung?», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 7, 4, 2004, pp. 605-624; U. IMMENGA, *Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus*, Halle (Saale), 2004; M. PALLEK, «L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence», *Cah.dr.eur.*, 40, 1-2, 2004, pp. 95-155; G. ROEBLING, «The launch of the new ICN Cartel Working Group», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 2, pp. 28-30; E. DE LA SERRE, «L'assistance judiciaire américaine au soutien d'une plainte en droit communautaire de la concurrence», *Rev.dr.aff.int.*, 2005, 1, pp. 35-53; J.H. SHENEFIELD, «Coherence or confusion: the future of the global antitrust conversation», *Antitrust Bull.*, 49, 1-2, Spring-Summer 2004, pp. 385-434; R. WEINRAUCH, *Competition Law in the WTO: the rationale for a framework agreement*, Wien, 2004.

⁵³ Vid. D.I. BAKER/M.R. STABILE, «Arbitration and Antitrust Claims...», pp. 395-436, *concr.* pp. 421-422; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 273-275.

concentración empresarial. En él, suelen debatirse todas las posibles cuestiones jurídicas que puedan interesar al Derecho de la competencia⁵⁴.

Otra cuestión, sin embargo, es el hecho de que la normativa comunitaria específica para las concentraciones sí pueda, eventualmente, interesar en el transcurso de un procedimiento arbitral⁵⁵.

B) *Práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria en la «era del Reglamento n.º 17»*

25. Al margen de la evolución experimentada por las legislaciones nacionales, no cabe extrañarse de que, dada la extraordinaria importancia que tiene el arbitraje como medio de arreglo de las controversias en el comercio internacional y el enorme apogeo experimentado por el Derecho europeo de la competencia, las instituciones comunitarias tuvieron, en diversas ocasiones, estando aún vigente el Reglamento n.º 17, que enfrentarse a las relaciones entre ambos:

26. a) Así, la Comisión reaccionó frente al mecanismo arbitral previsto, cuando temió que sirviese para eludir las obligaciones deriva-

⁵⁴ *Vid., ad ex.*, en este sentido, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, p. 99.

⁵⁵ Así, *ad ex.*, en el caso contemplado por sentencia CCI n.º 8.423/1998, *Clunet*, 4, 2002, pp. 1.079-1.085, con nota de J.-J. ARNÁLDEZ, los árbitros se encontraron con los siguientes hechos: Dos sociedades portuguesas reprochaban a una sociedad francesa, con la que habían constituido una filial común regida por Derecho societario portugués, que el grupo francés hubiera incumplido la obligación de no competencia, en virtud de la cual le estaba prohibido ejercer sus actividades en Portugal en el ámbito del acuerdo suscrito, salvo que lo hiciera a través de la filial común. Ahora bien, ¿era conforme esta cláusula de no-competencia con el Derecho europeo de la competencia? La primera cuestión que se planteó al tribunal arbitral fue la de la arbitrabilidad de los litigios que ocasionan la aplicación del Derecho comunitario de la competencia: La respuesta fue positiva. La segunda cuestión a resolver por el tribunal arbitral era la de saber si la filial común era una empresa concentrativa o cooperativa y, por consiguiente, si el problema de la compatibilidad de la cláusula de no-competencia con el Derecho comunitario de la competencia debía ser resuelto conforme al —entonces— vigente Reglamento para las operaciones de concentración (Reglamento 4.064/89) o conforme al art. 81 del Tratado, sabiendo que dicho Reglamento se aplicaba a las empresas comunes concentrativas; mientras que el art. 81 TCE se aplica a las empresas comunes cooperativas. Apoyándose en una Comunicación de la Comisión, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que se trataba de una empresa común cooperativa, cuya compatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia debía ser apreciada conforme al art. 85 TCE. La tercera cuestión que debió resolver el tribunal arbitral fue la compatibilidad efectiva de la cláusula de no-competencia con el art. 81 del Tratado. En este punto, el órgano arbitral concluyó que dicho acuerdo no era susceptible de restringir sensiblemente la competencia y que, en todo caso, aunque la conclusión hubiera sido otra, no por ello su efecto sobre la estructura del mercado dejaría de ser ampliamente positivo.

das del Derecho europeo de la competencia y consideró una infracción del art. 81.1 TCE varias disposiciones del reglamento general de una asociación de empresas de Amsterdam —la *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel*—, que regulaba de manera detallada la distribución y el servicio postventa de bicicletas y artículos conexos en Holanda, y que, entre otros extremos, excluía la jurisdicción civil ordinaria en tanto que el procedimiento tuviese por objeto la aplicación de la interpretación de las disposiciones de su Reglamento general.

La *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel* (CBR) era una asociación con sede en Amsterdam que agrupaba a fabricantes, mayoristas e intermediarios de bicicletas, piezas y accesorios de éstas, a los minoristas y reparadores de bicicletas y los comerciantes de artículos para bicicletas. Esta asociación de empresas tenía como objeto promover el comercio de bicicletas, piezas y accesorios de aquéllas y defender los intereses profesionales comunes a sus miembros. Además de un Reglamento interior y de un Reglamento de apelación, la CBR elaboró un Reglamento general, cuya última reforma se produjo en 1976. En dicho Reglamento general, se disponía, de manera muy meticulosa, un régimen colectivo de transacciones en virtud del cual se establecía la obligación de respetar las diferentes funciones de distribución, la obligación de respetar los acuerdos de exclusividad existentes, un sistema colectivo de precios impuestos, el régimen de los descuentos y de los métodos de ventas e, incluso, un sistema de sanciones para los integrantes de la asociación que no respetasen tales disposiciones (advertencias, multas, difusión a través de la radio o de la prensa de las medidas adoptadas con expresa mención del infractor). Las decisiones tomadas con base en el Reglamento general, podían ser impugnadas ante una Comisión de apelación, con exclusión de toda jurisdicción civil ordinaria. Entre 1971 y 1974, la Comisión recibió denuncias e informaciones contra CBR y le advirtió de la necesidad de adaptar su Reglamento general a las exigencias del art. 81 TCE. A pesar de este apercibimiento, la Comisión verificó que CBR mantuvo el sistema colectivo de exclusivas, obstaculizó las importaciones intracomunitarias e, incluso, acudió a los tribunales para exigir el pago de alguna multa. Finalmente, tras varias reuniones en las que no se llegó a ningún acuerdo, la Comisión declaró contrarias al art. 81 TCE numerosas disposiciones del Reglamento general de CBR y rechazó la solicitud de exención individual presentada, en el transcurso de una audiencia celebrada el 27 de julio de 1976, por esta asociación de empresas holandesa. El Reglamento general, en palabras de la propia Comisión, constituía «un sistema coherente y cuidadosamente puesto a punto que restringe sensiblemente la competencia». Una pieza nada desdeñable de este sistema la componía la privación a las empresas, por el Reglamento de recursos de

la CBR, de la posibilidad de dirigirse a una jurisdicción ordinaria. En efecto, tal como subrayó la Comisión: «... no puede excluirse que la Comisión de apelación (Hoger Beroep) de la CBR interprete las disposiciones del Reglamento general restrictivas de la competencia en un sentido que excedería su contenido objetivo y que disminuiría, retrasaría o entorpecería las garantías jurídicas que las partes contratantes pueden legítimamente esperar; que el cobro de las multas y la supresión de la autorización pueden causar desventajas considerables en la competencia a las empresas interesadas...; que dado que el reglamento general prevé que las personas y sociedades autorizadas deben observar las disposiciones legales y en especial las relativas a la competencia desleal..., existe, por consiguiente, el peligro de que las actividades competitivas deseables en el interés común sean impedidas por la práctica administrativa de la Comisión de apelación, que subsistan distorsiones de la competencia en el Mercado común y que la aplicación del Derecho de la competencia prevista por el Tratado instituyente de la CEE sea eludida...; que la disposición que prevé la exclusión de la jurisdicción ordinaria cae, en su forma actual, bajo el art. 81.1 TCE en tanto que ésta se refiere a hechos que tienen por objeto la aplicación y la interpretación de las reglas de competencia del Tratado y a través de ellas prácticas competitivas permitidas en sí mismas son prohibidas; que los efectos restrictivos de la competencia que derivan o pueden derivar del Reglamento general son reforzados por las disposiciones del Reglamento de apelación». Son dos, pues, los motivos que, en última instancia, han empujado a la Comisión a excluir la validez de la cláusula de exclusión del recurso a un proceso ante tribunal estatal: la prohibición de denegación de justicia —o, si se prefiere, el temor a la indefensión de las empresas integrantes de la CBR— y la desconfianza ante la Comisión de apelación de esta asociación de empresas holandesa, guardia pretoriana de los intereses comerciales de esta organización empresarial más que defensora de la libre competencia en el interior del Mercado común (Dec.Com. 2 de diciembre de 1977, *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel*, JO L 20 de 25 de enero de 1978).

27. b) Más frecuentemente, la Comisión concedió una exención individual en virtud del art. 81.3 TCE, subordinándola al cumplimiento de varias obligaciones por las partes beneficiarias, especialmente la comunicación de cualquier sentencia arbitral que se pudiese dictar con motivo de una diferencia en torno a la interpretación o ejecución del acuerdo objeto de exención⁵⁶.

⁵⁶ Vid. Dec.Com. de 27 de junio de 1967, *Transocéan Marine Paint Association*, JO L 163 de 20 de julio de 1967; Dec.Com. de 23 de diciembre de 1971, *Henkel-Colgate*, JO L 14 de

Tal fue el caso, *ad ex.*, de la sociedad *Campari-Milano SpA*, que tenía su sede en Milán, era la titular de las marcas internacionales *Bitter Campari* y *Cordial Campari*, con las que se distinguían en el mercado aperitivos fabricados con la ayuda de ciertos concentrados secretos (mezclas especiales de hierbas pulverizadas). Para fomentar la explotación de sus marcas en el extranjero, Campari-Milán constituyó una red de licenciarios encargados de la fabricación y venta de sus productos. La actividad de las empresas licenciarias en el interior del Mercado común estaba regulada por los contratos de licencia, que fueron notificados a la Comisión.

Esta tuvo, pues, conocimiento directo de las cláusulas pactadas, que eran las habituales en este tipo de contratos: Campari-Milán se comprometía a no fabricar por sí misma sus aperitivos, durante la validez de los contratos, en el territorio de sus licenciarios, éstos estaban obligados a no interesarse por otros productos competidores, en especial ciertas bebidas denominadas *bitter* o bebidas gaseosas similares al *Campari Soda*, los licenciarios se comprometieron a no emprender ninguna política activa de venta y a no establecer sucursales ni efectuar ninguna publicidad fuera de los territorios respectivamente concedidos y Campari-Milán se obligó a lo mismo en el interior de estos territorios, etc.

Los contratos de licencia contenían una cláusula previsora del medio de arreglo de diferencias entre las partes, según la cual toda diferencia relativa a la interpretación y ejecución de los contratos sería resuelta por tres árbitros que obrarán como amigables compositores. Se disponía también que normalmente el arbitraje tendría lugar en Milán, salvo en uno de los contratos que preveía que el arbitraje podría tener lugar fuera de la Comunidad y, en especial, en Suiza.

Solicitada una exención individual de la Comisión para cinco contratos de licencia, ésta la concedió, tras procederse por las empresas interesadas a los cambios de los contratos de licencia solicitados por la Comisión. La resolución final impuso expresamente a las empresas implicadas la obligación de comunicar sin demora a la Comisión toda sentencia dictada con base en la cláusula de arbitraje. La Comisión justificó esta exigencia en virtud de tres razones:

18 de enero de 1972; Dec.Com. de 26 de julio de 1972, *Papier Mince*, JO L 182 de 10 de agosto de 1972; Dec.Com. 18 de julio de 1975, *Kabelmetal-Luchaire*, JO L 222 de 22 de agosto de 1975; Dec.Com. 15 de diciembre de 1975, *Bayer-Gist*, JO L 30 de 5 de febrero de 1976; Dec.Com. 25 de julio de 1977, *De Laval-Stork*, JO L 215 de 23 de agosto de 1977; Dec.Com. 23 de noviembre de 1977, *GEC-Weir Sodium*, JO L 327 de 20 de diciembre de 1977; Dec.Com. 23 de diciembre de 1977, *Campari*, JO L 70 de 13 de marzo de 1978; Dec.Com. 13 de julio de 1983, *Rockwell/Iveco*, JO L 224 de 17 de agosto de 1983.

- a') Existe el riesgo de una interpretación de los contratos que no tenga en cuenta el alcance de la exención individual. Esto podría obligar a la Comisión a modificarla, si ese supuesto se produjera.
- b') El procedimiento de arbitraje expone más que el procedimiento judicial normal al «riesgo de una interpretación de los contratos que exceda de los límites de la exención», en particular cuando los árbitros, como en el caso de que se trata, obran en calidad de amigables componedores y no están obligados a aplicar el Derecho material.
- c') El control *a posteriori* de una sentencia arbitral desde el punto de vista de su «compatibilidad con los arts. 81 y 82 TCE, considerados en tanto que elementos constitutivos del orden público de la CEE, no está asegurada en terceros países» (Dec.Com. 23 diciembre 1977, *Campari*, JO L 70 de 13 de marzo de 1978).

28. Con motivo de la elaboración de un Reglamento de exención por categorías para los acuerdos de licencia de patente, hubo un intento de implantar, con carácter general, la *obligación de notificación* de cualquier laudo arbitral que pudiera recaer entre las partes⁵⁷. Pero dicho intento no fructificó hasta la adopción del Reglamento (CEE) n.º 4.056/86 de 22 de diciembre de 1986 (JO L 378 de 31 de diciembre de 1986), por el que se determinan las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE (actuales arts. 81 y 82 TCE) a los transportes marítimos (art. 5.5), y del Reglamento n.º 823/2000 de la Comisión de 19 de abril de 2000, relativo a la aplicación del art. 81.3 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías marítimas de línea (consorcios) (DO L 100 de 20 de abril de 2000) (art. 9.4).

Otra cosa es que la Comisión sí tuviese la *facultad* de solicitar a las empresas la comunicación de las sentencias arbitrales que recayesen sobre un acuerdo exento en virtud del art. 81.3 (Reglamento 2.349/84 para los acuerdos de licencia de patentes [art. 9.1] y Reglamento 556/89 sobre los acuerdos de licencia de *know-how* [art. 7.1]).

29. c) En el derogado Reglamento (CE) n.º 1.475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles (DOCE n.º L 145, 29/6/1985), *ad ex.*, la Comisión condicionó la exen-

⁵⁷ R. KOVAR, «Droit communautaire de la concurrence et arbitrage», en *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 109-124.

ción prevista en determinados casos al hecho de que «las partes deberán, en caso de desacuerdo, aceptar un sistema de solución rápida del litigio, tal como el recurso a un perito independiente o a un árbitro, sin perjuicio del derecho de las partes de acudir a la jurisdicción competente, de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia en la legislación nacional» (art. 5.3). Se observa, pues, que la Comisión no se opuso a someter a arbitraje cuestiones de Derecho de la competencia⁵⁸.

C) *Perspectiva actual (del Reglamento n.º 17 al Reglamento 1/2003)*

30. Estando en vigor el derogado Reglamento n.º 17, primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (JO n.º 204, 21 de febrero de 1962), se discutió si los árbitros podían aplicar los arts. 85.1, 85.2 y 86 del Tratado CEE⁵⁹. Cuestión ésta que fue resuelta de forma positiva: los asuntos relacionados con el Derecho europeo de la competencia eran, en principio, arbitrables y, por lo tanto, los árbitros podían aplicarles el Derecho europeo de la competencia.

31. El Derecho comunitario establecía dos *límites* para su aplicación por un árbitro. El primero tenía que ver con las relaciones entre el propio Derecho comunitario y las legislaciones nacionales de los Estados miembros. El segundo era la existencia de una competencia exclusiva por las autoridades comunitarias —en especial, la Comisión, que constituye la *guardia pretoriana* a la que se le atribuye la misión de velar por la libre competencia en el Mercado único europeo—. Dicho con otros términos, los árbitros se encontraban en una posición similar a la de un órgano judicial de un Estado miembro: No podían aplicar más que las normas de Derecho europeo de la competencia que tuviesen un efecto directo y con respecto a las cuales la Comisión no tuviese asignada una competencia exclusiva⁶⁰.

⁵⁸ Vid. A. P. KOMNINOS, «Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement», *World Compet.*, 24 (2), 2001, p. 218.

⁵⁹ Los contratos de distribución comercial y los de transferencia de tecnología han propiciado que, en la práctica arbitral, sean más frecuentes los casos en que se ha suscitado la eventual toma en consideración del art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE) que del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE). Aunque menos habituales, no faltan casos, sin embargo, en que se recurre al art. 82 TCE. Así, *ad ex.*, en sentencia CCI n.º 7.673/1993, *Bull. ICI*, n.º 1/1995, pp. 56-59, en un asunto en el que se enfrentaban un demandante francés y un demandado finlandés, el tribunal arbitral, que tenía su sede en Suiza y estaba obligado a aplicar el Derecho suizo al fondo de la controversia, rechazó la excepción del demandado, que alegó la inarbitrabilidad del art. 86 del Tratado de Roma (actual art. 82 TCE), y, con arreglo al Derecho suizo, procedió a resolver el fondo del litigio.

⁶⁰ *Vid., ad ex.*, B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, pp. 131-134.

Por el contrario, no podrían aplicar normas comunitarias desprovistas, en principio, de efecto directo —como es el caso de las Directivas— y su intervención debería limitarse al efecto horizontal (entre particulares) de las normas jurídicas comunitarias con efecto directo.

Los arts. 81 y 82 TCE son normas jurídicas del Derecho europeo de la competencia con eficacia directa (STJCE de 6 de abril de 1962, *Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en uitdenbogerd/Bosch*, 13/61, *Rec.*, p. 89), para cuya aplicación no hay más competencia exclusiva que la que a continuación veremos, normas con eficacia sobre las relaciones entre particulares. También, obviamente, tienen eficacia directa los reglamentos comunitarios (art. 249, apartado segundo, TCE), en especial los reglamentos de exenciones por categorías, que tanta importancia tienen en el ámbito del Derecho europeo de la competencia⁶¹.

32. Como resultado de todo ello, las *facultades* de que estaba investido un árbitro podían describirse sumariamente del siguiente modo:

- 1.º) Desde un *punto de vista positivo*: El árbitro puede, a título principal o incidental, conocer de la demanda de anulación de un contrato por su contrariedad con el Derecho europeo de la competencia y, sobre todo, fijar la indemnización con la que se repare a un particular el daño causado por un comportamiento anticompetitivo (violación de los arts. 81, 82 o de uno de los Reglamentos comunitarios en esta materia)⁶².

⁶¹ *Vid.*, *ad ex.*, sentencia CCI n.º 2.811/1978, *Clunet*, 1979, pp. 983-989, con nota de Y. DERAINS. *Vid.*, en especial, N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 221-225.

⁶² *Vid.* W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 254-271.

Puede considerarse históricamente superada la polémica acerca de si el árbitro sólo era competente cuando se le planteaba la nulidad de un contrato por violación del art. 85 (actual art. 81) del Tratado de Roma con *carácter incidental* y no cuando conoce a *título principal* de una demanda que tiene por objeto constatar la nulidad de dicho acuerdo: El árbitro lo es en ambos casos. Entre los defensores de la interpretación más restrictiva figuraban J.-J. BURST, «L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes», *Rev. arb.*, 1979, pp. 105 ss., con cr. p. 113; G. VAN HECKE, *Arbitrage et règles...*, p. 193; J. ROBERT, «Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire», *Rev. arb.*, 1966, pp. 23 ss., con cr. p. 32. Dicha interpretación tuvo un cierto y limitado eco en la práctica arbitral (*vid.* los trabajos de la 1.ª Comisión del segundo Congreso internacional de arbitraje, *Rev. arb.*, 1966, p. 23, y sobre todo, sentencia CCI n.º 1.397/1966, *Clunet*, 1974, pp. 879-884, con nota de Y. DERAINS). En contra, entre los defensores de la interpretación amplia, conforme a la cual la distinción entre conocimiento a título principal o incidental carece de razón de ser, se hallan W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 241-249; B. GOLDMAN/A. LYON-CAEN/L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5.ª ed., Paris, 1994, p. 612; G. HORMANS, «L'arbitrage et l'ordre public interne belge», *Rev. arb.*, 1978, pp. 79 ss.; P. MAYER, «Le contrat illicite», *Rev. arb.*, 1984, pp. 205-223, con cr. pp. 214-215; X. DE MELO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, pp. 349 ss.

2.º) Desde un *punto de vista negativo*: El árbitro no puede prohibir comportamientos anticompetitivos (arts. 81 y 82 TCE), imponer multas ordinarias o coercitivas, conceder exenciones individuales (art. 81.3) ni autorizar o prohibir una operación de concentración de empresas o una ayuda de Estado. En los dos primeros casos, por su naturaleza administrativa⁶³. En los dos últimos, por ser competencia exclusiva de la Comisión⁶⁴.

33. Ahora bien, en el marco del art. 81 TCE, la duda acerca de si los árbitros podían —o no— aplicar Derecho de la competencia se circunscribió únicamente a los arts. 81.1 y 81.2 TCE. Dicho con otras palabras, estaba claro que, si el Reglamento n.º 17 facultaba a las autoridades nacionales para emplear los dos primeros párrafos del art. 81 TCE, cabía plantearse la cuestión de saber si los árbitros podrían también emplearlos. En cambio, con respecto al art. 81.3 TCE, como quiera que la normativa comunitaria imponía su exclusiva aplicación por la Comisión, no se cuestionó en ningún momento si los árbitros podrían actuar también respecto de este tercer apartado: Era evidente que la competencia exclusiva de la Comisión para conceder exenciones a la prohibición del art. 81.1 TCE no sólo veta-

Asimismo, carece de sentido distinguir según que los árbitros tengan que pronunciarse sobre un *contrato lícito o no*. En efecto, puede ocurrir que, como resultado de un juicio provisional emitido por los árbitros, éstos lleguen a la conclusión de que el contrato objeto de examen no infringe el art. 81 TCE, es un contrato lícito y, por consiguiente, su arbitrabilidad no es, en modo alguno, cuestionable (*ad ex.*, sentencia CCI n.º 1.397/1966, *Clunet*, 1974, pp. 879-884, con nota de Y. DERAÏNS; sentencia CCI n.º 2.811/1978, *Clunet*, 1979, pp. 983-989, con nota de Y. DERAÏNS). Pero cabe preguntarse qué ocurre si, de ese juicio provisional se infiere que el contrato viola el art. 81 TCE y es, por tanto, un acuerdo nulo. Algunas decisiones arbitrales muy antiguas creyeron que no sólo el contrato principal sería nulo, sino también la cláusula compromisoria y que los árbitros, en todo caso, serían incompetentes para aplicar una normativa de orden público (*ad ex.*, sentencia arbitral de 22 julio 1964, *Rev. arb.*, 1965, p. 28). Pero esta última interpretación, hoy desprestigiada, como ha puesto de relieve P. MAYER, «Le contrat illicite», *Rev. arb.*, 1984, pp. 205-223, subordina la competencia del árbitro a la solución que se le dé a la cuestión de fondo, olvida que la solución a la que llegue el árbitro no sólo tendrá fuerza de cosa juzgada, sino que también la tendrá el motivo por el que se declara incompetente —es decir, la contrariedad a una norma de orden público (el Derecho comunitario de la competencia y, en particular, el art. 85 TCE)— y, por último, ignora la autonomía de la cláusula compromisoria y, por lo tanto, la posibilidad de que el contrato principal y la cláusula compromisoria sigan regímenes jurídicos distintos: Que la nulidad de uno no suponga la de otro y que puedan eventualmente estar sometidos a leyes distintas.

⁶³ Sobre la incompetencia del árbitro para aplicar las disposiciones de naturaleza administrativa y penal, *vid.*, *ad ex.*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 188-196 y 272-285; G. VAN HECKE, *Arbitrage et règles...*, pp. 191 y 193.

⁶⁴ *Vid.*, *per omnia*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 196-200.

ba el recurso a las autoridades o tribunales nacionales, sino también a los órganos arbitrales.

34. Pero la perspectiva actual ha cambiado. El Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DOCE L 1 de 4 de enero de 2003) es la norma que refleja el cambio de enfoque⁶⁵.

⁶⁵ Sobre el nuevo régimen jurídico del procedimiento de defensa de la competencia ante la Comisión, *vid.*, *ad ex.*, CHR. BROWN/D. HARDIMAN, «The extent of the Community Institutions' duty to co-operate with national courts: "Zwartfeld" revisited», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 5, 2004, pp. 299-304; D. CAHILL (Ed.), *The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union. FIDE 2004 national reports*, Cambridge, 2004; M.^aP. CANEDO ARRILLAGA, «El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 31, 2004, pp. 41-80; G. CANIVET, «L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence», *Concurrences*, 2004, n.º 1, pp. 21-28; J.-M. FAVRET, «Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence: le règlement du Conseil n.º 1/2003 du 16 décembre 2002», *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 60, n.º 4, 2 février 2004, pp. 177-185; F. GARRIDO RUIZ, «Novedades aportadas por el nuevo reglamento n.º 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE», *Gac.Jur.U.E.*, n.º 231, 2004, pp. 71-82; L. GARZANITI/J. GUDOFKY/J. MOFFAT, «Dawn of a new era? Powers of investigation and enforcement under regulation 1/2003», *Antitrust L.J.*, 72, 1, 2004, pp. 159-207; C. GAUER/L. KJOLBE/D. DALHEIMER/E. DE SMIJTER/D. SCHNICHELS/M. LAURILA, «Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 2, pp. 1-6; J.P. GRUBER, «Das neue Kartellverfahren der Europäischen Union», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 18, Januar 2004, pp. 1-12; J. HAMER, «Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003», *ERA-Forum: Script juris Europaei*, 2004, 1, pp. 7-26; L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence: le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Paris, 2004; A.P. KOMNINOS, «Article 234 EC and national competition authorities in the era of decentralisation», *Eur.L.Rev.*, 29, 1, 2004, pp. 106-114; T. KRUMSTROH, *Das Weissbuch und der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zur Modernisierung der Anwendung der Vorschriften der Art. 81 und 82 EG und deren Einfluss auf nationale Wettbewerbsregeln, Kartellbehörden und Gerichte*, Frankfurt am Main, 2004; TH. LAMPERT, *EG-KartellVO: Praxiskommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Heidelberg, 2004; K. LENAERTS/D. GERAD, «Decentralisation of EC competition law enforcement: judges in the frontline», *World Compet.*, 27, 3, September 2004, pp. 313-349; E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2.^a ed., München, 2004, pp. 473-525; G.V.S. MCCURDY, «The impact of modernisation of the EU competition law system on the Courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 509-517; M. MEROLA/M.^a MUÑOZ DE JUAN, «Le rôle des juridictions nationales dans le cadre de l'application décentralisée des articles 81 et 82 du Traité CE», *J.Trib.(Brux.)*, vol. 123, n.º 6.153, 23 octobre 2004, pp. 769-779; P. NIHOUL (Ed.), *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence: un rôle accru pour le praticien*, Bruxelles, 2004; C. NOURISSAT/R. WITTERWULGHE (Dirs.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*,

Con respecto a dicho Reglamento baste señalar que:

- 1.º) Es el resultado de una iniciativa política que obedece al impulso del entonces comisario de la competencia, MARIO MONTI, y de varios compromisos políticos. En 1999, se inició el proceso de modernización de las normas de Derecho de la competencia, un largo camino erizado de dificultades, cuyos primeros pasos fueron el *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 TCE* (DOCE n.º C 132, 12 mayo 1999) y la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado*, y por el que se modificaban los Reglamentos (CEE) n.º 1.017/68, (CEE) n.º 2.988/74, (CEE) n.º 4.056/86 y (CEE) n.º 3.975/87 («Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado») (DOCE n.º C 365, 19 de diciembre de 2000).
- 2.º) El giro efectuado con la nueva regulación responde al colapso sufrido por la Comisión como consecuencia de las continuas notificaciones previas recibidas de las empresas. Esta saturación de trabajo llevó a plantear un cambio de sistema: Del sistema de autorización se pasó al sistema de excepción legal y de control *a posteriori*⁶⁶.
- 3.º) Una de las principales novedades que aporta el Reglamento 1/2003 consiste en que, a partir del 1 de mayo de 2004 —fecha de inicio de la aplicabilidad del texto comunitario—, las autori-

Paris, 2004; L. NOUVEL, «1er mai 2004: l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003 et du "Paquet modernisation" portant réforme des règles de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE», *Rev.dr.aff.int.*, 2004, 3, pp. 371-386; K. PUETLOVIC, «Reform of EC antitrust enforcement: criticism of the new system is highly exaggerated», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 6, 2004, pp. 356-369; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht: Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf die Kartellrechtspraxis*, Stuttgart, 2004; F. SCHÖLER, *Die Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Frankfurt am Main, 2004; J. SCHWARZE/A. WEITBRECHT, *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts: die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Baden-Baden, 2004; R. WAINWRIGHT, «The relationship between the national judge and the European Commission in applying Articles 81 and 82 of the EC Treaty», *ERA-Forum: scripta Iuris Europaei*, 2004, 1, pp. 84-91; PH. WARD, «Rating enforcement», *Global Competition Review*, 7, 3, 2004, pp. 4-40; J. ZWIENER, *Die Auswirkungen der Verordnung Nr. 1/2003 auf das europäische und deutsche Kartellverfahren*, Frankfurt am Main, 2005.

⁶⁶ Según el *Libro Blanco*, apartado 76, «en un sistema de excepción legal, las empresas quedan descargadas de la obligación de notificar y disponen de un medio de defensa suplementario en los tribunales para obtener la ejecución de sus acuerdos, ya que pueden alegar la aplicación del artículo 85.3».

dades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar el entero art. 81 TCE, con su tercer párrafo incluido (arts. 5 y 6 Reglamento 1/2003, respectivamente). La Comisión, desde ese momento, debería concentrarse en luchar contra las infracciones más graves del Derecho de la competencia (*Libro Blanco*, apartado 42).

- 4.º) Como consecuencia del *giro copernicano* experimentado por el Derecho europeo de la competencia a causa del Reglamento 1/2003, una visión panorámica de dicho ordenamiento jurídico necesariamente se parecería mucho al cuadro fino e irónico que ha descrito un jurista suizo: «Mientras, hasta ahora, la *música* del Derecho europeo de la competencia era tocada básicamente por la Comisión como un *solista*, pronto será una *orquesta* de 15 a 25 músicos quienes toquen esta *música* compuesta por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, *con arreglos* de la Comisión, con algunas *letras* del Tribunal de Justicia de la comunidad Europea y del Tribunal de Primera Instancia. No siendo una sorpresa, el *director* de esta *orquesta* será la Comisión, y la Comisión tiene reservado el derecho a tocar el *primer violín* cuando el interés público así lo exija. Sin embargo, si bien esta nueva orquesta —con músicos de Portugal a Polonia, Malta y Chipre— tocará *afinadamente* y de acuerdo con los mismos compases, será objeto de vigilancia. Los tribunales arbitrales, aunque básicamente tocan el mismo tipo de música, no forman parte de esta nueva orquesta. Ellos tocan *música de cámara*, sin un director, y con especiales solistas que habrán estudiado su parte con el máximo cuidado»⁶⁷.

35. Por consiguiente, cabría preguntarse, tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, si los árbitros, que evidentemente no son ni autoridades nacionales de competencia ni órganos jurisdiccionales nacionales, podrían pronunciarse en relación con el art. 81.3 —por analogía con la posibilidad que el Reglamento 1/2003 ofrece a los órganos jurisdiccionales—. Expresado con otros términos, se trata de saber si, como ya ocurrió a propósito de los arts. 81.1, 81.2 y 82 TCE, un órgano arbitral dispone de las mismas facultades que un órgano judicial de un Estado miembro para declarar la existencia de una exención en virtud del art. 81.3 TCE.

⁶⁷ M. BLESSING, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, Helbing & Lichtenhahn, Zürich, 2003, p. 16.

36. Existen cuatro posibles —y rotundas— razones para justificar que los árbitros puedan aplicar el art. 81 TCE en su totalidad⁶⁸:

- 1.^a) Uno de los objetivos de la reforma en el procedimiento comunitario es la *aplicación integral* del art. 81 TCE, ya sea por parte de los órganos jurisdiccionales o por parte de los árbitros. La Comisión, desde la adopción del *Libro Blanco*, ha buscado conseguir que los órganos competentes para aplicar el art. 81 TCE, lo sean para aplicarlo en su totalidad: Lo de menos es determinar quiénes son los competentes, lo importante es que esos órganos puedan aplicar todo el art. 81 TCE, y no sólo algunos apartados del mismo⁶⁹.
- 2.^a) La función que desarrollan los árbitros es similar a la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales. Esta *naturaleza jurisdiccional* de la labor arbitral hace que la posición de los árbitros se pueda equiparar a la que tienen los órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar los arts. 81 y 82 TCE⁷⁰. El hecho de que la nueva regulación en materia de competencia no mencione a las instancias arbitrales como órganos competentes para aplicar las normas de Derecho europeo de la competencia, puede deberse a que la Comisión haya estimado que no era necesaria su inclusión. Si la Comisión hubiera querido que los árbitros no fueran competentes para la aplicación del art. 81.3 TCE, habría dispuesto una disposición expresa, excluyendo a estos órganos como autoridades competentes en este sentido.
- 3.^a) Una de las principales ventajas del arbitraje es su *celeridad*. Si el árbitro no pudiese aplicar el art. 81.3 TCE, a la hora de resolver los casos de ententes planteados ante él, y ante la imposibilidad de plantear una cuestión prejudicial al TJCE, sólo le quedaría recurrir a los jueces para que éstos le dijese si concurren las condiciones de exención del tercer párrafo del art. 81. Esta suspensión del proceso arbitral y subsiguiente pregunta a los órganos jurisdiccionales nacionales retrasaría en exceso la solución del caso y perjudicaría una de las principales ventajas del arbitraje: la rapidez. Esta única opción que le quedaría al árbitro, en realidad, no sería una vía efectiva en todo caso, ya

⁶⁸ W. ABDELGAWAD, «L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE». *Rev. arb.*, n.º 2, 2004, pp. 256-260.

⁶⁹ Vid. L. IDOT, «Arbitration and the Reform of Regulation 17/62», en C.-D. EHLERMANN/I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual: 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 317.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 316.

que, no existen mecanismos previstos de colaboración entre los árbitros y los órganos jurisdiccionales en este sentido. Además, nada garantiza que la aplicación del art. 81.3 TCE por parte de un juez sea siempre más acertada que la que pueda realizar un árbitro. No hay razones, entonces, para que los árbitros no puedan ser órganos competentes en relación con el art. 81.3 TCE.

- 4.^a) La reforma también tiene como finalidad favorecer la *privatización* del Derecho de la competencia. En efecto, salvo que el asunto tenga un interés comunitario superior, los particulares acudirán a las jurisdicciones nacionales y a las autoridades nacionales de competencia para dirimir sus controversias, siendo éstos los órganos que se encuentran mejor situados para defender los derechos subjetivos de los particulares recogidos en el art. 81 TCE (Considerando 7 Reglamento 1/2003). Suponer la arbitrabilidad del Derecho europeo de la competencia, abunda en la consecución de este objetivo de privatización.

3. Aplicación del Derecho de la competencia por los árbitros: Facultativa u obligatoria

37. Puede suceder —es lo más habitual— que una de las partes invoque, en el transcurso del procedimiento arbitral, las normas sobre libre competencia —en particular, los arts. 81 y 82 TCE o un Reglamento comunitario— y entonces no quepa plantearse la aplicabilidad de oficio o a instancia de parte del Derecho europeo de la competencia por los árbitros. Pero también puede ocurrir que ninguna de las partes lo alegue, bien sea intencionadamente o por error, o que —supuesto menos frecuente— las partes excluyan la aplicabilidad por los árbitros del Derecho de la competencia en la misma cláusula compromisoria o en el transcurso del procedimiento arbitral: Es sólo, en estos últimos casos, cuando surge, con toda su trascendencia, la cuestión de si un órgano arbitral está obligado a aplicar, de oficio, el Derecho europeo de la competencia⁷¹.

38. El árbitro internacional no sólo está facultado, sino que está obligado a tener en cuenta e, incluso, aplicar, en su caso, el Derecho de la competencia, en general, y el Derecho europeo de la competencia, en particular, como se recuerda tanto por algunos autores⁷² como por la

⁷¹ N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 120-127.

⁷² W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 286-294; M. DE BOIS-ÉSSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, 1990, pp. 509-510;

propia práctica arbitral, en especial de la Cámara de Comercio Internacional⁷³. El principal motivo que se alega en favor de esta interpretación se halla en la naturaleza de orden público o, si se prefiere, el carácter absolutamente imperativo de los arts. 81 y 82 TCE y, en general, del Derecho europeo de la competencia⁷⁴.

39. Frente a la anterior afirmación, un sector doctrinal ha sostenido que los árbitros no se encuentran, en principio, obligados a aplicar las normas de competencia. No son autoridades nacionales ni órganos jurisdiccionales y, por consiguiente, no son destinatarios de los arts. 81 y 82 TCE. Es más, la aplicabilidad *de oficio* del Derecho europeo de la competencia —se ha observado— podría suponer que el laudo arbitral estuviese viciado por incongruencia: Los árbitros podrían resolver *ultra petita*, si se respaldaran en las normas sobre libre competencia, atribuyéndose así una misión que no les fue atribuida por las partes, especialmente en el supuesto de que éstas hubieran decidido la exclusión de tales normas⁷⁵.

A la postre, este sector doctrinal no se encuentra, sin embargo, tan alejado del primero como se pudiera pensar; ya que también se ha señalado que si los árbitros no están vinculados jurídicamente, sí lo están en la práctica, puesto que, para evitar que los laudos que dicten puedan ser

R. KOVAR, «Droit communautaire de la concurrence et arbitrage», en *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 109-124; J.-H. MOITRY, *Arbitrage international...*, p. 11; C.M. SCHMITTHOFF, «Arbitration and EEC Law», *C.M.L.Rev.*, 24, 1987, pp. 143-157, con cr. p. 146.

⁷³ *Vid.*, *ad ex.*, el «Rapport sur l'arbitrage et le droit de la concurrence», *Swiss Review of International Competition Law*, 1984, pp. 37 ss.; así como, *ad ex.*, sentencia arbitral de 22 julio 1964, *Rev. arb.*, 1965, p. 28; la sentencia CCI n.º 1.397/1966, *Clunet*, 1974, p. 878, con nota de Y. DERAÏNS; sentencia CCI n.º 2.811/1979, *Clunet*, 1979, p. 984, con nota de Y. DERAÏNS; sentencia CCI n.º 6.503/1990, *Clunet*, 1995, p. 1.022, nota de Y. DERAÏNS; sentencia CCI n.º 6.614/1991, *Bull. ICC*, n.º 1/1995, pp. 53-54; sentencia CCI n.º 7.673/1993 comentada por Y. DERAÏNS, «L'application du droit européen par les arbitres – Analyse de la jurisprudence», en R. BRINER/Y. DERAÏNS [et al.], *L'arbitrage et le Droit Européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 65-80, con cr. pp. 70 y 75; sentencia CCI n.º 7.539/1996, *Clunet*, 1996, p. 1.030, nota de Y. DERAÏNS.

⁷⁴ N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 124-127.

⁷⁵ P. MAYER, «Le contrat illicite», *Rev. arb.*, 1984, pp. 205-223, con cr. p. 215. En contra de esta opinión, cabe observar que: En primer lugar, la regla de orden público está demasiado estrechamente unida a la propia sustancia de la obligación contractual para que pueda ser considerada exónena al objeto del litigio (J.-H. MOITRY, *Arbitrage international...*, p. 11). En segundo lugar, los árbitros tienen la obligación de considerar todas las cuestiones que sean de orden público en interés de las propias partes, que les han otorgado su confianza, si no quieren arriesgarse a que su sentencia sea anulada por no haber aplicado o haber aplicado incorrectamente una norma de orden público (X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, pp. 349 ss., con cr. p. 362).

objeto de nulidad o de no reconocimiento deberían observar las prescripciones del Derecho de la competencia *de oficio*⁷⁶. En efecto, para dotar de verdadera fuerza vinculante al laudo arbitral, éste no debería contradecir el orden público de los Estados de la UE, y, para esto, los árbitros deben respetar las normas de competencia aplicables en el caso⁷⁷.

40. La obligación de aplicar las normas de competencia de oficio, sin embargo, sólo debería existir:

- 1.º) En los casos en los que el laudo arbitral dictado hubiera de ser ejecutado en *territorio comunitario*, ya que, en estos supuestos es cuando el juez nacional comunitario que concede la ejecución debe comprobar que el laudo no atenta contra el orden público (*Vorrang des Kartellrechts des Vollstreckungsstaates*)⁷⁸. Si la sentencia arbitral debiera ser ejecutada fuera de la UE, el órgano jurisdiccional al que se solicitara la misma, aplicaría sus normas, no el Derecho comunitario, y, por tanto, normalmente no se denegaría la ejecución por el incumplimiento de los arts. 81 y 82 del Tratado (*back-stage-door escape*)⁷⁹.
- 2.º) Obviamente, cuando el *Derecho aplicable al contrato* que origina la diferencia entre las partes es el *Derecho de un Estado miembro de la UE*, el órgano arbitral tiene el deber de aplicar las reglas de orden público del Derecho comunitario de la competencia (*Prinzip vom Vorrang der lex causae*)⁸⁰, habida cuenta de su *efecto directo* en el Derecho interno y deben hacerlo *de oficio*, incluso ante la falta de alegación por las propias partes (*ad ex.*, J.-J. ARNÁLDEZ)⁸¹: Conocida como *teoría del estatuto*

⁷⁶ Vid. W. ABDELGAWAD, *L'arbitrage international et le nouveau Règlement...*, pp. 261-263.

⁷⁷ Vid. A. P. KOMNINOS, «Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement», *World Compet.*, 24 (2), 2001, p. 237.

⁷⁸ N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 95-96.

⁷⁹ Vid. L. IDOT, «Arbitration and the Reform of Regulation 17/62», en C.-D. EHLERMANN/I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual: 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 313-315; F.-B. WEIGAND, «Evading EC Competition Law by Resorting to Arbitration?», *Arbitration International*, 1993, pp. 249-258.

⁸⁰ N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 88-94.

⁸¹ Así ocurrió, *ad ex.*, en el caso resuelto por sentencia CCI n.º 8.423/1998, *Clumet*, 4, 2002, pp. 1.079-1.085, con nota de J.-J. ARNÁLDEZ. Como señala este comentarista, no había ninguna duda de la aplicabilidad de la reglamentación comunitaria: El arbitraje se desarrollaba en Bruselas, las partes habían elegido el Derecho portugués, las sociedades litigantes eran de Estados comunitarios (Portugal y Francia) y el contrato debía ser ejecutado en territorio comunitario.

obligacional (Schuldstatustheorie), esta posible interpretación significa que los tribunales arbitrales deben aplicar a la diferencia entre las partes el Derecho material de la *lex causae* (el Derecho rector del fondo del asunto, generalmente un contrato) en su conjunto, incluidas las normas imperativas del Derecho económico⁸². A las partes se les debe permitir que expresen sus puntos de vista, para que, así, el *principio de contradicción* sea respetado (W. ABDELGAWAD, Y. DERAÏNS, J.-B. RACINE)⁸³.

41. Está, pues, claro que, inicialmente, un árbitro que cumple su labor en un Estado no comunitario y conforme a una legislación no comunitaria no está obligado *de oficio* a tomar en consideración el Derecho antitrust comunitario. Pero cabe preguntarse si, aun así, pudiera aplicarlo o, al menos, intentarlo (*Berücksichtigung des Kartellrechts dritter Rechtsordnungen*)⁸⁴. Es ésta una cuestión de alcance más general, una cuestión que puede plantearse a propósito de la conveniencia de que los árbitros tomen en consideración las leyes de policía de determinados Estados (*drittstaatliche Eingriffsnormen*), sean o no de libre competencia⁸⁵. Los autores han estado divididos y la práctica de los tribunales arbitrales no lo ha estado menos.

Es significativo el hecho de que la práctica arbitral en Suiza haya experimentado un *giro copernicano* durante los años 90. Como ha subrayado, entre otros, M. BLESSING, mientras que, hasta finales de los años 80, los tribunales arbitrales suizos mostraban generalmente su rechazo a aplicar normas antitrust que no perteneciesen a la *lex causae*, su actitud cambió claramente en los años siguientes y se consideraron competentes para verificar la compatibilidad de un contrato con los arts. 81 y 82 TCE⁸⁶.

⁸² W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 357-362; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 239-269; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, p. 204.

⁸³ Sentencia CCI n.º 7.539/1995, *Clunet*, 1996, pp. 1.030-1.037, con nota de Y. DERAÏNS; W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, p. 292; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, p. 289.

⁸⁴ N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 97-106.

⁸⁵ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 298-350; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 207-212.

⁸⁶ Un caso excepcional fue la decisión de la *Chambre des Recours* del Cantón de Vaud de 28 de octubre de 1975, en el caso *Ampaglas v. Sofia* (publicada en el *Journal des Tribunaux*, 129, 1981-III-71), que afirmó la competencia de un árbitro para examinar la validez de un contrato a la luz de los (entonces) arts. 85 y 86 del Tratado de Roma. Ya en los años 90, el *leading case* es el resuelto por la decisión del Tribunal Supremo Federal Suizo de 28 de abril de 1992, in re *G. SA v. V. SpA* (publicada en *ATF* 118 II 193), que sostuvo la competencia de los tribunales arbitrales con sede en Suiza para pronunciarse sobre la compati-

Incluso, en algunos casos, se confirma la aplicación *de oficio* de las normas de Derecho europeo de la competencia en relación con demandas sobre contratos en los que no se ha designado Derecho aplicable⁸⁷.

42. Las situaciones en las que un árbitro debería tener en cuenta las normas del Derecho europeo de la competencia, aunque el contrato estuviese regido por la ley de un ordenamiento no comunitario (= *Anwendung kartellrechtlicher Normen einer anderen Rechtsordnung als der lex causae*), serían, pues las siguientes (G. BLANKE):

- 1.^a) Cuando las disposiciones imperativas de libre competencia pertenezcan al Derecho que resultaría aplicable en caso de que las partes no hubieran elegido una ley para su contrato.
- 2.^a) Cuando el contrato esté estrechamente vinculado con el Estado al que pertenecen esas normas de libre competencia.
- 3.^a) Cuando la ejecución del laudo arbitral pueda no ser efectiva por no haberse respetado las disposiciones del Derecho europeo de la competencia⁸⁸.

43. Por su parte, el Tribunal de Justicia tuvo que resolver dos cuestiones parcialmente relacionadas con la anterior. Primera: Si las normas comunitarias de competencia son aplicables *de oficio* por el tribunal estatal que tiene que controlar una sentencia arbitral, cuestión ésta a la que ha dado una respuesta positiva. Segunda: si las normas procesales internas relativas a la fuerza de cosa juzgada que impiden el examen de la compatibilidad de un laudo arbitral con el art. 81 TCE son compatibles con el Derecho comunitario, cuestión a la que, en el caso concreto

bilidad de un contrato con las normas sobre competencia de la CE, contrato de cooperación e inversión entre un grupo belga y varias empresas italianas, que se regía por el Derecho belga y en el que se dividían los territorios de compra y venta y se incluían acuerdos sobre precios. Después de este caso, tribunales arbitrales suizos afirmaron dicha competencia, incluso en casos en que la legislación aplicable elegida por las partes no era la de un Estado comunitario. Así, *ad ex.*, la sentencia CCI n.º 7.673/1993, *Bull. ICI*, n.º 1/1995, pp. 56-59, en un caso en el que el contrato litigioso se regía por el Derecho suizo, sostuvo que: «It is generally agreed that under Article 187(1) PIL, arbitrators must or at least may observe the international public policies of other States or of the European Communities irrespective of the substantive law applicable». *Vid.* M. BLESSING, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Basel, 1999, pp. 246-248.

⁸⁷ Así, en el asunto n.º 8.030/1995, los árbitros analizaron *de oficio* si el contrato de concesión en litigio se podía acoger a la excepción del artículo 85.3 Tratado de Roma. Se trataba de un contrato entre un concedente ruso y un distribuidor sueco. La demanda se interpuso por entender el distribuidor que la otra parte no había protegido el mercado español de las importaciones paralelas de vehículos del concedente.

⁸⁸ G. BLANKE, «The Role of EC Competition Law...», pp. 179-180.

de que se trataba, se le ha dado también una respuesta positiva. En efecto, la STJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV, Rec.*, p. I-3055, arrojó luz sobre los dos problemas mencionados⁸⁹.

44. Conviene, pues, que nos refiramos a los hechos que dieron origen al *caso Benetton*. Son los siguientes: La sociedad *Benetton international*, con sede en Amsterdam, concluyó un contrato de licencia con *Eco Swiss China Time*, sociedad con sede en Hong Kong, a la que se autorizaba a fabricar y vender relojes con la inscripción «Benetton by Bulova». Conforme a una cláusula compromisoria prevista en dicho contrato, se inició un procedimiento arbitral por ruptura anticipada del contrato, ya que Benetton lo rescindió tres años antes de su término final. El arbitraje se realizó en el Instituto holandés de arbitraje y conforme al Derecho holandés. El tribunal arbitral dictó dos laudos relacionados con este caso. En el primero de ellos, se ordenaba a Benetton que indemnizase a su empresa licenciataria por los perjuicios que la resolución anticipada del contrato le había producido. El segundo laudo, tuvo que dictarse, ante la falta de acuerdo de las partes, para fijar la cuantía de la indemnización. Aunque nunca lo alegó en el transcurso del procedimiento arbitral, Benetton invocó, como argumento para obtener la nulidad de ambas sentencias arbitrales, ante un tribunal estatal holandés, la nulidad del contrato de licencia por ser éste, en su opinión, contrario al Derecho comunitario de la competencia. En apelación, ganó Benetton: el tribunal holandés anuló el laudo arbitral, por entender que el art. 81 del Tratado de Roma, en el que se prohíben las ententes, es una norma de orden público en el sentido del ordenamiento jurídico holandés. En casación, el Tribunal Supremo holandés planteó cinco cuestiones prejudiciales al TJCE, que, en realidad, son reconducibles a dos temas: la aplicabilidad de oficio del art. 81 TCE a los laudos arbitrales que ya han sido pronunciados y la compatibilidad —o no— de las normas procesales holandesas que regulan el control jurisdiccional de los laudos arbitrales con la validez del Derecho europeo de la competencia. Veamos cada uno de ellos:

⁸⁹ STJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, C-126/97, *Rec.*, p. I-3055, apartados 35, 36, 40, 45 y 46. *Vid., ad ex.*, S. POILLOT PERUZZETTO, «L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1.^{er} juin 1999 (*affaire Eco Swiss China Time Ltd*)», *Clunet*, 2000, 2, pp. 299-307; C. PRIETO, «Note sous CJCE 1.^{er} juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time/Benetton International*», *Clunet*2000, 2, pp. 504-506; P. ZOBEL, «Art. 81 EGV im Schiedsgerichtsverfahren», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15, Juli 2001, pp. 300-307.

45. a) Gracias al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, es poco probable que un tribunal estatal pueda, de oficio, no reconocer un laudo arbitral extranjero. En el caso de que se trataba, la única posibilidad de anular la sentencia arbitral radicaba en saber si la sentencia o la manera en que ha sido dictada es contraria al orden público o a las buenas costumbres (art. 1.065 del Código holandés de procedimiento civil). Cabía, pues, preguntarse si el art. 81 TCE podía efectivamente considerarse una disposición de orden público. El Tribunal de Justicia puso de relieve estos datos de interés:

- 1.º) El art. 81 TCE instituye una disposición fundamental para el funcionamiento del Mercado interior, hasta el punto de que los acuerdos constitutivos de una entente ilícita son nulos de pleno derecho.
- 2.º) Dado que, en consecuencia, no cabe discutir la calificación de dicho precepto como orden público comunitario, no sólo los tribunales estatales, sino también los árbitros están obligados a aplicar de oficio el art. 81 TCE.
- 3.º) Como los tribunales arbitrales no son considerados jurisdicción nacional en el sentido del art. 234 TCE y no puede interponer una cuestión prejudicial (STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.*, p. 1.095, apartados 10 y 12), existe un interés manifiesto para el orden público comunitario en que los asuntos de orden público comunitario puedan ser examinados por las jurisdicciones nacionales llamadas a pronunciarse sobre la validez de las sentencias arbitrales y puedan ser objeto eventualmente de un reenvío prejudicial ante el Tribunal.

Así, pues, cabe invocar por vez primera esta cuestión ante los tribunales nacionales, aunque anteriormente no se haya debatido esta cuestión de orden público comunitario en el transcurso del procedimiento arbitral.

46. b) El Derecho holandés no permitía la anulación del plazo arbitral más que en un plazo muy breve: tres meses después del depósito de la sentencia arbitral en la jurisdicción competente. Esta regla procesal impedía, en el caso concreto, el recurso contra una sentencia arbitral contraria al orden público comunitario. ¿Es incompatible tal normativa procesal estatal con el Derecho comunitario? Para el Tribunal de Justicia estuvo claro que no era así puesto que:

- 1.º) El plazo no era demasiado breve si se compara con los fijados en los ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros ni

vuelve demasiado difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico comunitario.

- 2.º) Los principios de seguridad jurídica y de respeto a la cosa juzgada justifican que, fuera de los plazos legales, no se pueda recurrir ni las sentencias de fondo ni las sentencias posteriores que revisten el carácter de sentencias finales parciales: ni siquiera cuando el plazo ha transcurrido para la primera de ellas (la que establece el deber de indemnizar) y aún no ha expirado para la segunda (la que cuantifica la obligación indemnizatoria).

47. Las enseñanzas que derivan de esta sentencia son varias: los árbitros deben controlar de oficio la conformidad con el Derecho europeo de la competencia, dicha conformidad debe poder verificarse en el control *ex-post* jurisdiccional, los cauces procesales que no impiden o dificultan este control deben ser respetados. Alguna autora (C. PRIETO) ha observado finalmente el propósito del Tribunal de Justicia de no fomentar los actos procesales de mala fe: en este caso, Benetton había procedido, primero, a una resolución injustificada del contrato y, segundo, había intentado un recurso, acusando a sus licenciarios de una falta (el reparto de mercados) que Benetton conocía años antes y que, hasta el momento de interponer el recurso, no pareció importarle.

48. Por último, cabe preguntarse si el árbitro deja de estar obligado a aplicar de oficio el Derecho de la competencia cuando actúa en un arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*). La respuesta es claramente negativa: En el arbitraje comercial internacional, el árbitro, aun actuando como amigable componedor, no puede prescindir de las reglas que se considera que son de orden público internacional⁹⁰.

4. Cuestiones procedimentales

A) *Recurso prejudicial*

49. El art. 234 TCE dispone que los órganos jurisdiccionales pueden —o deben, según los casos— plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE⁹¹. Técnicamente la cuestión prejudicial no es otra cosa que un

⁹⁰ *Vid., ad ex.*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 294-298; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, pp. 139-140; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 251-255.

⁹¹ *Vid.* Tribunal de Justicia, «Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», *DOUE* C 143 de 11 de junio de 2005.

mecanismo interpretativo del Derecho comunitario que pretende asegurar su eficacia y uniformidad, evitando que los tribunales nacionales puedan tener la última palabra en cuestiones hermenéuticas y consolidar así interpretaciones divergentes de una misma regla jurídica. Con este fin, se instituyó una competencia exclusiva en favor del Tribunal de Justicia⁹².

50. Ahora bien, dado que el árbitro puede e, incluso, debe tener que aplicar el Derecho comunitario, cabe preguntarse si puede considerársele una jurisdicción de un Estado miembro y si, por consiguiente, puede plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE⁹³.

51. La anterior pregunta no es estéril. En primer lugar, porque plantea un dilema; es decir, una cuestión susceptible de varias respuestas. Se puede, en efecto, negar la posibilidad de que el árbitro recurra a la

⁹² *Vid., ad ex.*, J. BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 13, enero-marzo 2005, pp. 35-60; A. BARAV, «Le renvoi préjudiciel communautaire», *Justices* 1997, n.º 6, pp. 1 ss.; S. BARONA VILAR, «La cuestión prejudicial comunitaria», *La Ley: Unión Europea*, n.º 4.333, julio 1997, pp. 2-9; M.-C. BERGERES, «Vademecum de la question préjudicielle de l'article 177 du Traité CEE», *D.* 1994, chron. 181; M. CIENFUEGOS MATEO, «La apreciación de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial ex artículo 177 del Tratado CE en la jurisprudencia española», *Not.UE*, n.º 163-164, agosto-septiembre 1998, pp. 9-24; M. DARMON, «Réflexions sur le recours préjudiciel», *Cah.dr.eur.*, 1995, pp. 577 ss.; M.^a FRAILE ORTIZ, «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 7, julio-septiembre 2003, pp. 433-466; M. JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, Barcelona, 1996; M. LAMELA FERNÁNDEZ, «Cuestión prejudicial», *Not.C.E.E.*, n.º 66, julio 1990, pp. 137-140; C.-O. LENZ, «Rôle et fonctionnement de la procédure de décision préjudicielle en droit communautaire», *JCP* 1995.I.3834; R. LEÓN JIMÉNEZ, «Procedimiento y aspectos formales de la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Not.UE*, n.º 221, junio 2003, pp. 59-64; J. MORCILLO MORENO, «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», *Not.UE*, n.º 201, octubre 2001, pp. 9-28; M. PASTOR LÓPEZ, «La obligatoriedad o el carácter facultativo de la cuestión prejudicial del Derecho comunitario europeo», *Not.C.E.E.*, n.º 25, febrero 1987, pp. 103-113; J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*, París, 2001; M. REVENGA SÁNCHEZ, «Algunos aspectos problemáticos en la regulación de la cuestión prejudicial (art. 177 TCEE)», *Not.UE*, n.º 121, febrero 1995, pp. 37-45; M.^aI. ROFES I PUJOL, «La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia: una vía privilegiada de diálogo entre jurisdicciones», en CGPJ/Gobierno Vasco, *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva*, Madrid, Vitoria, 1995, pp. 153-172; G. ROUHETTE, «Quelques aspects de l'application du mécanisme du renvoi préjudiciel», *Justices*, 1997, n.º 6, pp. 15 ss.; M. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo: artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994.

⁹³ *Vid., ad ex.*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 316-331; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, pp. 140-144.

cuestión prejudicial, señalando que el art. 234 TCE no contempla el arbitraje. Pero también se puede esgrimir que la técnica del arbitraje, como medio de arreglo de diferencias, deriva de la ley nacional, ya que las leyes de los Estados miembros contemplan esta posibilidad, que los árbitros gozan de poderes muy semejantes a los de los jueces y que, por tanto, serían jurisdicciones nacionales. En segundo lugar, porque, cualquiera que sea la respuesta, ésta tiene importantes consecuencias prácticas.

52. En el debate doctrinal y jurisprudencial que dicha cuestión originó, ciertas ideas se fueron afianzando y ganando terreno:

- 1.^a) Que una cosa es que el ordenamiento jurídico contemple la posibilidad del arbitraje y otra que lo imponga. Cuando efectivamente tiene lugar un arbitraje, éste no tiene su origen inmediato en la ley, sino en la voluntad de las partes que deciden recurrir a él. *Ergo*: El órgano arbitral —que no administra justicia en nombre del Estado, sino de las partes que lo eligen— no es equiparable a un órgano judicial de un Estado miembro.
- 2.^a) Que, como señaló la STJCE de 30 de junio de 1966, *Vaassen/Direction du Baembtendfonds voor het mejnbedrijf*, 61/65, *Rec.*, p. 378, una jurisdicción es un organismo que ha sido instituido para juzgar de manera permanente y cuya competencia se impone a los justiciables. Dicho con otros términos, un órgano jurisdiccional tiene un origen legal, es un órgano permanente, su jurisdicción tiene carácter obligatorio y aplica el Derecho mediante un procedimiento sometido a varios principios procesales, en especial el principio contradictorio. *Ergo* faltaban tres caracteres esenciales: El órgano arbitral, que no es permanente, que no administra justicia en nombre del Estado y cuya existencia y funcionamiento depende de la voluntad de los particulares que optan por él, no puede ser una jurisdicción arbitral.
- 3.^a) Que, como confirmación y no como excepción a la anterior idea, la STJCE de 30 de junio de 1966, *Vaassen/Direction du Baembtendfonds voor het mejnbedrijf*, 61/65, *Rec.*, p. 378, que contemplaba un caso en el que intervenía un tribunal de arbitraje de la caja de los empleados de las minas de Holanda, apuntó que un arbitraje obligatorio no es más que una jurisdicción excepcional a la que un legislador nacional ha querido otorgar el régimen jurídico del arbitraje.

53. Hubo que esperar, sin embargo, a comienzos de los años 80, para que este mismo Tribunal resolviese considerar que los árbitros no

pueden calificarse de jurisdicción de un Estado miembro con el fin de beneficiarse del art. 234 TCE y poder, así, preguntarle la interpretación del Derecho comunitario (STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.*, p. 1095)⁹⁴. En este caso, en el que el fondo debía ser regulado por la ley alemana, el Tribunal de Justicia se consideró incompetente para responder a las cuestiones planteadas por el órgano arbitral. Según el Tribunal de Justicia la semejanza de actividad del tribunal arbitral con la actividad jurisprudencial no era suficiente para conferir al árbitro de una jurisdicción de un Estado miembro en el sentido del art. 234 TCE. En general, la doctrina acogió mal esta decisión, a la que algún autor (H.G. GHARAVI) calificó como «sin sentido y peligrosa» (*senseless and dangerous*)⁹⁵.

54. Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha confirmado la jurisprudencia según la cual los árbitros no son órganos jurisdiccionales, a los efectos de poder plantear cuestiones prejudiciales (STJCE de 27 de enero de 2005, *Denuit*, C-125/04)⁹⁶. El TJCE se ha referido a los mismos argumentos ya vertidos en el asunto *Nordsee* para no pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Colegio arbitral de la Comisión de Litigios sobre Viajes de Bélgica con este tenor: «Dado que, en el asunto principal, las partes contratantes no están obligadas, de hecho o derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas belgas no están implicadas en la elección de la vía arbitral, el collège d'arbitrage de la Comisión de Litiges Voyages no puede ser considerado un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del art. 234 CE»⁹⁷.

⁹⁴ Vid. STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.*, p. 1095, apartado 13.

⁹⁵ H.G. GHARAVI, «EC Competition Law and the Proper Scope of Arbitration», *Arbitration*, 63, 1987, pp. 59-66, concur. p. 63; A. MC CLELLAN, *Le rôle de l'arbitrage commercial...*, pp. 301-314, concur. pp. 308-309; X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, pp. 349 ss.; C.M. SCHMITTHOFF, «Arbitration and EEC Law», *C.M.L.Rev.*, 24, 1987, pp. 143-157, concur. p. 153-157; A. RIGOZZI, *Arbitrage, ordre public...*, pp. 455-487, concur. p. 471. A favor, de la postura adoptada por el TJCE, P.L. HETSCH, *L'arbitrage en droit...*, pp. 46-58, concur. 50 ss.

⁹⁶ Vid. STJCE de 27 de enero de 2005, *Denuit*, C-125/04.

⁹⁷ Vid. STJCE de 27 de enero de 2005, *Denuit*, C-125/04, apartado 16. El litigio surge con ocasión de un contrato celebrado entre una agencia de viajes y dos clientes. Según el contrato estos últimos realizarían un viaje a Egipto por 2.765 euros. El precio incluía el transporte por avión desde Bruselas —también el viaje de vuelta— y un crucero por el Nilo durante 7 días. En las condiciones particulares del contrato se daba la posibilidad de revisar los precios pagados si el tipo de cambio hubiera cambiado un 10% en el momento de la salida del viaje. Los consumidores, el Sr. Denuit y la Sra. Cordenier exigieron a la agencia que les reembolsara 217,61 euros, ya que se había producido una apreciación del euro —en el momento de la firma del contrato un euro costaba 0,91 dólares y en el mo-

55. Ahora bien, una cosa es que los tribunales arbitrales no sean propiamente jurisdicciones, de origen legal y permanente, de los Estados miembros de la UE susceptibles de beneficiarse del mecanismo procedimental e interpretativo del art. 234 TCE y otra, sin embargo, que los tribunales estatales encargados de controlar los laudos arbitrales, en sede de revisión o de reconocimiento o ejecución, sí podrían plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE acerca del Derecho europeo de la competencia aplicado por el árbitro (PH. FOUCHARD, C. GALVALDA/G. PARLÉANI)⁹⁸. Es ésta, en todo caso, una exégesis que, actualmente, requeriría una interpretación evolutiva de la jurisprudencia comunitaria; ya que ésta reconoce, hoy por hoy, exclusivamente legitimación para interponer el recurso prejudicial a los órganos judiciales de los Estados miembros que deben resolver el fondo del asunto y que, con dicho propósito, requieren la interpretación del Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia⁹⁹.

56. No sólo esto, sino que, *de lege ferenda*, algunos autores sostienen que el árbitro debería poder plantear cuestiones prejudiciales ante

mento de la salida costaba 1,08—. La agencia se negó a la devolución acogiéndose a la Ley belga de transposición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, p. 59), cuyo artículo 11, apartado 1 dispone: «El precio convenido en el contrato no podrá ser revisado, salvo si el contrato establece de manera explícita la posibilidad de revisión al igual que su método exacto de cálculo y siempre que la revisión sea consecuencia de variaciones: a) de los tipos de cambio aplicados al viaje, y/o; b) del coste de los transportes, incluido el coste del carburante, y/o; c) de las tasas e impuestos relativos a determinados servicios. En tal caso, es necesario que las mencionadas variaciones den lugar igualmente a una reducción del precio». El mencionado artículo 11 apartado 1 de la Ley Belga es la transposición del artículo 4 apartado 4 de la Directiva 90/314/CEE, precepto este último que dispone lo siguiente: «Los precios establecidos por el contrato no podrán ser revisados, salvo si éste establece de manera explícita la posibilidad de revisión tanto al alza como a la baja y define las modalidades precisas de cálculo, y si se revisan únicamente para tener en cuenta variaciones: del coste de los transportes, incluido el coste del carburante; de las tasas e impuestos relativos a determinados servicios, como los impuestos de aterrizaje, de desembarco o de embarque en puertos y aeropuertos; de los tipos de cambios aplicados al viaje organizado de que se trate». Ante la respuesta negativa dada por la agencia, los demandantes acudieron al collège d'arbitrage de la Comisión de Litiges Voyages para denunciar los hechos. El órgano arbitral consideró que debía plantear al Tribunal de Justicia algunas cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación que debía darse al artículo 4, apartado 4, de la Directiva 90/314/CEE.

⁹⁸ Vid. STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.* 1982, p. 1095, apartados 14 y 15. *Vid., ad ex.*, en este sentido, PH. FOUCHARD, en *Rev. arb.*, 1982, p. 491; C. GALVALDA/G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Paris, 1988, pp. 117 y 687.

⁹⁹ *Vid., ad ex.*, STJCE de 21 de abril de 1988, *Pardini/Ministero del Commercio con l'Estero*, 338/85, *Rec.*, p. 2041.

el TJCE, ya que, si admitimos que los árbitros pueden aplicar el art. 81 TCE en su totalidad, deberíamos en coherencia permitir que estos órganos pudieran preguntar al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la competencia europeo; porque, de otro modo, los laudos arbitrales podrían aportar una interpretación disconforme de las normas europeas de competencia, sin posibilidad de recurso alguno, a menos que se observara un atentado contra el orden público internacional. Es éste un deseo largamente sentido por los medios profesionales cercanos al arbitraje, no sólo con relación al Derecho de la competencia, sino, en general, de todo el ordenamiento jurídico comunitario¹⁰⁰.

Existiría la posibilidad de que, en el futuro, sin necesidad de reformar el Tratado, se considerase —como sugirió X. DE MELLO— que el art. 234 del Tratado de Roma, al disponer que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, «cuando se plantee una cuestión... ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros..., si estima necesaria una decisión al respecto para emitir su fallo» (art. 234 TCE, penúltimo apartado) o «cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno...» (art. 234 TCE, *in fine*), no hace otra cosa que limitarse a regular dos supuestos específicos, cuyo común denominador es el de suscitarse la necesidad de que el Derecho comunitario sea interpretado por el Tribunal de Justicia en litigios que se solventan por órganos judiciales de Estados miembros. Pero fuera de estos dos supuestos, cabría imaginar esa misma necesidad interpretativa en otros tipos de procedimientos, entre los que los arbitrales ocuparían una posición destacada¹⁰¹.

Además, por otro lado, la cooperación entre los órganos comunitarios y los árbitros debería ser recíproca y, si admitimos que la Comisión pueda intervenir en el procedimiento arbitral presentando observaciones escritas o verbales —tal como se analizará más adelante—, deberíamos permitir, también, que los árbitros puedan beneficiarse del recurso prejudicial ante el TJCE¹⁰².

57. En todo caso, al margen de una eventual reforma del Tratado de Roma, cabría preguntarse si no hay alguna otra vía que posibilite ya

¹⁰⁰ *Vid.*, en este sentido, la aspiración manifestada en el segundo Congreso internacional de arbitraje (*Rev. arb.*, 1966, n.º spécial, p. 62; X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, pp. 349 ss., concr. p. 384).

¹⁰¹ X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, pp. 349-403, concr. p. 398.

¹⁰² *Vid.* W. ABDELGAWAD, «L'arbitrage international et le nouveau Règlement...», *Rev. arb.*, n.º 2, 2004, p. 275.

la cooperación entre los órganos arbitrales y las instituciones comunitarias. Hay dos buenas razones para ello. Primera: Como veremos, el control de los laudos arbitrales por los tribunales estatales en caso de recurso de anulación o de *exequatur* es muy limitado y no supone una revisión del fondo. Segunda: La Comisión carece de un mecanismo general que le permita reaccionar jurídicamente frente a los laudos arbitrales que, de forma injustificada, ignoran el Derecho comunitario de la competencia¹⁰³. Por esto, N. SPIEGEL ha propugnado la implantación del principio «cooperación en lugar de control» (*Prinzip «Kooperation statt Kontrolle»*)¹⁰⁴. En aras de este principio, debieran explorarse las posibilidades procedimentales que brinda el Reglamento 1/2003.

58. Así, los árbitros podrían utilizar el mecanismo de cooperación previsto en el art. 15.1 del Reglamento 1/2003 para los órganos jurisdiccionales. Este precepto posibilita que los juzgados y tribunales nacionales puedan solicitar a la Comisión información o dictámenes que tenga en su poder sobre la aplicación de las normas de competencia. De este modo, se favorece una interpretación uniforme del Derecho europeo de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales. Con este objetivo de conseguir que las normas de competencia sean aplicadas de forma homogénea por cualquier instancia competente, y teniendo en cuenta que los árbitros no pueden acudir al TJCE, parece razonable que esta vía de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión pueda ser utilizada en relación con los árbitros¹⁰⁵.

59. Por otra parte, el art. 15.3 del Reglamento 1/2003 posibilita que la Comisión —además de las autoridades de competencia— pueda presentar observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a los arts. 81 y 82 TCE. También podrán realizar observaciones orales siempre que lo permita el órgano jurisdiccional correspondiente. En ambos casos, la intervención de la Comisión queda justificada para aportar una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 TCE.

La regulación del art. 15.3 R 1/2003 tiene, como destinatarios, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Cabría preguntarse si esta previsión podría aplicarse también en relación a los árbitros. En un primer momento, la confidencialidad del arbitraje, así como la independencia de los árbitros, podrían ser razones esgrimidas para negar esta posibilidad¹⁰⁶.

¹⁰³ Vid. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 516-517.

¹⁰⁴ N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 269-271.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 266-268.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 268.

Sin embargo, también podría argumentarse en sentido contrario y, así, considerar que cabría que el art. 15.3 R1/2003 se aplicara en relación con los árbitros. Para ello, debería exigirse ciertos condicionamientos¹⁰⁷:

- 1.º) Las intervenciones de la Comisión, presentando observaciones, bien sea escritas, bien sea de forma verbal, deberían ser autorizadas por el órgano arbitral¹⁰⁸;
- 2.º) Una vez autorizada la intervención de la Comisión, el árbitro debería comunicárselo a las partes y darles la posibilidad de responder y defenderse, si es el caso.
- 3.º) Como expresamente señala el art. 15.3 R1/2003, las observaciones que realice la Comisión tendrán por objetivo promover una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 TCE. Su intervención, por tanto, además de ser excepcional —cuando haya interés público comunitario— sólo está encaminada a clarificar la interpretación que se ha de dar de estos artículos, y no a aportar una concreta solución del caso. Las observaciones de la Comisión, en este sentido, sólo deben ayudar al árbitro a resolver el caso.
- 4.º) La Comisión podrá pedir a los órganos jurisdiccionales —también a los árbitros— información del asunto para poder hacer una mejor valoración del caso y presentar así unas observaciones más ajustadas (art. 15.3). La transmisión de esta información podría conculcar el principio de confidencialidad del arbitraje, sin embargo, el art. 28 R1/2003 garantiza que la Comisión no divulgará dicha información y que respetará el secreto profesional.

B) *Procedimiento comunitario y procedimiento arbitral*

60. En todo caso, cabe cuestionarse si sobre los árbitros recaería la obligación de suspender el procedimiento arbitral, hasta que la Comisión, iniciado un procedimiento, resuelva sobre la eventual inobservancia de los arts. 81 u 82 TCE: el árbitro —se considera— tiene «no solamente la posibilidad de suspender el procedimiento, sino también la de proseguir si estima que la violación es inexistente o, por el contrario, manifiesta»¹⁰⁹.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 268-271.

¹⁰⁸ La autorización de las partes en el proceso arbitral no debería exigirse puesto que podría suponer que la Comisión no pudiera intervenir y, por tanto, que no se aplicara correctamente el Derecho europeo de la competencia por el interés de alguna de las partes.

¹⁰⁹ *Vid.* B. HANOTIAU, «L'arbitrage et le droit européen de la concurrence», en R. BRINER/Y. DERAIS [et al.], *L'arbitrage et le Droit Européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 55. También W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 308-314.

61. En virtud del art. 16 del Reglamento 1/2003, los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia no podrán adoptar resoluciones incompatibles con una Decisión dictada por la Comisión sobre el acuerdo, decisión o práctica concertada en liza. Así mismo, los órganos jurisdiccionales deberán evitar dictar una resolución que pueda entrar en conflicto con una previsible Decisión que vaya a dictar la Comisión en un procedimiento que ya haya sido incoado —el órgano jurisdiccional tiene la facultad de suspender su procedimiento en espera de que la Comisión emita su Decisión y también puede plantear una cuestión prejudicial según el art. 234 TCE—.

Esta forma de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales de competencia en relación con la Comisión podría extenderse y hacerse aplicable también respecto de los árbitros. Los árbitros no se encuentran vinculados por este deber de tener en cuenta las Decisiones de la Comisión, por tanto, podrían dictar un laudo arbitral que fuera contradictorio con lo recogido en una Decisión de la Comisión. Sin embargo, dicho laudo podría ser objeto de nulidad ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, precisamente por esa infracción del Derecho comunitario. Por tanto, si bien, no por obligación, sí por conveniencia, los árbitros deberían tener en cuenta las Decisiones dictadas —o pendientes de ser dictadas— por la Comisión a la hora de emitir sus laudos arbitrales¹¹⁰.

Las partes pueden querer someter a arbitraje las disputas que puedan surgir de un acuerdo realizado entre ellas, acuerdo claramente incompatible con el Derecho de la competencia por recoger una fijación de precios en el mercado, *ad ex.*, con la finalidad de que el acuerdo pueda ponerse en práctica y no se le apliquen las normas de competencia. En este caso, pueden recoger como una cláusula más en el acuerdo la sumisión al arbitraje. Pues bien, ante esta situación, una de las empresas implicadas podría poner en conocimiento de la Comisión la existencia de ese acuerdo anticoncurrencial, con la cláusula de sumi-

¹¹⁰ *Vid.* A. P. KOMNINOS, «Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement», *World Compet.*, 24 (2), 2001, p. 232; R. NAZZINI, «International Arbitration and Public Enforcement of Competition Law», *Eur. Compet.L.Rev.*, n.º 3, 2004, pp. 161-162.

Algún autor considera que los árbitros no deberían suspender el procedimiento en espera de que la Comisión dicte la Decisión. El arbitraje se caracteriza por la celeridad, y esta razón es la que justifica que no sea conveniente suspender el procedimiento arbitral. Sin embargo, cuando haya un riesgo cierto de contradicción entre el laudo arbitral y la Decisión de la Comisión, en ese caso, por razones de seguridad jurídica, el árbitro debería suspender el procedimiento hasta que la Comisión adopte su Decisión (W. ABDELGAWAD, *L'arbitrage international et le nouveau Règlement...*, pp. 273-274).

sión al arbitraje incluida. En este supuesto, la cláusula arbitral podría ser prohibida por la Comisión en virtud al art. 81.2 TCE por contribuir a que la aplicación de las reglas de competencia sea eludida¹¹¹.

62. Los árbitros, al igual que los órganos jurisdiccionales, tienen la opción de suspender el procedimiento seguido ante ellos, hasta el momento en que la Comisión emita la Decisión en conflicto. Ahora bien, por el principio de celeridad del proceso arbitral, la suspensión del mismo sólo debe adoptarse cuando la contrariedad entre el laudo y la decisión —de la Comisión o de la autoridad nacional de competencia— sea real y no meramente hipotética. Por tanto, los árbitros no deberían suspender el proceso por el solo hecho de que pudiera iniciarse una investigación administrativa¹¹².

63. Los dos *principios* que deben inspirar el arbitraje son, además del ya estudiado de la *eficacia del laudo arbitral*, la *autonomía de la voluntad de las partes*¹¹³. En efecto, las partes que han elegido el arbitraje como modo de resolución de sus disputas son las que *gobiernan* dicho arbitraje. El poder de los árbitros en el arbitraje se lo otorgan las partes que los han elegido. Por tanto, la decisión de suspender o no el procedimiento arbitral la deberían tomar los árbitros teniendo en cuenta la opinión de las partes. Sólo en el caso de que éstas no se pongan de acuerdo, los árbitros podrían decidir de forma unilateral dicha suspensión¹¹⁴.

C) *Comunicación de las sentencias arbitrales a la Comisión*

64. Los Estados miembros tienen la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias dictadas por sus órganos jurisdiccionales, en las que se hayan aplicado los arts. 81 u 82 TCE (art. 15.2 R 1/2003). El Reglamento 1/2003 dispone que la remisión de la copia de las sentencias debe realizarse después de que éstas hayan sido notificadas a las partes. Ante esta obligación de remisión de sentencias, cabría preguntarse si los árbitros, por analogía, del mismo modo que pueden aplicar los arts. 81 y 82 TCE, deberían someterse, también, a las mismas obligaciones que deben observarse respecto de los órganos jurisdiccionales, y, por tanto, si estarían obligados a remitir a la Comisión una copia de los laudos arbitrales en los que hubieran aplicado los arts. 81 u 82 TCE.

¹¹¹ Vid. Dec. Com. 3 junio 1975, *Haarden- en Karchelhandel*, JO n.º L 159, 21 junio 1975.

¹¹² Vid. R. NAZZINI, *International Arbitration and Public Enforcement...*, p. 158.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 159.

65. Si bien es razonable preguntarse si los árbitros deberían quedar sometidos a la misma disciplina que los tribunales nacionales, respecto de esta obligación de los Estados miembros de remitir una copia de las sentencias dictadas sobre la aplicación del art. 81 u 82 TCE, podría considerarse que es una cuestión de menor importancia¹¹⁵.

En efecto, el objetivo de la imposición de este deber no es otro que informar a la Comisión. Por tanto, llegado el caso, con esta obligación no se evitarían aplicaciones incorrectas del Derecho de la competencia por parte de los jueces nacionales. Con este panorama, teniendo en cuenta, además, la naturaleza privada y confidencial de los arbitrajes, no se considera relevante cuestionarse sobre si los laudos arbitrales —documentos no públicos— deben ser remitidos a la Comisión cuando los árbitros hayan aplicado los arts. 81 u 82 TCE¹¹⁶.

66. En el sentido contrario del canal de comunicación, los árbitros tienen dos vías —podría plantearse como una alternativa— para obtener información que posee la Comisión:

- 1.º) A través de una comunicación directa entre el órgano arbitral y la Comisión, con el acuerdo de las partes en el proceso y, si no lo hay, por iniciativa unilateral del árbitro si lo considera relevante y siempre que se respeten los principios de transparencia e igualdad entre las partes¹¹⁷;
- 2.º) Mediante la solicitud del árbitro a cualquiera de las partes respecto de documentos que éstas hayan remitido a la Comisión, siempre respetando, eso sí, la confidencialidad y el secreto profesional¹¹⁸.

D) *Recurso en caso de inaplicación del Derecho de la competencia*

67. Los laudos arbitrales pueden ser objeto de control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales¹¹⁹. Este control debe quedar li-

¹¹⁵ Según algún autor, la remisión de los laudos arbitrales a la Comisión es inconcebible, a menos así lo acepten las partes implicadas en el proceso arbitral (*vid.* L. IDOT, «Arbitration and the Reform of Regulation 17/62», en C.-D. EHLERMANN/I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual: 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 318).

¹¹⁶ *Vid.* A. P. KOMNINOS, «Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement», *World Compet.*, 24 (2), 2001, p. 226.

¹¹⁷ *Vid.* R. NAZZINI, *International Arbitration and Public Enforcement...*, p. 162.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 159.

¹¹⁹ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 425-494; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, pp. 513-516; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 146-196.

mitado a la nulidad del laudo¹²⁰ y a su reconocimiento y ejecución¹²¹. Ante cualquiera de estas peticiones, el juez nacional deberá analizar si el laudo arbitral atenta contra el orden público de ese Estado. El TJCE ha considerado que el art. 81 TCE es orden público de los Estados miembros de la UE: «No obstante, con arreglo al art. 3, letra g) del Tratado CE [actualmente, art. 3 CE, apartado 1, letra g)], el art. 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del art. 85 del Tratado, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno derecho. (...) En efecto, por los motivos mencionados en el apartado 36 de la presente sentencia, el art. 85 del Tratado puede considerarse una disposición de orden público en el sentido de dicho Convenio»¹²².

E) *Retirada del beneficio de una exención por categorías*

68. La Comisión puede retirar individualmente el beneficio de un Reglamento de exención por categorías cuando estime, en el caso concreto, que la aplicación de dicho Reglamento provoca efectos incompatibles con el art. 81.3 TCE (art. 29.1 R 1/2003).

La autoridad nacional de competencia, por su parte, también puede retirar el beneficio de una exención por categorías cuando entienda que la aplicación del Reglamento de exención produzca efectos incompatibles con el art. 81.3 TCE en el territorio de un Estado miembro o en una parte de dicho territorio que represente un mercado geográfico distinto (art. 29.2 R 1/2003).

69. Los árbitros, al igual que los órganos jurisdiccionales, no tienen esta posibilidad de retirada individualizada de exenciones. Por tanto, no podrían, llegado el caso, realizar una retirada formal de la aplicación de un Reglamento de exención por categorías. Ahora bien, lo que sí podrían hacer es declarar incompatible con el Derecho de la competencia una entente en la que no concurren los presupuestos del art. 81.3 TCE. Por lo tanto, aunque la consecuencia final sea la misma, la vía seguida, sin embargo, es diferente y resulta respetuosa con la nueva regulación¹²³.

¹²⁰ *Vid.*, ad ex., B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, pp. 147-149.

¹²¹ *Vid.* STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.* 1999, p. I-3055, apartado 35.

¹²² STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.* 1999, p. I-3055, apartados 36 y 39.

¹²³ *Vid.* W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, pp. 215 y 218-221; *Id.*, *L'arbitrage international et le nouveau Règlement...*, pp. 263-264.

5. Control del laudo arbitral en el *exequatur*

70. Los laudos arbitrales se consideran cosa juzgada entre las partes implicadas en los mismos. Sin embargo, no existe ningún órgano en el contexto arbitral que pueda hacer cumplir el contenido de los laudos de forma coactiva. Por tanto, si las partes no cumplen voluntariamente lo acordado, la única posibilidad de exigir el sometimiento a lo dispuesto en el laudo es acudir a un órgano jurisdiccional.

71. La parte interesada en el laudo arbitral puede solicitar la ejecución del mismo ante los jueces y tribunales de un Estado. Los órganos jurisdiccionales nacionales ante los que se pide la ejecución del laudo aplicarán sus normas en la materia para proceder a conceder el *exequatur* o a denegar, según el caso.

El Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1958, está en vigor en más de 100 países. Por su extenso ámbito de aplicación espacial, es la norma a tener en cuenta a la hora de analizar el *exequatur* de los laudos arbitrales, sobre todo si tenemos en cuenta que los 25 países de la UE son Estados parte del Convenio.

72. El Convenio de Nueva York es aplicable para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, con independencia del país del que procedan¹²⁴. Por lo tanto, en principio, la parte interesada podrá acudir a los jueces y tribunales de un Estado parte del Convenio de Nueva York y solicitarles la ejecución del laudo arbitral, sin importar en qué Estado haya sido dictado. Los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes, entonces, tendrán que verificar que no concurre ningún motivo para denegar la ejecución de la sentencia arbitral, comprobado lo cual, declararán ejecutivo el laudo y se podrá proceder a la ejecución efectiva del mismo.

73. Uno de los motivos que recoge el Convenio de Nueva York para no reconocer o ejecutar el laudo arbitral —el más importante a los efectos de este trabajo— es el atentado contra el *orden público internacional del foro* (art. V.2.b). Las normas de Derecho europeo de la competencia forman parte del orden público de todos los Estados parte de la Unión Europea, por lo que, si se solicita la ejecución de una senten-

¹²⁴ A menos que algún Estado parte realice una reserva al respecto, y disponga que sus órganos jurisdiccionales sólo van a reconocer y ejecutar sentencias arbitrales que procedan de otro Estado contratante (art. I.3).

cia arbitral en un Estado europeo, y dicho laudo arbitral no ha respetado las normas comunitarias de competencia, no va a ser ejecutado en dicho Estado por infracción del orden público¹²⁵.

74. No obstante lo dicho anteriormente, algún autor entiende que la excepción de orden público debería alegarse sólo cuando las normas de competencia no observadas en el laudo arbitral sean las correspondientes a un *Estado estrechamente vinculado con el caso*¹²⁶. De este modo, un órgano jurisdiccional no debería acogerse al no respeto de las normas de competencia del foro para no ejecutar un laudo arbitral, cuando se trata de un Estado —el del foro— alejado de la esfera del supuesto de hecho. Del mismo modo, tampoco debería entender que el árbitro se ha excedido —excepción *ultra petita*— cuando ha observado normas de competencia no recogidas en la ley elegida por las partes, siempre que dichas normas estén estrechamente conectadas con el caso. Es más, los órganos jurisdiccionales deberían poder rechazar la ejecución de un laudo arbitral cuando el árbitro no ha tenido en cuenta las normas de competencia de un ordenamiento de un tercer Estado conectado con el caso.

75. Al lado de las dos posturas anteriores —la que considera que un motivo para denegar la ejecución de un laudo arbitral es el atentado contra el orden público internacional del foro, y la que entiende que sólo debería alegarse el orden público internacional del foro cuando el Estado requerido esté estrechamente vinculado con el caso— encontramos una tercera tesis: por el principio de aplicación uniforme del Derecho europeo de la competencia, cuando el árbitro que ha dictado el laudo esté situado en un Estado de la UE y el juez ante el que se solicita la ejecución de dicho laudo también forma parte del territorio comunitario, la infracción de las normas del Derecho europeo de la competencia por parte del árbitro siempre sería un motivo para no ejecutar la sentencia arbitral en territorio comunitario. El *espacio comunitario* se convertiría, a estos efectos, en un único foro y, por tanto, los jueces a los que se les pide la ejecución de un laudo arbitral dictado en la Unión Europea deberían poder alegar el orden público para denegar la ejecución, cuando se hayan vulnerado normas del Derecho europeo de la compe-

¹²⁵ Vid. STJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, C-126/97, *Rec.*, p. I-3055, apartados 36-39.

¹²⁶ Vid. L. G. RADICATI DI BROZOLO, «Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration – a fresh look at the *second look*», *Intl. Arbitration L. R.*, 1, 2004, p. 27.

tencia, aunque dicha infracción no afecte directamente a ese concreto Estado miembro en el que se sitúa el juez competente para el *exequatur*. Lo importante es que la vulneración de estas normas comunitarias afecte al espacio intracomunitario.

76. Se podría, incluso, ir más allá: Cuando el acuerdo anticompetitivo afecte al mercado intracomunitario, los árbitros competentes para conocer del asunto, aun estando situados fuera de la UE —Suiza, *ad ex.*—, deberían aplicar las correspondientes normas del Derecho comunitario de la competencia¹²⁷. El factor relevante para decidir la aplicación del Derecho europeo de la competencia es que *el comportamiento anticompetitivo afecte al mercado intracomunitario (Auswirkungsprinzip)*¹²⁸, independientemente de que el acuerdo se haya concluido fuera de la UE y por parte de empresas con sedes extracomunitarias¹²⁹.

¹²⁷ Sentencia CCI n.º 8.626/1996, *Clunet*, 1999, pp. 1.073-1.079, con nota de J.-J. ARNÁLDEZ.

¹²⁸ Sobre el *Auswirkungsprinzip* en el arbitraje comercial internacional, *vid.*, *ad ex.*, N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pp. 250-255.

¹²⁹ STJCE de 28 de abril de 1998, *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, C-306/96, *Rec.*, p. I-01983.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

