

# Abogados del Estado

Enero 2018, Número 46 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



## Nuestra razón de ser



Entrevistamos a  
Nuria Díaz Abad,  
presidenta de la RECJ  
Pág. 6



Abogacía del Estado  
en Cataluña  
2011-2018  
Pág. 12



[www.asoc-abogadosdelestado.es](http://www.asoc-abogadosdelestado.es)  
[www.abogadosdelestado.com.es](http://www.abogadosdelestado.com.es)  
[www.abogadosdelestado.com](http://www.abogadosdelestado.com)

Una página web al servicio del Cuerpo de Abogados del Estado y de todos los miembros de nuestra Asociación, donde podrán encontrar noticias, espacios de actualidad y entrevistas a personajes de interés, así como un área privada donde los miembros de la Asociación podemos consultar información específica, localizar a compañeros y descargar los ejemplares de nuestra revista.

- Actualidad y noticias.
- Cursos y eventos
- Prensa del día
- Enlaces a webs de carácter jurídico y de interés.
- Acceso a ejemplares de la revista de la Asociación.
- Datos de contacto de nuestros miembros.
- Información y noticias específicas de nuestra Asociación.

## NUESTRA RAZÓN DE SER

Una de las primeras reacciones que experimentamos al aprobar nuestra oposición es la de detenernos en el escudo que, con orgullo, llevamos en nuestra toga y que nos identifica como “Abogados del Estado”. En no pocas ocasiones podemos preguntarnos acerca del significado de esta mención, que tiene su reflejo normativo en nuestra querida Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que recientemente ha cumplido veinte años de vigencia. Nuestra Ley nos atribuye, nada menos, que la asistencia, representación y defensa en juicio del Estado.

Durante los pasados meses, hemos vivido un momento histórico, marcado por el desafío secesionista en Cataluña. En esta ocasión, si cabe, era particularmente necesaria una defensa jurídica al Estado que permitiera sostener el imperio de la ley. Pues bien, aun dentro de la complejidad de la situación, podemos afirmar que los Abogados del Estado hemos hecho honor a nuestro nombre y hemos defendido la legalidad constitucional y la integridad del Estado frente a dichos ataques.

Singularmente, nuestro Departamento de Derecho Constitucional, coordinado por nuestro Abogado General del Estado, ha encabezado esta tarea, siendo significativo que todos los procedimientos iniciados ante el Tribunal Constitucional obtuvieran un resultado favorable a los intereses que representamos. Asimismo, desde las distintas Abogacías del Estado en Cataluña se asume diariamente la defensa del Estado, en ocasiones en un ambiente poco favorable al ejercicio de nuestras funciones. Y no olvidemos tampoco la labor de asesoramiento en derecho que se desarrolla a través de las Abogacías del Estado en los Departamentos Ministeriales o en los Departamentos adscritos a la Subdirección General de Asuntos Contenciosos. Podemos afirmar, sin riesgo alguno de caer en un corporativismo mal entendido, que la labor de la Abogacía del Estado ha estado a la altura de las circunstancias.

En este contexto, la Asociación quiere mostrar su apoyo a los compañeros que intervienen y han intervenido durante estos meses en dichas actuaciones. Así lo hemos expuesto públicamente y así queremos dejar constancia de ello en nuestra Revista. Nuestra portada guarda relación con esta forma de pensar. La Abogacía del Estado, por definición, tiene como seña de identidad esencial la de defender a nuestro Estado. En esta tarea y con este fin podemos decir que todos somos necesarios y nadie es contingente. Ante situaciones como las vividas en los pasados meses, solo cabe actuar con el rigor jurídico, discreción y eficacia que caracterizan nuestra función. Así ha ocurrido y podemos afirmar que hemos cumplido y seguiremos cumpliendo con nuestra misión esencial en la defensa del Estado de Derecho y la legalidad constitucional. Como hemos defendido en los últimos meses, esta es nuestra razón de ser. ■

# Editorial

## Staff

### Edita

#### Asociación de Abogados del Estado

C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid

Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173

Fax: 913 904 740

### Consejo Editorial

Edmundo Bal

Fernando Bertrán

Ignacio del Cuervo

Lucía Pedreño

Fernando Menéndez

Consejo Directivo de la Asociación de

Abogados del Estado

### Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.

Avda. Manoteras 38 C407

28050 Madrid

www.artfactory.es

artfactory@artfactory.es

### Fotografías

Julia Robles

www.mju.es

www.poderjudicial.es

www.fiscal.es

Ignacio Alvar-Thomas

www.commons.wikimedia.org

http://auschwitz.net

### Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares

C/ Coto de Doñana, 9

Área Empresarial Andalucía - Sector 2

28320 Pinto (Madrid)

Teléfonos: 914 156 886 / 914 151 864

composicion@canizares.com

Depósito Legal: M-21263-2003

Abogados del Estado. Revista de la Asociación es una publicación de distribución privada y gratuita entre los socios de la Asociación de Abogados del Estado y todas aquellas personas que su Consejo Editorial estime conveniente.

Esta revista no se hace responsable de las opiniones vertidas por sus colaboradores en las entrevistas y artículos publicados, ni se identifica necesariamente con las mismas.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de cualquier información gráfica o literaria, sin autorización previa del Consejo Editorial o el director.

## Sumario

### Entrevista

Nuria Díaz Abad ..... 6

### Opinión

Abogacía del Estado en Cataluña 2011-2018 ..... 12

### Crónica

En recuerdo de José Manuel Maza ..... 14

Comida de bienvenida a los nuevos compañeros ..... 15

XII Torneo de Golf ..... 15

Breves ..... 15

### Reportaje

El Caballo Cartujano ..... 16

### Cine

Crónica del Festival de San Sebastián ..... 26

El cine en la formación del jurista (XVII): Anatomía de un asesinato ..... 30

### Cultura

Auschwitz. No hace mucho. No muy lejos ..... 40

### Solidaridad

Fundación Querer: Ayúdanos a ayudar ..... 42

## Cuadernillo Jurídico

David Francisco Blanco y Marcos Cabrera Galeano

*El delito contra la hacienda pública y el asesor fiscal* ..... 2

Amaia Rivas Kortazar

*Los desafíos de los arbitrajes internacionales de inversión* ..... 14

Amparo López Senovilla

*La propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad* ..... 24

Jordi De Juan Casadevall

*Las técnicas para combatir la elusión fiscal: cláusulas antielusivas y cláusulas antiabusos* ..... 42

# ¿Se pelea aún con el teclado?...



Pruebe gratis el Reconocimiento  
vocal para juristas y abogados en:  
<http://www.dictalaw.com/prueba.htm>



 **SpeechWare)))**

 [www.dictalaw.com](http://www.dictalaw.com)  
[info@speechware.be](mailto:info@speechware.be)

# Nuria Díaz Abad

## ENTREVISTA A LA PRESIDENTA DE LA RED EUROPEA DE CONSEJOS DE JUSTICIA

### » EN PRIMERA PERSONA



**En 1992 ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado**, siendo destinada al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, de donde pasó en 1997 a la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**En 2003 fue nombrada Subdirectora General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales de la Abogacía General del Estado**, cargo que desempeñó hasta enero de 2014, en que pasó a la Subdirección General de los Servicios Consultivos.

**Desde diciembre de 2013 es Vocal del Consejo General del Poder Judicial** y desde enero de

2015, miembro de su Comisión Permanente. Entre enero de 2014 y junio de 2016 representó al Consejo General del Poder Judicial en el Comité Ejecutivo de la Red Europea de Consejos de Justicia, siendo elegida Presidenta de dicha Red en junio de 2016.

**Es miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (AEDEUR).**

**Recientemente ha sido condecorada por el Consejo del Poder Judicial polaco** por su defensa de la independencia de los jueces y tribunales en Polonia y en Europa.

**Pregunta:** Estimada Sra. Díaz Abad, en el nº 43 de nuestra revista tuvimos el orgullo de anunciar su nombramiento como Presidenta de la Red Europea de Consejos de Justicia y de felicitarla por ello. ¿Podría hacernos una breve descripción de las principales funciones y cometidos de esta organización?

**Respuesta:** La Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ) es una asociación de los órganos de gobierno de los Poderes Judiciales europeos. Aquellos Estados miembros de la Unión Europea que cuentan con un Consejo del Poder Judicial u organismo autónomo similar son miembros de la Red, mientras que los Estados miembros que no tienen Consejo, que son ocho en total, o los Estados

candidatos a la adhesión a la Unión que cuentan con un Consejo (como es el caso de Serbia o de Albania), así como los Estados miembros del Espacio Económico Europeo (el caso de Noruega) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen el estatuto de observadores de la Red. En la actualidad contamos con 24 miembros y 14 observadores, toda vez que el Consejo turco está suspendido en su calidad de observador.

La RECJ nace en el año 2004 cuando un grupo de Consejos Judiciales deciden impulsar el conocimiento mutuo de los diversos sistemas judiciales como una forma de colaborar en la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, cuya piedra angular es la

confianza mutua. Si queremos construir un espacio judicial común en la Unión Europea es imprescindible que exista una confianza en los sistemas judiciales de los demás Estados miembros y para ello hay que estudiar su funcionamiento y garantizar la colaboración eficaz entre todos ellos. Así la Red tiene como finalidad, de acuerdo con sus estatutos, mejorar esta cooperación y el mutuo entendimiento entre los Consejos Judiciales y los miembros del Poder Judicial de los Estados miembros y de los países candidatos a la adhesión a la UE. Para lograr esta finalidad sus objetivos son analizar las estructuras y competencias de los miembros, intercambiar experiencias sobre cómo debe organizarse el Poder Judicial y cuáles deben ser sus funcio-



Nuria Diaz Abad

Nadzwyczajny  
Kongres  
Sędziów Polskich



nes y colaborar con las instituciones de la UE y otras organizaciones nacionales e internacionales en suministrar esta experiencia y formular, en su caso, las propuestas correspondientes.

Cada año en la Asamblea General, que se celebra en junio, la Red fija los temas sobre los que pretende trabajar y se invita a los miembros y observadores a participar en los distintos grupos de trabajo. Este año los grupos de trabajo son dos: el primero supone continuar con los trabajos iniciados en 2013 sobre indicadores de independencia, rendición de cuentas y calidad de la Justicia, que es el grupo en el que yo he venido trabajando desde que me incorporé a la Red, y el segundo abordará las relaciones entre medios de comunicación y Poder Judicial. Al margen de ello, y dentro del primer grupo, se pusieron en marcha hace dos años lo que denominamos “grupos de diálogo”, que son grupos de cuatro participantes más un moderador, para analizar la labor realizada e intentar mejorar los resultados de cada participante. También hemos iniciado un seminario permanente que se celebra en Ámsterdam una vez al año sobre Justicia digital en el que participan todos los países. Y, finalmente, este año queremos poner en marcha un encuentro con el mundo universitario y con las instituciones de la UE para que desde su perspectiva se analicen los estudios de la Red sobre independencia judicial. El trabajo desarrollado a lo largo de todos estos años ha permitido establecer una serie de estándares y buenas prácticas

“ Si queremos construir un espacio judicial común en la Unión Europea es imprescindible que exista una confianza en los sistemas judiciales de los demás Estados miembros ”

en los más diversos ámbitos que afectan al Poder Judicial (ética judicial, selección, nombramiento y promoción de jueces, financiación de los sistemas judiciales, etc.). Todos los trabajos están disponibles en inglés en nuestra página web [www.encj.eu](http://www.encj.eu). El Consejo General del Poder Judicial traduce un resumen de los mismos que se puede consultar en la página web [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

**P: ¿Cuáles están siendo sus prioridades y objetivos al frente de la REJC?**

**R:** Al presentar mi candidatura para la Presidencia de la Red lo que me pidieron no fue presentar un “*curriculum vitae*”, sino un programa de actuación. Yo articulé el programa sobre tres ejes: las relaciones con los miembros y observadores, las relaciones externas y la representación institucional.

En cuanto a las primeras me pareció importante dar continuidad a los grupos de trabajo y a los grupos de diálogo, así como a un documento que aprobamos anualmente y que contiene los principios de la Red que se desprenden de estos trabajos. Asimismo elaboramos anualmente un informe en el que cada uno de nuestros miembros da cuenta de las novedades que afectaron en el último año al Poder Judicial en el país respectivo. También hice referencia al mecanismo que existe en la Red de petición de cooperación que cualquiera de sus miembros u observadores pueden dirigir al Presidente. En la práctica este apartado ha sido el que más atención me ha exigido, primero con el problema en Turquía del cese de 3500 jueces tras el intento de golpe de Estado en julio de 2016, que me llevó finalmente a convocar una Asamblea General extraordinaria celebrada en La Haya el 8 de diciembre de 2016, en la que se acordó suspender al Alto Consejo de Jueces y Fiscales turcos en su condición de observador de la Red por entender que no podía ser considerado un órgano independiente del Poder ejecutivo de aquel país. Actualmente la reforma judicial emprendida en Polonia ha llevado al Comité Ejecutivo de la Red a pronunciarse hasta en cuatro ocasiones contra las modificaciones que se están tramitando y que supondrán el cese anticipado de los miembros judiciales del Consejo polaco.

Un segundo eje de mi Presidencia lo constituyen las relaciones externas. La Red es a su vez observador de otras aso-



ciaciones, como pueden ser el “European Law Institute”(ELI), el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), que dependen del Consejo de Europa, o la Red Europea de Formación Judicial (REFJ). La labor en este aspecto ha sido también intensa. Con el ELI estamos llevando a cabo un proyecto conjunto sobre mediación judicial; en el CCJE he tenido ocasión de participar recientemente en una conferencia sobre Poder Judicial y lucha contra la corrupción, en el marco de la cual se presentaron los trabajos de la cuarta ronda de evaluación del grupo GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción), y la REFJ me invitó a una reunión de su Comité Ejecutivo celebrada en la sede de nuestra Escuela Judicial en Barcelona para avanzar en nuestra colaboración.

Pero en el ámbito en que creo que he podido aportar más ha sido en las relaciones con las instituciones europeas. Por una parte, la RECJ colabora con la Comisión Europea en la elaboración del llamado “cuadro de indicadores de la Justicia” (“scoreboard”). Nos encargamos de circular a nuestros miembros el cuestionario sobre independencia judicial y de intentar mejorar este cuestionario con aspectos que nos parecen relevantes para la independencia judicial. Así propusimos, y la Comisión aceptó, estudiar la regulación de la llamada “puerta giratoria” para ver qué respuesta se da desde los distintos sistemas judiciales a esta cuestión. Además la Comisión Europea menciona expresamente a la RECJ junto con las otras dos redes judiciales que existen en Europa (la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea y la Asociación de Consejos de Estado y Tribunales Supremos Administrativos de la Unión Europea, ACA) en su comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho de 2014 como interlocutores a los que podrá decidir solicitar asesoramiento y asistencia. La Comisión examinará, en colaboración con estas redes, la forma más rápida de brindar esa ayuda en caso necesario, y si se precisan disposiciones específicas al efecto. Esto ha ocurrido en el caso de Polonia, donde el Vicepresidente Primero de la Comisión, Sr. Timmermanns, nos reunió para exa-

minar la situación del Poder Judicial en aquel país. Por otra parte, también se han intensificado las relaciones con el Parlamento Europeo, tanto con su Comisión de Justicia, como con la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Comisión LIBE). Ante ambas he tenido el honor de comparecer representando a la Red. Y, finalmente, el TJUE, que es observador del Red, participa en el grupo de trabajo sobre independencia judicial, rendición de cuentas y calidad de la Justicia y me he reunido con su Presidente en diversas ocasiones.

Actualmente estamos colaborando también con la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en el lanzamiento de una Red Global de Integridad Judicial, ya que, a mi juicio, es importante dar un impulso a los temas de ética judicial y la RECJ tiene mucho interés en participar en este proyecto.

**P: ¿Existen muchas diferencias entre los Consejos del Poder Judicial de los Estados miembros en cuanto a su organización y funciones?**

**R:** Así es. Tanto desde el punto de vista de su composición –hay Consejos como el de Países Bajos que sólo cuenta con cuatro miembros, mientras que el de Bélgica está compuesto por 44 miembros– como desde el punto de vista de sus competencias; algunos asumen la gestión de la administración de la Justicia en un sentido amplio, cargando con todos los gastos de los tribunales y abonando el salario de los jueces, como en Países Bajos, mientras que otros no son competentes para el nombramiento de jueces, como es el caso del miembro danés, o no tienen competencia en materia de formación de jueces o inspección de tribunales, como ocurre con el Consejo Superior de la Magistratura francés.

La RECJ abordó el estudio de los Consejos del Poder Judicial en su informe de 2010-2011. En dicho estudio se recomienda que haya una serie de competencias que queden en manos de estos organismos, como la elección, nombramiento y promoción de jueces, la ética judicial, las cuestiones disciplinarias o la formación. También se recomienda que en su composición concorra una mayoría de jueces elegidos por sus pares y que el Ministro

de Justicia no sea miembro del Consejo. Probablemente el Consejo General del Poder Judicial español es uno de los Consejos que asume mayor número de competencias, reservándole la Constitución el nombramiento, ascenso, inspección y régimen disciplinario de los jueces. En materia de formación inicial y continua el CGPJ realiza una importante labor. También el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), que depende del Consejo, es pionero en su campo dentro de la Unión Europea, convirtiendo a España en el Estado miembro que ha incluido mayor número de sentencias en el sistema e-justice, todas ellas debidamente anonimizadas.

**P: El pasado mes de junio la REJC presentó su informe sobre Independencia, Rendición de Cuentas y Calidad del Poder Judicial 2017. ¿Cuáles han sido las principales conclusiones recogidas por dicho informe?**

**R:** La RECJ viene trabajando desde 2013 en desarrollar y aplicar una serie de indicadores de independencia judicial y rendición de cuentas. Para complementar estos indicadores se llevó a cabo en el año 2015 por primera vez una encuesta entre jueces en activo para evaluar cómo valoran ellos su propia independencia. Esta encuesta se ha repetido en 2017 y en ella han participado más de 11.700 jueces de 26 países. Todo ello nos ha permitido ver que todavía queda mucho camino por andar en materia de independencia y rendición de cuentas. En muchos países no se

**“ Probablemente el Consejo General del Poder Judicial español es uno de los Consejos que asume mayor número de competencias, reservándole la Constitución el nombramiento, ascenso, inspección y régimen disciplinario de los jueces ”**

realizan encuestas entre los usuarios de la Justicia sobre el funcionamiento del sistema judicial. Por otra parte, la financiación de los sistemas judiciales está en gran medida en manos del Poder ejecutivo, lo que puede afectar negativamente a la independencia judicial. En cuanto a los indicadores de rendición de cuentas se observa que en muchos países no se cuenta con un registro público de actividades externas que pueden compatibilizar los jueces con el ejercicio de sus funciones.

Por lo que respecta a la encuesta entre jueces se observa que los jueces valoran su independencia entre 6.5 y 10. Preguntados por cuáles son las tres cuestiones que a su juicio afectan más a la independencia judicial, los jueces españoles contestan por este orden que el nombramiento y promoción de jueces estrictamente sobre la base del mérito y la experiencia; mejores condiciones de trabajo en relación con la carga de trabajo y mejores condiciones de trabajo en relación con el salario, incluyendo las pensiones y la edad de jubilación. Nuestros jueces, por otra parte, en una escala de 1 a 10 valoran su independencia en 8.7, mientras que la independencia de los demás jueces de su país la valoran en 7.5.

El estudio de los indicadores de calidad de la justicia se ha centrado en cuatro esferas de actuación del Poder Judicial: duración y gestión del procedimiento, derecho del acceso a la justicia, calidad de la decisión judicial e indicadores de acceso a la jurisprudencia y guía de la sociedad. España participó el año pasado en el proyecto piloto de aplicación de estos

indicadores a nuestro sistema. Este año se está trabajando en mejorar los indicadores y se van a aplicar a todos los participantes en este grupo de trabajo.

**P: Dicho informe señala a los jueces españoles, por encima de sus colegas europeos, como uno de los más descontentos respecto a su independencia, una opinión además compartida por la ciudadanía en general, que en un 58% califica la situación de la independencia judicial en nuestro país como "mala" o "muy mala" en el último Eurobarómetro. ¿A qué se debe, en su opinión, esta percepción negativa sobre la independencia judicial en nuestro país?**

**R:** Yo creo que los jueces españoles son muy independientes, pero que la percepción que la ciudadanía tiene de dicha independencia es baja. En mi opinión ello se debe a la imagen de politización de la justicia. Desde la RECJ en nuestros trabajos con la Comisión Europea hemos reflexionado mucho sobre estas cuestiones. No es fácil atribuirlo a un solo factor. La Comisión este año está examinando los sistemas que tienen los diversos países de dar respuesta a la cuestión del acceso de jueces a cargos políticos, incluyendo el haber sido miembro del gabinete de un alto cargo, y si es posible el reingreso en la Carrera Judicial y, en su caso, cómo se articula dicho reingreso en la Judicatura.

**P: Inevitablemente, debemos mencionar en esta entrevista el asunto catalán. ¿Existe una alineación de posturas de los distintos consejos del poder judicial europeos con su homólogo español?**

**R:** La situación de Cataluña desde una perspectiva jurídica es muy desconocida por mis homólogos europeos. Tenemos más de 800 jueces en Cataluña por cuya independencia ha de velar el CGPJ. Seguimos el tema con interés y yo informo de ello en las reuniones periódicas del Comité Ejecutivo de la Red. Hasta la fecha no ha habido un pronunciamiento oficial, ni el CGPJ le ha pedido formalmente asistencia a la Red sobre esta cuestión.

**P: ¿Cómo están afectando problemas como el Brexit, la presión migratoria, el auge de los populismos antieuropeístas a la construcción del espacio único de Justicia?**

**R:** Vivimos tiempos convulsos en Europa, que suponen en algunos países o por algunas opciones políticas un cuestionamiento del Estado de Derecho. No podemos dar por sentado el respeto a la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, valores sobre los que se ha construido Europa, por todos los países. Por ello es esencial colaborar en reforzar estos valores y principios. No se puede avanzar en la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia sin independencia judicial. Los jueces son una pieza clave para solucionar los problemas a los que se enfrenta Europa. Por ello en nuestro plan estratégico para el periodo 2018-2021 hemos fijado como un primer objetivo la defensa del Estado de Derecho. Con ocasión del 60. aniversario de la firma de los Tratados de Roma, el pasado mes de marzo de 2017 el Comité Ejecutivo de la Red hizo pública una declaración recordando que el Estado de Derecho constituye el núcleo de la Unión Europea y que se trata de un prerequisite para la protección de todos los valores fundamentales enumerados en los Tratados, incluyendo la democracia y los derechos fundamentales. Mantener y proteger el Estado de Derecho es responsabilidad tanto del Poder Judicial, como de los demás Poderes del Estado. La RECJ hizo un llamamiento a los Estados miembros para que respeten unos tribunales equitativos e imparciales, como las instituciones clave de una Judicatura independiente.

En cuanto al Brexit tendremos que esperar al resultado de las negociaciones, pero habrá que buscar fórmulas de





cooperación judicial internacional con el Reino Unido. También la RECJ tiene que estudiar cómo va a relacionarse con las tres instituciones del Reino Unido que son actualmente miembros de la Red, a saber, el Consejo de Jueces de Inglaterra y Gales, el Consejo Judicial de Escocia y el Consejo de Jueces de Irlanda del Norte.

**P:** Desde los distintos ámbitos políticos y judiciales europeos se está observando con preocupación la situación del Estado de Derecho en Polonia, donde la actual reforma judicial amenaza cada vez más la independencia del sistema jurídico polaco. ¿Cree que existe un riesgo cierto de sanción para Polonia con la aplicación del artículo 7.1 del Tratado de la Unión Europea? ¿Qué papel le corresponde a la RECJ en la gestión de este conflicto?

**R:** La aplicación del artículo 7.1 del TUE exige una decisión política y no parece que la Comisión vaya a emprender este camino. Lo que sí ha hecho, en cambio, es abrir un procedimiento de infracción a Polonia en relación con la Ley sobre la Organización de los Tribunales Ordinarios por la discriminación por razón de sexo debido a la introducción de una edad de jubilación diferente para juezas (60 años) y jueces (65 años), por lo que esta disposición es contraria al artículo 157 del TFUE y a la Directiva 2006/54 sobre igualdad de género en materia de empleo.

“No podemos dar por sentado el respeto a la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, valores sobre los que se ha construido Europa”

La RECJ ha sido muy activa en relación con la defensa de la independencia judicial en Polonia. Nosotros nos hemos centrado en las reformas que afectan al Consejo del Poder Judicial polaco (KRS), considerando hasta en cuatro declaraciones del Comité Ejecutivo, que la reforma vulnera los estándares europeos aprobados por la Red en tres aspectos: no ha habido una consulta significativa al KRS para que se pudiera pronunciar sobre la reforma, no se respeta la elección de los 15 miembros judiciales del Consejo por sus pares y, finalmente, la entrada en vigor de la reforma supondrá el cese anticipado del mandato de los miembros judiciales del KRS.

En todas las reuniones judiciales significativas organizadas en Polonia desde

el anuncio de la reforma he tenido ocasión de participar y en todas he expuesto los principios de la Red en materia de Consejos del Poder Judicial. Así estuve en septiembre en 2016 en Varsovia en una reunión en la que participaron unos 1.200 jueces polacos, en mayo de 2017 en Katowice en una reunión organizada por los Colegios de Abogados y la asociación judicial “Iustitia”, que acoge a más de 3.500 jueces polacos, en septiembre de este año en Varsovia, para participar en la conmemoración del primer centenario del Tribunal Supremo de Polonia y, más recientemente, en diciembre de este año en Cracovia en el congreso de la Asociación de Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (MEDEL), a la que pertenece la asociación “Iustitia”. La RECJ ha impulsado también que los Consejos que son nuestros miembros se pronuncien sobre la situación. Así lo hizo el CGPJ en su reunión plenaria de 5 de mayo de 2017, poniendo de manifiesto su preocupación por la situación de la Judicatura en Polonia y recordando, a la vista de las declaraciones de la RECJ y de la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea, que la independencia judicial es una pieza clave del Estado de Derecho y su defensa y salvaguarda es imprescindible en el marco de los valores sobre los que se asienta la Unión Europea y que garantizan el correcto funcionamiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. ■

# ABOGACÍA DEL ESTADO EN CATALUÑA 2011-2018

Vicente Fenellós Puigcerver | Abogado del Estado

No han sido semanas, ni meses, ni años fáciles para muchos de nosotros. Algunos dedicamos a los temas 29 a 34 de Derecho Constitucional de mi obsoleto ya programa de la Oposición, no demasiado interés. El suficiente para no hacer el ridículo y pasar el trance.

Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona no son plazas de permanencia habitual. Más al contrario: son de rotación de ilusionados compañeros jóvenes con gran vigor y empuje que toman su primer destino y se alejan de su entorno familiar a la espera del siguiente próximo concurso de plazas y traslados.

En estos siete años, la mescolanza y fugacidad de compañeros en los destinos de Cataluña no ha sido ninguna novedad: junto a los ya muy arraigados locales, se unen los llegados hace casi una década de otras provincias, y –sobre todo– los de sabia juventud recién arribada.

En esta larga convulsa travesía aquí, estos meses hemos ido valorando si cabe más, nuestros pequeños espacios de café o encuentros en pasillos. No han sido pocas las ocasiones para juristas variados de hacernos preguntas preocupadas tales como: “¿dónde está el Derecho?; ¿por qué las Sentencias de nuestro TSJ y de ese garante Alto Tribunal se ignoran? ¿qué nos encontraremos hoy en el DOGC o en instrumentos normativos subliminales?; o... ¿cuántos nuevos Acuerdos Municipales tras ignorar los requerimientos del Delegado del Gobierno, nos tocarán hoy...?”.

“Esa unidad de apoyo de cualquier Abogacía del Estado en cualquier lugar, y de tantos compañeros (especialmente los inagotables del TC) que se inquietaban y nos trasladaban calor tanto personal como profesional”

Estas preguntas y respuestas nos las hacíamos rodeados de un ambiente de supremacismo y desprecio al “ordenamiento” (término forense que siempre identifiqué de “orden y pacificación de la convivencia”), que en nada favorecía

las condiciones de trabajo cada mañana. Jornadas repletas de incógnitas, de atención a las instrucciones corporativas, enganche a las noticias que podrían condicionar nuestro quehacer diario. Los comentarios comunes podían ir desde la pérdida de fuelle, a la agobiante contaminación emocional.

Paralela a la presión multilateral inconsciente, habría que encontrar tiempo para responder consultas y preguntas por doquier de familiares, amigos y conocidos más allá de nuestro destino, más otras diversas, como los abandonos de grupos de whatsapp por no cargar más las neuronas, etc, etc...

Ahora, pienso que el comentario más repetido entre nosotros iba siendo: ni uno solo imaginaba vivir este sinsentido jurídico. Imprevisible cuando estábamos encerrados en nuestra juventud pasando esos folios de Temas de Constitucional y Administrativo –en efervescente e inconcreta vocación de interés público– que llegaríamos a vivir jurídicamente, y





de este modo bien práctico, lo que cada dos días nos iba aconteciendo.

Siempre, siempre, durante todos estos meses hubo un triple vector común que nos hizo seguir con lo que nuestra Ley reguladora expone (“*compromiso con el respeto a la Ley y a los principios y valores de convivencia y asunción de las normas que en cada momento ha asumido el actual Estado*”):

► La sensación del respeto al Estado de Derecho y a esa vocación pública que –indeterminada en sus orígenes– se nos ha ido haciendo concreta y bien específica en estos años de trabajo e instantes actuales. Que jamás ninguno de nosotros pensó en vivir.

► Otra sensación: la de absoluto compañerismo y unidad, heterogénea en sus orígenes, procedencias y edades, pero tan unívocas en el quehacer diario.

► Y esa unidad de apoyo de cualquier Abogacía del Estado en cualquier lugar, y de tantos compañeros (especialmente los inagotables del TC) que se inquietaban y nos trasladaban calor tanto personal como profesional.

► Ello, más todo tipo de gratuitos esfuerzos, aportaciones y construcciones jurídicas que íbamos recibiendo de muchos; ante la incesante anormalidad y singularidad en meses y que eran recibidos con enorme gratitud. Procedentes de decenas de vosotros.

“**Un Orgullo estar entre Tantos y tan Buenos. Y si a eso se le llama ‘corporativismo’ (admitido por la RAE como ‘actitud de defensa a ultranza de la solidaridad interna’). Yo, Confieso**”

Todo lo cual –al menos a mí– nos hizo sentirnos aliviados en lo personal. De todo punto apoyados en lo profesional.

Alivios profesionales y personales, frente a una inexistente doble legalidad generadora de desasosiego entre toda la ciudadanía y, especialmente dentro de los funcionarios de la Administración General del Estado y otros tantos funcionarios cercanos y al servicio de la Comunidad Autónoma de Cataluña

Ha sido un lujo compartir este insólito desafío legal y una enorme avulsión de vivencias y trabajo “*en defensa la universalidad del control jurisdiccional de la actividad administrativa, y por ende y cómo no, de las desorbitadas vías de hecho*”, –como también indica nuestra

Ley 52/97 reza–. Y ello, en duros tiempos, con firme compromiso y deber público de la defensa de la Constitución y del bloque de constitucional, de la Ley, de las decisiones judiciales y de la convivencia e igualdad en España. Todo ello, al lado de la Administración de Justicia, del Ministerio Público y de muchos servidores públicos estatales y territoriales.

Para ello empollamos mucho, para eso sacrificamos casi todo en nuestra juventud. Y, para eso, el destino nos ha dado una oportunidad nunca imaginada. Cuando entonces pasábamos los folios de aquellos temas del Derecho Público del Segundo Ejercicio, y a los que pocos entonces les prestaban demasiada atención (salvo, repito, para cantarlos en tiempo y no meter la pata en demasía).

Un Orgullo estar entre Tantos y tan Buenos. Y si a eso se le llama “corporativismo” (admitido por la RAE como “*actitud de defensa a ultranza de la solidaridad interna*”). Yo, Confieso.

Gracias por esa intensidad profesional y personal vivida, compartida y que vendrá. De modo especial en las cuatro provincias catalanas y españolas, que lealmente sirven y seguirán sirviendo con todo su rigor y tesón. Como ya se dijo, es nuestra razón de ser. La de Todos.

(PD. Disculpas si alguno advierte un abuso de mayúsculas y tildes, que parece ser hoy no se contempla demasiado bien. Gracias). ■

# EN RECUERDO DE JOSÉ MANUEL MAZA

M<sup>a</sup> Dolores Ripoll Martínez de Bedoya | Abogado del Estado

Conocí a José Manuel Maza el 7 de julio de 2016, pocos días después de haber terminado el juicio Noos. Yo había acudido al curso de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo sobre Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para mí, tras los intensos meses del caso Noos, la asistencia a aquel curso era casi como un viaje de fin de carrera, un premio. La realidad desbordaría y superaría todas mis ilusiones previas.

La primera conferencia del curso la impartió José Manuel Maza Martín entonces magistrado del Tribunal Supremo; su ponencia, excelente en el fondo y en la forma, la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al terminar había un descanso para un café. Al salir del aula coincidimos José Manuel y yo y, tras unas palabras formales sobre su conferencia, se presentó y, directamente sin más preámbulo, me pidió disculpas. Disculpas por haber acogido, allá por la semana del 11 de enero de 2016, las tesis expuestas por casi todos los medios de comunicación sobre mis alegaciones el famoso día de las Cuestiones Previas.

Tras mi primer momento de asombro me explicó que la noche anterior había cenado con nuestro Presidente de la Asociación, Fernando Bertrán, con Edmundo Bal y con Lucía Pedreño y que en el curso de la conversación salió el tema de los medios de comunicación y los juicios, con cita expresa de mi nombre. Los tres salieron en tromba a defenderme, comentándole que yo estaba en Santander.

José Manuel Maza, magistrado del Tribunal Supremo, con todo lo que ello implicaba, con su prestigio y su aureola de gran hombre de leyes, decidió buscarme, presentarse y disculparse por no haber contrastado como jurista lo que en rea-



lidad yo había alegado ese día (pese a su conocida postura al respecto). Este simple gesto, con toda su grandeza y sencillez, por su humanidad y empatía, define a José Manuel Maza.

Recuerdo ese día como uno de los cafés más agradables que he tomado nunca. Él mismo me pidió que le mandase la Instructa que había presentado el día de las Cuestiones Previas, iniciando a raíz de ese envío una relación epistolar telemática. A los correos le siguió una cena de verano, bajo las estrellas del cielo de Mallorca, con otro abogado amigo íntimo suyo, Jaime Campaner, acompañados de nuestras parejas. Y, a esta cena, una fluida comunicación por whatsapp cuando fue nombrado Fiscal General del Estado, comunicación que se intensificaría hasta ser casi diaria en los convulsos meses de septiembre, octubre y noviembre. Su último mensaje data de apenas dos días antes de su fallecimiento.

Realmente conocí a José Manuel Maza en un corto espacio de tiempo, apenas un año y medio, y, sin embargo creo que fue una relación muy intensa por su excelente calidad humana, sólo pareja a su calidad jurídica. El hecho de pensar diferen-

te y tener distintas ideas no impidió que él quisiera conocerme e intercambiar nuestras opiniones, siempre desde y con el mayor respeto (hasta el punto de pedirme disculpas por algo que él no había hecho pero desde su gran sensibilidad y empatía intuyó que pudo no ser agradable) y ello creo que es uno de los mejores calificativos de una persona.

Su calidad humana, su sensibilidad, su caballerosidad e hidalguía, su cercanía y comprensión no empecen su fortaleza en el momento de defender la Constitución y los valores democráticos que juró o prometió cumplir y defender, más bien la sostuvieron, pues sólo cuando los valores y el convencimiento crecen rectos y firmes sus frutos son los mejores, pues José Manuel hizo suyo el principio de Edmund Burke según el cual *“la Ley es la seguridad del pueblo, la seguridad de cada uno de los gobernados y la seguridad de cada uno de los gobernantes”*, seguridad del pueblo por la ley que es lo único que garantiza su libertad (Cicerón ya dijo que *“para ser libres hay que ser esclavos de la Ley”*), llevando a la práctica la máxima del célebre caballero de La Mancha: *“por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”*. ■

# Comida de bienvenida a los nuevos compañeros

Elena Sáenz Guillén | Abogado del Estado

“¡Enhorabuena compañera!”. Esa fue la expresión que, en una llamada llena de afecto y cariño, me hizo saber que me había convertido en Abogada del Estado tras tantos años de esfuerzo y constancia. Así es, al aprobar la oposición de Abogados del Estado uno se convierte en compañero, y sigue siéndolo cualquiera que sea el rumbo que tome su trayectoria profesional. A pesar de ello, en un primer momento no podía ni siquiera intuir el verdadero significado y alcance de la palabra “compañero”. Porque si algo he aprendido en el año y medio transcurrido desde que aprobé es que, ante cualquier tesitura en la que nos podamos encontrar, siempre habrá algún compañero dispuesto a escucharnos, apoyarnos e incluso aconsejarnos. Sin duda, el compañerismo es uno de los mayores valores del Cuerpo de Abogados del Estado, del que todos los que formamos parte nos enorgullecemos y a la vez contribuimos a cuidarlo y conservarlo. Se trata de un valor que excede del ámbito estrictamente laboral y se convierte en un vínculo de unión muy especial.

Precisamente ese es uno de los cometidos que en la actualidad asume la Asociación



de Abogados del Estado, que tiene especial interés en contribuir a que ese valor tan preciado siga permaneciendo en el tiempo, ofreciendo plataformas de distinta índole que permitan el encuentro y reunión de compañeros. Ese fue el mensaje que Fernando Bertrán, como Presidente de la Asociación de Abogados del Estado, transmitió el pasado jueves día 11 de enero en la ya tradicional comida que la Asociación organiza para recibir a los nuevos compañeros.

En la comida de bienvenida tuvimos el honor de conocer a los compañeros recién ingresados y el gusto de compartir con ellos su felicidad y emoción por pasar a formar parte de este colectivo. Tuvimos

la oportunidad de conocer cuáles eran sus primeros destinos y pudimos comprobar que todos ellos tenían mucho anhelo por comenzar su trayectoria como Abogados del Estado. No hay duda de que lo harán con gran empeño y dedicación.

Gracias por habernos hecho partícipes de vuestra ilusión al acceder al Cuerpo de Abogados del Estado y por habernos permitido revivir ese maravilloso momento del aprobado. Ahora sólo puedo pedirlos que disfrutéis mucho del primer destino y afrontéis con ese entusiasmo que nos mostrasteis los futuros retos de la Abogacía del Estado. No olvidéis que, para ello, contáis con todos nosotros. ¡Enhorabuena compañeros! ■



## XII TORNEO DE GOLF

El último fin de semana de noviembre se disputó en Valencia el XII Torneo de Golf de la Asociación de Abogados del Estado. El Saler fue, de nuevo, testigo privilegiado del juego preciosista exhibido por veintitrés compañeros golfistas (y algún consorte), que trataron de dar lo mejor de sí mismos en un auténtico campo de batalla. Además, tuvimos ocasión de disfrutar del reencuentro con los amigos, de las chanzas, y de la gastronomía y hospitalidad valencianas. En una nueva edición en que el verdadero ganador fue el campo de El Saler, que derrotó a todos los compañeros con sus temibles roughs y rapidísimos greens, el menos malo y justo vencedor fue Ignacio Redondo Andreu, a quien la doble condición de organizador y ganador le implicó soportar algunas bromas e insinuaciones sobre lo imparcial del campeonato. En cuanto a la cuchara de madera, el que sin duda es el trofeo más disputado en cada uno de los Campeonatos, fue para José Ignacio Monedero, quien acreditó sobrados méritos para quedar en última posición. Empieza la cuenta atrás para la próxima edición, en la que esperamos poder contar con todos los compañeros (y sus parejas) aficionados a este precioso e ingrato deporte. ■

## En los últimos meses...



Ha finalizado la oposición, de modo que 18 nuevos compañeros se incorporan. El concurso de traslados subsiguiente se hará efectivo el próximo 1 de febrero.



Han sido condecorados con la Cruz de San Raimundo de Peñafort los compañeros Bernardo Carmona, Sonsoles Centeno y Tomás Suárez- Inclán. ¡Nuestra más sincera enhorabuena!



El compañero Ignacio Monedero ha sido elegido nuevo Secretario del ICAM.



Han fallecido los compañeros Arturo Romaní, José Luis Aranda, Agustín Escalza y Pedro Luis Serrera. Nuestro más sentido pésame a sus familias.



Desde estas páginas, un cariñoso recuerdo para Diego García Díaz. Nos hizo llevaderas las duras horas de espera durante la oposición con su sonrisa y su amabilidad.

# El Caballo Cartujano

## Una introducción a la historia y situación actual de la yeguada Cartujana de la mano de D. Carlos Escribano Mora, Presidente de Expasa

Carlos Escribano Mora | Presidente de EXPASA  
José Luis Fernández Ortea | Abogado del Estado

*El caballo del beduino,  
que se traga soledades;  
el caballo milagroso de San Jorge,  
que tritura con sus cascos los dragones infernales;  
el del César en las Galias;  
el de Aníbal en los Alpes;  
el centauro de las clásicas leyendas,  
mitad potro, mitad hombre, que galopa sin cansarse  
y que sueña sin dormirse,  
y que flecha los luceros y que corre más que el aire,  
todos tienen menos alma,  
menos fuerza, menos sangre  
que los épicos caballos andaluces  
en las tierras de la Atlántida salvaje,  
soportando las fatigas, las espuelas y las hambres,  
bajo el peso de las férreas armaduras  
y entre el fleco de los anchos estandartes,  
cual desfiles de heroísmos coronados  
con la gloria de Babieca y el dolor de Rocinante.*

*Alma América  
“Los caballos de los conquistadores”,  
Santos Chocano*

Una de las principales ventajas que tenemos como Abogados del Estado es la oportunidad que nuestra profesión nos brinda de acceder a profesionales e instituciones que, alejadas de nuestro hábitat habitual –ya sea ministerios, juzgados o despachos–, nos muestran otras interesantes vertientes de la actividad pública estatal y aprender de ellas. Eso es lo que ocurre con EXPASA Agricultura y Ganadería Sociedad Mercantil Estatal S.A. y su Presidente, D. Carlos Escribano Mora, a quién hemos embarcado (y él se ha tirado de cabeza), en la colaboración con la revista de la Asociación de Abogados del Estado. Conocer a un extraordinario profesional como es él es un verdadero privilegio. Podríamos hablar del abultado currículum de este Veterinario del Estado, con una dilatada trayectoria en la administración nacional y comunitaria, habiendo ocupado los cargos de Director General de Ganadería, Director General de Recursos Agrícola y Ganadero, consejero de Agricultura, Pesca y Alimentación en la REPER, consejero de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria, vicepresidente de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y de la Agencia Española del Medicamento, o Presidente de la Red de Alerta de Sanidad Animal. Pero tan impresionante currículum queda ensombrecido por algo mucho más humano y sentimental, cuál es su profundo amor por el caballo cartujano, y que queda patente en cada uno de los párrafos del presente artículo. Carlos nos va a mostrar un minucioso y emotivo recorrido por la historia y vida del caballo cartujano español, a lo que agregaremos la participación que la Abogacía del Estado tiene en el loable objetivo de su promoción y conservación.





## CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL

El mantenimiento de la biodiversidad y la conservación de los recursos genéticos, son dos programas de acción, que se desarrollan con mayor o menor intensidad en el mundo. Ambos programas derivan de obligaciones recogidas en normas nacionales e internacionales y de importantes Tratados internacionales firmados con estos objetivos.

El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB) fue negociado bajo el auspicio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y quedó abierto a la firma en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, denominada “Cumbre de la Tierra”, celebrada en Río de Janeiro en 1992.

En el caso de los animales domésticos, la referencia más importante se establece en el Plan de Acción Mundial sobre los Recursos Zoogenéticos de la FAO.

En los textos nacionales e internacionales se indican las razones por las que una especie, raza o estirpe, debe ser atendida por las Autoridades competentes. Entre ellas destacamos las siguientes:

- a) Históricas. Cuando concurren circunstancias que justifican la conservación de una determinada raza o estirpe.
- b) Genéticas, por la importancia para el mantenimiento y la mejora de los rendimientos de estas producciones.
- c) Económicas. Cuando de su utilización por los productores se puede derivar una mejora de los rendimientos y producciones
- d) Ecológicas. Si se trata de censos que pueden colaborar a mantener condiciones necesarias para la conservación de áreas sensibles desde el punto de vista ecológico.

De especial importancia se considera actualmente la previsión de necesidades

futuras. Son muchos los ejemplos que se conocen de razas ganaderas o variedades que han desaparecido y con posterioridad se ha manifestado el error de este hecho, lamentando no poder utilizar alguno de sus genes para la mejora de las poblaciones.

Una vez decidida la conveniencia del mantenimiento de una especie, raza o estirpe, la FAO propone a los Estados Miembros el desarrollo de programas encaminados a la identificación de las poblaciones, su caracterización, el seguimiento de las poblaciones afectadas, facilitar su uso sostenible y la conservación de material genético.

Siguiendo este plan de actuación, España tiene registradas 164 razas ganaderas en su catálogo oficial, que se va actualizando de forma periódica según avanzan los trabajos de investigación sobre este asunto. En este catálogo, se incluye la Estirpe Cartujana, posiblemente la más emblemática de cuantas razas autóctonas disponemos en España.

Una vez hechas estas consideraciones previas, la estirpe de caballos cartujanos reúne todos los requisitos para que se incluya entre los más claros ejemplos de razas que se han de conservar, recayendo en el Estado español la responsabilidad de asegurar su mantenimiento, de acuerdo con las indicaciones de los organismos internacionales y la actual legislación nacional y autonómica.

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Teniendo en cuenta el objetivo de este artículo, creo que es conveniente hacer un mayor hincapié, de entre todas las razones indicadas anteriormente, en las históricas. Los ejemplares pertenecientes a la estirpe cartujana son aproximadamente 8.000 cabezas en el mundo, incluidas en la raza Pura Raza Española, que cuenta en la actualidad con más de 250.000 ejemplares inscritos en el libro genealógico. Aunque su origen cabalga entre la historia y la leyenda, una buena parte de las publicaciones coinciden en los aspectos más importantes de su



apasionante historia, ligada a periodos históricos trascendentes de la historia de España.

A 5 kilómetros del casco urbano de Jerez de la Frontera, se ubica el Monasterio de La Cartuja de Nuestra Señora de la Defensión.

El caballero D. Álvaro Martínez de Morla y Obertos de Valetto, jurado de la ciudad, funda este cenobio –monasterio– con monjes procedentes de La Cartuja de Sevilla. En 1463 se inician los primeros contactos para establecer una nueva fundación en Jerez de la Frontera. En 1475 se concede la licencia de fundación y en diciembre de 1478 se pone la primera piedra, finalizando su construcción el 1484.

En muy pocos años, exactamente en 1484, los monjes lograron levantar el monasterio y constituyeron un importante patrimonio que se iría acrecentando con los años. La finca Fuente del Suero, a orillas del río Guadalete formaba parte de este importante patrimonio. Esta finca es en la que actualmente se encuentra ubicada la yeguada de la Cartuja, y es precisamente en esta heredad en la que en 1484, los primeros monjes ocupantes del recién estrenado Monasterio de la Cartuja de Jerez de la Frontera introducen las primeras yeguas y caballos a par-



“La estirpe de caballos cartujanos reúne todos los requisitos para que se incluya entre los más claros ejemplos de razas que se han de conservar, recayendo en el Estado español la responsabilidad de asegurar su mantenimiento, de acuerdo con las indicaciones de los organismos internacionales y la actual legislación nacional y autonómica”

tir de los que comienza una muy brillante historia de cría de caballos.

La historia de los caballos de La Cartuja de Jerez es de interés para cualquier aficionado, porque la historia de su sangre, incrustada en menor o mayor medida en todas las ganaderías actuales que crían caballos de Pura Raza Española, puede ser seguida documentalmente en casi todos los casos.

El grado de preparación de los cartujos estaba muy por encima de la sociedad de la época. Poner tierras y fortuna en manos de esta comunidad era la mejor manera de hacer que éstos se multiplicaran y se dedicaron al florecimiento de la economía. Estas fortunas y patrimonios alcanzaban tales extensiones y beneficios que hoy en día siguen asombrando a los jerezanos. Llegaron a tener casi 12.000 aranzadas de tierras de labor entre olivar, viñas, molinos de aceite, más de 18 casas en Jerez, 2 en Cádiz y una en El Puerto, dedicadas en su mayoría a almacenes. Incluso dos de ellas, una en Cádiz y dos en Jerez (C/Medina y C/ Las Naranjas 8) eran hospederías.

Los caballos de la zona eran ya admirados desde varios siglos antes de Cristo, y el mismo Jenofonte, en el siglo IV a.C., ya se había referido a ellos y a la maravillosa manera de montar de sus jinetes. Para producir esta admiración, confluían numerosos factores: existencia de marismas, la desembocadura de los ríos Guadalquivir y Guadalete, buen clima con temperaturas suaves, humedad y suelos calcáreos, cercanía al mar... No hay que olvidar que ya desde entonces existían importantes criterios de selección para obtener un caballo con gran capacidad de reunión, con objeto de poder enfrentarse con garantías de éxito al toro bravo y el resto de tareas de campo desarrolladas principalmente a caballo.

El orgullo de los jerezanos por sus caballos y el celo por mantener el monopolio de su raza se muestra ya en un acuerdo del Cabildo de Jerez del 26 de Mayo de 1460, por el que no se pueden vender caballos a personas de fuera de la ciudad

sin permiso del corregidor. El rigor con que se llevaba la cría caballar lo demuestra otra disposición del Cabildo de 1490, por la que *“antes de echar un caballo a una yegua, debe ser examinada por los diputados de la ciudad”*.

Cuando se instalan en Jerez de la Frontera, constituyen una yeguada de caballos españoles que con el tiempo sería mundialmente famosa. La impronta que este cenobio dio a estos caballos sería tan importante, como para a partir de entonces ser conocidos como “cartujanos”, que alcanzaron renombre universal en el siglo XVIII.

Resulta difícil indicar el exacto origen de esta yeguada; su verdadera historia está aún por escribir y algún día habrá de hacerse. Gran parte de los archivos desaparecieron con la clausura del monasterio en 1835. Está claro que desde el primer momento los monjes constituyen una yeguada, que formaba parte importante de su patrimonio y fundamental fuerza de trabajo a lo largo y ancho de las muchas hectáreas de que disponían.

Con el tiempo, el esmero puesto en el cuidado de la yeguada fue cada vez mayor.

Existen muchas anécdotas e historias que hoy forman parte de la singular historia de esta yeguada y que tratan de asimilar el origen real de la yeguada con hechos puntuales acaecidos a lo largo de su historia. La más conocida es la siguiente:

El censario de La Cartuja, D. Pedro Picado, entregó en 1730 sus yeguas y potros para redimir su censo que no podía pagar de otra forma. D. Pedro Picado había adquirido mucho antes, a los maestros herradores Andrés y Diego Zamora, esta yeguada que también se ubicaba en Jerez de la Frontera, concretamente en el llano de Santo Domingo. La leyenda dice que los hermanos Zamora hicieron esta yeguada a partir del caballo semental “Soldado” y de un hijo suyo llamado “Esclavo”.

Lo más razonable es pensar que a lo largo del tiempo los monjes cartujos fueron



enriqueciendo su propia yeguada con adquisiciones por uno u otro título de animales que, manteniendo la misma estirpe, iban mejorando.

Los caballos cartujanos ya eran famosos antes de que los monjes se hicieran con la casta de Pedro Picado. Para ello, los monjes no ahorran en cuidados. Aún se conserva un baño para los caballos en el llamado Patio de las Obediencias del monasterio, que data de la primera mitad del siglo XVII.

Al terminar la Edad Media, es el Caballo Español el más solicitado para viajes, deportes y guerras en toda Europa. Es un tipo de caballo ideal para la caballería debido a sus aptitudes para la alta escuela, tan de moda en la nobleza europea. Se utilizó como mejorador, y es que el caballo árabe, difícil de obtener por el escaso comercio de los musulmanes, era un caballo pequeño, considerado rebelde, de mala boca y peligroso en los combates, lo que hacía que todas las casas reales se ufanaran en montar caballos españoles, atraídos por su gran nobleza, sobriedad y docilidad.

Durante todo el siglo XVI y principios del XVII vivió su pleno apogeo, siendo utilizado para fundar nuevas razas:

el Lipizzano en Austria, el Kladruber en Bohemia, el Alter Real y el Lusitano en Portugal, las razas de Normandía en Francia, de Fredricksborg en Dinamarca, las de los Estados Italianos (Mantua, Nápoles, Calabria y Sicilia); es también entonces cuando comienza a criarse el Pura Sangre Inglés en el que influyeron las Royal Mares, obtenidas en España. Así, en 1460, el Ayuntamiento de Jerez, consciente de poseer los caballos más cotizados del mundo y preocupado por la disminución de sus efectivos, acuerda publicar una orden que declara la prohibición de vender caballos fuera de esta zona sin permiso del Corregidor (González Gómez, 1978).

*“Eran tan estimados los caballos que se criaban en Jerez, por su generoso espíritu, agilidad y otras circunstancias, que venían a buscarlos los de las cortes y países más remotos por considerable precio para el uso personal de los príncipes y grandes señores, además de los que frecuentemente se extraían para el soberano”.*

Sin embargo, a principios del siglo XIX, la supervivencia de la raza estuvo en peligro. Durante el reinado de Felipe II en España, se había cruzado con otras razas para obtener un caballo más pesado (Gómez Lama, 1956). En la guerra de Francia (1808-1814), los mariscales de Napoleón se llevaron los mejores ejemplares y muchas líneas se extinguieron. La raza pudo sobrevivir entonces gracias a los monjes cartujos, de los monasterios de Jerez y Sevilla, que habían criado caballos desde el siglo XV con gran devoción y esmero para conservar la pureza de la raza. Estos ejemplares Cartujanos escaparon de los desastres de los cruces y la guerra contra los franceses. Una nueva ganadería se fundó y la raza volvió a florecer de nuevo, siendo considerada hoy día la estirpe más pura del PRE (Pura Raza Española).

A comienzos del siglo XIX, la yeguada cartujana de Jerez iba a sufrir un cambio importante. El 2 de mayo de 1808, Madrid se levanta contra las fuerzas invaso-

ras francesas. Los días 30 y 31 de enero de 1810, el ejército francés llega a Jerez de la Frontera y la Guerra de la Independencia alcanzaba en nuestro país el momento más álgido, provocando que los monjes abandonen precipitadamente La Cartuja y se dirijan a Cádiz. En aquellas fechas se calculaba que la yeguada tenía 800 cabezas de las que 250 eran yeguas madres. Son tiempos incontrolados que permiten tanto a franceses como a españoles, requisar o saquear la zona. Los cartujos, que tan primorosamente habían criado y cuidado su yeguada cartujana, se ven despojados de ella.

Sin embargo, la pérdida de la yeguada por los cartujos no va a traer como consecuencia la desaparición irreparable del animal más bello del mundo. Un presbítero de Arcos de la Frontera, D. Juan José Zapata y Caro (fundador del hospital de la misma ciudad) adquiere –de esta yeguada desmembrada– un lote de 60 yeguas y tres sementales –que paga a la Cartuja de Clunny en Francia–, uno de los cuales ha destacado entre los demás: DIAMANTE, fino y esplendoroso, como su nombre. Oculta la ganadería en la Breña del Aguá.

Algo importante sucede: D. Juan José Zapata y Caro cambia el hierro con el que se marcaban los caballos y adopta un bocado; se iniciaba la formación de la Yeguada Cartujana del Hierro del Bocado: H.

A partir de este momento, la relación entre la yeguada de caballos cartujanos y los monjes se disuelve. Los monjes pueden volver a La Cartuja de Jerez en agosto de 1812, pero sus bienes quedan secuestrados por un Decreto de las Cortes de Cádiz. En enero de 1821, las nuevas Cortes del trienio Liberal suprimen los conventos; por lo que nuevamente los cartujos se ven obligados a abandonar el monasterio. El 19 de agosto de 1835 se presentó en las puertas del Monasterio una comitiva enviada por el Ayuntamiento de Jerez, que entregaron una orden con el siguiente texto: *“Por orden de la superioridad, le comunicamos que*

“Al terminar la Edad Media, es el Caballo Español el más solicitado para viajes, deportes y guerras en toda Europa”

*abandonen este monasterio, que desde ahora pasará a propiedad del Estado Español quien me honra representar”.* Los 14 monjes y 5 legos abandonaron el monasterio, dejando atrás todo su patrimonio.

La guerra ha terminado con la victoria española y D. Juan José Zapata y Caro consigue adquirir varias yeguas cartujanas más; así como algunos sementales.

A partir de este momento y gracias a la estructura agraria de la comarca de Jerez de la Frontera, la yeguada va pasando por herencia o compraventa por diferentes manos y en nuestro caso lo que más nos interesa comienza en 1949 cuando D. Fernando C. De Terry y del Cuvillo compró parte de la yeguada junto con el hierro del bocado con la C. Anteriormente ya había adquirido (entre 1947 y 1948) la yeguada de D. Francisco Chica Navarro con el hierro del bocado sin la C. De esta forma, vuelven a unirse con D. Fernando C. de Terry y del Cuvillo las dos ramas de la yeguada del Hierro del Bocado, que se divide entre la finca “El Montañés” (Puerto Real) y las caballerizas existentes en el Puerto de Santa María.

En 1952, la yeguada funciona a nombre de Dña. Isabel Merello, viuda de Terry, que la mantiene en su poder hasta 1981, en que pasa a ser de las Bodegas Fernando A. De Terry S.A., adquiridas a su vez por RUMASA S.A. ese mismo año.

Tras la expropiación de RUMASA, la conocida como “Yeguada de Terry” per-



tenece desde el verano de 1983 al Patrimonio del Estado Español.

Desde la incorporación de la yeguada de la cartuja a la SEPI en primera instancia, y posteriormente, a partir del año 2003 mediante un Acuerdo del Consejo de Ministros en que pasa a integrarse en el grupo de empresas pertenecientes a la Dirección General del Patrimonio, se insiste en el único objetivo de la yeguada, que es la conservación de la Estirpe en pureza.

EXPASA, es la responsable de la conservación de un tesoro, con la particularidad de estar formado por animales vivos. Se trata de un patrimonio de incalculable valor que debe ser preservado y mejorado para asegurar su traspaso en las mejores condiciones posibles a las generaciones futuras.

#### ACTIVIDAD ACTUAL

En la actualidad, la yeguada tiene como objetivo principal la conservación y mejora de la estirpe de caballos cartujanos como hemos indicado de manera insis-

tente, pero desarrollamos también actividades complementarias con esta actividad. Entre éstas podemos destacar algunas por su interés zootécnico o por su contribución a la divulgación y conocimiento de la estirpe cartujana.

Desde el ángulo de la producción animal y el manejo de la yeguada, es importante resaltar determinados programas de trabajo que coinciden con las directrices de nuestro organismo de tutela, el Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medioambiente.

El primer programa está relacionado con la producción de alimentos para el ganado. La superficie agrícola en su totalidad se dedica a la producción de alimentos para el ganado de nuestra explotación. En grandes trazos, producimos la totalidad de los alimentos forrajeros para nuestro censo. La finca dispone de 200 hectáreas, que se dedican a la producción de alfalfa, pradera de secano y regadío y un nuevo cultivo introducido en España llamado siambasa. Con esta orientación productiva conseguimos no estar obligados a la adquisición de pien-

Los compuestos o materias primas para la alimentación animal y se reduce de manera considerable el gasto en alimentación, que es una de las rúbricas más importantes en cualquier producción ganadera. El exceso de producción se vende, significando aproximadamente la mitad de nuestra producción total de forrajes. El racionamiento de cada lote de animales, se efectúa por el personal de la yeguada, previo análisis de sus propiedades nutricionales.

La yeguada dispone de servicios veterinarios propios encargados, entre otras misiones, de mantener una adecuada condición sanitaria de todo nuestro censo, para ello la yeguada dispone en sus instalaciones de una clínica veterinaria, en la que se atiende a la salud de los animales y se controlan todas las actividades relacionadas con el control de la reproducción de nuestras yeguas y sementales.

Desde el punto de vista del programa de reproducción, la yeguada decide cada año los apareamientos más interesantes, atendiendo a las necesidades de conservación de las diferentes líneas que conforman la yeguada de la cartuja. En nuestra explotación se producen exclusivamente animales pertenecientes a la estirpe de caballos cartujanos, y nos ajustamos de manera estricta a lo que se denomina animales “cerrados en bocado”. Se entiende por ello animales con carta genealógica que garantiza que toda su genealogía proviene de animales criados en la yeguada de la cartuja.

Para mantener este principio, utilizamos sementales nuestros y otros cedidos por ganaderos de España o del extranjero, que disponen de sementales que cumplen estos requisitos. De manera frecuente utilizamos las técnicas de trasplante embrionario para poder producir animales con estas características. Todo el proceso de transferencia, se realiza por técnicos de EXPASA.

La yeguada de la Cartuja participa de manera activa en la realización de los controles de rendimiento establecidos en

**“Son ya treinta años los que la secretaría del Consejo de Administración ha sido ejercida por un Abogado del Estado (siendo el primero de ellos D. Carlos Suán, DEP; sirva este artículo de sentido homenaje)”**

el esquema de selección de la raza. Para participar en estos controles es necesario presentar animales domados en la especialidad de doma clásica a las edades de 4, 5 y 6 años. La instrucción de la yeguada es presentar todos los machos de estas edades. Con esta decisión pretendemos evaluar genéticamente todos los reproductores para conseguir acelerar la mejora de nuestros efectivos. La yeguada participa también en otras disciplinas, como la Alta escuela española, el Concurso completo de equitación, el enganche de tradición y de competición, el salto, la doma vaquera, etc., con la intención de promocionar y divulgar la excelente versatilidad de la raza española de caballos.

Otra actividad de interés es la realización de visitas a nuestras instalaciones. Para ello EXPASA organiza los sábados una visita con espectáculo ecuestre desde el mes de marzo hasta noviembre. El número de espectadores se sitúa en el entorno de los 17.000 visitantes anuales.

Es un excelente programa y una sugerencia visitar nuestras instalaciones, para comprobar de cerca la belleza y nobleza del caballo cartujano, el caballo más bello del mundo, que desde hace más de cinco siglos goza de esta reputación, así como para conocer nuestras instalaciones, los coches de tradición, el guadarnés y el resto de detalles de la yeguada más

emblemática de la raza más emblemática de España.

#### ABOGACÍA DEL ESTADO Y EXPASA

Si bien los orígenes de la Yeguada se remontan a 1484, como resulta evidente, la colaboración con la Abogacía del Estado no alcanza tal antigüedad. No obstante, sí que son ya treinta años los que la secretaría del Consejo de Administración ha sido ejercida por un Abogado del Estado (siendo el primero de ellos D. Carlos Suán, DEP; sirva este artículo de sentido homenaje). En este largo periodo, en el que se ha introducido la figura del coordinador del convenio de asistencia jurídica, el asesoramiento que hemos ofrecido desde la Abogacía del Estado se ha encontrado profundamente condicionado por las particularidades del cliente, que más que la sociedad estatal es el caballo.

En el plano consultivo, la principal problemática que se ha suscitado es la adaptación de las diferentes instituciones jurídicas a las específicas necesidades de un centro de selección de animales, enfocado a la cría, doma y divulgación del caballo cartujano. Así como también el análisis de diferentes vías de gestión y explotación a fin de afrontar las dificultades financieras que sufre toda institución destinada a la divulgación de la cultura, marco en el que la autofinanciación es una verdadera quimera.

La “sui generis” naturaleza de esta sociedad estatal exige el estudio de ámbitos del ordenamiento jurídico que no son los habituales en la actividad de asesoramiento del Abogado del Estado. Por ello, el coordinador del convenio de asistencia jurídica ha tenido que analizar cuestiones de lo más variopintas y propias de la especial idiosincrasia de EXPASA. Claros ejemplos son los informes sobre contratos para el desarrollo de campañas de publicidad o pólizas de seguro “multirriesgo de ganado caballar” para asegurar a caballos que viajaran fuera de las instalaciones de la Yeguada. Las recientes reformas sobre el tan debatido “IVA cultural” también ha demandado que la

Abogacía del Estado se pronunciase sobre la eventual aplicación del tipo reducido en cuanto servicios culturales o de difusión de la cultura.

El ámbito de las patentes y marcas tampoco es ajeno al mundo del caballo, suscitando una prolongada litigiosidad la utilización de la marca “H”, propiedad de EXPASA para ganado caballar, y especialmente empleada para herrar a los caballos como signo distintivo de la Yeguada de la Cartuja-Hierro del Bocado. En la jurisdicción nacional concluyó mediante sentencia favorable a la empresa pública de fecha 29-9-2011 TSJ Madrid, confirmada por el Supremo. Pero el uso de la “H” también ha sido discutido en cuanto marca comunitaria, dando lugar a que la Oficina de Armonización del Mercado Interno dictara Resolución de la Sala Segunda de Recursos de 29/9/2015, rechazando la inscripción de otras marcas figurativas que pudieran llevar a confusión. Con tales resoluciones se pretende la salvaguarda de la marca, en cuanto distintivo de calidad y estirpe de los caballos cartujanos de EXPASA, y su lectura ofrece un completo análisis comparativo de la marca “H” con otras de terceros, desde el punto de vista gráfico, fonético y conceptual, así como el riesgo de confusión (productos y servicios prestados, signos, elementos distintivos y dominantes de los signos, carácter distintivo de la marca, público destinatario y nivel de atención, apreciación global).

Los expedientes de contratación son reiterativos en el tiempo dado que la actividad básica y objetivos de la sociedad se han mantenido a lo largo de los años. Ello no obstante, las diferentes estrategias empresariales que se han ido implantando para maximizar los recursos de la Yeguada han condicionado el tipo de contratos a suscribir. Mientras los contratos de servicios de vigilancia, seguridad y azafatas se han sucedido año tras año con escasas variaciones, la actual política de la sociedad, tendente a la total autarquía alimenticia, ha supuesto la eliminación de la externalización de los contratos de suministro de pienso. En el año 2017 se ha logrado atender las



necesidades de los doscientos animales de la yeguada, de forma casi exclusiva, gracias a la producción generada con la explotación de las doscientas hectáreas de la finca "La Fuente del Suero". Por el contrario, la Dirección de la Yeguada ha considerado que lograr la máxima eficiencia en el proceso de doma de los animales pasa por una mayor flexibilidad en la contratación de los mejores jinetes, lo que exige la externalización del servicio.

No podemos dejar de referirnos a un ámbito que suele generar gran interés en las entidades convenidas, cual es la gestión de recursos humanos, y que en el caso de EXPASA difiere del habitual trabajo de oficina desarrollado por la mayoría de

las sociedades estatales. Como se planteó con ocasión de la negociación del II Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal EXPASA Agricultura y Ganadería, SA, de 16 de mayo de 2008 (proceso en el que intervino activamente la Abogacía del Estado), los caballos tienen una serie de necesidades de manutención, limpieza, higiene y atención veterinaria que no pueden ser satisfechas instaurando un horario ordinario del personal laboral. En consecuencia, el convenio refleja un especial régimen de horarios, turnos y desplazamientos para el personal dedicado a la explotación agrícola, ganadera o servicios veterinarios, distinto del que corresponde a las tareas de oficina y promoción comercial. Además, el hecho de que uno de los objetivos de la Yeguada sea la promoción del caballo cartujano, en colaboración con instituciones públicas, condicionó la redacción del convenio colectivo para incluir ciertas especialidades en la contratación de trabajadores a través programas de formación profesional del Servicio Andaluz de Empleo, Servicio Público de Empleo Estatal u otros organismos públicos.

La actividad contenciosa que genera EXPASA no difiere en gran medida de la que pueda existir en otras empresas públicas. Dejando al margen los antes citados procesos en materia de marca, la Abogacía del Estado ha actuado en defensa de los intereses de la entidad en el orden jurisdiccional social (despidos y acciones declarativas de alta dirección, conciliaciones, etc.), contencioso-administrativo (subvenciones, devolución de fianzas, etc.) o el civil (reclamaciones de cantidad, juicios cambiarios, etc.). Especial interés, por reflejar la diversa actividad desarrollada por la empresa cuando pertenecía al grupo RUMASA, son las acciones declarativas de dominio, reivindicatorias y reanudación del tracto sucesivo. La Abogacía del Estado ha intervenido en numerosos procesos civiles para depurar las inciertas situaciones jurídicas creadas por las ventas de fincas que EXPASA realizó en aquella época en documento privado, sin que fueran en consecuencia debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad.

### VISITAS

Junto con la función de cría, mejora y difusión de este patrimonio genético en el mundo del caballo español, la Yeguada de La Cartuja EXPASA, a través del programa de visitas guiadas cumple una función divulgadora y didáctica esencial, acercando los medios e instalaciones de la Yeguada a la ciudadanía. A tal fin se celebran visitas abiertas al público los sábados, visitas de colegios y privadas, eventos, prácticas de universidades, competiciones y pruebas de selección. Todas ellas permiten al visitante conocer las instalaciones, el Patio de sementales, Guadarnés y cochera, Nave de yeguas y cobertizos de potros y la clínica veterinaria, sala de exploración y quirófano. Especial mención merece el espectáculo que tiene lugar en las instalaciones de Jerez de la Frontera los sábados, con exhibición en el picadero cubierto de potros de diferentes edades corriendo en libertad, enganches, doma clásica y cobra de yeguas, fiel reflejo de las dos actividades fundamentales de la sociedad estatal, la cría y la doma del caballo cartujano.

Testigo directo de las instalaciones y animales centenarios de EXPASA fue la Abogacía del Estado de Sevilla, que aprovechando la larga relación profesional, y ya de amistad, que hemos mantenido con la entidad, organizó una visita en abril de 2013 (foto junto a estas líneas). De la mano de sus profesionales pudimos comprobar el sofisticado trabajo de los servicios clínicos, que no se limitan a las labores de tratamiento ordinario de los animales, sino que desarrollan avanzadas intervenciones quirúrgicas, fibroendoscopias, radiología y transferencia embrionaria. De hecho, la labor investigadora de la Yeguada y la importación de técnicas de otros países en que la industria equina disfruta de una gran salud y reconocimiento, han situado a la sociedad estatal a la cabeza de los programas de investigación nacionales.



▲ Francisco del Río, Jacobo García, José Luis Fernández, Eusebio Pérez, Ángel Saucedo, Carmen Luengo, Miguel Ángel Gilabert, Guillermo del Campo, Salvador Jiménez

**“ Junto con la función de cría, mejora y difusión de este patrimonio genético en el mundo del caballo español, la Yeguada de La Cartuja EXPASA, a través del programa de visitas guiadas cumple una función divulgadora y didáctica esencial, acercando los medios e instalaciones de la Yeguada a la ciudadanía ”**

También disfrutamos de la representativa colección de enganches de tradición formada entre otros por una araña, landau, carretela y park drag, del siglo XIX y principios del XX, todos ellos de alta calidad. Las guarniciones para esos coches así como las piezas de repuesto constituyen una preciosa colección para visitar en la yeguada.

Y finalmente, como colofón a la visita se encuentra el espectáculo de los que son los verdaderos protagonistas de esta sociedad estatal, los caballos cartujanos. Durante una hora fuimos espectadores, en el pulcro picadero cubierto y acristalado de la Yeguada, de una exhibición que, al ritmo de una música cuidadosamente seleccionada, muestra las distintas fases del desarrollo vital del caballo y la labor que EXPASA vuelca a tal fin.

Tras el apasionado relato de Carlos, y dada la intensa colaboración de la Abogacía del Estado con EXPASA, entiendo que no podemos desaprovechar la ocasión (especialmente los compañeros veraneantes en la zona gaditana), de visitar la Yeguada de la Cartuja-Hierro del Bocado, que constituye patrimonio vivo de todos los españoles: <https://yegudadcartuja.es/>. ■



# Vino: algunas propuestas interesantes

Alfonso Melón Muñoz | Abogado del Estado



**E**n el presente número de nuestra revista, proseguimos con la sección dedicada al mundo del vino, en la que proponemos algunas referencias enológicas que resultan, según nuestro criterio, relevantes o interesantes por sus peculiaridades, calidad, novedad o precio. Generalmente, se trata de vinos que destacan por alguna característica que los singulariza y que no son de presencia masiva o muy frecuente en el mercado, a los que los asociados pueden acceder a un precio especialmente competitivo. En esta ocasión incluimos en estas páginas dos referencias, proporcionadas nuevamente por el asesor

de sumilleres y “negociant” Diego Velázquez Benito, gerente de “VELBENDI, S.L.”, empresa con sede en Logroño y giro nacional e internacional, dedicada a la comercialización de vinos y licores de gama alta. La adquisición puede realizarse mediante correo electrónico dirigido a [diego@velbendi.com](mailto:diego@velbendi.com), identificando la condición de Abogado del Estado asociado del interesado. Por razones de operativa, el pedido mínimo es de 6 botellas, en cualquier combinación de entre los vinos propuestos. El importe del transporte queda incluido en el precio del producto.

## Brezo Blanco Godello 2016

- ▶ Bodega: Gregory Pérez
- ▶ D.O. Bierzo
- ▶ Puntos Parker: 91
- ▶ PVP: 10 euros (botella 0,75l)
- ▶ Precio para asociados: 8 euros



De nuevo traemos a estas páginas una representación de la uva godello, aunque, en esta ocasión, de la Denominación de Origen Bierzo. Un vino de Gregory Pérez. Procedente de parcelas situadas en Carracedo, Esplanillo, Villafranca del Bierzo y Valtuille (León), se trata de un vino en el que se halla la frescura de la pureza frutal de la variedad godello, con gran potencial para desarrollar complejidad aromática con envejecimiento en botella, dada su acidez.

Uva godello al 95% y doña Blanca al 5% procedente de viñedos sitios en suelos de pizarra, arcillo-calcáreos y pedregosos, con edad media de 20 años respecto de la primera variedad y viejos –en vaso– respecto de la segunda.

Fermentación a temperatura baja, tras vendimia manual en caja y embotellado con ligera clarificación y filtrado. De color amarillo pajizo, desarrolla aromas cítricos con apuntes minerales. Sabroso al gusto, es elegante, frutal y equilibrado.

## Horizonte de Exopto 2015

- ▶ Bodega: Exopto
- ▶ D.O. Ca. Rioja
- ▶ PVP: 14,50 euros (botella 0,75l)
- ▶ Precio para asociados: 11,50 euros



Esta referencia es una creación del francés afinado en España Tom Puyaubert, cuyos vinos de la Denominación de Origen Calificada Rioja se producen bajo el amparo de Bodegas Exopto, casa fundada en 2003 por este tonelero bordelés. Tiene una composición de 80% tempranillo, 10% graciano y 10% garnacha. Procedente de viñedos de la Rioja Alta (Ábalos), por lo que respecta al primero y de las faldas de Monte Yerga, al sureste de la denominación, en las restantes variedades. Los viñedos se agrupan en varias microparcels, cuyo rasgo de identidad común es la edad de las cepas, de 30 a 90 años, y la conducción en vaso. Los suelos presentan diferentes composiciones y orientación.

Ha de resaltarse que el municipio de Ábalos es uno de los pocos territorios de la provincia de La Rioja y de la subzona de Rioja Alta ubicados al norte del Ebro, junto con otros tan señalados por la calidad de sus vinos como San Vicente de la Sonsierra o Briñas. Lugares donde radican algunos de los mejores viñedos de la Denominación, con un clima de influencia atlántica. Y así mismo, hay que destacar que la zona del Monte Yerga, con gran influencia del clima mediterráneo, despunta por la calidad de sus cepas de garnacha y graciano.

Visualmente el vino presenta color rubí profundo. La nariz destaca por sus frutos rojos y negros, con toques especiados y nota ahumada. El gusto, por su sedosidad, sabores de fruta negra, mineralidad y largura.

# CRÓNICA DEL FESTIVAL DE SAN SEBASTIÁN

Luis Vacas Chalfoun | Abogado del Estado

Decía Orson Welles que el cine es una cinta de sueños y, como sueños, no dejan en mayor o menor medida de beber de la realidad. El cine, como el arte en general puede ser más o menos abstracto o realista, de igual modo que puede servir como instrumento de denuncia o de instrucción, pero en cualquier caso la mayoría de quienes se acercan al mismo lo hacen para disfrutar de las historias que a través del mismo se cuentan. Y para aquellos que disfruten el cine, no puede dejar de recomendarse la experiencia de disfrutar de los Festivales de Cine, siendo el de San Sebastián el más importante de nuestro país y uno de los primeros del circuito internacional.

Incluso para quien no disfrute de la espléndida oferta cinematográfica que proporciona el festival, la mera estancia en San Sebastián durante la celebración del Zinemaldia ofrece el espectáculo incomparable de disfrutar de abigarrado trasiego de actores, directores, productores, periodistas, críticos y cinéfilos en general, y ello en el marco de una bella ciudad que, sin exagerar, por unas semanas enteramente se vuelca con el cine.

Como muestra, traemos aquí una crónica de tres de los días del Festival a través de sus diversas actividades (conferencias, exposiciones, premios y, por supuesto, películas), que en el 2017 celebraba su 65 edición. La Edición en la que la Concha de Oro fue para la entretenida *The*

*Disaster Artist*, el premio especial del Jurado fue para la poética *Handía* y en la que además, como novedad, se incluyeron en la exhibición un nuevo formato cada vez más pujante: el de las series (*La Peste, Vergüenza*). Y ello con la confianza de incitar a los lectores de la revista a participar el próximo año de tal ocasión.

## SÁBADO 23: "EL CINE NO ES PATRIMONIO DE NADIE"

Nuestra primera parada fue en el Kursaal, donde el equipo de la película *El Autor* ofrecía su rueda de prensa. Participaban en ella su director Manuel Martín Cuenca (cuya primera película de ficción fue *La flaqueza del bolchevique* y cuyo último éxito fue *Canibal*), los actores (entre ellos Javier Gutiérrez) y el autor de la novela original, Javier Cercas.

Cercas relató cómo *El Autor* había sido su primera novela y ensalzó la virtud del director de lograr superar la dificultad de convertir una obra "muy literaria" en una película tan cinematográfica, siendo ambos lenguajes tan dispares: en realidad, para ser leal a una obra literaria al trasladarla a la gran pantalla, hay en cierto modo que traicionarla. Por otro lado, no o hay que olvidar que estábamos en un 24 de septiembre y, por consiguiente, a ocho días de los eventos del 1 de octubre de Cataluña, con lo cual "la cuestión" sobrevolvaba en buena parte de las entrevistas. Cercas, preguntado por ello, dejó



claro que no hablaría más que de la película que estaban presentando (resaltando que así lo merecían todos los que se han esforzado para sacarla adelante), si bien sí se permitió hacer una breve reflexión desde la lógica preocupación: hay solución y debemos buscarla pues "no tenemos derecho a que acabe mal".

Sobre la película volveremos más adelante, pues la siguiente cita la teníamos en el espacio Tabakalera. Se trata de la antigua fábrica de tabacos de San Sebastián que tras su cierre se ha convertido en un vibrante centro cultural que, además, en el Zinemaldia actúa desde hace unos años como una de las sedes del mismo. En esa mañana, además, en Tabakalera se formalizaba la entrega del Premio Nacional de Cinematografía a Antonio Banderas.

Inauguró el acto Paz Vega que resaltó que Antonio ha sido un modelo para todos los actores de su generación. Continuó Carlos Saura que destacó que el homenajeado es muestra viviente de que se puede hacer buen cine en España y aprovechó para avanzar una futura película suya sobre Picasso que habría de protagonizar su coterráneo Banderas. El Ministro de Cultura Méndez de Vigo fue quien formalmente entregó el premio a Banderas. Tras un exordio en euskera, Méndez de Vigo glosó la larga trayectoria de Antonio Banderas desde que un tres de agosto de 1980 tomó el tren



Málaga-Madrid para comenzar su carrera como actor, carrera marcada por una férrea determinación que le ha llevado al éxito internacional, éxito que sin embargo no le ha hecho olvidarse de los suyos.

Por fin tomó la palabra el protagonista del acto, Antonio Banderas, cuyo discurso de agradecimiento se estructuró en las propias tres palabras que definen el galardón comenzando con “premio”, lo que aprovechó para rememorar cómo la llamada por la que le anunciaron la concesión le sirvió para alegrar un día en Londres predestinado a ser gris. Continuó con el término “nacional” lo que hizo que los periodistas agudizasen el oído por volver, de nuevo, a planear “la cuestión” sobre los premios. No sin grandes dosis de prudencia, recordó que había tenido la ocasión de ver el paso en nuestro país de a dictadura a la democracia y afirmó “*sigo creyendo en un proyecto común que es España*”. Y por último se centró en la palabra “cinematografía” con una manifestación de devoción al séptimo arte en el cual, a lo largo de su carrera, había tenido la ocasión de trabajar con profesionales con planteamientos artísticos diferentes e incluso antagónicos. Finalizó con una declaración de intenciones, el que le quedan aún muchas historias que contar, a lo que sobrevino la ovación de los presentes en favor del actor.

Tras una parada técnica en una de las tabernas míticas del festival, el bar Oken-

do, verdadero museo de las pasadas décadas del Zinemaldia (basta con ojear las paredes repletas de fotos y carteles de todas las ediciones), la apretada agenda del festival nos permitió asistir a una de las citas, a mi juicio, más curiosas del festival. Proyectaban *Lumiere! Comienza la aventura*, una recopilación de los primeros cortos grabados por los hermanos Lumiere que explora los mismos comienzos del cine como arte de la mano de quienes se pueden considerar como los padres del mismo. Pero la particularidad de la proyección era contar con la presencia del padre del proyecto, Thierry Fremaux, director del Institut Lumière y delegado general del Festival de Cannes. Fremaux, micrófono en mano, comentó ante los presentes cada una de las piezas en una magistral lección de los comienzos del séptimo arte, en un español trufado de galicismos y aún mayores dosis de buen humor (que el público agradeció con frecuentes carcajadas) demostrando cómo ya en los comienzos del cine como arte se prefiguran las técnicas que articulan el cine actual y, sobre todo, que las piezas de 50 segundos de hace más de cien años siguen siendo cine capaz de excitar la curiosidad y la emoción de los espectadores.

Finalmente, en el Kursaal, llegó la oportunidad de ver, junto con el equipo de la película (que mereció una cerrada aclamación del público al acabar la proyección) *El Autor*. Película sobre un perso-

naje (magnífico Gutiérrez) en principio gris, con un trabajo igualmente insulso, y con una mujer insatisfecha (María León) que para colmo triunfa escribiendo bestsellers cuando él sólo puede recibir catilinarias de su profesor de escritura (el siempre destacable Antonio de La Torre). Protagonista que decide cambiar de vida y dedicarse a su pasión de escribir o, mejor dicho, de ser un gran escritor. No obstante tal sinopsis no debe inducir al error de pensar que estamos ante la típica historia de superación: por el contrario, la película supone un descarnado análisis sobre la ambición humana manifestada en un mediocre escritor que manipula a cuantos les rodean para obtener historias con las que nutrir su gran novela, siendo fagocitado por sus propias maquinaciones.

La búsqueda de historias que contar es común a manifestaciones artísticas como la literatura o el cine. Lo cual vuelve a traer a la mente una de las reflexiones de Antonio Banderas al recoger el Premio Nacional: “*El cine no es patrimonio de nadie, sino que pertenece a todos aquellos que quieran contar historias*”.

## DÍA 2: “LA JUSTICIA ES UN BARCO EN EL QUE TODOS REMAMOS”

La mañana del domingo, además de aprovecharla para ver a los artistas que visitan el festival y que dedican unos minutos a compartir con el público en

la entrada del Hotel María Cristina, la utilizamos para acudir a la exposición *Hitchcock, más allá del suspense* que desde junio exhibía el Museo San Telmo. Exposición completa y multidisciplinar sobre la cinematografía del “maestro del suspense”, que además de abarcar cuatro décadas y dar indudables obras maestras puso los cimientos de todo el cine posterior de suspense o thriller que aún hoy sigue bebiendo de sus claves. Claves que la exposición desgana y que muestra cómo aún hoy unos violines discordantes, una cámara fija enfocando la fachada de un edificio vecinal o la mera superposición de imágenes pueden producir a día de hoy más efecto en el espectador que la utilización de imágenes generadas por ordenador (CGI) de la que el cine desgraciadamente tiende a abusar hoy día.

La primera parada cinematográfica del día fue para *La douleur (Memoir of Pain)* del director francés Emmanuel Finkiel. Se trata de la adaptación de la novela autobiográfica de Marguerite Duras (autora de *El amante*) que recuerda sus años durante la Francia ocupada por los nazis. Duras formaba parte de la resistencia francesa junto a su marido, Robert Antelme y habiendo sufrido su grupo una emboscada ella logra escapar (ayudada, por cierto, por quien entonces se hacía llamar Morland y cuyo verdadera identidad era F. Mitterrand) mientras que su marido es apresado. Es en este punto donde transcurre la historia, en el que Duras (intensamente interpretada por Mélanie Thierry) se enfrenta a sus compañeros de resistencia, con los que sigue no obstante colaborando, con las autoridades de la ocupación y consigo misma. Destaca en este punto es la secuencia en la que se superponen dos diálogos interiores de la protagonista: el que desea seguir la lucha por recuperar vivo a su marido, y el que culpablemente desea en el fondo asumir que eventualmente ha muerto y así seguir adelante. Pero la verdadera joya de la jornada vendría de nuevo de la sección perlas: *El tercer asesinato* (Sandome No Satsujin), película japonesa dirigida por Hirokazu Koreeda, director ya aclamado en otros festivales por obras como *Después de la tormenta* y con preferencia por las relaciones familiares en su obra, el cual



**Incluso para quien no disfrute de la espléndida oferta cinematográfica que proporciona el festival, la mera estancia en San Sebastián durante la celebración del Zinemaldia ofrece el espectáculo incomparable de disfrutar de abigarrado trasiego de actores, directores, productores, periodistas, críticos y cinéfilos en general, y ello en el marco de una bella ciudad que, sin exagerar, por unas semanas enteramente se vuelca con el cine**

aborda en la presente película un drama judicial.

La historia que narra aparentemente es simple: Tomoaki Shigemori es un respetado abogado de un bufete dirigido por un ex fiscal, Daisuke Settsu, al cual se le encarga la defensa del asesino confeso de su empleador, Sr. Misumi, a fin de evitar en la medida de lo posible la pena de muerte. Sin embargo lo que aparentemente es un asunto sencillo va adquiriendo gradualmente complejidad: Misumi había sido acusado y condenado, si bien sólo a prisión, por el padre del abogado protagonista, Juez ahora retirado.; y adicionalmente el abogado Shigemori, en aras a defender de la mejor manera posible lo que para otros hubiera sido una causa perdida, ahonda en las motivaciones que supuestamente guiaron a su cliente, en particular la relación del mismo con la esposa y la hija del jefe asesinado lo cual le lleva a replantearse lo inicialmente dado por sentado.

La película ha sido descrita como un sutil alegato contra la pena capital que aún rige en Japón, si bien a lo largo de la misma trata otras cuestiones esenciales para todo jurista y que sorprenden viniendo de un director que, como decíamos, ha cultivado sobre todo dramas familiares. Entre otros plantea la vinculación entre las circunstancias socioeconómicas y el crimen, que tiene un curioso acercamiento en la convicción del padre del protagonista que en atención a la baja extracción del acusado le eximió de la

pena de muerte y que hoy sufre por los remordimientos pensando que con ello se habría evitado un ulterior homicidio.

Plantea las dificultades para, incluso en un proceso penal, hallar la verdad material, lo cual ya de por sí cuestiona la existencia de una pena definitiva, la de muerte, en un proceso por definición falible. Además, ahonda en las relaciones entre defensor y defendido y en particular evidencia la necesidad, como consustancial a un Estado de Derecho, de una defensa efectiva en favor de cualquiera, incluso para el que a todas luces parece culpable. De aquí que la frase en principio loable, “*la Justicia es un barco en el que todos remamos*”, adquiera tintes siniestros cuando la pronuncia uno de los abogados de la defensa tras una reunión con el Magistrado Presidente que ha de decidir sobre la imposición de la pena capital.

En definitiva, una gran película tanto por la belleza de sus imágenes como por la profundidad de los temas que trata.

### DÍA 3: “TODOS RESPIRAMOS EL MISMO AIRE”

La última cita cinematográfica en el Festival, antes de retomar los deberes ordinarios, la tuvimos con la película *The Square*: película sueca dirigida por Ruben Östlund y que ganó la Palma de Oro en el Festival de Cannes. Sátira sobre el arte moderno y, de paso, el mundo moderno en general, que sigue las andanzas

del director de un museo moderno que tiene que afrontar una serie de eventos (un robo, una exposición y una desastrosa campaña publicitaria) que sorprendentemente van trastocando su aparentemente plácida existencia a la que se aferra con sus modales puramente “políticamente correctos”. La película contiene escenas tensamente divertidas y con gran sarcasmo sutilmente nos mues-

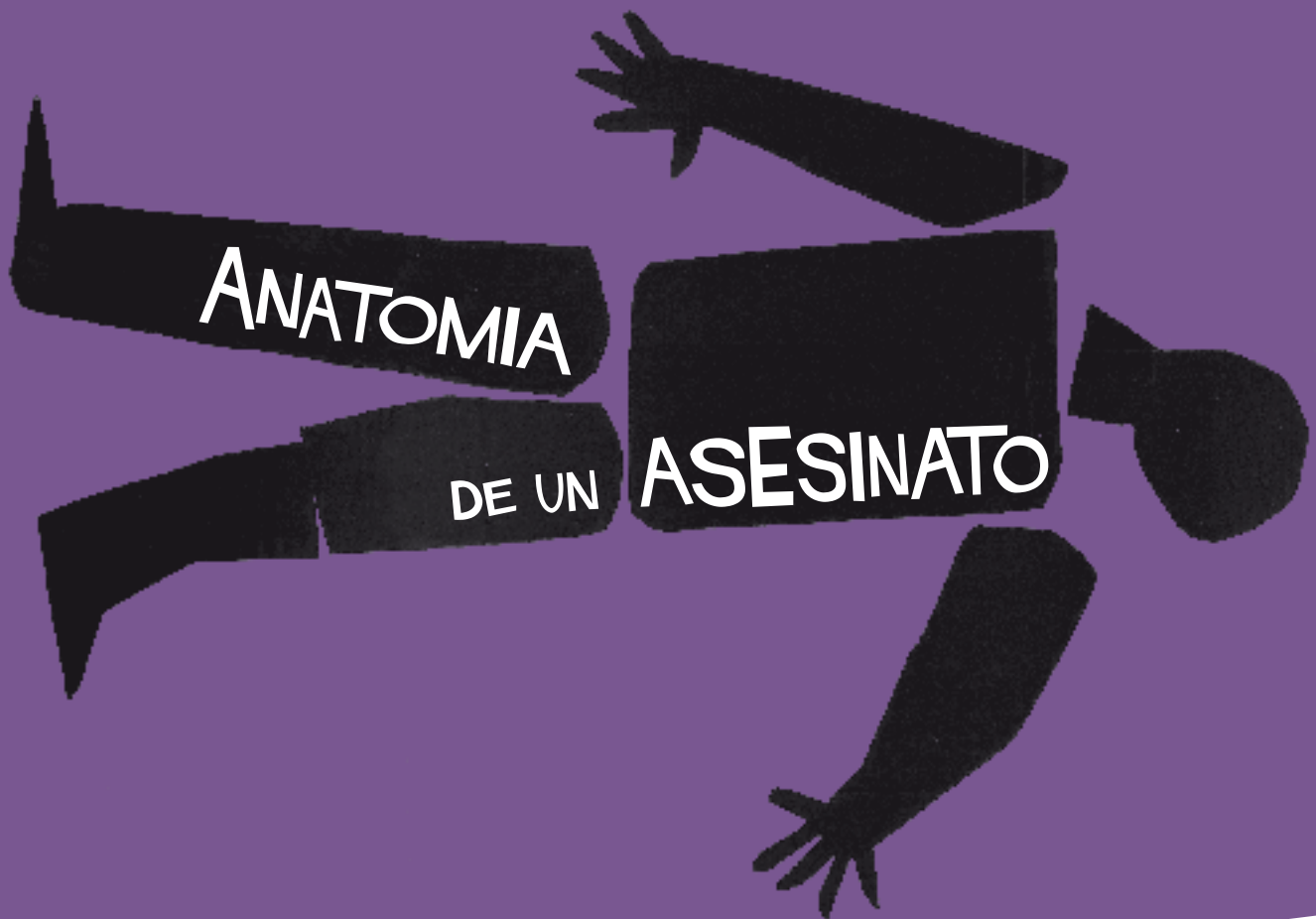
“**La búsqueda de historias que contar es común a manifestaciones artísticas como la literatura o el cine. Lo cual vuelve a traer a la mente una de las reflexiones de Antonio Banderas al recoger el Premio Nacional: ‘El cine no es patrimonio de nadie, sino que pertenece a todos aquellos que quieran contar historias’**”

tra las miserias de una sociedad que se ve como benevolente aunque no lo sea tanto.

No obstante, antes de acabar esta crónica, hay que detenerse en otra interesante rueda de prensa en el Kursaal que tuvo por protagonista al famoso actor Arnold Schwarzenegger: presentaba ese día en el Kursaal *Wonders Of The Sea 3d*, dirigida por Jean-Michel Cousteau, hijo del célebre Jacques, y producida y narrada por el exgobernador de California. Más allá de promocionar el documental, Schwarzenegger hizo hincapié en la necesidad de preservar el medio-ambiente, señalando que durante su mandato como gobernador cuidó especialmente de la protección del mismo y especialmente de ampliar la protección del ámbito marítimo, lo que no perjudicó el crecimiento del PIB de California (a un ritmo superior al doble de la media nacional). Y alertó de que el problema medioambiental no es un problema político, sino un problema humanitario de primer orden, recordando que al año mueren más de 7 millones de personas por causas derivadas de la contaminación.

Si como decíamos, en el cine podemos hallar reflejo de la realidad, no está de más que nos recuerde que más allá de las circunstancias políticas del momento, existen también otros problemas que verdaderamente marcan la realidad y el futuro de todos aunque no copen las portadas del día. ■





## EL CINE EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA (XVII)

# Anatomía de un asesinato

Ignacio del Cuvillo Contreras | Abogado del Estado

**E**sta película fue estrenada en EEUU en 1959 y no llegó a España hasta 1961. No cabe duda de que la productora tuvo que hacer un esfuerzo extraordinario de gestión en los despachos administrativos para conseguir su pase por las pantallas y aún no me explico cómo la severa censura española consintió su proyección. Es verdad que en el 61 había mucha más relajación y se contemplaban más los aspectos políticos. Pero llama la atención que colara una producción que centraba la clave de un proceso judicial penal en unas bragas de señora. Volveré después sobre tan importante prenda. *Anatomía de un asesinato* (en adelante *Anatomía* o la película) está dirigida por Otto Preminger, de origen austriaco, que alcanzó la cumbre del éxito muy pronto con *Laura*. En la Revista nº

44 comenté una de sus obras: *Tempestad sobre Washington* y dije de él que “*volvió a alcanzar la cima de Laura en Anatomía de un asesinato, drama judicial duro y explícito, que espero comentar alguna vez*”. Y esa vez ha llegado.

Preminger volvió en efecto a alcanzar la cima con *Anatomía*, aunque lo hizo de la mano de su actor principal, de James Stewart o Jimmy como se le conocía en el mundo de Hollywood. Jimmy era el actor adecuado para encarnar al personaje del abogado Paul Biegler, creado por el novelista Robert Watson, seudónimo del Juez John D. Voelker, en la novela de la que *Anatomía* tomó el título y el argumento. Biegler había sido fiscal del distrito, perdió su puesto y pasó a ejercer de abogado sin mucho entusiasmo, ni éxito. Soltero,

de buena planta, agradable, humorista, dedicaba más horas a la pesca de las que desearía su secretaria Maina y cultivaba la amistad de un colega borrachín, Parnell McCarthy, además de tocar jazz en el piano de la casa heredada de sus padres.

James Maitland Stewart nació el 20 de mayo de 1908 (el mismo día que yo, 28 años antes) en Indiana, estado de Pennsylvania. Sus padres eran presbiterianos y de origen escocés. No quiso continuar el negocio de ferretería de su padre. Su madre era una pianista excelente, así que la música tuvo una parte importante en su vida. Tímido, pasaba mucho tiempo después del colegio trabajando en el sótano de su casa en maquetas de aviones, dibujos mecánicos y química, teniendo el sueño de ser piloto. Pero su padre le hizo in-

gresar en la Universidad de Princeton. En la academia preparatoria de Mercesburg jugó en los equipos de fútbol americano y de atletismo. En Princeton, sobresalió estudiando arquitectura, y gradualmente se sintió atraído por los clubes de drama y música de la escuela. Su talento le llevó a ser invitado a los University Players, un club de actuación de músicos y actores de la Ivy League, con Joshua Logan como director y Margaret Sullavan como actriz principal, por la que se sintió atraído, pero pronto dejó el grupo para debutar en Broadway. Después de graduarse interpretó pequeños papeles en el verano de 1932 en las producciones de Players, cuando se unió a la tropa que incluía a Henry Fonda y Sullavan, quienes súbitamente habían contraído matrimonio. Stewart se mudó a Nueva York para convertirse en actor, con la esquivada aprobación de su padre. Compartió apartamento con Henry Fonda, que se había divorciado rápidamente de Sullavan, y con Joshua Logan. De 1932 a 1934 obtuvo diversos papeles teatrales. El éxito de Fonda en *The farmer takes a wife* lo llevó a Hollywood. Finalmente, Stewart, con el apoyo de Fonda, firmó un contrato con MGM en 1935, como actor contratado por un período de siete años con un sueldo de \$350 semanales. Al comienzo tuvo problemas debido a su aspecto tímido y humilde en escena. Su primera película fue la mal recibida *The murder man* con Spencer Tracy. Recibió su primer papel de peso en la versión de 1936 de *After the Thin Man* (en España, *Ella, él y Asta*) la segunda de las películas basadas en las novelas policíacas de Dashiell Hammet. Su consagración vino de la mano de Frank Capra con tres comedias del calibre de *Vive como quieras*, *Caballero sin espada* y *Qué bello es vivir*; ésta rodada después de terminada la Segunda Guerra Mundial, en la que Stewart participó activamente como piloto de bombarderos, lo que lo convirtió en el símbolo del estadounidense patriota. Sus dotes de mando lo llevaron a pasar de soldado a coronel en menos de cuatro años. Tras la guerra continuó su servicio en la reserva, llegando a ostentar el rango de general de brigada. En 1949 contrajo matrimonio por primera y única vez con Gloria Hatrick McLean, con la que tuvo cuatro hijos. Alfred Hitchcock lo escogió para protagonizar cuatro de sus mejores películas de intriga: *La soga*, *La ventana indiscreta* con Grace Kelly,

*El hombre que sabía demasiado* con Doris Day y *Vértigo* junto a Kim Novak. Con Anthony Mann hizo una magnífica serie de películas del Oeste: *Winchester 73*, *Horizontes lejanos*, *Colorado Jim*, *Tierras lejanas* y *El hombre de Laramie*. Lo dirigió también Mann en *Música y lágrimas* (la historia del trombonista Glen Miller), película llena de referencias personales, tales como la música, la aviación y su lugar de nacimiento. Véase la canción *Pennsylvania 6-5000*, en realidad el número del hotel Pennsylvania de Nueva York. Un John Ford muy veterano lo puso al frente de sus últimas películas del Oeste: *Dos cabalغان juntos* con Richard Widmark, *El hombre que mató a Liberty Valance* con John Wayne y *El gran combate*. Intervino en noventa y dos películas, habiendo sido propuesto cinco veces para el Oscar al mejor actor, que obtuvo pronto en 1941 por *Historias de Filadelfia*. En 1960 lo pudo obtener por su trabajo en *Anatomía*. Eran aún años de oro de Hollywood y el premio fue a manos de Humphrey Bogart por *La Reina de África*. Recibió después en 1985 otro Oscar por el conjunto de su obra. Stewart falleció a los 89 años de edad el 2 de julio de 1997 en su casa de Beverly Hills. “*Estados Unidos perdió hoy un tesoro nacional*”, dijo el Presidente Clinton. “*Jimmy Stewart fue un gran actor, un caballero y un patriota*”.

Efectivamente, Jimmy fue quizás el actor norteamericano más aceptado dentro y fuera de su país, tanto por las mujeres, que lo veían alto, no mal parecido, simpático, familiar, como por los hombres, que no lo consideraban un adversario difícil de batir, al revés que Gary Cooper, Cary Grant, Clark Gable, Paul Newmann

o Robert Redford. En *Anatomía*, Jimmy, en su papel de abogado estafalario, tozudo, inteligente, se come a sus compañeros de reparto, comprendida Lee Remick en el personaje de Laura Mannion, mujer que antes se calificaría de ligera de cascos, de una belleza discreta, llamativa por sus atuendos algo exagerados. Lee había destacado antes en dos películas dirigidas por Elia Kazan y Martin Ritt, en ésta dando réplica a Paul Newmann y su mujer Joan Woodward. *Anatomía* le dio un empujón hacia arriba, volvió a trabajar con Kazan y Monty Clift en *Río salvaje* y dos veces con Blake Edwards, en *Réquiem para una mujer* con Glenn Ford y en *Días de vino y rosas* con Jack Lemon, encarnando a un matrimonio de alcohólicos. Su interpretación en ésta última es la mejor que se le conoce.

Ben Gazzara interpreta al teniente Mannion, el marido de la coqueta Laura. Se presenta como un tipo chulo, que le cae fatal hasta a su abogado, pero listo como el hambre. El fiscal Mitch Lodwick carece de relieve en la realidad (Brooks West) y en la película. El otro fiscal ayudante, Claude Dancer, está interpretado por el excelente George C. Scott, inolvidable en su papel del general alemán Patton. Arthur O'Connell como el borrachuzo ex-abogado Parnell McCarthy, Eve Arden como la fiel y quizás enamorada secretaria de Biegler Maida Rutledge, Kathryn Grant como Mary Pilant, la gerente del hostel, y Murray Hamilton como Paquette, el encargado del bar, completan lo principal del reparto.

Delineados los personajes, el guión nos lleva a un pueblo al norte del estado de Michigan a encontrarnos con el aboga-





do Paul Biegler. Su amigo Parnell dice de Paul que es un abogado honrado que debía estar a disposición de sus clientes y no pescando o tocando jazz. Biegler recibe una llamada de Laura Manion, esposa del teniente del Ejército Frederick Manion. Le pide que defienda a su marido, que está en la cárcel del Condado. Biegler accede, a instancias de Parnell, sin saber qué había sucedido. Parnell le informa que un hombre llamado Barney Quill había violado a la señora Manion y que su esposo fue al bar de Quill y le disparó cinco veces lo que le causó la muerte por envenenamiento de plomo. Después se entregó a la policía. Manion alega que cometió el crimen porque Quill había violado y golpeado a su esposa.

Biegler se ha citado con Laura para ver a Manion. Ella se presenta con tacones altos, pantalones capri ceñidos a los tobillos y un jersey fino ajustado. Sus ojos se esconden tras unas gafas oscuras. Varios hombres la observan sin que parezca molestarle. A petición de Biegler, se quita las gafas y se ven las moraduras causadas por los golpes de Quill. El guardián trae a Manion. Desde el principio se advierte su actitud un tanto chulesca.

MANION: *Usted fue fiscal del distrito durante diez años, ¿tiene experiencia como defensor?*

BIEGLER: *No mucha.*

M: *¿Cómo sé que puede llevar mi caso?*

B: *No lo va a saber. Es posible que nin-*

*gún abogado lleve su caso, si usted desea que lo absuelvan.*

M: *Quiero un abogado que me defienda, no uno que me eche a los perros.*

B: *Le doy mi primera reacción por lo que sé de su caso.*

M: *Olvida que Manion violó a mi mujer. Tengo la ley no escrita a mi favor.*

B: *Teniente, la ley no escrita es un mito. No existe y el que cometa un homicidio con la esperanza de que existe se está ganando una pensión en la cárcel del Estado para toda su vida. Teniendo eso en cuenta, quizás deba hacerle unas cuantas preguntas previas. ¿Es este su primer matrimonio?*

M: *No.*

B: *No está usted en el estrado de los testigos. No tiene que responder solo sí o no. Deme su historia matrimonial.*

M: *¿Es necesario?*

B: *Yo lo juzgaré.*

M: *Mi primera esposa se divorció alegando crueldad mental. Comer galletas en la cama... lo de siempre. La verdad es que se lió con otro tío mientras yo estaba en Corea. Encontré a Laura hace cuatro años en Georgia. Nos casamos después de su divorcio.*

B: *¿Conocía usted a su marido?*

M: *Estaba en mi regimiento.*

Poco después, se reúnen a comer en la barra de un bar, Paul y Parnell.

PARNELL: *Eres demasiado puro, Paul, demasiado para las impurezas de la ley.*

*Le debes al teniente la ocasión de encontrar una defensa. Le debes enseñar el camino y que decida si lo quiere tomar o no.*

B: *No soy el abogado adecuado para este hombre. Es insolente y hostil.*

PL: *No tienes que amarlo, solo defenderlo.*

En una nueva reunión con Manion, Biegler se franquea.

BIEGLER: *Teniente, hay cuatro formas de defenderse de una acusación de homicidio. Primera, no fue homicidio sino suicidio o muerte accidental. Segunda, usted no lo hizo. Tercera, tenía una justificación legal, como defensa propia o protección de sus bienes o personas. Cuarta, la muerte fue excusable.*

MANION: *¿Dónde encaja en ese cuadro de color rosa?*

B: *Le diré dónde no encaja, en ninguno de los tres primeros.*

M: *¿Por qué no estoy justificado por matar al hombre que violó a mi mujer?*

B: *Por el elemento tiempo. Si le hubiese cogido en el acto, los disparos podrían haber estado justificados. Pero no lo hizo y tuvo tiempo para avisar a la policía y no lo hizo. Usted es responsable de un delito de homicidio, con premeditación, asesinato en cualquier tribunal.*

M: *Si no me confieso culpable, ¿qué puedo hacer?*

B: *No le digo nada. Quiero que entienda la letra de la ley.*



M: *Siga hacia donde va, sea donde sea.*  
 B: *Es usted brillante, teniente. Veamos lo brillante que puede ser. Por la violación de su mujer, si los hechos son ciertos, tendrá un ambiente favorable en la Sala. Lo que necesita es una percha legal donde el jurado pueda colgar su simpatía. ¿Me sigue? ¿Cuál es su excusa legal para matar a Barney Quill? Una excusa, no una justificación.*  
 M: *¿Qué excusas hay?*  
 B: *¿Cómo puedo saberlo? Fue usted el que se cargó a Quill.*  
 M: *Estaba rabioso.*  
 B: *El mal carácter no es una excusa.*  
 M: *Estaba loco. ¿Me acerco?*  
 B: *Se lo diré cuando haya hablado con su mujer. Mientras, intente recordar lo loco que estaba.*

Laura está en el despacho de Paul Biegler, escuchando sus discos.

LAURA: *Es usted un tipo gracioso de abogado, por la música quiero decir.*  
 BIEGLER: *¿No les puede gustar la música a los abogados?*  
 L: *No esa clase de música.*  
 B: *Eso lo arregla todo. Soy un tipo gracioso de abogado. Cuénteme ahora lo que le dijo a la policía... y lo que no le dijo.*  
 L: *Manny llegó tarde de las pruebas de tiro. Cenamos y se fue a dormir. Yo no había salido del remolque en todo el día, así que cogí al perro y una linterna y me fui al bar de Quill hacia las ocho. Pedí una copa y jugué al pin-ball. Barney se acercó y me desafió a jugar por copas.*  
 B: *¿Conocía bien a Barney?*  
 L: *Manny y yo íbamos bastantes veces a su bar. Eso era todo.*  
 B: *¿Alguna vez se le había insinuado?*  
 L: *No, nada de eso.*  
 B: *¿Quill había bebido mucho esa noche?*  
 L: *No me lo pareció, al menos mientras jugábamos.*  
 B: *¿A qué hora se fue usted del bar?*  
 L: *Hacia las once. Salí por la puerta lateral. Barney salió y dijo que me llevaba a casa, que los osos rondaban y no debería ir andando de noche.*  
 B: *Es normal y por eso se subió al coche de Quill. ¿Hizo algún intento?*  
 L: *Ninguno. Cuando llegamos al camping, la puerta estaba cerrada. Le dí las gracias a Barney y fui a bajarme pero me dijo que me llevaría por otro camino.*

B: *¿Se asustó usted?*  
 L: *No suelo tener miedo de los hombres. Además no me había tocado ni dicho nada en todo el tiempo. Tengo instinto para eso desde jovencita. Por ejemplo, usted está interesado por mí pero no veo razón para tenerle miedo y lo mismo me pasaba con Barney.*  
 BIEGLER: *Sra. Manion, créame, en absoluto...*  
 L: *Llámeme Laura.*  
 B: *Laura, solo estoy interesado en ayudar a su marido, nada más.*  
 L: *No quiero decir que podría usted intentar algo, es solo la manera en que me mira.*  
 B: *Es difícil no mirarla. Sigamos adelante. ¿Cómo iba vestida esa noche?*  
 L: *Con un jersey como éste y una falda.*  
 B: *¿Y lo demás?*  
 L: *¿Debajo? Llevaba un slip, bragas y un sujetador.*  
 B: *¿No llevaba faja?*  
 L: *No necesito faja. ¿Cree usted que sí?*  
 B: *No soy su modista. Me importan los hechos que me pueden ser útiles a mí y a la acusación. Sigamos.*  
 L: *Bien, se salió de la carretera, cogió por un sendero del bosque, paró el coche y apagó las luces. Me agarró y dijo: te voy a violar.*  
 B: *¿Usó esas palabras?*  
 L: *Exactamente. Muff empezó a ladrar y Barney lo tiró por la ventanilla. Se me arrimó y lo rechacé como pude. Era muy fuerte. Me insultó llamándome puta del ejército y otras cosas. Se echó para atrás y me dio un puñetazo. Me golpeó otra vez y ya no luché más. Estaba medio inconsciente pero me di cuenta de que me rompió las bragas e hizo todo lo que quería.*  
 B: *El periódico dice que un médico la examinó y no creía que la hubieran violado.*

L: *No me importa lo que haya dicho el médico. Una mujer no se confunde con esas cosas. No sé lo que pasó después. Seguramente me desmayé porque solo recuerdo que el coche se movía. Barney conducía muy deprisa y jadeaba. Estábamos en la carretera principal y paró junto a la entrada del camping. Antes de bajarme, Barney me agarró y me dijo que me iba a romper el vestido y a atacarme de nuevo. Me bajé y salí corriendo. Muff alumbraba con la linterna. Barney me cogió por detrás y caí al suelo. Se tiró encima de mí y me golpeó con los puños. Grité, me puse de pie y salí corriendo hacia la verja. Entré por una rendija, seguí la luz que llevaba Muff y llegué al remolque.*  
 B: *¿No volvió a ver a Barney Quill?*  
 L: *Nunca más le ví, vivo o muerto.*

El teniente Manion ha reflexionado sobre su locura.

MANION: *Se me quedó la mente en blanco. Volví a pensar sobre todo lo que pasó. Realmente estuve tratando de olvidar. Pero cuando intenté recordar, faltaban partes. Recuerdo haber ido al bar de Quill. Recuerdo la cara de Quill detrás de la barra. No recuerdo nada más, ni siquiera volver a casa.*  
 BIEGLER: *¿No recuerda haber disparado su pistola? Cinco disparos hacen mucho ruido.*  
 M: *Recuerdo haber oído disparos pero no los conecto conmigo. Era como si fueran lejanos, como si los disparos los hiciera otro.*  
 B: *Teniente, voy a defenderlo.*

Paul acepta la defensa por entender que empieza a tener base para sembrar du-





das sobre el estado mental de Manion. Se concentra ahora en el objeto que acaba siendo el centro del debate, un objeto que a finales de los años 50 se eludía mencionar: las bragas de la Sra. Manion.

BIEGLER: *Se me han ocurrido un par de cosas. La ropa interior que Barney le rompió, ¿quién la tiene, la policía?*

LAURA: *¿Se refiere usted a mis bragas?*

B: *Sí, a sus bragas.*

L: *No las he visto desde entonces. Le dimos a la policía la falda y el jersey rotos y los acompañé al sitio del bosque pero solo encontramos mis gafas.*

Días después, Paul ve a Laura bailando con varios oficiales del ejército y después sentada con ellos. La riñe por no ir a ver a su marido y le ordena que se vaya a su casa.

LAURA: *¿Quién se cree usted que es?*

BIEGLER: *Soy un abogado que intenta librar a su marido.*

L: *¿Qué tiene que ver...?*

B: *Mucho, Sra. Manion. Hasta que acabe el juicio usted va a ser una ama de casa seria con grandes gafas. Se va a alejar de los hombres, drogas, alcohol y máquinas de juego. Va a llevar falda normal, tacones bajos y faja. No me quejo de las vestimentas atractivas pero resérvelas para su marido si consigo sacarlo de la cárcel.*

Comienza el juicio. El juez Weaver, que sustituye al titular enfermo, se presenta diciendo que los jueces se parecen unos a otros, que las únicas diferencias son sus digestiones y sus tendencias a quedarse dormidos, que él puede digerir un lingote de hierro y que siempre duerme con un ojo abierto para detectar los tru-

cos de los abogados. Con este autorretrato se puede ver que este juez es peculiar. Ordena que comparezca el acusado y se le dice que está en Detroit sometido a examen por un psiquiatra del Ejército. El juez se conforma, después de comentar la originalidad de un distrito donde se permite a un acusado de asesinato caminar por sus respetos.

Paul y Parnell van a la estación a recibir a Manion que viene vigilado por un comisario.

BIEGLER: *¿Cómo fue todo teniente?*

MANION: *Dijeron que padecí un trastorno mental transitorio. Les va a mandar una carta pero tomé unas notas. Cuando disparé a Quill sufría una reacción disociativa.*

B: *Suena muy bien, ¿y qué significa en idioma normal?*

M: *Que tuve un impulso irresistible de disparar a Quill. Está bien, ¿verdad?*

B: *¿Dijeron si sabía usted distinguir entre el bien y el mal cuando le disparó?*

M: *No dijeron nada. ¿Es importante? (se va con el Comisario).*

PARNELL: *¿Has oído que un Tribunal de Michigan haya aceptado el impulso irresistible como trastorno mental?*

Paul y Parnell van a investigar a la biblioteca del Tribunal.

BIEGLER: *Parnell, escucha esto.*

PARNELL: *Busca en el Pueblo contra Durfee, 62 Michigan 487, año 1886.*

B: *Es lo que he encontrado: "el hecho de que un acusado de cometer un crimen haya podido comprender la naturaleza y consecuencias del acto y saber que era malo, no obsta a que si se vio forzado a*

*ejecutarlo por un impulso que no pudo controlar, quede libre de responsabilidad." Es un precedente, llevamos las de ganar.*

PARNELL: *Este refresco de fresa me empieza a saber a buen whisky de centeno.*

BIEGLER: *No te emborraches todavía. Tenemos una vela al viento. Aún hay que convencer al Jurado de que nuestro cliente sufrió un impulso irresistible.*

Elegidos los miembros del Jurado, comienzan las declaraciones de los testigos y peritos. El habla campechana y la actitud relajada de Biegler esconden una aguda mente jurídica y una propensión a la teatralidad que tienen al juez en vilo manteniendo todo bajo control. Sin embargo, el caso no va bien para la defensa, especialmente desde que el fiscal local recibe la ayuda de Dancer, fiscal de mayor categoría y experiencia. La acusación pone todo su empeño en probar la normalidad mental del teniente Manion y en ocultar cualquier mención de los motivos del teniente para matar a Quill, o sea, la violación de Laura. Desde el principio se ve que la acusación elude toda referencia a la violación de la Sra. Manion y que la defensa trata de hallar una prueba del hecho.

BIEGLER: *Dr. Raschid el principal objeto de su intervención fue averiguar la causa de la muerte. Veo en su informe que usted hizo un examen para determinar si se estaba produciendo espermatogénesis en el cuerpo del difunto en el momento de su muerte.*

DR. RASCHID: *Sí, lo hice y se estaba produciendo.*

B: *Doctor, si una mujer dice que ha tenido relaciones sexuales con un hombre y se demuestra que este hombre es fértil pero no se encuentran pruebas en el cuerpo de la mujer, ¿podría la acusación usarlo como evidencia de que la mujer ha mentado?*

DR: *Sí, podría, aunque no sería definitivo; hay varias razones por las que el test podría ser negativo como el uso de contraceptivos o que no haya habido consumación por parte del hombre.*

B: *En este test post-mortem se le pidió que determinara si el difunto había llegado al clímax antes de morir?*

DR: *No.*

B: *¿Podría haberlo hecho?*

DR: *Sí.*

B: ¿A usted le pidieron solamente hacer los exámenes que podrían ser útiles para la acusación y ninguno para ayudar a la defensa?

DANCER: ¡Protesto!

JUEZ: Sr. Biegler, debe saber que esa pregunta es impropia.

B: Retiro la observación y me disculpo, señoría.

Declara a continuación el fotógrafo Burke.

BIEGLER: Sr. Burke, estas fotografías admitidas como prueba de la acusación fueron las únicas que tomó usted aquella noche?

BURKE: No.

B: Supongo que las otras no salieron bien.

BK: Todas mis fotografías salen bien.

B: ¿Le dió esas otras fotos a la policía?

BK: Sí.

B: ¿De qué eran esas fotos, de la luna o de un oso negro escarbando en la basura?

BK: Eran de la mujer del teniente Manion.

B: ¿Esas fotos muestran qué aspecto tenía ella?

BK: Sí.

DANCER: Señoría, el aspecto de la Sra. Manion es irrelevante. No hay pruebas que relacionen su aspecto con la acusación de asesinato.

JUEZ: Se acepta.

B: Solo quería cerciorarme de que la acusación no ocultaba pruebas.

Se interroga a Paquette, el encargado del bar del hostel de Thunder Bay.

MITCH: Cuando el teniente Manion entró en el bar, ¿qué aspecto tenía?

PAQUETTE: Andaba despacio, como a propósito.

M: Cuando salió, después de dispararle a Quill, ¿qué aspecto tenía?

P: Igual que a la entrada, como si fuera el cartero repartiendo el correo. Lo entregó y se fue.

M: Cuando le dijo a usted, ¿quieres tú también?, cómo lo dijo, ¿le gritó, estaba histérico, le temblaba la voz?

P: No señor; lo dijo fríamente y me miraba de hito en hito.

M: ¿Le parecía que estaba en posesión de sus facultades mentales?

P: Sí señor, en mi opinión.

Sube al estrado de los testigos el sargento detective Durgo.

MITCH: Sargento, ¿lo llamaron a usted para que fuera a Thunder Bay la noche en que mataron a Barney Quill?

DURGO: Sí. Estaban el teniente Manion y su mujer. El teniente me dijo que su mujer había tenido algún problema con Quill y que fue al bar y le disparó. Nos preguntó si Quill había muerto y le dijimos que sí.

M: Durante la conversación en el remolque y la conducción a la cárcel, ¿qué aspecto tenía el teniente?

D: Estuvo muy tranquilo y con la cabeza clara.

B: Sargento, usted ha declarado que el teniente le dijo que había disparado a Quill después de enterarse de que su mujer había tenido algún problema con Quill. ¿Fueron esas las palabras que el teniente usó, algún problema?

D: No señor; fueron mis palabras, no las suyas.

BIEGLER: ¿Alguien de aquí le sugirió que dijera "algún problema"?

D: Sí señor.

B: Dígale al Tribunal qué palabras usó el teniente Manion para describir el problema que tuvo su mujer.

M: Protesto señoría. Esta información es irrelevante para la causa.

B: La declaración referente a "algún problema" salió a la luz durante el interrogatorio del sargento Durgo. Hasta ahora la acusación ha limitado los testimonios de sus testigos en lo que respecta a la Sra. Manion. Pero en este momento el gato ha salido del saco y es justo que yo lo cace.

JUEZ: Es un punto incómodo. Me gustaría saber qué tiene que decir la acusación.

M: Señoría, la defensa tiene la carga de probar el trastorno mental transitorio del teniente en el momento de los disparos. Si la razón que ocasionó el trastorno es importante para el caso, lo debe determinar un experto en la mente humana. La defensa trata de introducir material sensacionalista con el objeto de empañar los aspectos reales.

B: Señoría, ¿cómo puede el Jurado valorar acertadamente las declaraciones prestadas si no conoce primero la razón que subyace en la causa? ¿Por qué el teniente Manion le disparó a Quill? A la acusación le gustaría separar el motivo del acto. Es como sacar el corazón de una manzana sin romper la piel. El corazón de nuestra defensa es que el trastorno transitorio del acusado fue producido por el llamado "problema" con Quill. Pido a su señoría que me deje cortar la manzana.

JUEZ (se toma su tiempo, saca su reloj, le da cuerda, mira a los asistentes, se reclina en su asiento y guarda el reloj): Responda el testigo.

D: El teniente Manion nos dijo que Quill había violado a su mujer. Añadió que había estado durmiendo desde después de cenar y que lo despertó un ruido como de gritos, que se levantó, salió del remolque y su mujer, saliendo de la oscuridad, cayó en sus brazos.

B: Usted vio a la señora en el remolque. ¿Cómo estaba?

D: Estaba un poco histérica y había sido golpeada muy duramente. Tenía enormes moraduras en la cara y brazos.

B: ¿Les contó la historia de la violación y la paliza?

D: Sí. A la mañana siguiente nos llevó al sitio donde ocurrieron los hechos. Encontramos huellas de neumáticos



y de perro y un estuche con unas gafas de pasta dentro. También buscamos una ropa interior de la señora pero no apareció.

El Juez pide a los fiscales y al defensor que se acerquen.

JUEZ: Sr. Biegler, logró por fin que la violación entrara en la causa. Creo que el Jurado debe conocer todos los detalles. ¿Cuál es la ropa interior a que se hace referencia?

B: Unas bragas, señorita.

J: ¿Espera que este objeto se mencione otra vez?

B: Sí señor.

JUEZ: Hay una cierta connotación frívola unida a la palabra bragas. ¿No se les puede llamar de otra manera?

M: Nunca oí a mi mujer llamarles otra cosa.

B: Estoy soltero, señorita.

DANCER: Cuando estuve en Europa durante la guerra aprendí una palabra francesa pero podría ser bastante sugerente.

JUEZ: Lo son la mayoría de las palabras francesas. Vuelvan a sus asientos. (dirigiéndose ahora al Jurado y al público). Para conocimiento del Jurado y especialmente de los espectadores, la ropa interior a que se refería la declaración eran las bragas de la Sra. Manion (unas risas ahogadas se oyen por toda la Sala). Quiero que cesen esas risas. Estas bragas se mencionarán de nuevo en el curso del juicio y, cuando eso ocurra, no habrá ni una carcajada, ni una risa, ni una sonrisa en mi Tribunal. No hay nada cómico en unas bragas que han aparecido en la muerte violenta de un hombre y en la posible prisión de otro.

MITCH: Sargento Durgo, buscó usted las bragas en otro lugar que no fuera el sendero del bosque?

D: Miramos en el coche de Quill y en su habitación del hotel. No las encontramos.

La consecuencia de haberse abierto en el juicio el debate sobre la violación es que la acusación presenta un perito que siembra la duda sobre si la señora Manion fue o no violada.

DR. DOMPIERRE: Me llamaron para hacer un test de esperma a la señora de Frederick Manion.

DANCER: ¿Cuál fue su conclusión?

DR: Negativa, no había esperma.

BIEGLER: ¿Quién hizo el trabajo de laboratorio en el test?

DR: Un técnico de rayos X del Hospital de Santa Margarita.

B: ¿No habría sido mejor que el trabajo lo hubiera hecho un patólogo o un experto en reproducción humana?

DR: Sí, pero la policía tenía prisa.

B: ¿No habría sido mucho mejor esperar al experto si estaba en juego una posible violación?

DR: Desde luego.

DANCER: Doctor, en su opinión, ¿la Sra. Manion había mantenido relaciones con un hombre?

DR: Por cuanto que no había rastros de esperma, no me parece que las hubiera tenido.

B: Una pregunta más. Que no hubiese rastros en su cuerpo no quiere decir que no haya podido ser violada?

DR.: No.

La acusación se centra ahora en la apariencia de la Sra. Manion, como para

probar que podría haber existido provocación por su parte.

DANCER: Sr. Paquette, mire a la la Sra. Manion. ¿Estaba vestida de esa forma la noche de los disparos?

PAQUETTE: No. Recuerdo que llevaba una falda muy estrecha y un jersey de esos pegados al cuerpo. Llevaba zapatos rojos de tacones muy altos, las piernas desnudas, no llevaba sombrero, el pelo le caía por los hombros y solo usaba gafas cuando jugaba al pin-ball.

D: ¿Diría usted que la apariencia de la Sra. Manion era voluptuosa y tentadora?

P: Se le podía ver todo.

BIEGLER: Señorita, la defensa reconoce que la Sra. Manion cuando se viste informalmente es una mujer muy bella. Es fácil comprender por qué su marido se trastornó cuando vio esa belleza dañada y rota por una bestia.

D: ¿Bebió mucho la Sra. Manion esa noche?

P: Le serví seis bebidas yo mismo y Barney le trajo algunas más. Estaba mareada y se quitó los zapatos. Cuando jugaba al pin-ball saltaba y chillaba.

D: ¿Qué actitud tenía con Barney Quill?

P: Amistosa y puede que más. Se inclinaba hacia él y le golpeaba con la cadera.

B: ¿Es extraño ver a una mujer descalza en el bar de Thunder Bay?

P: No.

B: Ha declarado que la Sra. Manion saltaba y chillaba, ¿estaba armando un escándalo, se acercaba la gente, todos los hombres la miraban?

P: No.

B: Pero usted sí era consciente de lo que hacía la Sra. Manion y por supuesto Barney Quill que jugaba con ella.

P: Sí.

B: Parece que solo ustedes dos veían la apariencia y acciones de la señora. Quizás Barney le guiñó un ojo y le dijo "Alfonso voy a coger a esta chica y la voy a violar", y usted le dijo, "hazlo una vez por mí".

PAQUETTE: ¡No, no!

Lógicamente el fiscal Dancer protesta enérgicamente y el Juez, harto, aplaza el juicio para el siguiente día.

Parnell McCarthy, entre tanto, había ido a Ontario (Canadá), donde Quill había contratado a Mary Pilant, la gerente del Hospital de Thunder Bay, a hacer averiguacio-



nes sobre ella y se hizo con su certificado de nacimiento en Blind River, Ontario, en el que constaban, como madre, una camarera llamada Simone Pilant y, como padre, un leñador llamado Barney Quill. Mary y él escondieron su secreto puesto que nació fuera de matrimonio. Biegler, que ve que va a perder el caso, intenta convencer a Mary de que Paquette, el barman que presencié el asesinato, sabía que Quill violó a Laura pero lo oculta por amor a Mary o fidelidad a su difunto amigo. Biegler trata de persuadir a Paquette para que testifique a favor de la defensa pero rehusa. Biegler se marcha agotado diciendo: “Les dejaré un pase para presenciar el juicio, les gustará ver cómo condenan a Manion”.

Es el turno de los testigos de la defensa. Las preguntas de Biegler a Manion se dirigen a corroborar su trastorno mental. Las de Dancer a verificar su normalidad.

BIEGLER: *¿Por qué no llamó por teléfono a la policía antes de ir al bar?*

MANION: *No sé por qué. Estaba como aturdido. Fue horrible ver lo que le habían hecho a mi mujer.*

B: *Usted ha dicho que fue al bar a buscar a Quill y a llevarlo a la policía. ¿Por qué le disparó?*

M: *No recuerdo haberle disparado.*

D: *Teniente Manion, ¿a cuántos hombres ha matado usted en la guerra?*

M: *En Corea por lo menos maté a cuatro hombres. Pueden haber sido más. Un soldado nunca lo sabe.*

D: *En esas muertes, ¿tuvo alguna vez un lapso de memoria, o durante una batalla, fue tratado por fatiga en el combate, neurosis o psicosis? ¿Experimentó estados mentales infrecuentes durante la guerra?*

M: *No.*

D: *¿Durante su servicio en la guerra, no dejó huellas de trastornos mentales, siempre estuvo en posesión de sus facultades mentales?*

M: *Sí señor. Es correcto.*

El interrogatorio de Laura Manion por parte de la defensa se centra solo en el estado de su marido. En cambio el del fiscal es más hondo y pretende probar su actitud provocativa y su voluntad de ofrecerse a Quill.

BIEGLER: *¿Cuánto tiempo pasó entre que le contó a su marido lo que había pasado y su salida del remolque?*



LAURA: *No sé con exactitud. Todo estaba borroso. Estaba débil, echada en la cama. Él se sentaba a mi lado, iba y venía. Me quedé dormida. Al despertar lo ví sentado con una pistola en la mano. Le pregunté, “¿qué vas a hacer?”. Y me contestó que creía que había matado a Barney Quill.*

B: *¿Seguro que no dijo “he matado a Barney Quill”?*

L: *No, lo recuerdo muy bien. Dijo “creo que he matado a Barney Quill”.*

DANCER: *Usted se casó con el teniente Manion tres días después de su divorcio de su primer marido. A no ser que fuera un cortejo arrollador, ¿conocería a Manion antes de su divorcio?*

LAURA: *Sí.*

D: *Sra. Manion, ha declarado que su marido llegó tarde a casa la noche de los disparos, ¿se enfadó usted y discutieron?*

L: *Un poco.*

D: *¿Se fue al hostel porque su marido estaba dormido y usted enfadada?*

L: *Había estado todo el día planchando. Sí, diría que es cierto.*

D: *Sra. Manion, ha declarado que subió al coche de Quill porque tenía miedo de volver a casa sola. ¿Por qué tuvo miedo esa noche precisamente?*

L: *Porque él me dijo que había osos merodeando.*

D: *¿Esa fue la primera vez que tuvo suficiente miedo como para dejar que un hombre la llevara a casa en una de sus aventuras nocturnas?*

BIEGLER: *Protesto. El uso de la palabra aventura pretende confundir al Jurado.*

JUEZ: *Se acepta. Repita la pregunta Sr. Dancer.*

D: *Lo siento señora. No quise decir que fuera usted una cazadora de hombres, así que digamos paseos nocturnos.*

L: *No quería ofender al Sr. Quill, que pensara que le tenía miedo o que me disgustaba. Había sido agradable con mi marido y conmigo en el bar.*

D: *¿Era la primera vez que estuvo en el coche de Quill por la noche?*

L: *Sí, fue la primera vez.*

D: *Sra. Manion, estoy preocupado con las bragas perdidas. ¿Puede describirnos esa prenda?*

L: *Eran de nylon y tenían encaje a los lados. Tenían una etiqueta de la tienda donde las compré, Smartshop en Phoenix, Arizona.*

D: *¿De qué color eran?*

L: *Creo que blancas. Las tengo blancas y rosas. Podían haber sido rosas.*

D: *Dado el enfado que sentía hacia su marido y la prisa por salir del remolque, ¿quizás no se puso bragas?*

B: *Protesto. La testigo ya declaró lo que llevaba puesto.*

J: *Se admite la protesta.*

Dancer sigue preguntando y consigue que Laura declare que no siempre llevaba bragas y cuando pretende seguir con el tema es amonestado por el Juez. Logra también que declare que, en una fiesta de recepción en el hostel de Quill, Manion se enfrentó con un segundo teniente por molestarles mientras bailaban y luego le dio una bofetada a su esposa por entender que había animado al joven teniente. El psiquiatra militar que examinó a Manion antes del juicio responde a las preguntas como perito de la defensa.

BIEGLER: *Doctor, ¿qué opinión le merece el desequilibrio emocional de Frederick Manion?*

DR. SMITH: *Estaba temporalmente loco en el momento de los disparos.*

B: *¿Quiere usted explicar claramente la locura temporal de Manion?*

DR: *Su estado se conoce como reacción disociativa. Es un choque psíquico que crea una tensión casi insuperable, que la persona debe aliviar. En el caso de un soldado, tiende a la acción. Una acción directa contra Quill haría desaparecer esa tensión. En combate, algunos de los mayores actos heroicos han tenido lugar en este estado mental. Soldados que han realizado acciones acciones de fantástico valor no lo recuerdan después porque estaban en ese momento sujetos a una reacción disociativa.*

B: *¿Hay otro nombre para la reacción disociativa?*

DR: *Sí, impulso irresistible.*

B: *¿Qué aspecto tendría un hombre sujeto a reacción disociativa?*

DR: *Parecería totalmente tranquilo, fríamente pausado.*

B: *¿Podría usted describir su comportamiento como el de un cartero repartiendo el correo?*

DR: *No está mal. Como un cartero, tendría un trabajo que hacer y lo haría.*

DANCER: *Doctor, ¿encontró psicosis, neurosis, delirios, pérdidas de memoria o histeria en Manion?*

DR: *Nada de eso.*

D: *En el momento de los disparos, ¿el teniente podría saber la diferencia ente el bien y el mal?*

DR: *No estoy diciendo que estuviese legalmente loco. Soy médico, no abogado. En su estado mental no hay diferencia en si distinguía el bien del mal. Habría disparado a Quill de todas formas, no podía evitarlo. Estaba temporalmente loco.*

Los abogados se reúnen el despacho del Juez.

MITCH: *Paul, sabes que a nadie se le considera legalmente loco en Michigan a no ser que no distinga entre el bien y el mal.*

BIEGLER: *Juez, abra ese libro por la página 106.*

JUEZ: *¡Cielos! Es un precedente. El Pueblo contra Durfee, año 1886. ¿Quiere leerlo Sr. Dancer?*

DANCER: *No, señoría, estamos cogidos.*

La declaración del perito de la acusación Dr. Harcourt, aunque contradice la del Dr. Smith, no basta para rebatirla. Como último y desesperado recurso los fisca-



les llaman para que testifique a Miller, un delincuente compañero de celda de Manion.

DANCER: *Dígale al Tribunal lo que el teniente Manion dijo sobre el juicio.*

MILLER: *Lo he conseguido, macho. He engañado a mi abogado, al psiquiatra y voy a engañar a esa panda de torpes del Jurado.*

D: *Sr. Miller, ¿está usted seguro de que el teniente dijo “ya lo he conseguido, macho”?*

M: *Eso es lo que dijo.*

D: *¿Dijo algo más?*

M: *Que cuando saliera lo primero que iba a hacer era golpear a esa perra hasta el día del juicio.*

D: *¿A quién se refería?*

M: *A su esposa.*

Biegler no tiene otro remedio que entrar con detalle en los antecedentes criminales de Miller y le pregunta además cómo tuvo contacto con la acusación para contarles su conversación con Manion. Miller responde que el fiscal llamó a todos los presos a su despacho, uno a uno, y les hizo preguntas sobre Manion. Biegler llama al estrado nuevamente a Manion, quien niega haber dicho lo que declaró Miller. Dancer aprovecha la ocasión, lo-

gra que Manion admita que atacó una vez físicamente a Miller en la celda por haber hablado mal de su mujer. Dancer intenta comparar este ataque con los disparos a Barney Quill. Manion insiste en que no recuerda los disparos y asegura que no pegó a su esposa, que confiaba en ella y que no tenía dudas de que Quill la había violado.

Biegler solicita unos minutos de suspensión y vuelve con un nuevo testigo, Mary Pilant, la gerente del hostel.

BIEGLER: *¿Cómo llega la ropa sucia a la lavandería?*

MARY: *Se echa en unos conductos que hay en los pisos.*

B: *¿Dónde está el del segundo piso?*

M: *Entre las habitaciones 42 y 43, que son la mía y la del Sr. Quill.*

B: *Tenía el Sr. Quill, viniendo de recepción a su habitación, que pasar por el conducto?*

M: *Sí.*

B: *¿Le habría sido fácil echar algo al pasar?*

M: *Sí.*

B: *¿Qué se hace con la ropa?*

M: *Las sábanas y la ropa interior se envían fuera y las toallas se lavan y secan allí mismo. Yo misma compruebo las*



toallas y al día siguiente de la muerte de Quill encontré entre ellas unas bragas de mujer y las tiré a la basura.

B: ¿Cuándo se dio cuenta de la importancia de esas bragas?

M: Esta mañana en esta Sala. Volví al hostel y las recogí de la basura. Aquí están.

B: Ofrezco esta prenda de ropa interior como prueba número 1 de la defensa. Es blanca, con encajes a los lados y están totalmente rotas como si hubieran sido rasgadas por manos fuertes. La etiqueta dice: Smartshop, Phoenix, Arizona.

DANCER: ¿Habló usted con el fiscal Sr. Lodwick y con el abogado defensor Sr. Biegler y les dijo que no creía que Quill hubiera violado a la Sra. Manion?

M: Sí.

D: ¿Ha cambiado de opinión y cree ahora que Quill cometió violación?

M: Creo que pudo y cambié de opinión esta mañana aquí en la Sala.

D: ¿No ha pensado que alguien más podría haber echado las bragas en el veredero, alguien que quería que usted las encontrara, y usted vino corriendo con la prenda porque quería crucificar a Quill?

M: No sé qué pretende.

D: ¿Cuando encontró las bragas, su primer pensamiento fue que Quill podía haber violado a la Sra. Manion o que

estaba liado con ella? ¿No era usted la amante de Quill?

M: ¡No es verdad! Barney Quill era...

D: ¿Qué era Srta. Pilant?

M: ¡Era mi padre!

JUEZ: *Suspendo el juicio durante quince minutos. Los abogados formularán los alegatos finales, brevemente. Espero que el Jurado se reúna antes de la noche.*

En el despacho de Paul, hablan Parnell y Maida, mientras Paul toca el piano. Parnell reflexiona: Doce hombres se reúnen en una habitación, doce corazones diferentes, doce mentes diferentes, doce diferentes modos de vida. Y estos doce diferentes seres humanos tienen que juzgar a otro ser humano diferente y en su juicio deben llegar a una conclusión unánime. Lo que hacen es uno de los milagros del espíritu desorganizado del hombre y la mayor parte de las veces lo hacen bien. Dios bendiga a los Jurados. Suena el teléfono. El Jurado está listo.

SECRETARIO: *Miembros del Jurado, ¿han acordado un veredicto? ¿Quién hablará en nombre de todos?*

MIEMBRO DEL JURADO: *Lo hemos acordado. Yo soy el representante elegido.*

SECRETARIO: *¿Cuál es el veredicto Sr. Presidente?*

REPRESENTANTE: *Consideramos que el acusado no es culpable por razón de locura.*

Paul y Parnell se dirigen al camping a cobrar un pagaré por el importe de sus honorarios. El guardián les dice que Manion se ha ido y les ha dejado una nota. Paul la lee para sí y se la pasa a Parnell, que la lee en voz alta: "Querido Sr. Biegler: lo siento pero tuve que irme repentinamente. Fui víctima de un impulso irresistible. Frederick Manion". Parnell escudriña el cubo de la basura y recoge una botella vacía.

BIEGLER: *¿Cómo demonios le vamos a decir esto a Maida?*

PARNELL: *Ginebra. Sabía que ese tipo nos escondía algo. Nunca me he fiado de los bebedores de ginebra.*

B: *No te preocupes Parnell. Ya tenemos otro cliente.*

P: *¿Quién es?*

B: *Mary Pilant. Vamos a administrar la herencia de Barney Quill.*

P: *A eso lo llamaría justicia poética para todos.*

La reflexión de Parnell en el despacho de Biegler apuntaba que la mayor parte de las veces los Jurados lo hacen bien. Uno termina de ver *Anatomía de un asesinato* con la sensación de que el juicio de Manion es uno de esos casos en que el Jurado se equivoca, que Manion era un hombre violento, celoso, bebedor, chulo y tremendamente listo, tan listo que supo elegir a un magnífico abogado que ni siquiera sabía que lo era, hasta el punto de conseguir la absolución de un asesino ejecutando una buena línea de defensa a partir de la idea de que el marido de una mujer violada siempre disfruta de la compasión de todos, miembros del Jurado inclusive, siguiendo por la habilidad de obtener una prueba pericial favorable al trastorno mental del sujeto, tal vez por espíritu corporativo, pasando por el disimulo de la conducta de la Sra. Manion, en parte provocadora del probable, pero no probado, delito del difunto Quill, hasta su continuo hostigamiento de los fiscales, algo amparado por un Juez sustituto, deseoso de que acabara cuanto antes un asunto que no le gustaba un pelo. Biegler jugó fuerte la baza de que él era un humilde abogado de pueblo enfrentado a un brillante fiscal de la gran ciudad de Lansing, factor que funcionó bien con el Juez y con el Jurado. Después de los alegatos finales, reconoció en privado que Dancer había hecho el mejor informe que había oído en una Sala.

La película nos deja una enseñanza valiosa. No hay ningún conflicto perdido de antemano. Esos informes que nos piden, con una recomendación verbal encubierta de que se emitan en cierto sentido y que nos hacen fruncir el ceño y maldecir "por lo bajinis". Esos asuntos judiciales que nos vienen y nos hacen decir: "esto está más perdido que el barco del arroz" (dicho gaditano), tienen su salida y su defensa. Como decía impávido un personaje de la novela de Cortázar Rayuela, "nada está perdido si se tiene el valor de reconocer que todo está perdido". Esa fue la actitud de Paul Biegler a lo largo de la preparación del juicio y en el curso del juicio mismo, y después, cuando el cínico de Manion se largó sin pagarle sus honorarios, viendo que al menos le quedaba la administración de los bienes heredados por Mary Pilant. ■





# Auschwitz

## No hace mucho. No muy lejos.

**M**ás de 70 años después de su liberación, Auschwitz continúa siendo hoy en día símbolo universal del Holocausto; uno de los episodios más oscuros de la historia reciente, que se saldó con el asesinato de más de 6.000.000 de inocentes a manos de la Alemania nazi de Hitler.

Ahora, la primera exposición itinerante sobre Auschwitz y sus repercusiones históricas y humanas, recorre el mundo para acercar su compleja realidad a millones de personas y esclarecer, en un viaje intelectual y profundamente emocional, cómo ese lugar llegó a existir y el modo en que su existencia afecta aún hoy a nuestra visión del mundo.

El Centro de Exposiciones Arte Canal de Madrid se convierte así en escenario de la presentación mundial de la exposición, que muestra en primicia mundial más de 600 piezas originales, y numeroso material fotográfico y audiovisual inédito. Este será su único destino en España. Auschwitz. No hace mucho. No muy lejos. ha sido creada por Musealia, en colaboración con el Museo Estatal de Auschwitz Birkenau y más de una veintena de reputadas instituciones internacionales coleccionistas privados e, incluso, supervivientes de la Shoah.

El rigor histórico de cada pieza de la colección está certificado por un equipo multidisciplinar de expertos e investigadores designado por Musealia, encabezado

por el historiador Dr. Robert Jan Van Pelt, y el equipo de historiadores del Museo Estatal de Auschwitz-Birkenau liderado por el Dr. Piotr Setkiewicz.

La exposición Auschwitz permanecerá en el Centro de Exposiciones Arte Canal de Madrid, primero de sus 14 destinos mundiales en Europa y Estados Unidos, del 1 de diciembre de 2017 al 17 de junio de 2018.

La exposición se plantea como un proyecto esencialmente narrativo con el fin último de arrojar luz sobre uno de los episodios más oscuros de la historia de la humanidad.

Por ello se propone al visitante un recorrido gradual y cronológico por 25 salas, un viaje introspectivo sobre la propia naturaleza del ser humano a través de la historia dual del campo: Auschwitz como lugar y espacio físico y Auschwitz como símbolo y metáfora de las fronteras de la barbarie humana.

Este recorrido se realiza junto a una audioguía individual gratuita, que durante aproximadamente 2-3 horas sumerge al visitante en una narración de marcado calado emocional y le guía a través de las principales piezas y objetos de la muestra, distribuidos en casi un centenar de vitrinas. ■

**Centro de Exposiciones Arte Canal**

Hasta el 17 de junio de 2018

# Fundación Querer

# Ayúdanos a ayudar

**E**n España se estima que existen más de 3 millones de personas con enfermedades poco frecuentes, y muchos de ellos son niños. Gracias a los avances científicos de los últimos años, empezamos a poner “nombre” o descubrir el origen de estas enfermedades, pero poco sabemos de su cura, evolución o consecuencias a largo plazo.

La Fundación Querer, es una joven y pequeña institución sin ánimo de lucro, que nació a principios de 2016, de la mano de padres de niños que pertenecen a este colectivo, con la intención principal de atender las necesidades de niños con enfermedades raras de desarrollo y conocimiento.

Mientras los médicos y científicos investigan como paliar los efectos o curas de las diferentes dolencias, estos niños crecen y merecen una educación adecuada a sus necesidades. Porque todos estos niños tienen una cosa en común: su capacidad de aprender, pero de una forma diferente.

Viendo esta situación, y la falta de oportunidades que estos niños tenían de desarrollar todas sus capacidades, en la Fundación Querer, nos pusimos tres retos:

Primero, dar la educación adecuada a estos niños, mientras llega su cura, a través del Cole de Celia y Pepe. Segundo, desestigmatizar estas enfermedades mediante diferentes campañas de comunicación. Y tercero, #BrainOn: crear un espacio de ayuda y orientación a padres, profesionales de la educación y especialistas.

El primer proyecto, El Cole de Celia y Pepe, es un colegio pionero en España, que estará localizado en Madrid, donde queremos desarrollar nuevos métodos educativos, basados en evidencias neurocientíficas. Y eso solo se consigue cuando la comunidad científica, la neurología, la comunidad académica y las nuevas tecnologías aplicadas a la Educación Especial, se pongan al servicio del aprendizaje para estos niños y niñas. Necesitamos que profesionales médicos y de la educación trabajen de la mano para darles a nuestros niños todas las herramientas necesarias, para que tengan una integración real y eficaz en nuestra sociedad, y ser independientes en un futuro.

Este es el proyecto mas ambicioso y difícil de la Fundación, puesto que nos gustaría contar con la ayuda inestimable de tres doctores especialistas en diferentes materias, que trabajen conjuntamente con los pedagogos:

1) Neurociencia Estructural, el equipo del Profesor Doctor Wolfram Hizen (Grammar and Cognitive Lab, Profesor de la Universidad de Barcelona y director de la Exposición de CosmoCaixa Talking Brains) llevará a cabo en nuestro colegio un trabajo de investigación sobre la “creación y el funcionamiento del lenguaje en los niños con enfermedades neurológicas raras”. La afección del lenguaje en éstos niños, que van desde TEA (trastorno del espectro autista), hasta Síndromes epilépticos incurables es enorme. Se trata de un proyecto pionero en España para saber cómo se forma el lenguaje en sus cerebros y así mejorar su calidad de vida y de enseñanza.

2) Neurociencia-Educativa, dirigido por el catedrático de Neurología y Psiquiatría de la Universidad Complutense de Madrid, Doctor Tomas Ortiz, elaborando métodos de enseñanza basados en evidencias neurocientíficas para niños con enfermedades raras neurológicas afectados al lenguaje, la afasia (pérdida de memoria, alzheimer) y psicomotricidad fina. La importancia de esta parte del proyecto, radica en que los métodos que se desarrollen en este Colegio, será posible utilizarlos en todos los colegios del territorio que tengan niños con problemas neurológicos, así como en las personas mayores que comienzan con los síntomas de demencia senil, afasia, apraxia, etc.

3/ Investigación Científica Genética de enfermedades raras infantiles neurológicas. Está dirigido por el Doctor Genetista Angel Carracedo y pretende poner por primera vez en España, un banco de análisis genéticos completos (exoma) de niños con enfermedades neurológicas que afecten al lenguaje. El doctor Carracedo y su equipo llevarán a cabo los análisis genéticos y la investigación posterior de esos análisis, con el objetivo de descubrir mutaciones genéticas en TEA, Síndromes Epilépticos y retraso madurativo, para intentar buscar cura para estos niños. El Doctor Carracedo comenzará los análisis con los niños de la Fundación Querer.

Nuestro segundo gran proyecto, es la desestigmatización de todas estas enfermedades. Y aquí es donde trabajamos firmemente la inclusión. A través de diferentes campañas de comunicación, cuentos infantiles, etc., donde se expli-



▲ Margarita Vargas (Madrina de la Fundación Querer) y Pilar García de la Granja (Presidenta de la Fundación Querer), en la presentación del Oso Solidario de la Fundación

ca un poco más de estas enfermedades, consecuencias, limitaciones, etc.. Si normalizamos estas enfermedades los adultos, los niños lo harán espontáneamente.

Por último, el proyecto #BrainON es una iniciativa destinada a “despertar e iluminar el cerebro humano” y tiene como misión alertar y concienciar a la sociedad de los problemas neurológicos, sobre todo aquéllos que se desarrollan en la infancia.

La Fundación, a través del Proyecto #BrainON, pretende dar visibilidad a éstas enfermedades:

- ▶ Creando un listado de médicos, especialista, Hospitales de referencia, etc., en diferentes Comunidades Autónomas, que sirvan de ayuda a familias afectadas.
- ▶ Creando el Comité de Asesoramiento de Expertos, compuesto por neurólogos, matemáticos, genetistas, educadores especializados en neuroplasticidad, nano robótica, software, neurocirujanos, nuevas tecnologías, el internet de las cosas, expertos en comunicación y las familias y todos aquellos que tengan algo que aportar en el mundo de la ciencia y de la investigación del cerebro.



FUNDACIÓN  
QUERER  
FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN DE NIÑOS  
CON ENFERMEDADES RARAS DE DESARROLLO Y CONOCIMIENTO

**¡Ayúdanos a ayudar!**

[www.fundaciónquerer.org](http://www.fundaciónquerer.org)

**Un proyecto muy necesario, para darles una oportunidad a más de un millón de niños solo en España**

- ▶ Financiar y crear el primer registro genético de España de los pacientes con enfermedades raras de origen neurológico, con el doble objetivo de ver si ya se conoce alguna mutación genética del afectado, y además facilitar la investigación de los científicos españoles con un registro efectivo en donde poder trabajar con comparativas.

- ▶ Financiar un gran Congreso del Cerebro en España, en el que se dé cabida a todos los expertos involucrados en la investigación del cerebro, su comportamiento y las enfermedades que les afectan, al tiempo que se promueve las nuevas terapias educativas de intervención temprana.

La Fundación es una institución privada sin ánimo de lucro que nace con el objetivo de ayudar, fundamentalmente desde el punto de vista educativo, médico, y en la medida de lo posible científico, a niños y niñas que sufren enfermedades raras de origen neurológico y a sus familias. Es un proyecto muy ambicioso, y muy costoso. Pero al mismo tiempo, muy necesario, para darles una oportunidad a más de un millón de niños, solo en España. Porque ellos merecen esta oportunidad. ■



Asociación de Abogados del Estado

Publicación patrocinada por:



ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# El delito contra la hacienda pública y el asesor fiscal

**David Francisco Blanco**

Abogado del Estado

**Marcos Cabrera Galeano**

Abogado del Estado

*“La existencia de un mundo cada vez más globalizado, en el que se interconectan redes económicas repartidas a lo largo de un sinfín de países, sociedades offshore o entidades bancarias internacionales, han trasladado el terreno de juego a una legislación fiscal cada vez más compleja, que intenta regular un panorama cada vez más enrevesado”*

## 1. Introducción

### 1.1. Planteamiento

Desde hace ya muchos años, venía siendo infrecuente, o más bien una extravagancia, que en la investigación de un delito fiscal se extendiera la responsabilidad criminal a los asesores fiscales. En la inmensa mayoría de los casos, el asesor fiscal permanecía completamente ajeno a toda la investigación. En los casos más graves, era llamado a declarar como testigo. Los supuestos de condena como partícipes del delito fiscal del asesorado eran verdaderamente excepcionales.

Pero la situación ha cambiado. Y, por cierto, gracias al fútbol. La sentencia del Tribunal Supremo 347/2017, de 24 de mayo, en el recurso de casación nº 1729/2016, supone un auténtico torpedo en la línea de flotación de dicha impunidad, silente y prolongada durante tanto tiempo.

Es cierto que la atmósfera coyuntural ha ido evolucionando a lo largo de estos últimos años. La población española cada vez está más concienciada de que el fraude fiscal es una lacra execrable que debemos extirpar de raíz de nuestra sociedad democrática. La defraudación fiscal equivale a menos sanidad, menos educación, menos fondos para la dependencia o menos ayuda para los parados. Se traduce en menos hospitales o menos colegios públicos. Menos Estado del bienestar. Menos democracia.

De esta forma, la sociedad cada vez mira con más repugnancia y disgusto este tipo de conductas y delitos que suponen un menoscabo de las arcas públicas, y de los dineros y el bienestar de todos los españoles. La intolerancia de la sociedad frente al fraude fiscal va *in crescendo*, y esto es positivo.

Por otra parte, la existencia de un mundo cada vez más globalizado, en el que se interconectan redes económicas repartidas a lo largo de un sinfín de países, sociedades *offshore* o entidades bancarias internacionales, han traslada-

do el terreno de juego a una legislación fiscal cada vez más compleja, que intenta regular un panorama cada vez más enrevesado.

Pero la preocupación contra el fraude fiscal no es únicamente una cosa patria. La misma ha traspasado fronteras, llegando hasta la Unión Europea. En este ámbito, se han ido adoptando una serie de medidas tendentes a evitar que las empresas y los particulares utilicen estructuras extraterritoriales ocultas o artificiales para eludir o evadir impuestos. Entre ellas, cabe citar las nuevas normas de transparencia en materia de contabilidad financiera, las disposiciones contra las prácticas abusivas contempladas en la Directiva de lucha contra la elusión fiscal, o las propuestas de modificación de la Cuarta Directiva contra el blanqueo de capitales.

Asimismo, la Comisión, consciente de que *“una acción unilateral de los Estados miembros puede no abordar adecuadamente el problema de la planificación fiscal agresiva”*, y haciéndose eco de la solicitud reiterada del Parlamento Europeo de que se adoptaran medidas más estrictas contra los promotores y los facilitadores de mecanismos de evasión fiscal, ha comunicado una serie de medidas incluidas en un paquete de lucha contra la elusión fiscal, en el que se exponían los *“próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE”*.

Así, el proyecto de reforma de la directiva sobre cooperación administrativa aprobado por la Comisión y cuya entrada en vigor se espera en enero de 2019 incorpora una serie de requisitos de información, entre los cuales se halla la obligación por parte de los asesores de notificar a las autoridades cualquier esquema fiscal transfronterizo que incluya elementos como la utilización de sociedades intermedias, el recurso a la doble deducción o el traslado de los ingresos a jurisdicciones con baja imposición, en consonancia con el Proyecto BEPS de la OCDE (Acción 12) que recomienda a los

países que exijan a los contribuyentes y a los promotores de mecanismos de planificación fiscal, entre ellos los asesores fiscales, la declaración de todo mecanismo de planificación fiscal agresiva que utilicen o promuevan.

Y, en esa maraña legislativa, mercantil y globalizada, se alza la figura del asesor fiscal. Un asesor fiscal que, en la mayoría de los casos, desempeña un papel provechoso y responsable para la sociedad a la que presta sus servicios.

Sin embargo, los recientes escándalos por defraudación fiscal han puesto en el punto de mira de la Justicia y autoridades tributarias a quienes urden las maniobras evasivas. Entre ellos, estos asesores fiscales.

En línea con la intolerancia social frente al fraude fiscal a la que hacíamos referencia, durante los últimos años personalidades de la farándula, el deporte y el espectáculo han copado las portadas de los periódicos defendiendo su inocencia con el único argumento de su analfabetismo en materia tributaria. ¿La culpa? De mi asesor o representante.

En efecto, no son pocas las ocasiones en que el acusado por un delito contra la Hacienda Pública reconoce en el plenario su ignorancia e inexperiencia en materia fiscal, aduciendo que la gestión tributaria correspondía a su asesor, quien ni siquiera está presente en la causa. De ahí que se utilice el asesoramiento externo por estos profesionales como uno de los principales argumentos defensivos.

Pero las reglas del juego han cambiado. El Tribunal Supremo, en su reciente **sentencia 374/2017, de 24 de mayo de 2017 en el recurso de casación nº 1729/2016**, ha dado un vuelco completo a la situación. Un cambio que permitirá, a partir de ahora, poner el foco de atención en la actuación de los asesores fiscales.

De forma contundente, señala al respecto el Alto Tribunal que (FJ SEXTO): *“Ciertamente resulta difícil de comprender que los asesores a los que se acudió hayan sido excluidos de toda preocupación acusadora por el Ministerio Fiscal y*

*la Abogacía del Estado. Pero tan insólita actitud de esas acusaciones no puede incrementar el indeseable resultado de añadir a tal eventual impunidad la del defraudador aquí acusado”.*

Y añade que: *“El resto del argumento decae si se atiende a la falacia consistente en equiparar el conocimiento de que un comportamiento es ilícito con el conocimiento de la norma concreta de que deriva esa ilicitud. Y es que una cosa es conocer que se infringe el deber tributario y otra saber cómo se logra ese objetivo. La ignorancia de este ‘cómo’ es lo que hace que quien pretende aquel objetivo acuda a quien le ilustre sobre el camino a seguir. El motivo predica que debió estimarse concurrente error en el acusado porque el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado debieron considerar que en tal error incurrieron incluso en los asesores. Así lo infiere el recurrente ya que aquéllos no formularon acusación contra los asesores. La perplejidad de la parte recurrente puede compartirse por este Tribunal. Y es que no se acierta a encontrar coherencia entre esa estrategia procesal, que garantiza impunidad a tales profesionales, y funda la acusación al recurrente en el empleo de las fórmulas que estos crearon y suministraron al acusado, incluso hasta gestionar su puesta en práctica. Pero la impunidad acarreada a los asesores no puede erróneamente incrementarse con su reiteración respecto del acusado, sin claudicación del deber de sancionar los hechos constitutivos de delito”.*

El Alto Tribunal ha abierto la veda: debe investigarse la responsabilidad criminal de los asesores fiscales cuyos clientes eluden sus deberes con el Erario Público.

La cuestión no es baladí. A partir de esta sentencia tan importante, en la investigación de los delitos de fraude fiscal se empezará a escrutar la actuación del asesor fiscal: su papel en el delito investigado.

Para estos profesionales, la sentencia abre un nuevo escenario inimagi-

---

*“El Alto Tribunal ha abierto la veda: debe investigarse la responsabilidad criminal de los asesores fiscales cuyos clientes eluden sus deberes con el Erario Público. La cuestión no es baladí. A partir de esta sentencia tan importante, en la investigación de los delitos de fraude fiscal se empezará a escrutar la actuación del asesor fiscal: su papel en el delito investigado”*

nable hace tan solo unos meses, en el que deberán extremar la mesura en su consejo, y procurar el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales de sus asesorados.

Pero, ¿hasta dónde alcanza exactamente la responsabilidad del asesor en el delito fiscal? ¿Cuáles son los límites? ¿A qué han de atenerse? La respuesta a tales interrogantes pasa por examinar los caracteres del ilícito que amenaza a estos profesionales así como el tipo de actuación desarrollada en el caso concreto.

Uno de los principales problemas jurídicos que suscita el delito fiscal tipificado en el artículo 305 del Código Penal es el relativo a la determinación y calificación de la actuación del asesor fiscal y su posible participación en la comisión del ilícito mencionado.

Y eso es lo que pretende el presente artículo. Intentaremos delimitar la responsabilidad penal del asesor fiscal por el delito cometido por su asesorado, y trataremos de resolver las dudas que se plantean en torno a la cuestión anunciada, sin olvidar que se trata de una materia enormemente casuística que exige contemplar todos los escenarios posibles, junto con su diferente trascendencia penal.

Un correcto análisis de la cuestión planteada requiere examinar determinados conceptos. Comenzaremos con el del propio sujeto, el asesor tributario, que se ha convertido en una figura cada vez más frecuente habida cuenta de la especialidad y complejidad de la normativa tributaria y del elevado desconocimiento que impera en el ciudadano de a pie<sup>1</sup>, a lo que se añade el hecho de que la gran mayoría de los tributos existentes en nuestro sistema se gestionan a través de las autoliquidaciones a presentar por los obligados tributarios.

## 1.2. Concepto y funciones del asesor fiscal

El asesor fiscal puede definirse como aquel profesional experto en materia tributaria que asiste al obligado tribu-

tario que ha contratado sus servicios, mediante el asesoramiento técnico en la misma en base a sus conocimientos especializados. Por tanto, tiene un papel decisivo en el adecuado cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Nuestro legislador no se ha olvidado de esta figura, de manera que el artículo 37.5, e) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, define a los asesores como “*quienes, con arreglo a Derecho, desarrollen una actividad profesional reconocida que tenga por objeto la asistencia jurídica, económica o financiera*”.

En la doctrina pueden encontrarse interesantes definiciones, entre las que destaca la ofrecida por el doctor en Derecho D. JULIO BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, que considera que “*ser asesor fiscal es colaborar en la realización de la Justicia. Ello significa reconocer la nobleza de este arte que supone conocer bien las normas, elegir las opciones, explicar ventajas e inconvenientes al asesorado, estudiar los planteamientos, garantizar la seguridad jurídica del administrado, procurar la correcta aplicación de las normas, moderar las discrepancias, defender al contribuyente, oponerse a la arbitrariedad, colaborar en la resolución justa de los procedimientos de revisión de actuaciones con trascendencia tributaria*”<sup>2</sup>.

En atención a tal concepto, es posible distinguir dos grandes funciones a desempeñar por el asesor fiscal: (i) la de asesoramiento jurídico, económico y contable al cliente-obligado tributario para el cumplimiento de sus obligaciones para con la Hacienda Pública (implica la información, consejo y orientación profesional al cliente en atención a la legalidad vigente) y (ii) la de asistencia técnica en el cumplimiento de dichas obligaciones (la gestión de los tributos con evidente carácter burocrático).

Además, es posible que el asesor fiscal desempeñe una tercera función (iii), la de representación y defensa de los intereses de su cliente ante la Hacienda Pública, siempre que le haya otorgado el

oportuno poder<sup>3</sup>, lo que, como se verá, lleva consigo importantes consecuencias a efectos penales.

## 2. La responsabilidad criminal del asesor fiscal

### 2.1. Planteamiento

El asesor fiscal está expuesto a varios tipos de responsabilidad si se acredita su participación activa o pasiva en la conducta ilícita del contribuyente. Así, de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Ley General Tributaria, podría hacer frente a una responsabilidad solidaria o subsidiaria de la deuda tributaria, e incluso de la sanción, en cuanto sean “*causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria*”. No obstante, el presente artículo se centrará en la dimensión penal de su actuación profesional.

Debe advertirse que la responsabilidad criminal del asesor tributario dependerá en gran medida de la naturaleza y características del delito contra la Hacienda Pública.

En torno a esta cuestión, existe una enriquecedora discusión doctrinal sobre si nos encontramos ante un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, o bien se trata de un delito especial propio que únicamente puede ser perpetrado por el obligado tributario de acuerdo con el concepto recogido en el artículo 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Esta última es la posición mayoritaria y defendida por el Tribunal Supremo.

A pesar de ello, existe un cierto sector doctrinal minoritario que defiende la necesidad de ampliar la concepción restrictiva de la autoría en este tipo de delitos, incluyendo a todos aquellos sujetos que, con independencia de su condición o no de obligado tributario, estén en una situación de dominio que les permita llevar a cabo la conducta defraudatoria.

Dentro de esta postura doctrinal se encuentra CHOCLÁN MONTALVO<sup>4</sup> al señalar que “*como ha puesto de manifiesto la doctrina, las posibilidades de confi-*



guración de la autoría del *extraneus* en un delito especial no deben reducirse a formas de dominio social derivadas de la administración o la representación, pudiendo comprender formas de dominio a través de la coacción o del error, de modo que no habría obstáculo para que el *extraneus* que domina la ejecución del delito del *intranets* sea hecho responsable, reconociendo que algunos delitos especiales, en los que la “especialidad” se deriva de la concurrencia de especiales elementos objetivos de autoría, serían accesibles a la autoría de un *extraneus* que llegue a dominar la ejecución típica, dando lugar a una autoría mediata”. Se trata de considerar el delito fiscal como delito común.

De conformidad con esta tesis, el Código penal tan sólo exige el requisito de la falta de ingreso, o el ingreso en menor cuantía, como elemento esencial del tipo, pero sin referirse a las condiciones personales de la persona que lo ejecuta. Bajo este prisma, resultaría indiferente quién realice la acción.

Alegan estos autores que el tenor literal del artículo 305 del Código penal no exige la elusión del pago de tributos propios, sino que sencillamente habla de tributos.

En cualquier caso, como se ha dicho, actualmente es consolidada la doctrina y jurisprudencia (SSTS de 20 de mayo de 1996, de 30 de abril de 2003 o de 2 de marzo de 2005, entre otras muchas) que configura el delito fiscal como delito especial de propia mano, que únicamente puede ser cometido por el obligado tributario que, además, realice alguna de las conductas típicas previstas en el artículo 305 del CP.

No obstante, el concepto de obligado tributario es excesivamente amplio, de forma que es necesario acotarlo. Así, en atención a la conducta típica (defraudar “eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma”) tan sólo podrán ser autores del

delito los sujetos pasivos del tributo [es sujeto pasivo el obligado tributario que, según la ley, debe cumplir la obligación tributaria principal – la que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria–, así como las obligaciones formales inherentes a la misma, sea como contribuyente o como sustituto del mismo], los obligados a realizar pagos a cuenta (ex artículo 37 LGT) en cuanto a sus respectivas obligaciones y los beneficiarios de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias, cuando no tengan la condición de sujetos pasivos.

La calificación del delito fiscal como “especial propio” no excluye la participación del “*extraneus*” en las distintas modalidades que establecen los artículos 28 y 29 del CP, de modo que las restantes personas que hubieran podido intervenir en el “*iter criminis*” quedarán relegadas a la esfera de la participación del *extraneus* en el delito cometido por el *intranets*.

El asesor como *extraneus*, dado que no infringe el especial deber que da materialmente contenido al tipo delictivo especial propio, no puede ser considerado autor, aun cuando las consecuencias penológicas sean prácticamente idénticas. Sin embargo, no puede olvidarse la posibilidad contemplada en el artículo 65.3 del CP que permite rebajar la penalidad en los casos de participación de un tercero en un delito especial.

Sobre este extremo, la sentencia de 15 de noviembre de 2016 de la Audiencia Nacional afirma que: “El precepto recoge una atenuación facultativa para permitir la rebaja de la pena en un grado de quien participa en un hecho ajeno, en los delitos especiales propios como es el de defraudación tributaria, ya que no concurren en él los requisitos personales del tipo, en concreto la condición de obligado tributario (como había venido apreciando la jurisprudencia, según explica la STs 627/2006). Como se trata de una cláusula facultativa, el juez puede hacer uso de esta posibilidad dentro de la discrecionalidad que le confiere la norma. Y en el caso así lo ha hecho la

sentencia explicando la diferente aportación de Pedro en comparación con la otra cooperadora necesaria, dados los conocimientos especializados que poseía por su condición de asesor fiscal, lo que le lleva a estimar que la contribución de este es decisiva. De esa manera se ha operado en los términos que contempla dicha cláusula de atenuación, atendiendo el juzgador a la intensidad de la aportación del cooperador al injusto del autor, como decía la sentencia citada (“individualizar la pena teniendo en cuenta el menor desvalor de acción del extraño”, STs 627/2006, Fundamento jurídico 6). Carece de sentido interpretar, como propone el recurrente, que el 65.3 Cp debe propiciar la rebaja de la pena en un grado, siempre y en todo caso, porque desnaturaliza la condición de atenuación potestativa que debe administrar el juzgador en atención a las circunstancias del caso, respetando los límites de la norma”. Esta previsión, por tanto, no sería imperativa y de aplicación automática, sino facultativa. En cualquier caso, en supuestos como los examinados, difícilmente podría apreciarse esta rebaja en la penalidad cuando haya sido relevante la intervención del asesor.

La jurisprudencia (STS RJ1996/3838, de 20 mayo de 1996) es unánime al admitir la participación en delitos especiales propios, como el delito fiscal, de personas que no reúnen las características y condiciones exigidas para el autor. El asesor partícipe ataca de forma mediata e indirecta el mismo bien jurídico, pero carece de la especial cualificación que posee el autor. En definitiva, la referida especial cualificación en el delito especial, se requiere únicamente para la autoría en sentido propio, pero no es precisa en las demás modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría. Sobre este aspecto, es interesante la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de julio de 2017, rollo de apelación 144/2017 (rollo de la sección 38/2017) que afirma que:

**“Desde un punto de vista dogmático, la consideración del asesor como partícipe en el delito fiscal es la única admisible bajo consideración de que el delito fiscal es un delito especial de propia mano. Sentado lo anterior, pueden distinguirse las siguientes situaciones: i) la actuación dolosa del asesor, ii) la actuación negligente del asesor, iii) otros supuestos en los que la actuación del asesor tributario aparece como accesoria. Todos ellos serán analizados a continuación”**

*“Debe recordarse que el Tribunal Supremo ha declarado que el delito fiscal no solo puede ser cometido por el obligado tributario. La Sala ha llegado a condenar como cooperador necesario de ese delito a un inspector de Hacienda que, participando en el plan ideado para llevar a cabo las defraudaciones, evitó el descubrimiento de las bases ocultadas fraudulentamente, extendiendo en las actas suscritas el ‘conforme’ pese a las irregularidades tributarias que habían sido detectadas (cfr. STS 17/2005, 3 de febrero). La misma idea aparece reflejada en otros precedentes que han estimado cooperador necesario al asesor fiscal que planeó y diseñó la compleja operación de ocultación de beneficios (cfr. SSTS 1231/1999, 26 de julio y 264/2003, 30 de marzo). La ley no impide la punibilidad del extraneus en el delito propio del intraneus. Se admiten por consiguiente en este delito las diversas formas de participación - inductores, cooperadores necesarios, cómplices (énfasis añadido)”.*

Así las cosas, admitida la posibilidad de participación en el delito contra la Hacienda Pública, desde el punto de vista fáctico son múltiples los escenarios que se pueden plantear atendiendo a la actuación concreta del asesor fiscal.

A continuación, se analizarán separadamente las distintas posibles situaciones. Con carácter previo, es importante recordar que el asesor no sustituye la voluntad del obligado tributario-sujeto activo del delito, sino que sólo ayuda a formarla. Señala el Tribunal Supremo que: *“el asesor es tan sólo quien aconseja, quien ilustra el parecer o, si se quiere, quien con sus conocimientos especializados completa la formación del recto criterio ajeno, sin el más mínimo atributo de suplencia en la manifestación de voluntad del asesorado”.*

Desde un punto de vista dogmático, la consideración del asesor como partícipe en el delito fiscal es la única admisible bajo consideración de que el delito fiscal es un delito especial de propia mano.

Sentado lo anterior, pueden distinguirse las siguientes situaciones: i) la ac-

tuación dolosa del asesor, ii) la actuación negligente del asesor [casos de equivocación del asesor fiscal en el cálculo de la liquidación de la cuota a ingresar por su cliente o elaboración errónea de la declaración tributaria a presentar], iii) otros supuestos en los que la actuación del asesor tributario aparece como accesoria. Todos ellos serán analizados a continuación.

## **2.2. La actuación dolosa del asesor fiscal**

Actuación dolosa del asesor, que, a su vez, permite diferenciar dos supuestos:

**2.2.1.** Cuando tiene lugar con el conocimiento y connivencia del obligado tributario, de modo que el asesor tributario le avisa de las consecuencias de la actuación a realizar, pese a lo cual el cliente decide seguir adelante.

En este caso, es el asesor quien aporta sus conocimientos técnicos especializados y necesarios para hacer posible la defraudación tributaria, sin los cuales el delito no se podría haber cometido. Se engloban dentro del presente supuesto ejemplos tales como aquellos en que el asesor diseña un entramado societario<sup>5</sup> o un artificio contable dirigido a obtener un ilícito ahorro fiscal. En estos casos, es evidente la tipicidad de la conducta del asesor en concepto de cooperador necesario, puesto que facilita consciente y voluntariamente los elementos necesarios para perpetrar la defraudación perseguida o consentida por su cliente<sup>6</sup>.

En cualquier caso, para que la participación sea relevante a efectos penales deberán apreciarse los requisitos de cooperación a la ejecución con actos anteriores o simultáneos. Si el delito se hubiera cometido de igual forma sin la participación del asesor, entonces hablaríamos de complicidad.

Debido a su especial trascendencia<sup>7</sup>, es necesario distinguir las figuras de la cooperación necesaria y la complicidad (de acuerdo con el artículo 29 del CP *“son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho*

con actos anteriores o simultáneos”). Para ello, el Tribunal Supremo ha aportado dos criterios de gran utilidad a estos efectos. Uno inicial (SSTS de 2 de febrero de 1982 o de 7 de marzo de 1985, entre otras), el de la *conditio sine quae non* (se tratará de cooperación necesaria si suprimida la aportación del partícipe se evitara la producción del resultado) y otro de elaboración más reciente (STS 24 de abril de 2000) que sigue la teoría de los bienes escasos (se hace depender la existencia de cooperación en función de la dificultad que el autor padezca para sustituir por otra la aportación del partícipe en la comisión del delito). Algunos autores añaden el criterio del “*dominio del hecho*”, entendido en el sentido de que el partícipe pueda impedir o interrumpir la ejecución de la conducta típica.

En cualquier caso, se trata de una materia enormemente casuística. Así, elementos como las concretas circunstancias en las que el asesor presta sus servicios, su verdadero conocimiento de la actividad de su cliente-obligado tributario y su eventual diseño y creación de una estrategia orientada al fraude (*unlawful tax planning*) constituyen criterios importantes para determinar si nos hallamos ante una colaboración activa en la mecánica defraudatoria (STS de 16 de febrero de 2001), o si, por el contrario, estamos ante una actividad profesional “*neutra*”, que excluiría la responsabilidad penal del asesor. En definitiva, se trata de apreciar si la actuación ha consistido o no en la aportación de conocimientos técnicos que estén al alcance de pocas personas (teoría de los bienes escasos).

**2.2.2.** Cuando el asesor actúa sin el conocimiento del cliente-obligado tributario.

Es perfectamente posible que el asesor trate de basar su éxito profesional en promesas de importantes reducciones o ahorros fiscales aún a costa de la legalidad (aspecto que puede ocultarse al cliente confiado en la gestión del experto). En este escenario, las consecuencias

dependerán de la voluntad del obligado tributario.

Así, **(2.2.2.1)** si éste, pudiendo conocer el obrar antijurídico del asesor, opta por permanecer en la ignorancia, beneficiándose de dicha situación, será aplicable la conocida doctrina de ‘*la ignorancia deliberada*’ (*willful blindness*) procedente del derecho anglosajón<sup>8</sup>. En estos casos, si el obligado tributario decidiera la realización de la acción típica, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo debido, manifestando indiferencia respecto de dicha concurrencia y cegando deliberadamente sus fuentes de conocimiento, no cabrá alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del artículo 14.1 CP.

En consecuencia, nos encontraríamos ante un autor doloso (el obligado tributario) y un partícipe (el asesor tributario), de nuevo, como cooperador necesario si su actuación es imprescindible para la comisión del delito.

En cambio **(2.2.2.2)**, si el obligado tributario cree verdaderamente que el asesor está actuando dentro de la legalidad aunque en realidad no sea así, a pesar de que pudiera defenderse que se tratará de un supuesto de error de tipo (ex artículo 14.1 del Código Penal), que excluiría la responsabilidad criminal del obligado tributario si fuera invencible, parece más correcto reconocer la atipicidad de su conducta por ausencia de dolo, ya que, como se verá, es un elemento del tipo analizado.

En cuanto al asesor como *extraneus*, fuera de los casos en que cuente con poderes de administración o representación de su cliente que permitan la aplicación del artículo 31.1 del Código Penal como administrador de hecho, se presenta un problema en relación con su punibilidad, pues carecería de la cualificación necesaria para ser calificado de autor. Se trataría de una especie de autoría mediata, en la que el *extraneus-partícipe* utiliza al *intraeus-obligado* tributario carente de dolo, para cometer un

delito del que no puede ser considerado autor.

Así, habida cuenta de la naturaleza de delito especial de propia mano del ilícito fiscal (que excluye la autoría mediata) y de acuerdo con el principio de accesoriidad, que supone (por definición) que el partícipe precise de un hecho ajeno en el que participe<sup>9</sup>, cabe preguntarse si **es posible condenar al partícipe cuando no hay autor, bien porque haya sido absuelto o bien porque ni siquiera ha sido enjuiciada su conducta**. A primera vista, la respuesta parece ser negativa, pero la cuestión no es tan sencilla y evidentemente estará fuertemente condicionada por la calificación de la actuación del autor u obligado tributario en virtud de ese carácter accesorio.

La doctrina y la jurisprudencia de manera mayoritaria consideran que, en virtud de su carácter accesorio, la participación como tal, únicamente podrá ser castigada en la medida en que llegue a serlo el hecho principal.

Dicho principio de accesoriidad en la participación ha sido objeto de modulaciones que distinguen, en función de su exigencia progresiva en la escala secuencial de la Teoría del delito, los siguientes grados: a) la accesoriidad mínima, que considera suficiente que el hecho principal sea típico (acción típica); b) la accesoriidad media o limitada, que propugna que tal hecho ha de ser, cuanto menos, antijurídico (acción típica y antijurídica); y c) la accesoriidad máxima o extrema, que exige también la culpabilidad del autor (acción típica, antijurídica y culpable) para que responda el partícipe. Finalmente, algunos autores van un paso más allá y adicionan a las anteriores la “*hiperaccesoriidad*”, que requiere, además, la punibilidad del hecho principal (acción típica, antijurídica, culpable y punible).

En nuestro Derecho, puede afirmarse que rige de manera pacífica el principio de accesoriidad limitada<sup>10</sup>. Eses decir, el partícipe sólo responderá cuando el hecho principal sea típico y antijurídico.

co, y en el caso de que existan causas de justificación, las mismas alcanzarán al partícipe. En ese sentido, se pronunciaba ya la STS de 4 de julio de 1986 (RJ 1986/3885) al señalar que “(...) *ya es sabido que no puede haber participación en un delito inexistente, pero que, a pesar de ello, se puede participar en un comportamiento ajeno con tal que éste reúna determinados requisitos estructurales de la infracción de que se trate*”, los cuales concreta más adelante en la atipicidad y antijuridicidad.

Establecida la anterior clasificación, es necesario recordar que el delito contra la Hacienda Pública es esencialmente doloso. En efecto, el delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal, en su modalidad básica, castiga las defraudaciones cometidas mediante alguna de las modalidades que en él se describen, que excedan del límite señalado, siendo por tanto, el núcleo de la conducta típica la defraudación.

De lo anterior resulta que la existencia de un delito fiscal exige la concurrencia de dos requisitos: (i) uno objetivo (perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública en cuantía superior a 120.000 euros, como cifra que delimita la frontera entre la sanción administrativa y la sanción penal que constituye una condición objetiva de punibilidad) y (ii) un requisito subjetivo (“*el ánimo de defraudar*”, al que es inherente el dolo) que se desprende del empleo del verbo “defraudar” por el artículo 305 CP para definir la conducta típica, lo cual implica una infracción de deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina. El Código Penal no contempla la comisión “*culposa*” de este delito, por lo que quedan despenalizadas aquellas defraudaciones que, aunque superen el umbral legal, no sean dolosas habida cuenta del sistema de “*numerus clausus*” para la determinación de los tipos penales respecto de los que resulta punible la imprudencia (ex art. 12 del Código Penal).

El delito fiscal es, por tanto, un delito esencialmente doloso que requiere

la concurrencia de dos elementos, intelectual –saber lo que se hace– y volitivo –hacer lo que se quiere–.

Descendiendo al supuesto ahora examinado (actuación dolosa del asesor fiscal y ausencia de dolo en la conducta del obligado tributario), resultara enormemente complejo desde el punto de vista dogmático la condena del asesor por imperativo del principio de accesoriidad, que presupone que la participación necesita una conducta básica, la del autor en sentido estricto, y otras conductas accesorias o periféricas.

Así las cosas, la falta de dolo en el obligado tributario, único sujeto apto para ser considerado autor del delito contra la Hacienda Pública, determinaría la ausencia del elemento subjetivo exigido por el tipo penal y, por tanto, ello supondría la atipicidad de su conducta. La primera y principal consecuencia sería que, ni siquiera desde la perspectiva extrema de la accesoriidad mínima, podría justificarse la responsabilidad del partícipe en el presente caso, dado que el hecho principal del autor no es típico.

A pesar del obstáculo expuesto, el Tribunal Supremo ha condenado en ocasiones a los partícipes sin castigar al autor. En el brillante y muy recomendable artículo titulado “*¿Argumentación o pretexto? A propósito de la fundamentación jurídica del Tribunal Supremo español para condenar a los partícipes en determinados casos donde no se castiga al autor del hecho principal*”, el Profesor Alberto VIDAL CASTAÑÓN analiza dos ejemplos significativos pero que gozan de una fundamentación jurídica distinta y que resultan de gran interés en el presente estudio.

El primer ejemplo viene constituido por la STS 606/2010, de 25 de junio (Rec. 519/2009), en la que se condena a varios partícipes como cooperadores necesarios de un delito fiscal relativo a una sociedad. Respecto de sus administradores, imputados en un principio en concepto de autores, se acordó el sobreseimiento en fase de Instrucción, acudiendo a la equiparación entre la antijuridicidad

penal y la administrativa (los administradores habían vulnerado la normativa tributaria)<sup>11</sup>. Dicha equiparación es criticada por el autor, que destaca las indeseables consecuencias que trae consigo<sup>12</sup> y centra su crítica en la necesidad de examinar la existencia de dolo o negligencia (tipo subjetivo, residenciado parte del dolo en la antijuridicidad) para la determinación de la antijuridicidad penal del hecho principal del autor y poder aplicar el principio de accesoriidad en la participación.

En el segundo ejemplo (no se refiere a un delito contra la Hacienda Pública, pero sí a otro delito especial como es el de prevaricación), el Tribunal Supremo (STS 222/2010, de 4 de marzo, Rec. 1231/2009) absuelve al autor pero condena a los partícipes por delitos continuados de prevaricación. Se ampara en que el primero obró con antijuridicidad pero sin ser consciente de ello, por lo que, a su juicio, hay una falta de culpabilidad (error de prohibición).

El profesor VIDAL CASTAÑÓN critica este razonamiento y sugiere que más bien se trataría de una ausencia de dolo típico que excluiría la tipicidad y, por tanto, la antijuridicidad, calificando de “*excesivamente reduccionista*” la configuración del dolo típico del autor principal realizada por el Alto Tribunal. La crítica es lógica e inmediata: el dolo es un elemento del tipo y no de la culpabilidad. Al respecto afirma CHOCLÁN MONTALVO<sup>13</sup> que “*la falta de dolo excluye el tipo subjetivo del delito doloso de que se trate, pero puede haber realizado el supuesto de hecho típico de un delito culposo, si es evitable y la realización imprudente del hecho está amenazada con una pena, cosa que no sucede con el delito fiscal.*”

En definitiva, la concepción del delito contra la Hacienda Pública plantea una serie de dificultades que se traducen en la laguna de punibilidad apreciada en lo que se refiere a los partícipes cuando no se condena al autor. Esta podrá ser colmada en la medida en que el asesor (partícipe) cuente con poderes de admi-

nistración o representación del obligado tributario (en cuyo caso podría responder en concepto de autor al amparo del artículo 31.1 del Código Penal), cuando la falta de condena del autor se deba a su fallecimiento (la extinción de su responsabilidad criminal no impide la continuación de la causa respecto del resto de investigados o acusados pudiendo ser condenados los partícipes en el hecho típico y antijurídico del autor principal fallecido, puesto que su accesoriadad se encuentra referida al hecho típico y antijurídico y no respecto de la culpabilidad o cualquier otra causa de carácter personal), o en el supuesto de que el autor principal estuviera afectado por una causa que excluyera la culpabilidad de su conducta antijurídica (causas de inimputabilidad como la alteración o anomalía psíquica del artículo 20.1 CP, o error invencible de tipo o de prohibición) o la punibilidad (excusas absolutorias).

Tan sólo podría superarse el obstáculo dogmático y legal expresado para que el asesor fiscal respondiera como verdadero autor o coautor del ilícito, apartándonos de la consideración de delito especial propio, acogiendo la tesis que considera el delito fiscal como un delito común que tan sólo exige la elusión del pago de tributos, tanto “*propios*” como “*ajenos*”, o una especie de delito especial de dominio que permitiera así la persecución penal del verdadero “*dueño del hecho*” que ha instrumentalizado al obligado tributario para la perpetración del ilícito. Algo que, como ya se ha expuesto, ha sido rechazado de forma prácticamente unánime por Doctrina y Jurisprudencia. No obstante, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de julio de 2017, rollo de apelación 144/2017 (rollo de la sección 38/2017) especula con esta posibilidad al indicar que: “*se rechaza que este delito (en referencia al delito contra la Hacienda Pública), por tanto, pueda ser cometido exclusivamente por el obligado tributario (cfr. STS 274/1996, 20 de mayo) hasta el punto que se ha planteado la hipótesis de que sea un ex-*

*traneus quien genere error en el obligado tributario que, por consecuencia de ello, incumpla, sin dolo, el deber que le vinculaba. STS 30-4-2003. Para solucionar la responsabilidad de ese extraneus, cuando el intraneus resulta absuelto por falta de concurrencia de dolo, se han elaborado tesis diversas, entre ellas la que configura el delito, no como de incumplimiento de deber, sino como delito especial de dominio. No importaría tanto quien está vinculado por el deber incumplido, como quien tiene el dominio del hecho. Dominio al que accedería el extraneus ya por virtud de la representación que le confiere el sujeto obligado, ya porque éste instrumentaliza al extraño en la relación de deber”.*

Ante este vacío punitivo, ha surgido entre los autores el debate entre la conveniencia de ofrecer una respuesta penal a la situación descrita, (entre otros, CHOCLÁN MONTALVO) y la falta de necesidad punitiva. La solución es compleja, pero es evidente que la producción dolosa por el asesor de un perjuicio a la Hacienda Pública es merecedora de reproche penal, sobre todo en los casos en que llega a dominar la ejecución típica.

### **2.3. La actuación negligente del asesor fiscal**

**2.3.1.** Casos de equivocación del asesor fiscal en el cálculo de la liquidación de la cuota a ingresar por su cliente o elaboración errónea de la declaración tributaria a presentar (negligencia). También es posible distinguir varios escenarios dependiendo de los datos de que disponga:

**2.3.1.a.** Que el asesor disponga de toda la información necesaria para la cuantificación de la cuota y para la confección de la declaración tributaria.

En este caso, el obligado que ha facilitado toda la documentación de que disponía al profesional que ha contratado quedaría exento de responsabilidad criminal. En cuanto al asesor tributario negligente, dado que nos encontramos, como se ha reiterado, ante un delito esencialmente doloso, su conducta será

atípica desde el punto de vista penal, si no se acredita al menos un dolo eventual. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil<sup>14</sup> en que pudiera haber incurrido frente al cliente que se ve perjudicado por su actuación.

**2.3.1.b.** Que el asesor no disponga de toda la información y documentación necesaria para cumplir correctamente sus funciones, o disponga de información equivocada o falsa: bien porque el obligado tributario se la ha ocultado deliberadamente, o bien porque inspirado por un ánimo defraudatorio le ha facilitado información incorrecta que no se corresponde con la realidad.

En este supuesto, la actuación del asesor bajo el engaño maquinado por su cliente se ve afectada por un error de prohibición, pues ha actuado desconociendo que la liquidación por él practicada o la declaración presentada es mendaz, salvo que se acredite que conoció (dolo) o pudo y debió conocer (dolo eventual) la irregularidad o insuficiencia de la información proporcionada por el cliente. En este caso, su actuación deberá calificarse como propia del cooperador necesario, incurriendo, por tanto, en responsabilidad penal. No es merecedor de reproche penal el desconocimiento por parte del asesor de la auténtica realidad tributaria de su cliente, ya que no pesa sobre el asesor una obligación o deber concreto de comprobar que los datos facilitados por el obligado son ciertos o que le ha sido ocultada información relevante desde el punto de vista tributario. Evidentemente, el obligado tributario habrá de responder en concepto de autor por el ilícito perpetrado.

### **2.4. Otros supuestos en los que la actuación del asesor tributario aparece como accesoria**

**2.4.1.** Supuesto en que el asesor fiscal se limita a facilitar al obligado tributario consejos y conocimientos propios de la profesión sin referirse al caso concreto, que pudieran utilizarse para defraudar a la Hacienda Pública, sin ninguna otra intervención.

En ese caso, la actuación del asesor sería lícita y, en consecuencia, atípica. Se exceptúa el supuesto en que dicha influencia tuviera fuerza suficiente como para orientar la voluntad inicial del sujeto hacia la comisión del delito, en cuyo caso hablaríamos de inducción. La inducción, como forma de participación moral en un delito que puede considerarse ajeno, consiste en suscitar dolosamente en otro la resolución de cometer el acto punible. La jurisprudencia<sup>15</sup> ha exigido como requisitos necesarios para apreciar esta forma de participación: (a) que sea anterior al hecho punible, (b) que esté directamente encaminada a la comisión de un determinado delito, (c) que posea entidad suficiente para mover la voluntad del inducido hacia la realización del ilícito (eficaz), (d) dolosa y (e) productora de su específico resultado. Para ello, se exige una causalidad adecuada, ya que las simples indicaciones o consejos que se limitan a reforzar una resolución ya existente no pueden calificarse de inducción.

Este sería el caso del asesor fiscal que, sin intervención posterior en los hechos punibles, aconseja a su cliente el modo de tributación infundiéndole la idea de defraudar al fisco, que lleva a efecto y concluye en el fraude. En cualquier caso, son escasísimos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la inducción en el delito contra la Hacienda Pública (un ejemplo es la STS de 30 de abril de 2003 RJ 2003/3085) ya que en la práctica lo habitual es que sea el propio obligado quien acuda al asesor con la idea, ya formada, de defraudar. En todo caso, a juicio de quienes suscriben, la inducción a un delito doloso como el delito fiscal, exige el dolo en la conducta del inducido.

**2.4.2.** Caso en que la actuación del asesor se reduce a la mera ejecución de las órdenes específicas de su cliente, limitándose a la gestión tributaria sin capacidad decisiva e ignorando el objetivo real prohibido por el ordenamiento jurídico: su conducta, nuevamente, habrá de quedar impune en ese caso por falta de dolo.

**2.4.3.** Supuesto en que el obligado tributario ha delegado en el asesor fiscal el cumplimiento de las obligaciones tributarias, actuando en representación del primero, y omite la presentación de la declaración o presenta una mendaz (siempre con cuotas defraudadas superiores al límite delictivo).

En este caso, el asesor fiscal pasaría a ocupar la posición de deber del obligado tributario. El obligado tributario quedará exonerado de responsabilidad (si desconoce la defraudación), mientras que el asesor podrá ser sancionado en concepto de autor principal directo del delito fiscal, aunque no sea él propiamente el obligado tributario, a tenor de lo previsto en el artículo 31 del Código Penal.

**2.4.4.** Supuesto en que el asesor, con pleno conocimiento de las intenciones de su cliente con ocasión de su profesión, no impide la defraudación.

En este caso, de acuerdo con el artículo 11 del Código penal, *“los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”*.

En principio, pudiera parecer que sobre el asesor no pesa un especial deber jurídico de informar a la Hacienda Pública o a las autoridades. Es decir, no existe, más allá de la genérica obligación de denuncia de las personas que presenciaren o tuvieran noticia de la perpetración de cualquier delito público con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una específica obligación legal o contractual de actuar. Más bien parece intuirse todo lo contrario, ante la existencia de un deber de *secreto profesional* derivado de su código deontológico respecto de todos los hechos, informaciones y noticias que conozca por razón de su actuación profesional, ya que la confianza es esencial en las relaciones con sus clientes, que imponen el derecho y deber del secreto profesional.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su artículo 93.5,

bajo la rúbrica de *“Obligaciones de información”*, exime de la obligación de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria a los profesionales respecto de aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.

Sin embargo, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en su artículo 22 únicamente libera a los abogados de la sujeción a las obligaciones de proporcionar información y colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de España (SEPBLAC) con respecto a la *“que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”*. Termina señalando el indicado precepto que *“sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente”*.

No sucede lo mismo con el resto de los profesionales, entre los que se encuentran los asesores fiscales, que la ley incluye en su ámbito de aplicación subjetivo (ex artículo 2.1.m). A la vista de lo expuesto, puede concluirse que el secreto profesional no ampara a los asesores respecto de simulaciones o fraudes, que puedan estar relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, efectuando, en tal caso, una comunicación al SEPBLAC, por lo que su omisión podría ser punible en tales casos.

Todo ello sin perjuicio de las futuras obligaciones de información a las autoridades acerca de cualquier esquema fis-

cal transfronterizo que incluya elementos como la utilización de sociedades intermedias, el recurso a la doble deducción o el traslado de los ingresos a jurisdicciones con baja imposición, que en ámbito de la UE vayan a imponerse a los asesores de acuerdo con lo expuesto al comienzo del presente artículo.

### III. CONCLUSIONES

En definitiva, no todas las actuaciones profesionales del asesor son adecuadas para apreciar su participación en un delito fiscal, sino que su conducta habrá de ser dolosa. De esta forma, su responsabilidad criminal dependerá tanto de la concurrencia de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos por las distintas formas de participación que prevé nuestro Derecho Penal (inducción, cooperación, complicidad), como de su intervención en la configuración del supuesto de hecho que supone la comisión de un delito fiscal (al diseñar o planificar su ejecución, materializar esta última, colaborar en la misma o suscitar en el obligado la resolución de defraudar en el ejercicio de una influencia psíquica).

Tal y como se observa del análisis casuístico descrito, la forma de participación más usual será la cooperación necesaria, siendo infrecuentes los otros títulos de participación legalmente establecidos, a saber, la *inducción* y la *complicidad*.

Ya fueron examinadas las diferencias entre la cooperación y la complicidad, de modo que habrá de ser la relación de causalidad entre la conducta del partícipe (cooperador o cómplice) y el resultado delictivo, la que determine el encuadramiento de su aportación en una u otra fórmula participativa. De este modo, se apreciará la existencia de cooperación cuando su intervención resulte imprescindible para la comisión del delito, o por lo menos de considerable trascendencia, idoneidad y eficacia en la defraudación. Se apreciará complicidad cuando la contribución consciente anterior o simultánea del partícipe en la comisión del delito favorezca la misma,

pero no sea imprescindible. Se trata, por tanto, de una especie de cooperador no necesario o de segundo grado que se diferencia del cooperador necesario en la imprescindibilidad de su contribución al ilícito, lo cual no resulta fácil de determinar. También son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la complicidad en el delito contra la Hacienda Pública (STS 14 de febrero de 2003 –RJ 2003/2381).

Finalmente, la cuestión más controvertida es la que se refiere a la punibilidad de los asesores como partícipes en los casos en que no exista condena del autor principal, por razón de la concepción del delito fiscal como delito especial de propia mano y del principio de accesoria. La única solución admisible, desde el punto de vista jurídico, es la flexibilización de la especialidad del delito contra la Hacienda Pública extendiendo la autoría a todos cuantos se encuentren en situación o posición de defraudar al fisco, aunque no sean obligados tributarios.

Este artículo, pues, ha cumplido su objetivo. Con ocasión de los cada vez más numerosos casos mediáticos que afectan a determinados personajes del mundo del espectáculo, la política o el deporte, se ha reabierto el debate en torno a la responsabilidad criminal de los asesores y representantes como consecuencia de la actuación desarrollada por sus clientes. Y a ello hemos intentado darle respuesta.

A partir de ahora, es presumible que, junto al obligado tributario, la investigación penal se dirija también contra el asesor fiscal, al menos para averiguar cuál ha sido su implicación en el fraude detectado. Por ello, no han de temer quienes persiguen en su consejo el recto cumplimiento de las normas. Al fin y al cabo, lo único que ha hecho el Tribunal Supremo es eliminar la impunidad de quienes, con sus agudos conocimientos, contribuían al menoscabo de las arcas públicas, e invitar a las acusaciones a dirigir sus miras hacia estas conductas censurables. ■

---

*“La única solución admisible, desde el punto de vista jurídico, es la flexibilización de la especialidad del delito contra la Hacienda Pública extendiendo la autoría a todos cuantos se encuentren en situación o posición de defraudar al fisco, aunque no sean obligados tributarios”*

**NOTAS**

**1)** El artículo 25.3 del RGIT dispone que “los sujetos pasivos y demás obligados tributarios podrán intervenir en las actuaciones inspectoras asistidos por un asesor, quien podrá aconsejar en todo momento a su cliente. Los asesores podrán actuar asimismo como representantes de sus clientes si éstos les otorgan el correspondiente poder”.

**2)** “Los asesores fiscales”. Impuestos, 1993.

**3)** En ese sentido señala la STS de 22 de enero de 1993, que “por virtud de un vínculo privado de mandato representativo, el representante suplente a través de sus actuaciones y manifestaciones de voluntad las que por derecho propio corresponden a su representado, y en tal sentido es consecuente que lo actuado por el primero produzca plenos efectos jurídicos respecto del segundo. Así se desprende del principio general que contiene el artículo 1727 del Código Civil. Y esto es también predicable a los asesores cuando actúen “asimismo como representantes de sus clientes si éstos les otorgan el correspondiente poder”. Sin embargo, “asesor” es tan sólo quien aconseja, quien ilustra el parecer o, si se quiere, quien con sus conocimientos especializados completa la formación del recto criterio ajeno, sin el más mínimo atributo de suplencia en la manifestación de voluntad del asesorado, de manera que sus opiniones se dirigen sólo a éste. Ni siquiera llega a alcanzar el nivel de atribuciones que confieren las leyes procesales al letrado director del pleito. En el expresado sentido queda clara la diferencia entre “representantes” y “asesores” en los artículos 32 y 85.2 de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992”.

**4)** CHOCLÁN MONTALVO, J.A. “Sobre la autoría del extraneus en el delito fiscal”.

**5)** Las SSTS 1231/1999, 26 de julio y 264/2003, 30 de marzo consideran cooperador necesario al asesor fiscal que planeó y diseñó la compleja operación de ocultación de beneficios.

**6)** Como señalaba la STS 1231/1999, de 26 de julio, al describir la conducta del asesor tributario, al que pos-

teriormente se condenaría como cooperador necesario, “su profesión de asesor fiscal le permitió aportar en la realización del delito unos conocimientos técnicos al alcance de pocas personas (teoría de los bienes escasos), de tal modo eficaces en la realización del hecho que sin ellos no habría sido posible su ejecución...”.

**7)** De acuerdo con el artículo 63 del CP “a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito”, mientras que respecto del cooperador, en atención al artículo 28.b del CP, la pena impuesta podrá ser la misma que la del autor.

**8)** La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2009 exige los siguientes requisitos para que pueda acogerse tal doctrina: “1º. “Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate”, que, sin ser absoluta, “ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aminorar, no desiste del plan concebido”. 2º. Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. 3º. Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal”.

**9)** En ese sentido la STS de 24 de marzo de 1993, Rec. 222/1991.

**10)** El principio de la accesoriedad limitada es sostenido en numerosas sentencias como las SSTS de 20 de junio de 2001 (RJ 2001/7264), de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/7947), de 7 de marzo de 2003 (RJ 2002/7947).

**11)** La STC 138/1992, de 13 de octubre proclama “la identidad sustantiva de la infracción administrativa y el delito”.

**12)** El profesor VIDAL CASTAÑÓN apunta (i) Posible vulneración del carácter fragmentario del Derecho penal; (ii) obviar consideraciones y especificidades propias de

la autoría administrativa respecto de la autoría en sede penal; (iii) obviar en la mayoría de los casos la específica tipicidad penal objetiva, así como (iv) la necesidad de examinar en el Derecho penal la posible concurrencia de causas de justificación y los posibles errores sobre sus presupuestos objetivos.

**13)** CHOCLÁN MONTALVO J.A., “Sobre la autoría del extraneus en el delito fiscal”.

**14)** De la responsabilidad civil derivada de un “negligente asesoramiento” es exponente la STS 153/2016 de 11 de marzo de 2016 que versa sobre el supuesto de un contribuyente que había encargado a una asesora la planificación fiscal de su actividad empresarial y la AEAT denegó beneficios fiscales e impuso una abultada sanción, por la omisión de un apunte contable (relativo a la RIC), del cual su asesor no le avisó. Dicha sentencia desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de la sociedad asesora contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2013 y estima en parte (en el sentido de reducir del importe objeto de condena) el recurso de casación interpuesto por la representación aquella contra la reseñada sentencia, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el contribuyente contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2011 por el Sr. Juez Sustituto del Juzgado de Primera Instancia nº67 de Madrid, declarando la existencia de responsabilidad civil contractual de la asesora por negligencia en la ejecución del contrato suscrito entre ambos y, consecuentemente, la obligación de la demandada de abonar a las demandantes los daños y perjuicios ocasionados.

**15)** STS de 30 de abril de 2003 (RJ 2003/3085) en la que, en aplicación del principio de accesoriedad media o limitada, se condena al inductor a pesar de la absolución de los inducidos por entender que estos realizaron una actividad constitutiva de un hecho típicamente antijurídico. A los inducidos no se les considera autores al no estimar acreditado el Alto Tribunal que tuvieran conocimiento de la finalidad y efectos de las operaciones realizadas, pero sí que se declara su responsabilidad civil directa por vía del actualmente vigente artículo 122 del Código Penal, al haberse beneficiado del fraude a título lucrativo.



ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# Los desafíos de los arbitrajes internacionales de inversión

**Amaia Rivas Kortazar**  
Abogado del Estado

Los Arbitrajes Internacionales de Inversión (en adelante, “Arbitrajes de Inversión”) se recibieron como una “rara avis”, cuando tras las iniciales “trigger letters”<sup>1</sup> remitidas a Presidencia del Gobierno y Embajadas en 2011, anticipando la avalancha procesal a la que a nivel internacional se iba a tener que enfrentar el Reino de España, pasó de ser un país con un solo arbitraje hasta la fecha<sup>2</sup>, a encabezar los rankings con un total de 40 arbitrajes a día de hoy.

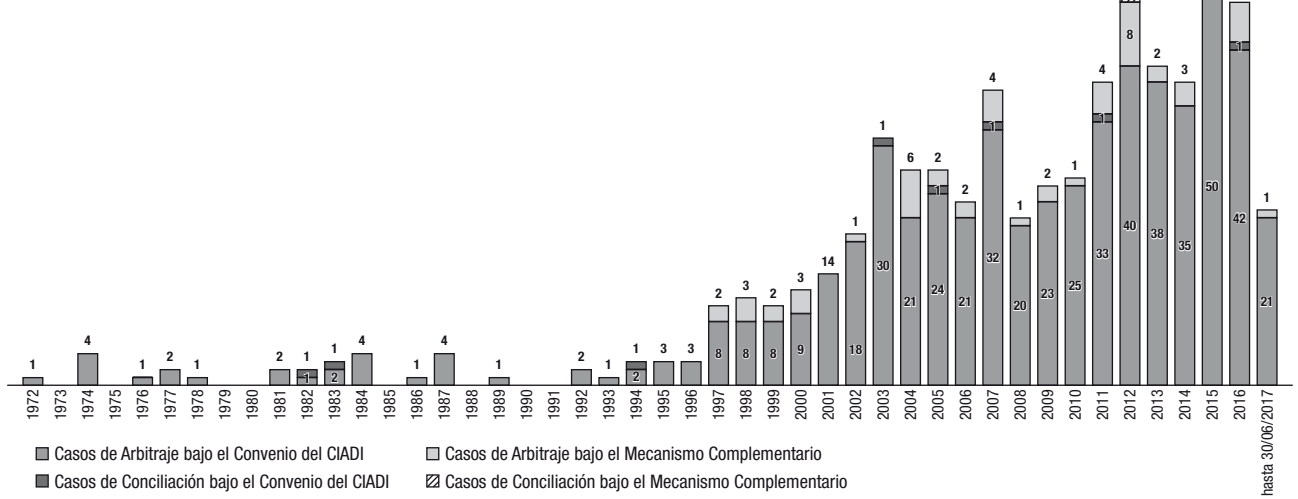
Lo cierto es que el crecimiento de los arbitrajes internacionales de inversión, como método alternativo de resolución de disputas, ha ido de la mano de la globalización de la economía mundial, y es que una economía globalizada y liberada de las limitaciones territoriales tiende a buscar soluciones legales internacionales y desligadas de los órganos judiciales de cada país.

Este crecimiento exponencial de los arbitrajes de inversión a nivel internacional se constata por las estadísticas que anualmente publica, entre otros, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones<sup>3</sup> (en adelante, “CIADI”) dependiente del Banco Mundial. Ello se demuestra de forma plástica en los siguientes gráficos de evolución<sup>4</sup>:

La otra cara de esta misma moneda es que, en la actualidad, si se comprueban los casos registrados tan sólo en el CIADI, es decir, sin contar con el resto de las Instituciones de Administración de Arbitrajes de Inversión, se advierte que existen tantas demandas de arbitrajes de inversión internacional contra el Reino de España, como demandas de arbitraje de inversión interpuestas por inversores españoles contra Terceros Países. Es decir, no hay que olvidar que el arbitraje de inversión es una avenida de doble sentido.

Como último dato de entorno, debe destacarse que se está “extendiendo” o, al menos está teniendo un cierto eco mediático y doctrinal, la intención de algunos organismos e instituciones internacionales, entre ellos, las Instituciones de la Unión Europea, de sustituir estos arbitrajes de inversión por Tribunales Internacionales Permanentes como vía alternativa para paliar las deficiencias, grandes o pequeñas, según quién opine y en que contextos opine, que los arbitrajes internacionales de inversión, como todo sistema que se precie, han demostrado tener. No obstante, este es un tema, que por su carácter embrionario e incipiente, no va a ser objeto de estudio en el presente artículo, sin perjuicio

**Número de casos registrados por año calendario bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario**



de que pudiera ser digno merecedor de un análisis más detallado, una vez que los trabajos preparatorios se encuentren más avanzados.

Partiendo de estos datos de entorno, se tratarán a continuación de abordar los aspectos más esenciales de los arbitrajes de inversión, comenzando por analizar la distinción entre los arbitrajes comerciales y los de inversión.

### 1. Arbitraje Internacional de Inversión versus Arbitraje Comercial Internacional

Las principales diferencias entre los arbitrajes de inversión y los arbitrajes comerciales internacionales giran en torno a la siempre triangular relación entre sujeto, objeto y ley aplicable o título habilitante para el arbitraje.

En efecto, el arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo de solución de controversias legales relativas a inversiones (objeto) entre el Estado anfitrión de la inversión y un inversionista de otra nacionalidad (sujeto), que, habitualmente, encuentra su respaldo legal o cláusula de arbitraje en Acuerdos internacionales de inversión (IIA de), incluidos los tratados bilaterales de inversión (BIT) así como los acuerdos de libre comercio (TLC) y los acuerdos multilatera-

les, como El Tratado sobre la Carta de la Energía (TEC) (título habilitante).

De forma menos frecuente, el consentimiento para el arbitraje de inversión se puede encontrar en los acuerdos de inversión celebrados directamente entre un Estado y un inversor extranjero.

De lo expuesto se desprende que:

- 1) El arbitraje internacional de inversiones debe versar estrictamente sobre materia de inversiones y no sobre temas de comercio. Por ello, prácticamente todos los Tratados de Inversión, ya sean bilaterales o multilaterales, definen su concepto de “inversión” en aras a delimitar su ámbito material de aplicación.
- 2) La disputa debe ser entre un Estado contratante y un extranjero, nacional de otro Estado Contratante, no entre un Estado y sus nacionales, motivo por el que, como se analizará a continuación, la mayoría de los Tratados contienen, bien explícita bien implícitamente, cláusulas antifraude para evitar que los “free-riders”, bien nacionales bien extranjeros, puedan acceder a los arbitrajes de inversión a través de artificios jurídicos sin los cuales no podrían interponer un arbitraje frente al Estado Anfitrión de la inversión.

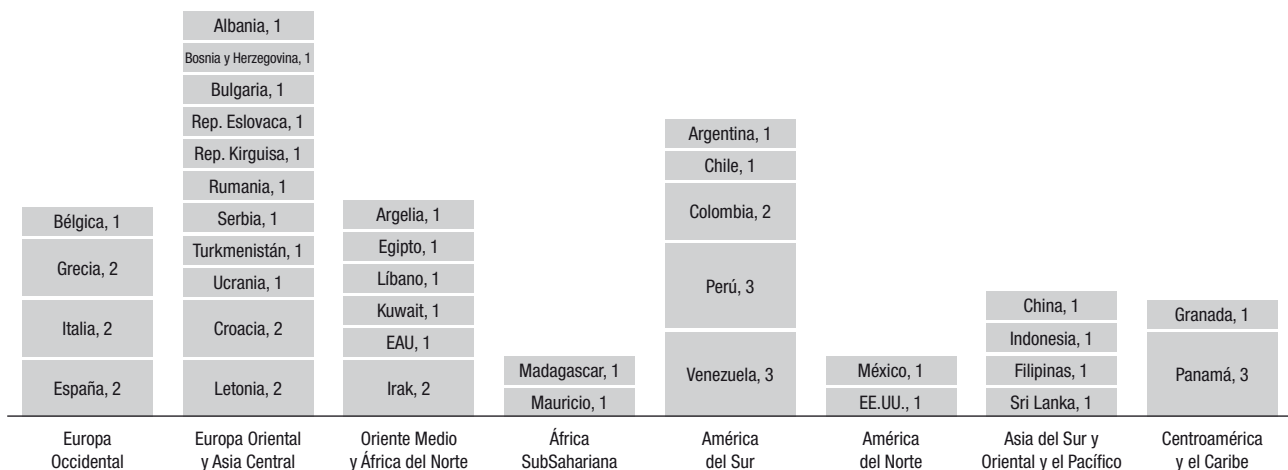
3) El consentimiento de los Estados para someterse a arbitraje suele contenerse, con carácter general, en los acuerdos internacionales y tratados internacionales bilaterales o multilaterales de inversión y no en simples contratos entre partes.

4) Los arbitrajes de inversión solo resultan aplicables a disputas de naturaleza legal, excluyendo disputas de naturaleza puramente técnica, para cuya resolución se prevén otros mecanismos alternativos de resolución de disputas, tales como los mecanismos por “determinación de peritos”.

Por el contrario, el arbitraje comercial internacional representa una vía utilizada por las empresas para la resolución de conflictos mercantiles que puedan surgir, en este caso, entre partes con domicilios o residencias en Estados distintos, o que tienen puntos de conexión relevantes con un ordenamiento jurídico extranjero y cuyo título habilitante se encuentra en una cláusula o acuerdo de arbitraje expresamente suscrita por las partes interesadas.

Partiendo de esta distinción, se centra a continuación el foco de atención en las especialidades de los arbitrajes internacionales de inversión, por ser los que principalmente preocupan y ocupan,

**Distribución geográfica de los casos nuevos registrados durante el ejercicio de 2017 bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario, según el Estado Parte de que se trate**



actualmente, al Reino de España y a la Abogacía del Estado.

## **2. Ley procesal, Ley sustantiva e Instituciones de Administración en los Arbitrajes Internacionales de Inversión**

En efecto, una de las principales dificultades o especialidades de los arbitrajes de internacionales de inversión es que no existe un ordenamiento jurídico sustantivo y procesal, al uso, aplicado por jueces imparciales predeterminados por la Ley y administrados por las correspondientes Oficinas Judiciales, sino que, en función del título habilitante, esto es, de la cláusula de arbitraje y del tratado o acuerdo que contenga dicha cláusula, variarán tanto las leyes sustantivas aplicables para la resolución de la disputa, como las leyes procesales que regirán el procedimiento.

Asimismo, será dicha cláusula o tratado la que determine si el arbitraje va a ser administrado por un Centro de Resolución de Disputas, que hace las funciones de “oficina judicial” a muy grandes rasgos o si se va a tratar de un arbitraje “ad hoc”, en el que el propio Tribunal Arbitral se responsabilice no sólo de la toma de decisiones procesales y de fondo, sino, a su vez, de la gestión administrativa del procedimiento.

No obstante, dentro de ese abanico de posibilidades, cabe establecer ciertas pautas comunes que hallan acomodo en la gran mayoría de tratados de inversión, tanto bilaterales como de inversión:

I) Los tratados de inversión suelen prever como vía de resolución de disputas, además de los arbitrajes, las vías de solución amistosa y los propios órganos judiciales del Estado Anfitrión de la Inversión. Es decir, con carácter general no establecen como vía exclusiva y excluyente de resolución de disputas la del arbitraje de inversión. Por el contrario, la gran mayoría de ellos prohíben que el inversor pueda someter simultáneamente una misma disputa (por concurrencia de la triple identidad de sujeto, objeto y causa) a la vía judicial del Estado Anfi-

trón y a la vía del arbitraje de inversión, dando lugar así a la famosa provisión de “fork in the road”<sup>5</sup>, es decir, la obligación del inversor de optar por una vía. Este es el caso del artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía (en adelante, “TCE”).

II) Adicionalmente, el arbitraje internacional de inversión puede ser bien administrado por un Centro de Resolución de Disputas, como el CIADI, la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, “SCC”) o la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante, “PCA”)<sup>6</sup>, que se encargue de la llevanza administrativa del procedimiento y cuyo sometimiento determina, asimismo, la aplicación de sus reglas procesales a la tramitación del arbitraje, bien un arbitraje Ad Hoc, administrado por el propio Tribunal Arbitral y generalmente, regido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “CNUDMI/UNCITRAL”). Asimismo, en los arbitrajes de inversión Ad Hoc es habitual la designación de un Centro de Resolución de Disputas como “Appointing Authority” para que resuelva las cuestiones relativas al nombramiento, recusación y sustitución de árbitros.

La elección de la existencia de una Institución que Administre el Arbitraje, así como la determinación de cuál será esa institución, dentro de las provisiones del tratado de inversión que permita el arbitraje, corresponde al inversor demandante. Esta cuestión no es baladí, puesto que ello determina, como se verá a continuación, no sólo las reglas procesales del arbitraje (que dependen de la Institución que lo administre) y los costes del procedimiento (teóricamente inferiores en los arbitrajes ad hoc), sino que, muy especialmente, delimitan las vías de recurso frente al laudo que dicte el Tribunal Arbitral en cuestión. De este modo, mientras que los laudos dictados al amparo del Convenio CIADI solamente puede ser aclarados, revisados o anulados internamente, es decir, por el propio Tribunal Arbitral o por otro Comité Ad Hoc (también formado por árbitros),

nombrado por el propio CIADI, y en los casos y conforme a las reglas previstas en el Convenio CIADI<sup>7</sup>, los arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio de Estocolmo y los la Corte Permanente de Arbitrajes, son recurribles ante los órganos judiciales del lugar de la sede del Arbitraje, pudiendo llegar a ser recurridos ante el TJUE.

III) El derecho sustantivo aplicable para la resolución de la disputa habitualmente comprende tanto el contenido del propio Tratado de inversión aplicable al caso, como las reglas y principios generales de Derecho Internacional. En esta línea, el artículo 26.6 TCE dispone que: *“En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables”*.

A este respecto, procede aclarar que en los arbitrajes de inversión el derecho del Estado Anfitrión demandado es un “hecho” y no un ordenamiento legal a efectos de resolver la disputa. Esta distinción es fundamental, en casos como los de los Arbitrajes de Renovables contra el Reino de España, en los que la Demandada, representada por la Abogacía del Estado, se ve obligada a exponer todo su ordenamiento jurídico como hecho fáctico esencial para la resolución de la disputa.

Adicionalmente, esta regla aparentemente sencilla de resolver los conflictos conforme a las “normas del Derecho Internacional aplicables” plantea escollos, sino insalvables, sí dignos de profusa reflexión jurídica, como lo demuestran los miles de páginas que tanto la doctrina académica, como los precedentes arbitrales<sup>8</sup> han dedicado a la interpretación de cuáles son las reglas y normas sustantivas aplicables a los arbitrajes de inversión y qué se entiende por “normas de derecho internacional aplicable”.

Precisamente, este es uno de los caballos de batalla del Reino de España que defiende, además de la falta de jurisdicción de los Tribunales Arbitrales para resolver las disputas Intra-UE<sup>9</sup>, que

será objeto de consideración a posteriori, que el Derecho de la Unión Europea (en adelante, "UE") y las Resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") constituyen Derecho Internacional aplicable al amparo del artículo 26.6 del TCE. Este entendimiento ya ha sido acogido por algunos precedentes arbitrales que defienden la triple aplicación del Derecho de la UE como: (i) Derecho Internacional, (ii) Derecho Nacional del Estado Miembro de la UE demandado y (iii) Hecho Fundamental en cuanto integrante del Ordenamiento Jurídico del Estado Anfitrión de la Inversión<sup>10</sup>.

No obstante, y sin perjuicio de lo que se analizará a continuación, procede ya plantear una reflexión: ¿realmente existe diferencia sustancial alguna entre los conceptos de expectativas legítimas, seguridad jurídica y retroactividad, entre otros, que los inversores invocan al amparo de las protecciones de los Tratados de Inversión y la definición de dichos mismos conceptos contenidos en la normativa de la UE y las resoluciones del TJUE? La respuesta de la Comisión de la Unión Europea es clara al respecto: NO<sup>11</sup>. A este mismo respecto, queda aún pendiente de resolver el Asunto Achmea<sup>12</sup> por el TJUE.

IV) En lo que respecta al derecho procesal aplicable, este viene determinado por la Ley Procesal de la sede del arbitraje (que no coincide necesariamente con el lugar de la celebración de las Audiencias), conjuntamente con las reglas de arbitraje de la institución que administre el arbitraje (CIADI, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, conforme al artículo 26.4 del TCE) y en los casos de arbitrajes "ad hoc" por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, "CNUDMI"), al que las partes suelen voluntariamente someterse en los arbitrajes "Ad hoc".

Adicionalmente, cada Tribunal Arbitral, con sometimiento a las citadas le-

yes y reglas procesales y otras normas o directrices de aceptada aplicación, como las Reglas IBA sobre práctica de la prueba en el Arbitraje Internacional, dictan las Ordenes Procesales por las que se rige cada arbitraje concreto en lo referente a: (i) Reglas de Arbitraje Aplicables, (ii) Constitución del Tribunal y Declaraciones de sus Miembros Honorarios y Gastos de los Miembros del Tribunal, (iii) Presencia y Quórum del Tribunal, (iv) Decisiones del Tribunal, (v) Representación de las Partes, (vi) Distribución de Costas y provisiones de fondos, (vii) Lugar del Procedimiento, (viii) Idiomas del Procedimiento, Traducción e Interpretación, (ix) Transmisión de Comunicaciones, (x) Número de Copias y Forma de Presentación de los Escritos de las Partes, (xi) Número y Orden de los Escritos, (xii) Producción de Documentos, (xiii) Presentación de Documentos, (xiv) Declaraciones Testimoniales e Informes Periciales, (xv) Interrogatorio de testigos y peritos, (xvi) Audiencias Preliminares, (xvii) Audiencias, (xviii) Transcripción y Grabación de las Audiencias, (xix) Escritos Posteriores a la Audiencia y Declaración sobre los Costos y (x) Publicación del Laudo y Decisiones o confidencialidad del procedimiento.

Nótese que (i) la mayoría de las cuestiones decididas por las ordenes procesales de los Tribunales Arbitrales son previamente acordadas o, al menos, negociadas por las partes, (ii) que las materias que pueden cubrir las sucesivas ordenes procesales no están tasadas, ni limitadas de forma alguna, sino que se adaptan a las necesidades del procedimiento y a las peticiones de las partes y por último, (iii) que las Ordenes Procesales no deciden exclusivamente sobre cuestiones puramente procesales del procedimiento (por ejemplo: sobre la práctica de la prueba y la celebración de las Audiencias), sino que, asimismo, abarcan en ciertas ocasiones cuestiones de carácter más bien administrativo-organizativo (por ejemplo: las copias que deben de presentarse de cada escrito o si las comunicaciones con el Tribunal se

*“¿Realmente existe diferencia sustancial alguna entre los conceptos de expectativas legítimas, seguridad jurídica y retroactividad, entre otros, que los inversores invocan al amparo de las protecciones de los Tratados de Inversión y la definición de dichos mismos conceptos contenidos en la normativa de la UE y las resoluciones del TJUE? La respuesta de la Comisión de la Unión Europea es clara al respecto: NO”*



realizan directamente por las partes o a través de la institución que administra el procedimiento).

V) Por último, procede realizar una breve mención a las fases procesales por las que, con carácter general discurre un arbitraje de inversión. Por motivos de simplificación y de general aplicación, se aludirá brevemente a las fases típicas de un arbitraje conforme a las reglas CIADI<sup>13</sup>.

Un arbitraje con arreglo al Convenio del CIADI se inicia mediante la presentación a la Secretaría General de una solicitud de arbitraje. La solicitud presenta brevemente las cuestiones fácticas y jurídicas que hayan de abordarse y debe registrarse, salvo que la diferencia se halle manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI.

El paso procesal siguiente consiste en la constitución de un tribunal de arbitraje. Las Reglas de Arbitraje del CIADI ofrecen a las partes de la diferencia una flexibilidad considerable en cuanto al número de árbitros y al método usado para su nombramiento. En la mayoría de los casos, los tribunales se componen de tres árbitros: uno nombrado por cada una de las partes y el tercer árbitro, que habrá de presidir el tribunal, nombrado por acuerdo de las partes o por los árbitros nombrados por ellos. Asimismo, las partes pueden solicitar la asistencia del Centro con el nombramiento de los árbitros.

Los procedimientos se tienen por iniciados una vez que se constituye el tribunal. El tribunal celebra una primera sesión dentro de los 60 días siguientes a su constitución para tratar cuestiones preliminares de procedimiento.

El procedimiento siguiente comprende generalmente dos fases distintas: actuaciones escritas, seguidas por audiencias con comparecencia en persona. En lo que respecta a la fase escrita, normalmente comprende dos fases sucesivas de escritos por cada parte (demanda, contestación, réplica y dúplica), intercaladas por la fase de producción de documentos, en la que cada parte puede

solicitar a la contraparte la aportación de aquellos documentos específicos y relevantes para la resolución de la disputa que razonablemente se encuentran en posesión de la contraparte.

Esta fase de producción de documentos está claramente inspirada en los procedimientos de “Discovery” de los ordenamientos anglosajones y normalmente se rige por las Reglas IBA sobre la práctica de prueba en los Arbitrajes de Inversión<sup>14</sup>.

Excepcionalmente, el procedimiento puede bifurcarse o trifurcarse, a petición de las partes o a instancia del Tribunal, para que el Tribunal pueda decidir separadamente las cuestiones de jurisdicción, de responsabilidad y de compensación o daños.

Una vez que las partes han expuesto sus argumentos, el tribunal delibera y dicta su laudo. Un laudo dictado dentro del marco del Convenio del CIADI es vinculante y no admite apelación u otro recurso, salvo los establecidos por el Convenio. El Convenio permite a las partes solicitar una decisión suplementaria o la rectificación del laudo, o interponer los recursos posteriores al laudo de anulación, aclaración o revisión.

### 3. Objeciones de Jurisdicción y Méritos

#### 3.1. Objeciones de Jurisdicción y de Admisibilidad

Para que una disputa pueda ser sometida a arbitraje de inversión, al amparo del TCE y de las Reglas de Arbitraje CIADI, de la SCC o el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ciertos requisitos deben ser satisfechos: a) la disputa debe ser legal, b) la disputa debe surgir directamente de la inversión, c) la parte de la disputa que no es Estado debe ser un nacional de otro Estado Contratante y d) el consentimiento de someter la disputa a arbitraje debe ser otorgado por las dos partes por escrito. En el caso de los arbitrajes de inversión amparados por Tratados de Inversión, el consentimiento del Estado demandado se entiende otorgado por la

ratificación, sin reservas, del Tratado de inversión que contenga la cláusula de arbitraje<sup>15</sup> y la del Inversor demandante por la solicitud de arbitraje.

Por lo tanto, ante la no concurrencia de cualquiera de esos requisitos, como en cualquier orden jurisdiccionales, el Estado Demandado puede plantear objeciones de jurisdicción y/o de admisibilidad desde la presentación de la solicitud de arbitraje (artículo 41 de las Reglas de Arbitraje CIADI, artículo 29 (2) Reglas de Arbitraje de SCC y artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013)), hasta la presentación de la contestación a la demanda, sin que ello sea óbice para que el propio Tribunal de oficio deba de analizar, asimismo, si concurren los requisitos exigidos por el Tratado de Inversión de referencia para que ese concreto Tribunal pueda conocer de esa disputa concreta.

Sin ánimo de delimitar o categorizar todas las objeciones jurisdiccionales o de admisibilidad susceptibles de plantearse por la parte Demandada en el ámbito de un específico Tratado de Inversión<sup>16</sup>, se procede a continuación a enumerar de forma sucinta las objeciones más habitualmente planteadas al amparo de los tratados de inversión:

**I) Objeciones por falta de inversor o falta de inversión:** Como ya se anticipaba ut supra, los arbitrajes de inversión se caracterizan por versar sobre una “inversión” acometida en el Estado Anfitrión por un “inversor” de otra parte contratante.

Por ello, la mayoría de los tratados y acuerdos de inversión contienen una definición de los conceptos de “Inversión” e “inversor” para delimitar las inversiones e inversores cubiertos por su ámbito de protección.

No obstante, en la mayoría de los casos esas definiciones resultan excesivamente escuetas y amplias, limitándose<sup>17</sup> a listar los objetos susceptibles de configurarse como una “inversión” o a afirmar que los nacionales, personas físicas o jurídicamente de un Estado Contratante,

que posean directa o indirectamente una inversión, ostentarán la condición de inversor.

Precisamente, esa vaguedad en la descripción de ambos conceptos esenciales para la aplicación de los tratados de inversión determina, que se generen toda una serie de disquisiciones jurídicas, entre otros temas, sobre (1) si el concepto de inversión debe interpretarse en un sentido amplio o si, por el contrario, debe de exigirse la concurrencia de requisitos adicionales, como los identificados por el “Test Salini”<sup>18</sup> (que el inversor haya realizado contribuciones, participe en los riesgos de la transacción y la duración de la misma), (2) si debe de aplicarse un concepto de nacionalidad efectiva a las personas físicas y (3) en el caso de las personas jurídicas, la disputa surge respecto de si debe exigirse una sede efectiva en un Estado Contratante, como medida antifraude, o si, por el contrario, las “*Shell companies*”, al cumplir el requisito de ser “personas jurídicas”, están cubiertas por los tratados de inversión.

En este mismo sentido, cabe referirse a las objeciones por abuso de proceso y levantamiento del velo, así como a las cláusulas de “denegación de beneficios” que se incluye en la mayoría de los Tratados de Inversión y respecto del TCE, en el artículo 17 del TCE<sup>19</sup>.

**II) Objeciones racione temporis v. abuso de proceso:** Esta objeción opera respecto de aquellas inversiones que se realizan cuando la disputa, que posteriormente se vaya a someter a arbitraje, ya era existente al tiempo de acometerse la inversión. Esta objeción se encuentra íntimamente ligada a la objeción de abuso de proceso por “fórum shopping”, que es aquella que tiene por objeto declarar la falta de jurisdicción de un Tribunal Arbitral para conocer del arbitraje interpuesto por un inversor que, encontrándose inicialmente fuera del ámbito de protección del tratado invocado haya reestructurado su inversión en el territorio de un estado contratante, cuando la disputa ya era previsible y con el propó-

sito de acceder al foro del arbitraje de inversión<sup>20</sup>.

**III) Objeciones por falta de consentimiento o por razón de la materia:** A este respecto, basta con realizar una somera referencia al hecho de que el TCE, como otros tratados de inversión, contiene un “tax carve-out”<sup>21</sup>, es decir, una cláusula por cuya virtud se excluye la aplicación del tratado a cualesquiera medidas impositivas aprobadas por los Estados Contratantes. La justificación de este tipo de cláusulas es doble, por un lado, una justificación política, ya que los Estados suelen ser reticentes en ceder su soberanía, sometiendo a un Tratado multilateral una de las potestades soberanas más fundamentales como es la potestad tributaria, y por otro lado, una justificación práctica, ya que las materias impositivas suelen someterse a los Tratados de Doble Imposición y por lo tanto, el sometimiento simultáneo de una misma materia a diversos tratados puede generar evidentes problemas de aplicación.

**IV) Objeción Intra-UE:** A este respecto se discute si las disputas intra-UE deben ser sometidas a la jurisdicción exclusiva y excluyente del TJUE y de los órganos judiciales de los Estados Miembros, con exclusión de la posibilidad de celebrarse arbitrajes intra-UE, o si, por el contrario, el arbitraje de inversión es plenamente aplicable en las disputas intra-UE.

En palabras de la Comisión Europea: *“Pursuant to Article 3(2) TFEU, any provision in an international investment treaty, be it bilateral or multilateral, which might affect common rules of the EU law or alter their scope, is contrary to the Union law. As such, the Commission considers that any provision that provides for investor-State arbitration between two Member States is contrary to Union law. In particular, it violates Article 19(1) TEU, Article 3(2) TFEU, the principles of the freedom of establishment, the freedom to provide services and the free movement of capital, as established by the Treaties (in particular Articles 49, 52, 56, and 63 TFEU), as well as Articles*

64(2), 65(1), 66, 75, 107, 108, 45 215, 267 and Article 344 TFEU, and the general principles of Union law of primacy, unity and effectiveness of Union law, of mutual trust and of legal certainty (...) In case of the Energy Charter Treaty, it is also clear from the wording, the objective and the context of the treaty that it does not apply in an intra-EU situation in any event. In general, when negotiating –as in the case of the Energy Charter Treaty– multilateral agreements as a “block”, the Union and its Member States only intend to create international obligations vis-à-vis third countries, but not inter se. That has been particularly clear in case of the Energy Charter Treaty, which had been initiated by the Union in order to promote investment flows from the then European Communities to the East, and energy flows in the opposite direction, as part of the external action of the European Communities. It is also borne out by the wording of Articles 1(3) and 1(10) of the Energy Charter Treaty, which defines the area of a regional economic integration organization as the area of that organization”<sup>22</sup>.

### 3.2. Méritos

#### 3.2.1. Estándares de protección

Los méritos o el fondo de los arbitrajes de inversión radican en determinar si el Estado Anfitrión ha vulnerado respecto del Inversor Demandante o su inversión alguna de las protecciones o estándares de protección previsto por el Tratado de Inversión en cuestión.

Los estándares de protección, si bien pueden sufrir variaciones en su formulación de un tratado a otro, con carácter general todos los tratados de inversión, incluido el TCE (artículos 10 y 13 del TCE), comprenden los siguientes estándares:

1) La concesión de un trato justo y equitativo, consistente en no vulnerar las expectativas legítimas de los inversores y en crear y mantener unas condiciones estables, equitativas y transparentes.

2) La concesión de una protección y seguridad completas a la inversión.

3) La protección consistente en que ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas.

4) La concesión del trato nacional o de no-discriminación.

5) La protección consistente en que toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.

6) La protección frente a las expropiaciones ilegales.

Como antesala de estos estándares de protección y en línea con lo apuntado al principio de este artículo, debe recordarse que los tratados donde se consagra el Derecho Internacional de Inversiones han sido producto de los acuerdos de voluntades de los Estados, donde unos Estados, interesados en proteger el capital de sus nacionales, han aceptado y logrado que los otros Estados acepten reglas que benefician a los inversores nacionales del primero.

Para el inversionista el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras consiste en un mecanismo de protección, no solo por la inclusión de estándares específicos de protección en contra de ciertas acciones del Estado, sino por la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales.

Para el Estado, por el otro lado, el Derecho Internacional de Inversiones consiste en un mecanismo de promoción de inversiones. Sin embargo, este mecanismo de promoción halla su contrapunto en la cesión o, al menos, delimitación, control o supervisión en el ejercicio de la soberanía y potestades públicas de los Estados Contratantes, en lo ateniéndose a las inversiones protegidas por los Tratados.

Por ello, el conflicto entre esos dos grupos de intereses, que al final se plas-

ma en la interposición de un arbitraje de inversión, debe analizarse desde el prisma del propósito y finalidad que los Estados Contratantes perseguían al firmar cada uno de los tratados de inversión, ya que ello será determinante a la hora de interpretar y aplicar las protecciones que el Tratado en cuestión otorgue a los inversores extranjeros. Es más, por mor de las reglas de interpretación de la Convención de Viena, los tratados de inversión deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Respecto del contenido de los estándares de protección, baste señalar que la indeterminación y la amplitud con la que se han definido esas protecciones, unida a la ausencia de una doctrina arbitral vinculante o de un órgano con funciones de unificación, conduce a que los Tribunales Arbitrales gocen de una amplia discrecionalidad<sup>23</sup> en la aplicación de los mismos. Este es uno de los principales motivos por los que se aprecia una clara tendencia a la tipificación o codificación de los supuestos o actuaciones de los Estados, que puedan entenderse como vulneradores de los estándares de protección. Dicha tendencia se está materializando tanto en los nuevos tratados, como en las revisiones de los tratados ya existentes y se valora por la comunidad arbitral como un avance para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema.

Precisamente, esa dificultad se plantea con mayor virulencia en aquellos casos, en los que, ante un contexto económico y social determinado, un Estado se ve obligado a ejercer su potestad regulatoria en pro de diversos intereses públicos en juego, y con impacto sobre todos los sujetos de esa potestad regulatoria, incluidos los inversores extranjeros beneficiarios de subvenciones<sup>24</sup>. Esa dificultad se debe a que los tratados no codifican los criterios aplicables por los Tribunales Arbitrales para juzgar la discrecionalidad de un Estado Soberano en el ejercicio de la potestad regulatoria.



Pues bien, este es el terreno de juego de los arbitrajes en materia de energías renovables contra el Reino de España.

### 3.3. Compensación o daños

Dada la especificidad y el tecnicismo de la materia, el objetivo de este apartado es simplemente ofrecer una serie de datos que induzcan a la reflexión.

El primero de esos datos es que el laudo más cuantioso de la historia ha llegado a reconocer a un inversor una indemnización de 50 billones de dólares<sup>25</sup>.

El segundo es que son escasos, por no decir inexistentes, los arbitrajes de inversión en los que se reclamen menos de 20 millones de euros y que, por el contrario, son cada vez más numerosas las reclamaciones de daños por más de 1.000 millones de euros.

A los dos datos anteriores se une un tercer dato fundamental que es que las últimas anulaciones estimadas por Comités de Anulación, al amparo del Convenio CIADI, se han basado precisamente en que los laudos recurridos adolecían de errores graves en la fase de cuantificación de los daños invocados por el inversor.

Pues bien, a nadie se le escapa, teniendo en cuenta las cifras a las que ascienden estas reclamaciones, que la cuestión de los daños no es baladí y que precisamente, es una de las áreas del arbitraje de inversión que más estudio y atención requiere a futuro.

### 4. Conclusiones

En definitiva, en este artículo se han tratado de exponer o más bien apuntalar las principales cuestiones jurídicas y económicas que deben resolverse en los arbitrajes de inversión en materia de energías renovables interpuestos contra el Reino de España y con las que lidia en su quehacer diario el Departamento de Arbitrajes de inversión de la Abogacía General del Estado.

Por el momento, el resultado es más que satisfactorio. En efecto, no sólo se han ganado totalmente dos de los tres arbitrajes resueltos contra el Reino de

España (Casos de Isolux y Charanne), con desestimación íntegra de las pretensiones de las Demandantes y condena en costas, sino que, incluso en el tercero de los laudos, el del caso Eiser, respecto del que se ha difundido que el Reino de España “ha sido condenada al pago de 128 millones de euros”, lo cierto es que las Demandantes reclamaban más de 297 millones de euros y que el Tribunal Arbitral no impuso condena en costas al Reino de España por considera que: *“Sin embargo, en las circunstancias de este caso, el Tribunal considera que lo más apropiado es que cada Parte sufrague sus propios costos. El caso comprendió muchas cuestiones procesales y legales que presentaron desafíos, que ambas Partes abordaron de manera profesional y eficaz. (...) el Tribunal no ha aceptado todos los elementos de sus reclamaciones”*.

Por lo tanto, de una lectura objetiva y desapasionada de la realidad de los hechos, cabría concluir que el Reino de España ha vencido, íntegramente, en dos de los tres arbitrajes resueltos y ha obtenido una desestimación parcial en el tercero.

Sin embargo, cabe dar un paso más y por qué no, ser apasionados, ya que el laudo del caso Eiser ha sido impugnado por los cauces de anulación del Convenio CIADI sobre la base de sólidos causas de anulación, puesto que: (i) el Tribunal fue constituido incorrectamente; (ii) se extralimitó manifiestamente en sus facultades; (iii) quebrantó graves normas de procedimiento y (iv) no expresa en el laudo los motivos en los que se funde y existen claros visos de que la anulación pueda prosperar.

En conclusión, apasionado o no, el futuro de los arbitrajes de inversión y especialmente, el futuro del Reino de España, por motivos de fuerza mayor, se augura prolijo y sin lugar a dudas, todos los que nos veamos involucrados en ese futuro trataremos de abordar las cuestiones procesales y legales de estos arbitrajes, que presentan claros desafíos, con la misma profesionalidad y eficacia que hasta ahora. ■

### NOTAS

1) Carta remitida por una de las partes en disputa a la otra solicitando una “solución amigable” como antesala a la interposición de un arbitraje internacional de inversión. Se trata de un “requisito procesal” para la interposición de los arbitrajes internacionales de inversión exigido por algunos tratados, que imponen a las partes la obligación de intentar una solución amistosa durante un determinado lapso de tiempo (“cooling off period”). Este es el caso del Tratado de la Carta de la Energía, artículo 26.1.

2) *Emilio Agustín Maffezini contra El Reino de España*, Caso No. ARB/97/7, Laudo de 13 de noviembre de 2000.

3) El CIADI fue establecido en el año 1966 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI). El Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en aras de cumplir el objetivo del Banco de promover la inversión internacional. El CIADI es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales, ya que ha administrado la mayoría de los casos de inversión internacional, ya que los Estados han acordado que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados en la mayoría de los tratados internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislación en materia de inversión <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>.

4) Carga de Casos del CIADI- Estadísticas (Edición 2017-2) [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(Spanish\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(Spanish)%20Final.pdf).

5) No obstante, hasta el momento sólo se conocen dos laudos (Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/07/21) y otro confidencial de 2014) en los que un Tribunal Arbitral ha aplicado la prohibición de “fork in the road”, denegando su propia jurisdicción para conocer de una disputa previamente resuelta respecto del mismo inversor y objeto litigioso por los órganos judiciales del Estado Anfitrión. En efecto, la mayoría de los Tribunales Arbitrales desestiman la objeción de jurisdicción por entender que esa triple identidad no concurre, bien porque los sujetos no son idénticos (caso tipo en el que la subsidiaria demanda ante los órganos judiciales nacionales y la Holding en arbitraje), bien porque la causa de pedir no es idéntica en ambos fueros al fundarse la demanda ante los órganos judiciales en la Ley del Estado Anfitrión y el arbitraje de inversión en un tratado, guiándose por criterios más aparentes que reales sobre la concurrencia de la exigida triple identidad.

**6)** Las dos primeras son instituciones expresamente previstas por el artículo 26.4 del TCE y la tercera suele designarse en los arbitrajes regidos al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

**7)** Convenio CIADI, artículos 50 a 52 y Reglas de Arbitraje CIADI, reglas 50 a 54.

**8)** Nótese que, a diferencia de la jurisprudencia de los Tribunales Nacionales, en el caso del Reino de España, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, que con ciertos condicionantes, constituye doctrina vinculante para los órganos inferiores, por el contrario, los Tribunales Arbitrales no están obligados a seguir la línea marcada por otros precedentes arbitrales.

**9)** Se entiende por Arbitraje Intra-UE el planteado por un inversor nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea respecto de otro Estado Miembro de la Unión Europea como Estado Anfitrión de la Inversión.

**10)** Decisión de Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad dictado en el caso de Electrabel S.A. contra la República de Hungría, de 30 de Noviembre de 2012, p. 4.117 a 4.129.

**11)** Decisión de la Comisión Europea en el Procedimiento de Ayudas de Estado de la SA.40171 (2015/NN), respecto del Sistema de Promoción de la generación eléctrica a través de fuentes de Energía Renovable de, 28.11.2016 C(2016) 7827 final.

**12)** Asunto C-284/16 Slowakische Republik contra Achmea BV: Procedimiento prejudicial - Principios del Derecho de la Unión - Tratado Bilateral de Inversión celebrado en 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca y que sigue siendo aplicable entre los Países Bajos y la República Eslovaca - Compatibilidad del mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados establecido en un Tratado bilateral de inversión interno de la Unión Europea con los artículos 18 TFUE, párrafo primero, 267 TFUE y 344 TFUE.

**13)** Informe Anual de CIADI de 2017. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/CIADI%20IA%20SP.pdf>

**14)** Reglas IBA sobre la Práctica de la Prueba en los Arbitrajes de Inversión, artículos 3 y 9.

**15)** No obstante, la ratificación de un Tratado que contengan una previsión de arbitraje no implica, per se, que todos los Estados Contratantes hayan prestado su consentimiento a someter a arbitraje cualquier cuestión dentro del ámbito objetivo o subjetivo del Tratado, ni respecto de cualesquiera de los estándares de protección del mismo, sino que, por el contrario, deberán analizarse los términos concretos en los que cada Estado Contratante haya asumido someterse a arbitraje, antes de concluir si efectivamente concurre o no el consentimiento del estado demandado.

**16)** Nótese a este respecto, que no existe Tratado, reglamento de arbitraje, precedente arbitral o documento doctrinal alguno que, de forma vinculante, delimite o tase las objeciones jurisdiccionales que un Estado puede plantear.

**17)** Ese es, por ejemplo, el caso de los artículos 1(6) y 1(7) del TCE.

**18)** *Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*. Caso CIADI NºARB/00/4). Decisión de Jurisdicción, 23 de julio del 2001

**19)** Artículo 17 del TCE: “Cada Parte Contratante se reserva el derecho de denegar los beneficios de la presente Parte a:1) cualquier entidad jurídica cuando ciudadanos o nacionales de un tercer país posean o controlen dicha entidad y cuando ésta no lleve a cabo actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante en la que esté establecida, o 2) a una inversión, cuando la Parte Contratante que decida dicha denegación establezca que se trata de la inversión de un inversor de un tercer Estado con el cual, la Parte Contratante que decide la denegación (...)”.

**20)** Véase a estos efectos por su claridad expositiva, el laudo de Jurisdicción dictado en el *Philip Morris Asia Limited c. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, CPA-PCA* Caso No. 2012-12, 17 de diciembre de 2015.

**21)** Artículo 21 del TCE: “A no ser que se disponga lo contrario en el presente artículo, no existe disposición

*alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes. En caso de que hubiese incompatibilidad entre el presente artículo y cualquier otra disposición del Tratado, prevalecerá lo dispuesto en el presente artículo en la medida en que haya incompatibilidad (...)”.*

**22)** Decisión de la Comisión Europea sobre Ayudas de Estado, procedimiento SA.40171 (2015/NN), sobre el sistema de promoción de energía producida por fuentes renovables de la República Checa de 28 de Noviembre de 2016.

**23)** Este es, asimismo, el motivo por el que en este artículo no se ahonda en el estudio de cada uno de los estándares, ya que ello desvirtuaría la función didáctica que persigue este artículo. No obstante, un estudio completo de la doctrina arbitral más reciente puede encontrarse en los laudos precitados de *Isolux Netherlands, BV c. Reino de España*, SCC Caso V2013/153, de 12 de julio de 2016, *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Caso No. V 062/2012, de 21 de enero de 2016, *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, CIADI Caso No. ARB/07/19, Laudo de 25 de noviembre de 2015, *Aes Summit c. República de Hungría*, CIADI Caso No. ARB 7/22, de 23 de Noviembre de 2010, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, CIADI Caso No. ARB/03/24, 27 de agosto de 2008 y *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein c. República de Italia*, CIADI Caso No. ARB/14/3, Laudo de 27 de Diciembre de 2016.

**24)** A este respecto, procede recordar que, como ha señalado un reciente laudo arbitral dictado sobre las medidas adoptadas por Italia, en el marco de los denominados “arbitrajes verdes”: “These considerations apply even more strongly when the context is subsidies or the payment of special benefits for particular economic sectors”. *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein c. República de Italia*, CIADI Caso No. ARB/14/3, Laudo de 27 de Diciembre de 2016.

**25)** *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# La propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad

**Amparo López Senovilla**  
Abogado del Estado Jefe Área Concursal

*“De las distintas opciones que podían adoptarse en su enfoque y que se estudiaron en la evaluación de impacto, se optó por la de armonización mínima. De esta manera, no se trata de armonizar aspectos esenciales de la insolvencia en los que existe o puede existir una enorme diversidad entre las distintas legislaciones nacionales, sino establecer un marco mínimo armonizado en las materias que trata la Directiva”*

### **I. Introducción**

El 22 de noviembre de 2016 se publicó por la Comisión Europea la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. La misma pretende establecer un marco de armonización mínima de determinadas cuestiones relacionadas con la preinsolvencia, la segunda oportunidad y la insolvencia, constituyendo su objetivo reducir los obstáculos más importantes a la libre circulación de capitales derivados de las diferencias entre los Estados miembros en materia de marcos de insolvencia y de reestructuración. De las distintas opciones que podían adoptarse en su enfoque y que se estudiaron en la evaluación de impacto (mantenimiento del *status quo*, creación de un procedimiento de reestructuración preventivo plenamente armonizado y de un marco de segunda oportunidad, introducción de un sistema alternativo opcional en la UE sobre estas materias o, finalmente, creación de un marco armonizado mínimo en el ámbito de la reestructuración preventiva y la segunda oportunidad), se optó por la de armonización mínima. De esta manera, no se trata de armonizar aspectos esenciales de la insolvencia como las condiciones para la apertura de los procedimientos de insolvencia, el establecimiento de una definición común de insolvencia, el orden de prelación de los créditos o la regulación de las acciones revocatorias, aspectos en los que existe o puede existir una enorme diversidad entre las distintas legislaciones nacionales (y que podrían implicar cambios en materia de derecho mercantil y societario, derecho civil o incluso, derecho tributario), sino establecer un marco mínimo armonizado en las materias que trata la Directiva.

En cuanto al contexto institucional en que surge esta Propuesta de Directiva, cabe señalar que en 2011, el Parlamen-

to Europeo adoptó una Resolución sobre los procedimientos de insolvencia que incluía recomendaciones para armonizar aspectos específicos del derecho en materia de insolvencia sustantiva, incluidas las reestructuraciones y el derecho de sociedades. Ese mismo año, el Consejo instó a los Estados miembros a reducir el plazo de condonación y liquidación de las deudas para los empresarios honestos después de un concurso de acreedores hasta un máximo de tres años hasta 2013.

En este contexto, y reconociendo las diferencias significativas entre los marcos nacionales en materia de insolvencia, en diciembre de 2012, la Comisión Europea publicó una Comunicación en la que puso de relieve la necesidad de un planteamiento gradual en lo que se refiere a ciertos sectores en los que las divergencias entre las normativas nacionales sobre insolvencia pueden obstaculizar el funcionamiento de un mercado interior eficaz. La primera acción de este planteamiento fue modificar el Reglamento (CE) n.º 1346/2000, lo que se hizo mediante la adopción del Reglamento (UE) n.º 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, que entró en vigor, salvo en lo relativo a la interconexión de los registros de insolvencia, el pasado 26 de junio. Dicho Reglamento se centra en la resolución de los conflictos de competencia y las leyes aplicables a los procedimientos de insolvencia transfronterizos, y garantiza el reconocimiento de sentencias relacionadas con la insolvencia en toda la UE, sin embargo, no armoniza las normas sustantivas en materia de insolvencia de los Estados miembros.

Como paso siguiente, la Comisión adoptó, en fecha 12 de marzo de 2014, una Recomendación en materia de reestructuración y segunda oportunidad, que constituye el antecedente inmediato de la propuesta de Directiva. Esta Recomendación, dirigida a todos los Estados miembros, tenía por objeto animar a los mismos a establecer un marco que permitiese la reestructuración eficiente de empresas viables en dificultades finan-

cieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios de buena fe. Las medidas objeto de la Recomendación tenían por objeto a evitar la liquidación por insolvencia de empresas viables garantizando que las mismas tuvieran acceso temprano a los marcos de reestructuración preventiva, así como fomentar las iniciativas empresariales, la inversión y el empleo, contribuyendo con ello al buen funcionamiento del mercado interior. Ello no obstante, como señala el preámbulo de la Propuesta de Directiva, durante los años 2015 y 2016, se llevaron a cabo dos evaluaciones sobre la aplicación de la Recomendación, que pusieron de manifiesto que, no obstante constituir un criterio útil para los Estados miembros a la hora de emprender reformas en materia de insolvencia, el diferente grado de adecuación a las medidas y objetivos que la Recomendación implica, *esto no se ha traducido en los resultados esperados en términos de cambios armonizados en todos los Estados miembros que pueda facilitar el rescate de empresas que atraviesan dificultades financieras y dar una segunda oportunidad a los empresarios.*

Por ende, aunque la Recomendación del año 2014 supone la base de la actual Propuesta de Directiva, la falta de consecución de los objetivos propuestos, la superación de los mismos y el cambio de forma jurídica para lograr una mayor vinculatoriedad, cristalizaron en la presente propuesta de Directiva<sup>1</sup>.

En este contexto, el plan de acción de la Unión de Mercados de Capitales 2015 anunció una iniciativa legislativa sobre la insolvencia empresarial que incluirá la reestructuración temprana y la segunda oportunidad. Esta iniciativa tiene por objeto resolver los principales obstáculos a la libre circulación de capitales y reforzar los sistemas nacionales que funcionan bien. La Estrategia del Mercado Único también señaló que la Comisión respaldaría a los empresarios honrados y propondría una legislación pertinente para garantizar que los Estados miembros aprueban un marco regulador en el

que tenga cabida el fracaso sin que disuada a los empresarios de volver a intentar poner en marcha nuevas ideas (la denominada segunda oportunidad).

Previamente a publicar la Propuesta de Directiva, la Comisión llevó a cabo una consulta pública en línea, entre el 23 de marzo y el 14 de junio de 2016. Asimismo se constituyó un grupo de expertos gubernamentales y un grupo informal compuesto por partes interesadas seleccionadas con especial interés en los asuntos de reestructuración de la deuda, insolvencia y segunda oportunidad. Por último, y bajo presidencia eslovaca, se celebró el 11 de julio de 2016 una conferencia sobre convergencia de marcos de insolvencia en la UE.

Las reuniones del Grupo de Trabajo del Consejo en relación con la propuesta de Directiva dieron comienzo el 16 de enero de 2017. A principios de enero de este año se ha comenzado la segunda lectura del texto en el Grupo de Trabajo.

## II. Contenido

Esta Propuesta de Directiva aborda esencialmente tres cuestiones:

- Los marcos de reestructuración preventiva (título II),
  - La segunda oportunidad para los empresarios honestos (título III), y
  - Las medidas para aumentar la eficacia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad (título IV).
- Asimismo se tratan otras cuestiones,
- Disposiciones generales (título I), destacando la existencia de un artículo específico relativo a los sistemas de alerta temprana, artículo 3.
  - Cuestiones sobre el seguimiento de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación (título V).
  - Abordaremos el contenido de la Propuesta de Directiva por el orden en que aparecen los temas en la misma, destacando sus aspectos esenciales así como las diferencias que presenta con el derecho interno vigente que, a buen seguro, determinará la necesi-

---

*“Las medidas objeto de la Recomendación tenían por objeto a evitar la liquidación por insolvencia de empresas viables garantizando que las mismas tuvieran acceso temprano a los marcos de reestructuración preventiva, así como fomentar las iniciativas empresariales, la inversión y el empleo, contribuyendo con ello al buen funcionamiento del mercado interior”*

dad de realizar cambios y acomodaciones en la misma.

### II.i. Disposiciones Generales

En primer lugar, en cuanto a las Disposiciones Generales, Título I, comprende tres artículos. El primero dedicado al objeto y ámbito de aplicación de la propuesta, el segundo dedicado a las definiciones y el tercero relativo a la alerta temprana.

Así las cosas, cabe señalar que en cuanto al objeto y al ámbito de aplicación, la propuesta de Directiva se refiere a los procedimientos de reestructuración preventiva disponibles para deudores con dificultades financieras cuando exista una probabilidad de insolvencia<sup>2</sup>, a los procedimientos para la exoneración de deudas contraídas por empresarios sobreendeudados<sup>3</sup> con el fin de que puedan emprender una nueva actividad comercial (la llamada segunda oportunidad) y, finalmente, a las medidas para aumentar la eficacia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad.

Asimismo el párrafo segundo del artículo 1 contempla, como suele ser habitual en instrumentos legislativos de este tipo, una serie de exclusiones, por lo que la propuesta de Directiva no se aplicará a empresas de seguros o reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión y organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores, otras instituciones financieras y a las personas físicas que no tengan la condición de empresario.

El ámbito de las exclusiones viene a coincidir, en lo sustancial, con el ámbito de exclusiones establecido en el Reglamento para los procedimientos de insolvencia 848/2015, de 20 de mayo, en su artículo 1.2. Asimismo, estas las entidades excluidas del ámbito de aplicación de la propuesta, se identifican, en buena medida, en lo relativo a nuestra legislación interna, con aquellas entidades o instituciones respecto de las cuales se prevé un régimen especial aplicable en

situaciones de insolvencia a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y aseguradoras, en los términos previstos en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal.

Por último, cabe señalar que la mención en el apartado g) del artículo a personas físicas que no tengan la condición de empresario, como excluidas del ámbito de los procedimientos de exoneración y segunda oportunidad, disipa las dudas que podría suscitar la redacción de los artículos 19 y siguientes de la propuesta, que no especifican que se trate de disposiciones aplicables exclusivamente a empresarios personas físicas. Ello no obstante, el apartado 3 del artículo 1, establece una disposición conforme a la cual los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de estos procedimientos al sobreendeudamiento de personas físicas que no sean empresarios. Ello se compadece perfectamente con lo que establece el considerando 15 de la propuesta de Directiva, cuando señala que el “*sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas, aclarando que aunque la propuesta de Directiva no incluye normas vinculantes sobre el endeudamiento de los consumidores, los Estados miembros deben poder aplicar también las disposiciones en materia de condonación a favor de los consumidores*”.

A estos efectos, cabe concluir que aunque la propuesta de Directiva no amplía su ámbito de aplicación a los consumidores, sí que anima a los Estados miembros a establecer normas de exoneración en relación con los mismos (en el caso de la legislación interna española, el artículo 178 bis LC, dedicado al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, se refiere de forma genérica al deudor persona natural). Por su parte, la propia propuesta de Directiva contiene una disposición, el artículo 23, que permite coordinar o consolidar los procedimientos relativos a la exoneración

---

*“Cabe concluir que aunque la propuesta de Directiva no amplía su ámbito de aplicación a los consumidores, sí que anima a los Estados miembros a establecer normas de exoneración en relación con los mismos (en el caso de la legislación interna española, el artículo 178 bis LC, dedicado al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, se refiere de forma genérica al deudor persona natural)”*

de deudas procedentes de la actividad empresarial y de deudas personales del empresario persona física.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación cabe hacer una serie de menciones relativas a determinados tipos de acreedores o partes interesadas a los que se refieren específicamente distintos preceptos a lo largo de la propuesta de Directiva.

Así ocurre por ejemplo, en el caso de los trabajadores y la protección de los créditos salariales. En este sentido, el considerando 34 establece que en los procedimientos de reestructuración preventiva los trabajadores deben disfrutar de una plena protección del derecho laboral, que existe obligación de informar y consultar a los trabajadores sobre la decisión de recurrir a un marco de reestructuración preventiva, así como un derecho de información y consulta en relación con modificaciones sustanciales de las relaciones laborales y derecho de voto en relación con el plan de reestructuración y que la propuesta de directiva se entiende sin perjuicio del derecho a la negociación y acción colectiva.

A nivel del articulado el artículo 9 señala que los trabajadores pueden constituir una clase separada, mientras que el 6.3 señala que los créditos salariales no quedarán afectados por la suspensión, salvo que el pago de sus créditos esté garantizado por los EM con un nivel mínimo de protección equivalente a la Directiva 2008/94/CE (que se refiere a un nivel de protección semejante al ofrecido en nuestro país por FOGASA).

Por su parte, en cuanto a los accionistas, el artículo 2.2 de la propuesta incluye entre las partes afectadas por los planes o procedimientos de reestructuración a *los tenedores de participaciones cuyos intereses o créditos puedan verse afectados por un plan de reestructuración*. Existe asimismo la posibilidad de que los EM les concedan derecho de voto (9.1), pudiendo constituirse como una categoría de acreedores. Ello no obstante, los EM se cerciorarán de que cuando exista probabilidad de insolvencia los accionis-

tas o tenedores no puedan impedir injustificadamente la adopción de un plan que pueda restablecer la viabilidad de la empresa (artículo 12)<sup>4</sup>.

En cuanto al crédito público no hay referencias expresas al mismo en el texto de la propuesta, lo que podría significar que su tratamiento se regulará conforme al derecho interno. La única mención específica en el texto de la propuesta es la que se refiere en la parte introductoria, al tema de ayudas de Estado (página 14, versión española)<sup>5</sup>, con una mención al denominado *test del acreedor o inversor privado*, señalando que dado que los acreedores públicos no renuncian a sus créditos, la participación en un plan de reestructuración en las mismas condiciones que un acreedor privado no supondría una ayuda de Estado. Lo cual podría interpretarse, incluso, como un incentivo para los acreedores públicos a participar en los planes de reestructuración. Debiendo entenderse además esta participación sin perjuicio de las normas sobre la recuperación íntegra de la ayuda estatal ilegal, tal y como se recoge en el asunto C-454/09 New Interline (apartado 36) y el asunto C-610/10, Magefesa (apartado 104)<sup>6</sup>.

Finalmente la propuesta de Directiva contiene algunas previsiones que van destinadas a salvaguardar el delicado equilibrio entre los intereses de los acreedores y del deudor. A título de ejemplo, podría citarse el artículo 4.3 cuando limita la actuación de los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas a lo necesario y proporcionado con el fin de que los derechos de las partes afectadas estén garantizados o las previsiones contenidas en el artículo 6 sobre la suspensión, permitiendo ampliar el plazo de duración inicial de la misma siempre que ello no perjudique injustamente a las partes afectadas (6.5.b) o no concediéndola o levantando la suspensión si la misma perjudica injustamente a un acreedor o clase de acreedores (6.9).

Pasamos a continuación a examinar el prolijo artículo 2 que, en una técnica

que suele ser común en los instrumentos legislativos internacionales, contiene una serie de definiciones de términos que se van incluyendo a lo largo del articulado de la propuesta. En relación con las mismas cabe destacar las de aquellos elementos que son novedosos en la propuesta tales como contratos pendientes de ejecución (*executory contracts*), reestructuración forzada aplicable a los acreedores discrepantes (el denominado *cram down*), el mecanismo de reestructuración forzada de la deuda aplicable a todas las categorías (el denominado *cross class cram down*), la prueba del interés superior de los acreedores (*the best interest creditors test*), la regla de la prioridad absoluta (*absolute priority rule*) o el concepto de plena condonación o exoneración de deudas. Estos conceptos se irán analizando a lo largo del presente artículo, por lo que iremos refiriéndonos a ellos sucesivamente.

El artículo 3 de la propuesta se refiere a los mecanismos de alarma temprana, estableciendo la obligación de los EM de velar por el establecimiento de sistemas de alarma temprana que permitan alertar a los deudores de la situación de deterioro económico. Asimismo esta obligación se completa con la de establecer información pertinente, actualizada y de fácil acceso para los deudores. Finalmente se establece la previsión de poder limitar el acceso a estos sistemas a las PYMES y a los empresarios personas físicas.

Este artículo, desde nuestro punto de vista, constituye una de las previsiones más importantes de esta propuesta de Directiva, pues la dotación de verdaderos sistemas de alarma temprana podría constituir el paso previo a una reestructuración rápida y eficaz. Ahora bien, la previsión normativa establecida en el artículo 3, teniendo en cuenta el principio de armonización mínima del que parte la propuesta de Directiva, es bastante escueta y sencilla. Corresponderá pues, a los Estados miembros, el establecer mecanismos eficaces de alarma temprana. A estos efectos, el considerando 16

de la propuesta contiene algunos ejemplos de estos mecanismos, tales como el establecimiento de obligaciones para el deudor o los directivos de la empresa deudora, en materia de seguimiento y contabilidad, así como las obligaciones de información en virtud de los contratos de préstamo. Asimismo, se podría incentivar u obligar, a terceras partes (que dispusieran de información relevantes) tales como contables, fiscales y organismos de la seguridad social a advertir sobre cualquier hecho negativo<sup>7</sup>.

Otra cuestión que nos parece digna de mención es que este artículo contiene una referencia específica a las PYMES, a las que luego no se referirá de manera tan específica el resto del articulado. Ello nos parece importante habida cuenta de que la gran mayoría de las empresas que forman parte del tejido empresarial español y europeo son PYMES. Estas empresas, junto con los empresarios personas físicas, tienen mayores dificultades para el acceso a mecanismos o asesoramiento en materia de prevención de dificultades económicas y de reestructuración, lo que explica esta especial referencia a las mismas en el artículo dedicado a los mecanismos de alerta temprana. El establecimiento de modelos de planes de reestructuración accesibles en línea, a que se refiere el artículo 8 de la propuesta, también forma parte de esta misma idea<sup>8</sup>.

## **II.ii. Título II: Marcos de reestructuración preventiva**

El título II, dedicado a los Marcos de reestructuración preventiva, contiene parte de los elementos más importantes de esta propuesta de Directiva, concretamente en materia de reestructuración. Así las cosas, destacan en este Título la suspensión de ejecuciones individuales (o moratoria, *stay*) y sus efectos, regulados en los artículos 6 y 7, los planes de reestructuración y su adopción, con la posibilidad de confirmación incluso en aquellos casos en que no se alcanzara la mayoría necesaria en una o más categorías de voto discrepante, de acuerdo

con los requisitos relativos a la reestructuración forzada de la deuda aplicable a todas las categorías<sup>9</sup> establecidos en el artículo 11 (el denominado *cross class cram down*), así como otras cuestiones relativas a la protección de la financiación provisional y la nueva financiación y determinadas operaciones y transacciones relacionadas con la reestructuración (artículos 16 y 17).

Como preludio de todo lo anterior, el artículo 4 establece una previsión normativa relativa a la disponibilidad de los marcos de reestructuración preventiva por parte de los Estados miembros para los deudores con dificultades financieras, en aquellos casos en que exista riesgo de insolvencia. No se define en la propuesta de Directiva lo que significa el riesgo o probabilidad de insolvencia (*likelihood of insolvency*), lo que se compeadece perfectamente con el enfoque de armonización mínima que pretende la Directiva, siendo esta una cuestión que quedará al ámbito de la legislación interna de los Estados miembros.

Estos marcos de reestructuración preventiva pueden consistir en uno o varios procedimientos, lo que ha llevado a plantear durante la negociación del texto, si sería necesario que cada Estado miembro desarrollase un procedimiento de reestructuración preventiva que contuviese todos los elementos que constan en el texto o si, simplemente bastaría, como pretenden algunos Estados miembros, que las legislaciones internas en materia de insolvencia recogieran en un único procedimiento de reestructuración. Esta cuestión se irá definiendo a lo largo de la negociación.

También resulta destacable en este artículo que se limita la intervención de la autoridad judicial o administrativa a lo necesario para salvaguardar los intereses de las partes afectadas por la reestructuración. Por último, señalar que el artículo 4 prevé que los marcos de reestructuración deben estar disponibles para su aplicación por parte del deudor o por los acreedores con el consentimiento del deudor. Ello nos lleva a la reflexión

de que lo que la propuesta de Directiva está buscando es que sea el deudor el que determine o se acoja a la aplicación de un plan de reestructuración, bien sea por iniciativa propia, o bien de sus acreedores, pero siempre con su consentimiento.

Cabe destacar que el deudor al que se refiere la propuesta de Directiva, como ya lo hacía la Recomendación de 2014 (artículo 6), es el denominado *deudor no desahogado*, esto es, aquel que conserva totalmente o, al menos, en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa, sin que resulte obligatorio en todos los casos, el nombramiento de un administrador de la insolvencia. De hecho, el artículo 5.3 de la propuesta, contiene la posibilidad para los Estados miembros de que puedan exigir el nombramiento de un administrador de la insolvencia en aquellos casos en que se produzca la moratoria o suspensión de ejecuciones individuales o se aplique el mecanismo de arrastre entre clases (reestructuración forzada aplicable a todas las categorías o *cross class cram down*). En la fase de negociaciones el artículo 5 bis LC no prevé limitaciones en cuanto a la capacidad de actuar sobre su patrimonio por parte del deudor. A diferencia de lo anterior, el derecho interno español no contempla sin embargo, con carácter general, el nombramiento de administrador de la insolvencia, ni durante la fase de negociaciones entre deudor y acreedores, ni en los supuestos de suspensión de ejecuciones singulares para facilitar la negociación<sup>10</sup>, ni tampoco en los supuestos de arrastre entre acreedores en los acuerdos de refinanciación regulados en la Disposición Adicional Cuarta de la LC.

### **II.ii.a) La suspensión de ejecuciones individuales, moratoria o 'stay' y sus efectos (artículos 6 y 7)**

Los artículos 6 y 7 de la propuesta de Directiva se refieren a una de las herramientas más útiles de la misma y que en mayor medida debería contribuir a facilitar las negociaciones entre el deudor



y los acreedores, la moratoria o suspensión de ejecuciones individuales. Esta figura, que presenta importantes similitudes con nuestro artículo 5 bis, pretende en definitiva que el deudor que negocie un plan de reestructuración con sus acreedores pueda beneficiarse de una suspensión de las acciones de ejecución individuales en la medida en que dicha suspensión sea necesaria para apoyar las negociaciones de un plan de reestructuración.

En cuanto a sus caracteres generales son los siguientes:

- Se trata de una suspensión ordenada por el órgano judicial o la autoridad administrativa<sup>11</sup> y que puede afectar a todos los acreedores con y sin garantía real.
- Puede tratarse de una suspensión de ejecuciones singulares general o limitada a uno o varios acreedores, de conformidad con legislación nacional.
- No resulta de aplicación la suspensión de ejecuciones singulares a los créditos laborales impagados, salvo a los garantizados con nivel mínimo de protección (Directiva 2008/94 que establece un sistema de protección equivalente al de FOGASA)
- En cuanto a su duración, se prevé un plazo no superior a cuatro meses aunque con posibilidad de prórroga hasta 12 meses en aquellos casos en que se produzcan avances importantes en las negociaciones y la continuación de suspensión no suponga un perjuicio injusto para las partes afectadas.
- Se prevé la posibilidad de levantar la suspensión en caso de falta de apoyos suficientes al plan de reestructuración (mayoría de bloqueo) o a petición del deudor o del administrador encargado de la supervisión.
- Finalmente se prevé la posibilidad de levantar la suspensión o no concederla para un acreedor o categoría de acreedores concretos injustamente perjudicados como consecuencia de la misma (previsión que trata de salvaguardar el equilibrio entre los derechos del deudor y los acreedores).

En cuanto a las consecuencias o efectos de la suspensión de ejecuciones singulares, el artículo 7 se refiere a las siguientes:

- 1) Suspende la obligación de solicitar concurso voluntario (en términos semejantes a nuestro artículo 5.bis.2 LC), aunque puede exceptuarse la aplicación de este precepto por falta de liquidez del deudor e imposibilidad de hacer frente a sus vencimientos durante el periodo de negociaciones. Ello no obstante, puede aplazarse la apertura del procedimiento o concederse la suspensión previo examen de las perspectivas de alcanzar con éxito un plan de reestructuración.
- 2) Una suspensión general de ejecuciones impide la apertura de procedimientos concursales necesarios.
- 3) Durante el periodo de suspensión los acreedores afectados por la suspensión no pueden dejar en suspenso su propia prestación o rescindir, o modificar los contratos pendientes de ejecución en perjuicio del deudor por las deudas que se originaron antes de la suspensión. Ello no obstante, esta previsión podrá limitarse a los contratos esenciales necesarios para proseguir la actividad cotidiana de la empresa. En este sentido, la parte dispositiva no contiene ninguna mención a los supuestos de contratos en que el deudor ya se encuentre en situación de incumplimiento previo a la suspensión, lo cual puede resultar gravoso para el acreedor, que se verá obligado a continuar con los mismos. De ahí que esa limitación a los contratos necesarios para proseguir la actividad resulta adecuada. Por otro lado, el considerando 21 sí que se refiere a la necesidad de que no exista un incumplimiento previo por parte del deudor, al señalar que *“los acreedores a los que se aplica la suspensión no deben poder suspender el cumplimiento, rescindir, acelerar o modificar de cualquier otra manera los contratos pendientes de ejecución durante el período de suspensión, siempre que*

---

*“Esta figura, que presenta importantes similitudes con nuestro artículo 5 bis, pretende en definitiva que el deudor que negocie un plan de reestructuración con sus acreedores pueda beneficiarse de una suspensión de las acciones de ejecución individuales en la medida en que dicha suspensión sea necesaria para apoyar las negociaciones de un plan de reestructuración”*

*“En cuanto a los bienes afectados por las ejecuciones singulares que se suspenden, no se contiene una referencia, como ocurre con el derecho español, a bienes necesarios. Ello no obstante, el artículo 7.4 cuando se refiere a la prohibición de la inclusión de las llamadas cláusulas ipso facto, establece la posibilidad de limitar su inclusión en aquellos contratos que resulten necesarios para la continuación de la actividad del deudor”*

*el deudor siga cumpliendo sus obligaciones en virtud de dichos contratos”.*

- 4) Los acreedores afectados por la suspensión no pueden suspender sus prestaciones o resolver contrato, por virtud de una cláusula contractual que prevea tales medidas por el único motivo del comienzo de las negociaciones de reestructuración por parte del deudor (las denominadas cláusulas de resolución *ipso facto*).
- 5) Asimismo deberán incluirse previsiones por los Estados miembros que garanticen el pago por parte del deudor, durante el periodo de la moratoria, de los créditos de acreedores no afectados o de los acreedores afectados originados durante ese periodo. Estas tres últimas previsiones corresponden con la intención declarada de la propuesta de mantener un equilibrio entre los intereses de los acreedores y del deudor<sup>12</sup>.
- 6) Por último, no existirá para el deudor la obligación de tramitar el procedimiento de insolvencia si al expirar la suspensión no se cumplen los requisitos para ello (en términos semejantes, el artículo 5 bis.5 LC, establece la obligación de solicitar el concurso transcurridos los plazos de negociación sin que se hubiera alcanzado una propuesta anticipada de convenio, un acuerdo extrajudicial de pagos o se hubiera homologado un acuerdo de refinanciación, salvo que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no concurriera insolvencia).

A nuestro juicio, las principales diferencias entre el sistema de la propuesta de Directiva y nuestro derecho interno, serían las siguientes:

- La propuesta de Directiva se refiere a una suspensión ordenada por la autoridad judicial o administrativa en contraposición de nuestro sistema de suspensión automática. Ello no obstante, no se observa durante la negociación una oposición a los sistemas de suspensión automática, como el español.

- Conforme al artículo 6.4 de la propuesta, la suspensión puede ser general o bien limitarse a determinados acreedores según derecho nacional. A diferencia de ello, conforme al artículo 5 bis.4 de la LC, la suspensión de ejecuciones no afecta a procedimientos para hacer efectivos créditos de derecho público.
- En derecho español no hay propiamente intervención de administrador de la insolvencia durante el periodo de negociaciones, excepción hecha a la figura del mediador en el caso de los Acuerdos extrajudiciales de pago.
- En cuanto a la duración de la suspensión, el artículo 5 bis LC prevé un plazo de duración de 3 meses frente a los 4 meses previstos en el artículo 6 de la Directiva y ampliables, según los casos a 12 meses, en el caso de reestructuraciones complejas. La experiencia práctica en nuestro país demuestra que un plazo más amplio de suspensión de ejecuciones a los efectos de la negociación de un plan de reestructuración no solo resulta conveniente sino también necesario.
- En cuanto a los bienes afectados por las ejecuciones singulares que se suspenden, no se contiene una referencia, como ocurre con el derecho español, a bienes necesarios. Ello no obstante, el artículo 7.4 cuando se refiere a la prohibición de la inclusión de las llamadas cláusulas *ipso facto*, establece la posibilidad de limitar su inclusión en aquellos contratos que resulten necesarios para la continuación de la actividad del deudor.
- Se subordina en la propuesta de Directiva la posibilidad de impedir la apertura de procedimientos de insolvencia a instancia de un acreedor a que la suspensión de ejecuciones sea general, lo que implicaría que en casos de suspensiones limitadas a determinados acreedores, no se impediría la tramitación de solicitudes de apertura de concursos necesarios. En derecho español, el efecto de la suspensión de ejecuciones no afecta

a la ejecución de los créditos públicos y por ende no se trata de una suspensión general, sin que ello afecte a la imposibilidad de tramitar solicitudes de concurso necesario en aquellos casos en que se haya comunicado el inicio de negociaciones entre deudor y acreedores, conforme al 15.3 LC.

- La posibilidad de establecer excepciones a la suspensión cuando se carezca de liquidez no existe en nuestro derecho interno.
- Por último, la prohibición de establecimiento de cláusulas *ipso facto* y la imposibilidad de resolver contratos por el mero inicio de negociaciones<sup>13</sup> no se contempla tampoco en nuestro artículo 5 bis.

La existencia de estas diferencias obligará a buen seguro, según el texto que finalmente se apruebe de la propuesta de Directiva, a realizar necesarios ajustes o acomodaciones en nuestra Ley Concursal.

### II.ii.b. Los planes de reestructuración y su confirmación

Pasamos a continuación al estudio de una de las herramientas más importantes de la propuesta de Directiva en lo relativo a la reestructuración, como son los planes de reestructuración y su confirmación, con el establecimiento de un mecanismo de arrastre entre clases, incluso en caso de discrepancia de más de una clase de acreedores siempre que se cumplan los requisitos que establece la propuesta de Directiva a tal efecto (*cross class cram down*).

Cabría realizar varias reflexiones iniciales a este respecto. En primer lugar la propuesta de Directiva parece referirse a reestructuraciones financieras. Así el artículo 2.2 señala que estos marcos de reestructuración preventiva estarán disponibles para deudores con dificultades financieras cuando exista riesgo o probabilidad de insolvencia. El considerando dos señala expresamente que *“la reestructuración debe permitir que las empresas que atraviesan dificultades financieras continúen sus actividades en*

*todo o en parte mediante la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o de su estructura de capital, también mediante la venta de activos o de partes de la empresa”*. Por otro lado, son varias las menciones contenidas en el preámbulo y los considerandos de reducir, a través de estos instrumentos, los préstamos no productivos o morosos (*non performing loans*)<sup>14</sup>.

En segundo lugar, la reestructuración se refiere a empresas viables. La cuestión de la viabilidad pivota a lo largo de todo el instrumento, planteándose la cuestión de cuándo debe realizarse el test de viabilidad, si el mismo sería necesario ya en un momento inicial, para acordar la suspensión de las ejecuciones singulares durante el periodo de negociaciones, o bien si el mismo debe aportarse en el momento de la presentación del plan de reestructuración. A estos efectos, el test de viabilidad consta como parte del contenido mínimo y obligatorio que debe exigirse para confirmar un plan de reestructuración. En este sentido, artículo 8.g) de la propuesta se refiere a la aportación de *“un dictamen o declaración motivada por la persona responsable de proponer el plan de reestructuración que explique por qué la empresa es viable, cómo la aplicación del plan propuesto puede evitar la insolvencia del deudor y restablecer su viabilidad a largo plazo, y en el que se expongan asimismo las condiciones sine qua non para su éxito”*. Lo que parece indicar que no es necesaria la prueba de viabilidad en el momento inicial de las negociaciones, aunque cualquier nueva prórroga del periodo de negociaciones solo se concederá si hay una fuerte probabilidad de aprobación del plan, la suspensión no perjudica injustamente los derechos de los acreedores y se experimentan avances notables en dicha negociación.

En relación con el contenido del plan de reestructuración, además de la prueba o test de viabilidad, llama la atención que, a diferencia de lo que se ocurre en nuestra Disposición Adicional 4<sup>a</sup>, el con-

tenido mínimo de los planes de reestructuración que se regulan en la propuesta de directiva es amplio, se regula con cierta exhaustividad y abarca desde la identidad del deudor y de las partes afectadas y no afectadas por el plan y el establecimiento de clases de acreedores, hasta el valor actual de tasación de la empresa y la expresión de las dificultades financieras por las que atraviesa.

Destaca asimismo que se establece la obligación para los Estados miembros de elaborar modelos de planes de reestructuración, de utilización potestativa para las partes, accesibles por internet y que deberán contener, como mínimo, la información requerida en virtud de la legislación nacional general, así como información práctica sobre cómo debe utilizarse el modelo. Podemos establecer una conexión entre esta obligación y la del establecimiento de sistemas de alarma temprana a la que se refiere el artículo 3 de la propuesta y consideramos que se trata de una medida adecuada sobre todo a los efectos de la reestructuración temprana de las PYMES, que tienen mayores dificultades que las grandes empresas para acceder a un asesoramiento cualificado en materia de detección de dificultades financieras y de reestructuración.

En cuanto a la adopción de los planes de reestructuración destaca en primer término que son los acreedores afectados por el plan los que tienen derecho al voto. Esto entronca con la idea de planes de reestructuración que no deben afectar, necesariamente, a todos los acreedores del deudor, y solo los afectados por el plan tendrán derecho al voto. Es importante en este orden asimismo, la formación de clases o categorías de acreedores debiendo agruparse en las mismas los créditos o intereses que son lo suficientemente similares como para justificar que se considere a los miembros de la categoría un grupo homogéneo con similitud de intereses, debiendo distinguirse, en todo caso, entre acreedores garantizados y no garantizados. La propuesta de Directiva se refiere a la

posibilidad de que los trabajadores y los accionistas constituyan una clase propia, así como a la posibilidad de conceder el derecho de voto a estos últimos que, sin embargo, no podrán obstaculizar injustificadamente la aprobación de un plan de reestructuración que permita restablecer la viabilidad de la empresa.

Un elemento diferenciador entre la propuesta de Directiva y nuestro derecho nacional, es el establecimiento de estas clases o categorías de acreedores en materia de reestructuración, ya que en puridad, en lo relativo a los acuerdos de refinanciación solo se distingue entre acreedores financieros garantizados y no garantizados. Por su parte, los Acuerdos extrajudiciales de pago contendrían esa misma distinción y sin embargo, si se llegasen a identificar las propuestas anticipadas de convenio a un marco de reestructuración, sí que existiría la distinción entre las clases de acreedores a que se refiere el artículo 94 de la LC (esto es públicos, financieros, laborales y resto).

Asimismo, la clasificación está sujeta a supervisión judicial cuando se tramite una solicitud de confirmación judicial, lo que no se prevé en nuestra Disposición Adicional Cuarta donde de forma específica no existe trámite alguno, más allá de la impugnación de la homologación sobre la base del sacrificio económico desproporcionado, que permita discutir si los acreedores afectados por el plan son acreedores financieros en el sentido que apunta la propia Disposición Adicional Cuarta<sup>15</sup>. En este sentido el control judicial de la clasificación de los acreedores nos parece un elemento garantista de los derechos de los acreedores, ello no obstante, la introducción de elementos propios de los procesos concursales en estos procedimientos de carácter preconcursal puede conducir a la ralentización y pérdida de eficacia de los mismos, por lo que estas impugnaciones deberían resolverse de una manera célere.

Por otro lado, en cuanto a las mayorías necesarias para la aprobación

del plan, el artículo 9.4 señala que “*un plan de reestructuración se considerará adoptado por las partes afectadas siempre que, en cada categoría, se alcance la mayoría del importe de sus créditos o intereses*”. Permitiendo a los Estados miembros establecer qué mayoría es la necesaria para la adopción de un plan, mayoría que en ningún caso será superior al 75% de los créditos de cada categoría (lo que excede pues, de la mayoría supercualificada prevista en la Disposición Adicional Cuarta para imponer ciertas medidas a los acreedores con garantía real, mayoría del 80%). Aún de no darse estas mayorías en una o más categorías discrepantes, el plan de reestructuración siempre podría aprobarse, con los requisitos del artículo 11 con el mecanismo del arrastre entre clases previsto en dicho precepto (el llamado *cross class cram down*).

El artículo 10 de la propuesta se refiere a los supuestos de confirmación judicial de los planes de reestructuración. De esta manera, los planes de reestructuración que afecten a los intereses de las partes afectadas discrepantes y los planes de reestructuración que prevean una nueva financiación solo podrán ser vinculantes para las partes si han sido confirmados judicialmente. Lo que abre la puerta a entender que los planes de reestructuración en que no concurren estas circunstancias podrán ser vinculantes simplemente reuniendo las mayorías establecidas para su adopción en el precepto anterior (los denominados *planes consensuales*). Y por otro lado, se compadece con uno de los efectos que produce la homologación de los acuerdos de refinanciación en nuestro derecho, el arrastre a los acreedores disidentes.

El artículo 10.2 establece asimismo una serie de condiciones que deben especificarse claramente en el plan y cumplirse a efectos de su confirmación judicial o por autoridad administrativa, que serían las siguientes:

a) que el plan de reestructuración se haya adoptado de conformidad con el

artículo 9 y se haya notificado a todos los acreedores que puedan verse afectados por él;

b) que el plan de reestructuración cumpla la prueba del interés superior de los acreedores;

c) que toda nueva financiación sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y no perjudique injustamente los intereses de los acreedores.

El establecimiento de estas condiciones viene nuevamente a intentar respetar el equilibrio entre los derechos del deudor y los acreedores, garantizando los derechos de estos últimos. Destaca por novedosa, al menos en nuestro derecho, la aplicación de la prueba del interés superior de los acreedores (*best interest creditors test*), figura de origen norteamericano y que se define como “*la prueba de que ningún acreedor discrepante se verá perjudicado por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación de la empresa, sea mediante liquidación gradual o venta de la empresa en activo*” (artículo 2.9). Esto es, que, como mínimo, mediante la reestructuración se obtendría una recuperación no inferior a la cuota de liquidación de la empresa.

Como señalábamos el objetivo de la propuesta de Directiva es reestructurar de manera temprana empresas viables, por lo que se prevé la posibilidad en el artículo 10.3 de que “*los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas puedan negarse a confirmar un plan de reestructuración en caso de que dicho plan no ofrezca ninguna perspectiva de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa*”. Asimismo, la decisión sobre confirmación u homologación del plan debe tomarse con rapidez, por lo que se establece un plazo máximo de 30 días a partir de la solicitud de confirmación.

### **II.ii.c. El arrastre entre clases discrepantes o ‘cross class cram down’**

El artículo 11 de la propuesta de Directiva se refiere a uno de los elementos

más novedosos de la misma, importado directamente del derecho de insolvencia norteamericano (US Chapter 11) y es la posibilidad de confirmación del plan de reestructuración aunque no resulte aprobado por todas las categorías de acreedores afectadas, y arrastrando al mismo a las clases discrepantes. El denominado *cross class cram down* o arrastre entre clases discrepantes.

Los requisitos para la confirmación de los planes de reestructuración en estos casos, serían los siguientes:

a) que el plan cumpla las condiciones establecidas en el artículo 10, apartado 2 (que son las condiciones que garantizan los derechos de los acreedores y a los que nos acabamos de referir más arriba);

b) que haya sido aprobado por al menos una categoría de acreedores afectados distintos de una categoría de accionistas y cualquier otra categoría que, tras una tasación de la empresa, no recibiría ningún pago ni retribución si se aplicara el rango normal de las prioridades de liquidación. Esto significa que no puede quedar en manos ni de los accionistas<sup>16</sup> ni de los acreedores subordinados, la aprobación del plan de reestructuración por lo que se elimina un eventual derecho al veto de los mismos. En el caso de los accionistas esta regla encuentra su corolario asimismo en la disposición contenida en el artículo 12.1 conforme a la cual *“los accionistas y los tenedores de participaciones con intereses frente a un deudor no pueden impedir injustificadamente la adopción o la ejecución de un plan de reestructuración que permita restablecer la viabilidad de la empresa”*.

c) que el cumpla la regla de la prioridad absoluta. La regla de la prioridad absoluta o *absolute priority rule*, también es una regla de origen norteamericano que se define en la propuesta de Directiva como *“regla por la cual una categoría discrepante de acreedores debe ser pagada íntegramente antes de que una categoría más reciente”* (menos privilegiada) *“pueda recibir cualquier pago o conservar interés alguno en el mar-*

*co del plan de reestructuración”*<sup>17 18</sup>; lo que garantiza que no va a imponerse a acreedores de mejor categoría un sacrificio superior a otros de inferior clase. En nuestro derecho interno propiamente los mecanismos de arrastre que existen tanto en los institutos preconcursales (acuerdos de refinanciación, AEP) como en los concursales (propuestas de convenio ordinarias o anticipadas), se dan entre acreedores de la misma clase y no a priori entre acreedores de clases distintas<sup>19</sup>.

#### **II.ii.d. Otras cuestiones relacionadas con los planes de reestructuración**

Nos referiremos finalmente, de forma más breve, a otras cuestiones relacionadas con los planes de reestructuración:

- 1) La impugnación de los planes de reestructuración a la que se refiere el artículo 13, estableciendo reglas sobre la determinación del valor de liquidación de la empresa en aquellos casos en el plan de liquidación se haya impugnado sobre la base del incumplimiento del interés superior de los acreedores (lo que tiene lógica pues este se calcula sobre la cuota de liquidación), o sobre la determinación del valor de la empresa como empresa en activo, si la impugnación se basa en el incumplimiento de la regla de la prioridad absoluta o cuando sea necesaria una solicitud de arrastre entre clases. Asimismo este precepto prevé el nombramiento de expertos a los fines de la realización de estas tasaciones así como que la impugnación tendrá lugar ante el órgano judicial o la autoridad administrativa que confirme el plan.
- 2) Los efectos del plan de reestructuración confirmados judicialmente vinculan a cada parte identificada en el mismo, mientras que, como se señalaba más arriba, los acreedores que no participen en el plan no se verán afectados por el mismo.
- 3) A diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho interno, los planes de reestructuración confirmados u ho-

*“El objetivo de la propuesta de Directiva es reestructurar de manera temprana empresas viables, por lo que se prevé la posibilidad en el artículo 10.3 de que ‘los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas puedan negarse a confirmar un plan de reestructuración en caso de que dicho plan no ofrezca ninguna perspectiva de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa’”*

***“En cuanto al acceso a la condonación, se prevé que en aquellos Estados miembros en los que la condonación total de la deuda esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario, se garantizará que la correspondiente obligación de reembolso se basa en la situación individual del empresario y es proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación”***

mologados judicialmente, pueden ser recurridos ante una instancia judicial superior. Aunque esta previsión nos parece muy razonable, habida cuenta de que podría dar lugar a una cierta uniformidad en las interpretaciones de criterios tan importantes a nivel interno como el sacrificio económico desproporcionado o la consideración de acreedor financiero y, en su momento, a nivel de derecho europeo como los conceptos del test del interés superior de los acreedores o la regla de la prioridad absoluta, el establecimiento de recursos puede ralentizar la aprobación y efectividad del plan de reestructuración. A efectos de evitar este inconveniente la propuesta de Directiva establece una serie de salvaguardas tales como la obligación de resolver estos recursos con celeridad, la no concesión de efectos suspensivos a la impugnación o la posibilidad, incluso de estimarse la impugnación, de confirmar el plan concediendo una indemnización a los acreedores discrepantes a pagar por el deudor o por los acreedores que votaron a favor del plan.

- 4) Como efectos añadidos a la confirmación judicial del plan, el capítulo 4 del título II se refiere a la protección de la financiación provisional y<sup>20</sup> la nueva financiación<sup>21</sup> otras operaciones relacionadas con la reestructuración, las cuales “no podrán ser declaradas nulas, anulables o inoponibles en tanto que acto perjudicial para el conjunto de los acreedores en el marco del posterior procedimiento de insolvencia, a menos que tales operaciones se hayan llevado a cabo de manera fraudulenta o de mala fe”. Este efecto de blindaje contra posteriores acciones rescisorias presenta una similitud con el establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la LC en relación con aquellos acuerdos de refinanciación homologados siempre que hubieran sido suscritos por una mayoría de al menos el 51% del pasivo financiero. Como señala el considerando 31

de la propuesta, “el éxito del plan de reestructuración puede depender a menudo de si existen recursos financieros en apoyo de la primera operación de la empresa en las negociaciones sobre la reestructuración y, en segundo lugar, la aplicación del plan de reestructuración tras su confirmación. La nueva financiación o la financiación provisional debe, por lo tanto, quedar exenta de las acciones revocatorias que pretendan declarar dicha financiación nula, anulable o no ejecutable como un acto perjudicial para el conjunto de los acreedores en el marco del ulterior procedimiento de insolvencia”. Aunque no discutimos la lógica y el sentido económico y jurídico de estas salvaguardias a la reestructuración, estimamos que el catálogo de operaciones relacionadas con la reestructuración y protegidas con tal blindaje en el artículo 17, incluye algunas tales como el pago de costes *razonables* en relación con la negociación, la adopción, la confirmación o aplicación de un plan de reestructuración o el pago de honorarios y gastos *razonables* vinculados al asesoramiento profesional en relación con cualquier aspecto de un plan de reestructuración, que pueden ser excesivas o cuya *razonabilidad* habrá de ser necesariamente interpretada por la propia autoridad judicial o administrativa que confirme el plan, pudiendo dar lugar a litigiosidad.

#### **II.ii.e. Funciones de los Directivos en relación con las negociaciones sobre un plan de reestructuración preventiva**

El capítulo V del título II, *Funciones de los Directivos en relación con las negociaciones sobre un plan de reestructuración preventiva*, contiene un único artículo, el 18, de contenido ciertamente un tanto genérico y que podría parcialmente coincidir con lo establecido en la parte IV de la Guía Legislativa de UNCITRAL relativa a las Obligaciones de los directores en el periodo cercano a la insolvencia, si

bien estas se refieren a obligaciones exigibles una vez que se ha iniciado el procedimiento de insolvencia y las que se prevén en la propuesta de Directiva se ligan al periodo de negociaciones para la reestructuración.

La redacción de este artículo establece un catálogo de obligaciones que corresponderán a los directivos de las empresas cuando exista riesgo o probabilidad de insolvencia, tales como adoptar medidas inmediatas para reducir al mínimo las pérdidas para los acreedores, los accionistas, los trabajadores y otras partes interesadas; tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y otras partes interesadas; adoptar medidas razonables a fin de evitar la insolvencia o evitar una conducta deliberada o negligencia grave que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

Sin embargo, no se aclara cuáles son las consecuencias del incumplimiento de estos deberes o si las mismas deben adoptar un matiz sancionador. Lo cual conecta claramente con el enfoque de armonización mínima que se ha adoptado en esta propuesta, así como con el hecho de que la imposición de algunas de estas obligaciones y sus consecuencias podrían ligarse y dar lugar a modificaciones en materia de derecho de sociedades.

La obligación impuesta en último lugar, esto es, la *“de evitar una conducta deliberada o negligencia grave que ponga en peligro la viabilidad de la empresa”*, resulta en buena medida coincidente con la causa genérica de concurso culpable que se establece, en nuestro derecho interno, en el artículo 164.1 LC que permite calificar el concurso como culpable cuando *“en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales”*.

### **II.iii) La segunda oportunidad: la exoneración de deudas (Título III)**

El Título III de la propuesta de Directiva se refiere a otros de los contenidos básicos o pilares de la misma, en este caso

a la llamada Segunda Oportunidad para los Empresarios.

Se prevé un régimen de exoneración o condonación de deudas en relación con empresarios personas físicas sobreendeudados y de buena fe<sup>22</sup>. Si bien el ámbito subjetivo de estos procedimientos de exoneración se refiere a personas físicas empresarios (el artículo 2.1.g) excluye del ámbito de aplicación de estos procedimientos a las personas físicas que no tengan la condición de empresario), tal y como mencionábamos al inicio de este artículo, el apartado 3 del artículo 2 permite a los Estados miembros aplicar estos procedimientos a personas físicas no empresarios. A este respecto, cabe destacar que se establece la posibilidad de consolidar en un solo procedimiento deudas personales y deudas profesionales del empresario o de coordinar ambos procedimientos en aquellos Estados en que no puedan tratarse ambas en un solo procedimiento (artículo 23).

Por otro lado, a lo largo del Título III de la propuesta no se contiene una mención específica a la buena fe, pero ello se induce en primer lugar de que, con carácter general en el ámbito del derecho comparado, los sistemas de segunda oportunidad se ligan a la buena fe del empresario y en segundo lugar, de la referencia específica contenida en el considerando 38 de la propuesta, al señalar que *“la condonación total o al término de la inhabilitación tras un breve período de tiempo no es válido en todas las circunstancias, por ejemplo, en los casos en que el deudor sea deshonesto o haya actuado de mala fe”*. Ahora bien, la posibilidad que tienen los Estados miembros de mantener o introducir disposiciones restringiendo el acceso a la condonación o fijando plazos más amplios para la obtención de la condonación total o períodos de inhabilitación más largos en los casos de actuación deshonesto y de mala fe (artículo 21.1.a), nos lleva a poner en tela de juicio este nexo tan claro entre el acceso a la exoneración y la buena fe. Por otro lado, aunque no se establezca de forma expresa, la definición

de los conceptos de mala fe o actuación deshonesto corresponderá al legislador interno.

En cuanto al acceso a la condonación, se prevé que en aquellos Estados miembros en los que la condonación total de la deuda esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario, se garantizará que la correspondiente obligación de reembolso se basa en la situación individual del empresario y es proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación. Ello no obstante, en el curso de la negociación, algunos países prefieren que la proporción se guarde no solo en relación con la renta sino también con los activos disponibles<sup>23</sup>.

En cuanto al plazo de condonación, tal y como ya se establecía en la Recomendación de marzo de 2014, se fija un plazo máximo de tres años. El *dies a quo* para su cómputo dependerá del sistema de acceso al beneficio. Si se trata de un sistema que parte de un procedimiento que concluye con la liquidación de los activos del deudor, el cómputo tendrá lugar a contar desde la incoación de tal procedimiento. Si, por otro lado, el beneficio se obtiene a partir de un plan de reembolso, el cómputo se iniciará a partir de la fecha en que se inició la aplicación de dicho plan.

A nuestro juicio la determinación del *dies a quo* no es clara. Y no compartimos que cuando se acceda a través de un procedimiento que concluya con la liquidación de los activos el cómputo se realice desde que se incoe el mismo, ya que buena parte de los tres años podría consumirse en la realización de tales activos. Ello no obstante se trata de artículos que a buen seguro van a modificarse a lo largo de la negociación, habiendo puesto precisamente la recién estrenada Presidencia búlgara<sup>24</sup> el acento en este Título III de la propuesta de Directiva.

Amén de la diferencia en cuanto al plazo, que en nuestro derecho es de cinco años, existen otras cuestiones que divergen entre lo previsto en nuestro artículo 178 bis y el texto de la propuesta.

***“Es interesante resaltar que podrán preverse unos plazos de condonación más amplios en los casos en los que la residencia principal de un empresario sobreendeudado esté exenta de la posibilidad de realización de activos a fin de garantizar los medios de subsistencia del empresario sobreendeudado y de su familia”***

A título de ejemplo puede citarse, la posibilidad de exoneración automática sin necesidad de verificación judicial al final del periodo que establece la propuesta, si bien las tendencias de la negociación del texto nos llevan a pensar que muy probablemente acabe introduciéndose en el mismo, para aquellos Estados como es el caso de España, que no tienen esa exoneración automática, la posibilidad de una verificación judicial de los requisitos antes de otorgar el beneficio de exoneración.

Otra importante diferencia es que no regula el texto de la propuesta la posibilidad de revocación de la condonación en caso de incumplimiento de las condiciones que dan lugar al acceso o en caso de mejora de fortuna por causa de herencia, legado o donación o juego de envite o azar.

Por otro lado, se establece en el texto de la propuesta la posibilidad de fijar plazos de exoneración más amplios de los tres años o limitaciones en circunstancias justificadas de interés general, además de en los casos de actuación de mala fe, en caso de los empresarios no se adhieran al plan de reembolso o de acceso abusivo o repetitivo a los procedimientos de condonación. No establece el texto de la propuesta un plazo máximo para volver a intentar el acceso al beneficio, como ocurre en el caso español o de Países Bajos, que establecen un plazo de diez años.

Por otro lado, es interesante resaltar que podrán preverse unos plazos de condonación más amplios en los casos en los que la residencia principal de un empresario sobreendeudado esté exenta de la posibilidad de realización de activos a fin de garantizar los medios de subsistencia del empresario sobreendeudado y de su familia. En nuestro derecho, el artículo 178 bis LC prevé la posibilidad de conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en caso de que los deudores especialmente protegidos por el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos,

hubieran destinado una cuarta parte de los ingresos obtenidos durante el periodo de cinco años.

Existe la posibilidad asimismo de excluir determinadas categorías de deudas de la exoneración. La propuesta de directiva cita algunos ejemplos sin ánimo exhaustivo, tales como las deudas derivadas de sanciones penales o de responsabilidad delictual a las que muy probablemente se añadirán las obligaciones alimenticias o familiares. No se recoge ninguna excepción en relación con el crédito público, que no queda exonerado en nuestro derecho en aquellos casos en que se accede al beneficio de exoneración a través del plan de pagos (art. 178.bis.5º LC). Ello no obstante, la lista de ejemplos del texto de la propuesta no es exhaustiva, como señalábamos, por lo que quedará a la discreción de los Estados miembros el establecer qué categorías de deuda quedan exoneradas.

Nos resulta llamativo asimismo que el texto de la directiva no distinga entre exoneración provisional y definitiva, no previendo por tanto, la posibilidad de revocación del beneficio, como señalábamos, lo cual consideramos importante, habida cuenta de que si se liga este sistema a la buena fe debe poder verificarse durante el periodo de exoneración la concurrencia de los requisitos o el mantenimiento de los mismos.

Es importante destacar finalmente que:

- se liga la exoneración o condonación al levantamiento de cualquier inhabilitación para iniciar o continuar una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional vinculada con el sobreendeudamiento del empresario (artículo 21) y,
- se establece la posibilidad de establecer periodos de inhabilitación más largos o indefinidos cuando el empresario sobreendeudado sea miembro de una profesión a la que se aplican normas éticas específicas.

Las diferencias entre el texto de la propuesta de Directiva, que muy probablemente evolucionará a lo largo de la



negociación y nuestro derecho, y nuestro derecho interno así como la complejidad del artículo 178 bis LC, determinarán a buen seguro la necesidad de realizar ajustes normativos en nuestra legislación interna en materia de segunda oportunidad.

#### **II.iv. Medidas para aumentar la eficiencia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad (Título IV)**

El Título IV de la propuesta se refiere a las medidas para aumentar la eficiencia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad. Se trata pues, de normas aplicables no solo a los procedimientos de reestructuración y segunda oportunidad, como las de los Títulos II y III, sino también a los procedimientos de insolvencia.

Se contemplan normas relativas a la formación inicial y complementaria tanto de los profesionales de la administración de justicia y las autoridades administrativas como de los profesionales que se ocupen de las cuestiones relativas a la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad, así como la obligación por parte de los Estados miembros de velar porque estos asuntos sean abordados de una manera eficaz que garantice la pronta resolución de los procedimientos.

Por otro lado, se establece la posibilidad de fomentar la elaboración de códigos de conducta voluntarios aplicables a los profesionales de la insolvencia así como otros mecanismos efectivos de supervisión. A estos efectos, aunque no es el caso de España, algunos países UE disponen de agencias de supervisión de los profesionales de la insolvencia.

En materia de nombramiento de los administradores encargados de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad, el artículo 26 establece la importancia de que el procedimiento para el nombramiento, la revocación y la dimisión de los administradores encargados de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad sea claro,

predecible y justo. Nos llama la atención la posibilidad de consultar, *cuando proceda*, a deudores y acreedores con respecto a la selección del administrador. Y ello por los evidentes conflictos de interés que pueden darse entre el deudor y personas especialmente relacionadas con el mismo a los efectos de su nombramiento (artículo 28.1 Ley Concursal).

Por otro lado, en los procedimientos de reestructuración e insolvencia con elementos transfronterizos, se tendrán debidamente en cuenta la capacidad de comunicación y de cooperación del administrador con los administradores concursales y con los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas de otros países y con los recursos humanos y administrativos de éstos<sup>25</sup>.

En cuanto a la retribución, el artículo 27.2 establece que los Estados miembros velarán por que los honorarios cobrados por los administradores encargados de la reestructuración, el concurso de acreedores y la segunda oportunidad se rijan por normas que incentiven una resolución a tiempo y eficiente de los procedimientos teniendo debidamente en cuenta la complejidad del caso de que se trate. Los Estados miembros deben velar por que existan procedimientos adecuados con salvaguardias para garantizar que los litigios en materia de retribución pueden resolverse a tiempo.

Como vemos los principios de efectividad y eficiencia de las retribuciones de los profesionales de la insolvencia que se regulan en el artículo 34 de nuestra Ley concursal se encuentran reflejados en este precepto, no así los de exclusividad y limitación que también se establecen en dicho precepto.

Así las cosas, cabe señalar que sin perjuicio de que el contenido de estos artículos podrá variar en la negociación hasta alcanzar su redacción final, los objetivos perseguidos son razonables. El resultado final del texto de la Directiva habrá de considerarse en la regulación del estatuto profesional de la Administración concursal, aún pendiente de desarrollo reglamentario.

---

*“En materia de nombramiento de los administradores encargados de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad, el artículo 26 establece la importancia de que el procedimiento para el nombramiento, la revocación y la dimisión de los administradores encargados de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad sea claro, predecible y justo”*

Finalmente el artículo 28 se refiere al uso de medios electrónicos de comunicación para la reclamación de créditos, la tramitación de planes de reestructuración o reembolso ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas competentes, las notificaciones a los acreedores, la votación de los planes de reestructuración o la presentación de recursos. Compartimos los objetivos de la disposición, pues ello contribuirá a la rapidez en la tramitación de los planes de reestructuración, ello no obstante, nos ofrece ciertas dudas que concretamente la tramitación de los planes de reestructuración o su votación, con los efectos o consecuencias que el arrastre puede producir respecto de acreedores disidentes (a los cuales se aplicarán efectos del plan de reestructuración que impondrán importantes quitas, esperas u operaciones de capitalización sobre sus créditos), pueda realizarse telemáticamente. Al menos si así se hiciera, debería incluirse la obligación de que se tratara de medios electrónicos seguros, puesto que no obstante la necesidad de agilizar estos procedimientos deben ponderarse asimismo los intereses de las partes afectadas y particularmente de los acreedores.

#### **II.v. Otras normas de la propuesta**

Finalmente, y dada la extensión del presente artículo, debemos referirnos muy brevemente a los títulos V y VI de la propuesta de Directiva.

El Título V se refiere al seguimiento de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación estableciendo básicamente la obligación para los Estados miembros de recogida de datos relativos a los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación, así como al establecimiento de un Comité que asistirá a la Comisión a estos efectos.

Aunque valoramos muy positivamente la introducción de estos preceptos pues la existencia de estos datos permitirá evaluar tanto a los Estados miembros como a la Comisión de forma adecuada la eficacia de los procedimientos a que se refiere la propuesta de Directiva, a nuestro juicio, la determinación de los datos a los que se extienden las obligaciones de colaboración resulta demasiado extensa y de mantenerse así en el texto final podría complicar la tarea estadística de los Estados miembros.

El Título VI, Disposiciones finales, siguiendo la técnica legislativa habitual en estos casos, se refiere a las disposiciones legislativas que no quedarán afectadas por la aprobación de la Directiva, a aquellas otras que habrán de modificarse (particularmente la Directiva 2012/30/UE en materia de sociedades), así como unas cláusulas de revisión del instrumento y normas relativas a su aplicación y entrada en vigor.

#### **III. Conclusión**

La futura Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda

oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, constituirá a buen seguro un instrumento básico para la armonización a nivel europeo en materia de reestructuración, segunda oportunidad e insolvencia, y contribuirá a disminuir los obstáculos más importantes a la libre circulación de capitales derivados de las diferencias entre los Estados miembros en materia de marcos de insolvencia y de reestructuración.

A lo largo del presente artículo hemos examinado los puntos básicos de esta propuesta, que aún habrá de evolucionar en la negociación del texto de la misma, y cuáles son sus diferencias esenciales con la legislación interna española. A tales efectos debemos señalar que las reformas operadas en la legislación concursal española, tanto por la Ley de Emprendedores de 27 de septiembre de 2013, como sobre todo, en los años 2014 y 2015<sup>26</sup>, en materia de acuerdos de refinanciación y segunda oportunidad, supusieron importantes avances en nuestra legislación interna y una adaptación a los elementos básicos de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014. Ello no obstante, la aprobación de esta Directiva nos conducirá más que probablemente a la necesidad de hacer ajustes en nuestra normativa interna para su adaptación a la misma. ■

---

*“La futura Directiva constituirá a buen seguro un instrumento básico para la armonización a nivel europeo en materia de reestructuración, segunda oportunidad e insolvencia, y contribuirá a disminuir los obstáculos más importantes a la libre circulación de capitales derivados de las diferencias entre los Estados miembros en materia de marcos de insolvencia y de reestructuración”*

---

## NOTAS

1) Como señala Francisco Garcimartín en su blog *El almacén del derecho*, “La propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad”, Nov.29, 2016, “En definitiva para la Comisión, no existe en la UE un marco institucional adecuado para prevenir la liquidación de empresas potencialmente viables. El objetivo de la Propuesta es colmar esta laguna (vid. cdo. 1), ofreciendo un marco institucional europeo que permita la reestructuración de aquellas empresas que, pese a hallarse en concurso o próximas a él, son viables, es decir, tienen valor en funcionamiento o como going concern (GCS)”.

2) El término “probabilidad de insolvencia” no se define en este instrumento, lo que se compadece bien con el enfoque de armonización mínima de la misma o flexibilidad para los Estados, por lo que se trata de conceptos que quedarán a la definición que se otorgue a los mismos en la legislación interna de los EM.

3) El término sobreendeudamiento puede resultar ajeno a algunos sistemas legislativos, por lo que las tendencias negociadoras en el grupo de trabajo parecen inclinarse por la sustitución del término sobreendeudamiento por el de insolvencia.

4) En nuestro derecho interno no se prevén disposiciones como esta, aunque sí la presunción *iuris tantum* de concurso culpable, en el artículo 165.2 LC, que señala que “El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos”. En tal caso, estos socios podrán ser personas afectadas por la calificación culpable en los términos del artículo 172.1.1º LC.

5) El considerando 14 de la Recomendación de 2014, antecedente de esta propuesta de Directiva, señala sin embargo, que las autoridades fiscales tienen interés en la existencia de un marco eficaz para reestructuración, con una referencia expresa a la protección de los ingresos fiscales al prever la adopción por EM de medidas para garantizar el cobro de ingresos fiscales y en casos de fraude o abuso.

6) Vid. Adrián They, *Los marcos de Reestructuración preventiva en la propuesta de Directiva de la Comisión de 22 de noviembre de 2016* (I), Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal núm.27/2017, señala al res-

pecto: “Para los créditos públicos rige una lógica similar a la de los trabajadores. En el marco de una reestructuración financiera destinada naturalmente a inversores en deuda y en capital, no parece muy equitativo que dichos inversores puedan repartir la pérdida de dicha inversión con unos acreedores no voluntarios (los acreedores públicos) y con una parte débil (los trabajadores), que además es titular de contratos ejecutorios. La Directiva de hecho guarda silencio en relación con la afectación de los créditos públicos por el plan de reestructuración, permitiendo que los Estados miembros puedan inmunizar expresamente a dichos créditos públicos. Esa parece ser la asunción en el informe de impacto que acompaña la Directiva. En cuanto a la posición del crédito público en la moratoria, si bien la primera frase del artículo 6.2 de la Directiva da a entender que debe poder quedar afectado (lo que habría podido suponer un cambio en nuestro artículo 5bis LC), lo cierto es que el último inciso de la segunda frase de dicho artículo 6.2, así como su apartado 9, parecen conducir a que en última instancia dicha cuestión se deja en manos de cada ley nacional”.

7) A nivel de derecho interno español habrán de desarrollarse estos instrumentos de alerta temprana, ya que hasta el momento solo se cuenta con los denominados sistemas PAIT (puntos de asesoramiento e inicio de tramitación) y CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresas) que, regulados por la Ley 7/2003 de 1 de abril, que entró en vigor el 2 de junio de 2003, prevén un apoyo decisivo a las empresas al abordar todos los obstáculos importantes para la creación de una empresa.

8) A este particular se refiere el considerando 13 de la propuesta de Directiva cuando señala: “Más concretamente, las pymes se beneficiarán de un enfoque más coherente a nivel de la Unión, ya que no disponen de los recursos necesarios para hacer frente a los altos costes de reestructuración y aprovechar los procedimientos de reestructuración más eficientes de algunos Estados miembros. Las pymes, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, a menudo no disponen de los recursos necesarios para recurrir a asesoramiento profesional, por lo que conviene crear herramientas de alerta que avisen a los deudores de la urgencia de actuar. Con el fin de ayudar a dichas empresas a reestructurar a bajo coste, deben desarrollarse también, a nivel nacional, modelos de planes de reestructuración que podrán consultarse en línea. El deudor debe tener la posibilidad de utilizarlos y adaptarlos a sus propias necesidades y a las especificidades de su empresa”.

9) Esta es la traducción contenida en el artículo 11 en relación con el denominado *cross class cram down*, ello no obstante consideramos más precisa y coherente con nuestra legislación interna, la expresión “arrastre entre clases”.

10) Ello dejando a salvo el mediador en los acuerdos extrajudiciales de pago regulados en los artículos 231 y siguientes de la LC.

11) En el texto de la propuesta se hace referencia continuamente a autoridad judicial o administrativa, en referencia a aquellos países en que hay intervención de una autoridad administrativa en la fase de reestructuración.

12) Como señala el considerando 21, “el cese anticipado pondría en peligro la capacidad de la empresa para continuar operando durante las negociaciones de reestructuración, especialmente por lo que se refiere a los contratos de suministros básicos tales como electricidad, gas, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta. Sin embargo, con el fin de proteger los intereses legítimos de los acreedores, así como para garantizar el menor trastorno posible a las actividades de los acreedores en la cadena de suministro, la suspensión debe aplicarse únicamente a los créditos nacidos antes de que se concediera la suspensión. Para lograr que se lleve a cabo con éxito la reestructuración, el deudor debe pagar los créditos originados en el curso ordinario de la actividad empresarial y adeudados a los acreedores no afectados por la suspensión, así como los créditos de los acreedores afectados por la suspensión que se han originado tras la concesión de dicha suspensión”.

13) Esta prescripción sería similar a la establecida en el artículo 61.3 LC para los supuestos de declaración de concurso, al determinar que: “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”.

14) Como señalada el apartado de la parte introductoria de la propuesta, “Coherencia con otras políticas de la Unión”: “El éxito del plan de reestructuración convertirá los préstamos no productivos en préstamos que una empresa puede realmente pagar. En caso de liquidación, los acreedores garantizados han de considerar la posibilidad de una reducción considerable del valor de sus créditos. Por otra parte, en caso de reestructuración, se evita la insolvencia, las deudas contractuales son, en general, pagadas y las negociaciones se refieren en la mayoría de los casos solo a la deuda financiera. Los datos ponen de manifiesto que los porcentajes de recuperación para los acreedores son más altos en economías en las que la reestructuración es el procedimiento de insolvencia más habitual y que el 45 % de las economías de la OCDE utilizan la reestructuración como la forma más común para salvar empresas viables. También tienen un porcentaje de recuperación medio de 83 céntimos de dólar, frente a los 57 céntimos en países en los que predomina la liquidación. Otro factor importante para mejorar los porcentajes de recuperación y, por lo tanto, el valor residual de los posibles préstamos no productivos, es la agilización de la tramitación de las reestructuraciones y los casos de insolvencia”.

15) Igualmente consideramos que la clasificación de acreedor financiero o no, podría discutirse, a pesar de la falta de fijación de trámite específico para ello, re-

curriendo en reposición la providencia de admisión a trámite de la solicitud de homologación.

**16)** A los que, sin embargo, sí les podrá ser aplicable un plan por el mecanismo de arrastre del artículo 11.

**17)** El texto resaltado en cursiva está tomado de la versión española de la propuesta de Directiva, sin embargo, consideramos más atinado traducir la expresión “*more junior class*” como “*menos privilegiada*” que como “*más reciente*”.

**18)** Como muy gráficamente explica Adrián Thery, en el artículo anteriormente citado, “*Como se puede observar, la APR constituye una garantía para las clases con mejor rango de prelación (que consideraremos “clases senior” –o seniority-) para evitar disipaciones de valor injustas (por inconscientes por la clase senior) a favor de clases más junior en detrimento de las primeras. Cabe visualizar la aplicación práctica de la regla de prioridad absoluta como un castillo de copas de champán: las copas de abajo no pueden llenarse hasta que no se hayan llenado previamente las copas de arriba*”.

**19)** A juicio sin embargo de Adrián Thery, en su artículo anteriormente comentado, la Disposición Adicional Cuarta de la LC, aunque no de forma expresa, sí que permite el arrastre entre clases, por ejemplo, “*en aquellos casos en que los acreedores financieros garantizados, si cuentan con suficientes créditos como para diluir a los no garantizados, pueden imponer un acuerdo de refinanciación a los no garantizados en contra de la voluntad de estos últimos (entre quienes el acuerdo*

*puede recibir un apoyo de un 0% y pese a ello reunir el apoyo suficiente de la suma de garantizados y no garantizados)*”.

**20)** Definida en el artículo 2.12 como “*todo fondo, ya sea otorgado por un acreedor existente o un nuevo acreedor, que sea razonablemente e inmediatamente necesario para la empresa del deudor con el fin de continuar operando o de evitar su cierre, o con el fin de preservar o mejorar el valor de la empresa en espera de la confirmación de un plan de reestructuración*”.

**21)** Definida en el artículo 2.11 como “*todos los nuevos fondos de financiación, ya sean puestos a disposición por un nuevo acreedor o un acreedor existente, que sean necesarios para llevar a cabo el plan de reestructuración que se acuerde y confirmada posteriormente por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa*”.

**22)** Las tendencias negociadoras del instrumento nos llevan a considerar el término “*empresarios sobreendeudado*” un término extraño a algunas legislaciones de los Estados miembros, lo que podría llevar a su sustitución por el de “*empresario insolvente*”. Esto se compadecería mejor con el derecho nacional interno en el que se accede al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa o por liquidación (artículo 178 bis LC).

**23)** El artículo 178 bis.8 LC se refiere a ingresos percibidos en el periodo de cinco años, aunque también se

establece la posibilidad de revocar el beneficio en caso de mejora sustancial de fortuna por causa de herencia, legado o donación o juego o suerte de envite o azar. Por otro lado, hay que considerar que en el derecho español el acceso al beneficio tiene lugar tras la conclusión del concurso por liquidación o conclusión del concurso por insuficiencia activa, por lo que a priori, los activos del deudor ya se habrán liquidado con carácter previo.

**24)** La presidencia búlgara ha comenzado en enero de 2018.

**25)** El Reglamento europeo de insolvencia 848/2015 establece de forma específica un procedimiento de coordinación para los grupos de sociedades en su capítulo V, así como normas relativa a la cooperación y comunicación entre los administradores concursales y los órganos judiciales para coordinar los procedimientos de insolvencia principal y territoriales o secundarios.

**26)** RDL 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial cuyo objetivo principal era facilitar la financiación de determinadas empresas viables desde un punto de vista operativo pero inviables desde un punto de vista financiero, tramitado posteriormente como Ley 17/2014. RDL 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, tramitado posteriormente como Ley 9/2015, de 25 de mayo. RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, tramitado como Ley 25/2015, de 28 de julio.

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# Las técnicas para combatir la elusión fiscal: cláusulas antielusivas y cláusulas antiabuso

**Jordi De Juan Casadevall**

Abogado del Estado (Exc.) y Doctor en Derecho

**“La ‘tax avoidance’ supone cualquier disminución de la carga fiscal inicialmente debida, en terminología anglosajona ‘illegitimate tax avoidance’, que englobaría también aquellas conductas en que el contribuyente respeta la literalidad de la Ley, pero se entiende que actúa de forma abusiva porque el único propósito comercial es evitar o disminuir la carga fiscal”**

Con notables variaciones terminológicas, y no pocas adaptaciones idiomáticas, pero con un gran peso de la nomenclatura anglosajona por su innegable impronta en los textos de la OCDE, la UE u otros foros internacionales o supranacionales<sup>1</sup>, podemos afirmar, en términos generales, que el análisis de compatibilidad de un comportamiento o situación fiscal controvertida con la legalidad tributaria admite una triple categorización.

En primer lugar, la evasión o fraude fiscal (*tax evasion*), que consiste en el impago ilícito de la obligación tributaria y que, en algunos ordenamientos, puede dar lugar a una respuesta penal si concurren los elementos típicos y el dolo de defraudación previstos en la correspondiente figura delictiva. En segundo lugar, la elusión fiscal (*tax avoidance*) que, a diferencia de la evasión fiscal no supone impago del tributo mediante la violación directa de la norma tributaria, sino que, sin infringir el texto de la ley, procura un ahorro fiscal mediante estructuras jurídicas atípicas o anómalas<sup>2</sup>. Y, finalmente, la siempre difusa planificación fiscal, conocida en nuestro país como economía de opción<sup>3</sup>, y en el mundo anglosajón como “*legitimate tax avoidance*”, que ha sido definida como la facultad de los particulares de adoptar las fórmulas negociales más convenientes, especialmente respecto a tributos que gravan actos o contratos, con la finalidad de minimizar la carga fiscal u obtener cualquier tipo de ventaja fiscal sin incurrir en infracción del ordenamiento tributario<sup>4</sup>.

Esta clásica tripartición, cuyo deslinde nítido no redime de amplias zonas de promiscuidad conceptual en la *praxis* aplicativa de las normas a situaciones a menudo complejas, se ha visto empañada recientemente por la perturbadora irrupción de una cuarta categoría, de contornos todavía más evanescentes; la llamada planificación fiscal agresiva (*aggressive tax planning*). Con una vinculación genética a una interpretación finalista que atiende fundamentalmente al espíritu de la ley tributaria<sup>5</sup>, el concepto

ha hecho fortuna en los trabajos de BEPS y de la propia Comisión Europea<sup>6</sup>, pero su virtualidad práctica, supuestos sus notables problemas de tipificación normativa, reside simplemente en construir una pauta-guía para el legislador positivo o para la buena gobernanza fiscal<sup>7</sup>.

A nosotros nos interesa el fenómeno de la elusión fiscal. La *tax avoidance* supone cualquier disminución de la carga fiscal inicialmente debida, en terminología anglosajona *illegitimate tax avoidance*, que englobaría también aquellas conductas en que el contribuyente respeta la literalidad de la Ley, pero se entiende que actúa de forma abusiva porque el único propósito comercial es evitar o disminuir la carga fiscal<sup>8</sup>. Si esto es así, e importa que retengamos este dato ahora, junto a la elusión en sentido estricto, habría que considerar el abuso de norma. En un sentido amplio, comprensivo también del abuso de norma, la nota que singulariza la “elusión” es la “licitud de medios empleados” para conseguir un ahorro fiscal<sup>9</sup>, y siempre con el límite negativo de la planificación fiscal o economía de opción.

El arsenal jurídico de que disponen los sistemas tributarios para reaccionar ante el vasto fenómeno de la *tax avoidance* comprende medidas de técnica legislativa, como el diseño de hechos imposables subrogatorios o la previsión de presunciones o ficciones legales; medidas en relación los convenios internacionales; medidas antielusión en sede aplicación del tributo; o la adopción de cláusulas antielusorias generales o particulares<sup>10</sup>. Aquí nos interesan especialmente las medidas en sede de aplicación de los tributos que se refieren a la calificación, interpretación o la aplicación de las cláusulas antielusorias.

### **1. La técnica hermeneútica como técnica antielusiva**

Aunque la exégesis de la norma tributaria debe plegarse a los criterios interpretativos generales admitidos en Derecho, existe alguna técnica antielusiva de carácter hermeneútico, como la re-

gla de prevalencia de la sustancia sobre la forma o la llamada “interpretación económica”.

La regla *substance over form* es una creación de la jurisprudencia americana de los años treinta del siglo pasado, y puede concebirse como una técnica antielusiva del *common law* que opera por vía interpretativa, que ha dejado sentir su influjo también en sistemas jurídicos continentales como Francia o Alemania. Así ha ocurrido con alguna variable de esta doctrina, como el *business purpose test*, técnica antielusiva de elaboración jurisprudencial, y gran predicamento en los sistemas anglosajones, que permite negar los efectos tributarios de aquellas operaciones con exclusivos fines de ahorro fiscal, y que también ha sido adoptado como principio general en el ordenamiento de Países Bajos o de Noruega.

En efecto, tanto la doctrina “*Gregory v. Helvering*”<sup>11</sup> en Estados Unidos, como el “*Ramsay principle*”<sup>12</sup> en Gran Bretaña, permiten arrumbar la forma jurídica de los actos, negocios u operaciones empleados por las partes para determinar su verdadero propósito económico. Si no concurren verdaderos motivos económicos o propósitos comerciales, podría interpretarse que una operación persigue exclusivamente fines de ahorro fiscal y la Administración Tributaria podría desconocerlas. Es más, las eventuales insuficiencias del *business purpose test* podrían colmarse recurriendo a la doctrina del *step transaction*, otra variable de la regla *substance over form*, que permite reducir, a una única operación compleja, al conjunto de operaciones enlazadas entre sí que persiguen un unitario fin de ahorro fiscal.

Otra técnica antielusiva de naturaleza interpretativa, muy conectada pero no intercambiable con la anterior, es la llamada “interpretación económica” que floreció en Alemania al amparo del párrafo 4 de la Ordenanza Tributaria de 1919 que, a su vez, descansaba en un defectuoso entendimiento del principio de capacidad económica como postulado de justicia tributaria acogido en el art

134 de la Constitución de Weimar. Si los hechos imponderables a los que se anudaba el deber de contribuir debían reflejar situaciones reales de carácter económico, podía prescindirse de su revestimiento formal, de su “ropaje jurídico”, para someter a gravamen a aquellas. Esta tesis hermeneútica radical, que había gozado de gran predicamento y que de suyo suponía la negación del Derecho, sería corregida por *Bundesfinanzhof* en los años ochenta para transformarla en una interpretación teleológica, a lo que probablemente no sería ajeno el hecho de que la nueva Ordenanza Tributaria de 1977 hubiera regulado en su párrafo 42 el abuso de formas jurídicas; cláusula antielusiva que daba respuesta a los supuestos de adulteración de las formas jurídicas al servicio de una finalidad elusiva.

## 2. Las cláusulas antielusivas

El apoderamiento a la Administración de esta exorbitante práctica hermenéutica, sin la apoyatura de una cláusula legal, ha sido seriamente objetada desde la perspectiva de la seguridad jurídica del contribuyente<sup>13</sup>, —y desde las exigencias indeclinables del principio de legalidad tributaria, añadiríamos nosotros—. De ahí la necesidad de articular una cláusula antielusión. Su tipificación legal constituye la solución normativa para combatir la elusión fiscal. Las cláusulas antielusorias han sido genéricamente definidas como estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, al que se anudan unas consecuencias jurídicas que consistirán en la atribución a la Administración de potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio o en aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir con ánimo elusivo<sup>14</sup>.

Las cláusulas antielusorias pueden ser generales, de formulación abstracta y abierta, susceptibles de aplicarse a una forma indefinida de supuestos, o especiales, formuladas *ad hoc* para determinada tipología de operaciones y cuyo

“Probablemente con la sonada excepción de Italia, la previsión legal de cláusulas generales en los sistemas occidentales presenta una gran variedad cromática, por la propia singularidad de cada sistema jurídico, y por la propia capacidad de absorción por la norma tributaria de las respectivas cláusulas antielusorias jurídico-civiles de las que constituyen un pálido reflejo”

ámbito se contrae a ciertos tributos<sup>15</sup>. Como *tertium genus* podemos hablar también de cláusulas sectoriales, de formulación abstracta pero aplicables sólo a una determinada figura tributaria.

El modelo continental de cláusulas antielusorias es el que mejor se acomoda a las exigencias constitucionales de certeza del ordenamiento tributario<sup>16</sup>. Ahora bien, al tratarse de previsiones legislativas deben conectarse también con el principio de reserva de ley. Probablemente con la sonada excepción de Italia, la previsión legal de cláusulas generales en los sistemas occidentales presenta una gran variedad cromática, por la propia singularidad de cada sistema jurídico, y por la propia capacidad de absorción por la norma tributaria de las respectivas cláusulas antielusorias jurídico-civiles de las que constituyen un pálido reflejo.

Una visión panorámica<sup>17</sup>, desprovista de ánimo exhaustivo, nos llevaría a citar, como más representativas, la cláusula alemana del abuso de las formas jurídicas o de las posibilidades de configuración jurídica que luce en el parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana; influida por ésta, la cláusula española del conflicto en la aplicación de la norma del art 15 de la Ley General Tributaria, que vino a sustituir al fraude de ley tributaria de la LGT de 1963; la francesa *répression de abus du droit* del art 64 del *Livre de Procédures Fiscales*, que se desdobra en abuso de derecho por simulación y el abuso de derecho por fraude de Ley; la cláusula portuguesa de ineficacia de actos o negocios jurídicos realizada con fines exclusivamente fiscales; el art 116 del Código Tributario Nacional Brasileño que, tras la reforma operada en 2001, viene a acoger a llamada *Lei antielusiva* que permite a la Administración desconocer los actos y negocios realizados con la finalidad de disimular el surgimiento del hecho imponible o de alguno de los elementos del tributo; o las recientes cláusulas alumbradas en torno al *business purpose test* codificadas por los países anglosajones que, a partir

de su vasta jurisprudencia, han elaborado tests muy complejos para determinar cuándo una operación es abusiva (Canadá) o cuándo concurre una ventaja fiscal (Australia).

En términos generales, en la estructura de la cláusula antielusiva, en sus múltiples manifestaciones en el Derecho Comparado, puede distinguirse entre un elemento subjetivo y un elemento objetivo, pero tampoco hay una regla general. Para la cláusula alemana del abuso de las formas jurídicas basta con un elemento objetivo, mientras que la primitiva redacción del fraude de ley el art 24 de la Ley General Tributaria de 1963 exigía el *“propósito probado de eludir el pago del tributo”*.

La elección entre una cláusula general o una cláusula específica es una cuestión de política legislativa, de valoración y de oportunidad, aunque los ordenamientos tributarios suelen combinar ambos tipos de cláusulas. Las cláusulas generales ofrecen la ventaja de su carácter disuasorio, que les permite operar *ex ante* o *ex post*, pero presentan el problema de su deslinde con la planificación fiscal legítima y la libertad de configuración de las relaciones jurídicas, y el grave inconveniente de la incertidumbre e inseguridad jurídica<sup>18</sup>, así como de su permeabilidad a fórmulas ya superadas de interpretación económica o de aplicación analógica prohibida en materia tributaria. Por el contrario, las cláusulas específicas, que a menudo se nos presentan como sectoriales, descansan en un presupuesto de hecho determinado y taxativo que, a menudo, consiste en la tipificación de un hecho imponible subrogatorio<sup>19</sup> o en una ficción legal<sup>20</sup>, en cuyo caso el legislador construye una verdad normativa alternativa, o una presunción legal<sup>21</sup>, desplazando al contribuyente la carga de la prueba que, en la cláusula general, orbita en torno a la Administración.

La cláusula específica se convierte en una técnica normativa *ad hoc* que, a diferencia de la cláusula general, no depende tanto del operador jurídico que la

aplica como del legislador. Y es que, en efecto, existe una tangencia, cuando no una clara promiscuidad, entre las técnicas antielusivas cuya diferenciación no es tan nítida como hemos establecido más arriba. Y así, por ejemplo, es común que la técnica interpretativa antielusiva de creación jurisprudencial sea absorbida por una cláusula general o específica/sectorial mediante el fenómeno de la codificación de la jurisprudencia. Este sería el caso, de la codificación de la doctrina del *business purpose test* por la Directiva de Fusiones en el ámbito comunitario, o de la codificación de la doctrina de la “penetración” de la Corte Suprema, sobre la base de la regla *substance over form*, por el art 2 de la Ley argentina nº 11.683 que, tras la reforma operada en 1998, ordena atender a la sustancia y no a la forma jurídica externa de los actos. Es el caso también de Estados Unidos que, a raíz de la reforma sanitaria de la Presidencia Obama, ha codificado la frondosa jurisprudencia existente sobre la doctrina de la sustancia económica. Con ello, Estados Unidos, al igual que otros países del *common law*, como el Reino Unido (2013), Canadá o Australia, abandonan, - o cuando menos, colocan junto a ella-, la técnica antielusiva de matriz interpretativa jurisprudencial, para adoptar una estrategia legislativa aunque sólo sea, en términos generales, para codificar su valiosa jurisprudencia<sup>22</sup>.

La proliferación de cláusulas generales que hoy se advierte en el panorama internacional, y a la que se han incorporado países como la India o China, lejos de contribuir a la depuración técnica de la respuesta normativa a la elusión tributaria, han venido a introducir una notable confusión<sup>23</sup>, sobre todo cuando se plantea su posible convivencia con las cláusulas especiales. Tampoco aquí existe una solución uniforme, y podemos distinguir entre aquellos ordenamientos que, como el alemán, establecen que la presencia de una cláusula especial excluye la general, aquéllos que como Canadá u otros países anglosajones preconizan la aplicación conjunta de unas



y otras, o, en fin, aquellos que, como el ordenamiento español, en el que sin hallarse resuelta esta cuestión más allá del principio de especialidad en la aplicación de las leyes, consienten que ante la insuficiencia de una cláusula especial se aplique la cláusula general<sup>24</sup>. Todo ello se complica, aún más si cabe, con la proliferación de cláusulas internacionales, o supranacionales como las de la Unión Europea, como específicos mecanismos de protección de sus sistemas jurídicos.

### 3. Las cláusulas antiabuso

Las cláusulas antiabuso constituyen una especie del *genus* cláusula antielusiva a las que, *mutatis mutandis*, puede trasladarse el esquema dogmático hasta ahora esbozado. En nuestra opinión, tienen sustantividad propia<sup>25</sup>, y un contenido más específico que la cláusula antielusiva, y su ámbito natural de actuación es el de la fiscalidad internacional en el que concurre un elemento de extranjería. La elusión fiscal internacional supone la incorporación de un ordenamiento extranjero al presupuesto de la actuación elusiva, y consiste en el aprovechamiento con fines de ahorro fiscal de las diferencias existentes entre los diferentes ordenamientos nacionales<sup>26</sup> eludiendo la territorialidad del tributo. Sin perjuicio de la previsión de cláusulas específicas de Derecho interno para afrontar las situaciones de elusión internacional<sup>27</sup>, la típica forma de reaccionar consiste en la aplicación de la doctrina o, en su caso, de una cláusula, que penalizan el abuso de una norma de Derecho internacional, como por ejemplo, un Convenio para evitar la doble imposición. El abuso de convenio puede definirse como *“el fenómeno a través del cual un sujeto, con la finalidad de obtener un ahorro fiscal, aplica un régimen convencional al que no tendría derecho por su situación sustancial”*<sup>28</sup>. Es el caso del llamado *treaty shopping* en el que el abuso recae en el ámbito de aplicabilidad del convenio, y consiste en la indebida utilización de un Convenio por parte de un nacional de un tercer Estado que no tendría derecho

a beneficiarse de las ventajas fiscales contenidas en aquél, o de las situaciones triangulares mediante la interposición de un establecimiento permanente.

Las cláusulas antiabuso sectoriales para combatir el *“treaty shopping”* contenidos en la tupida red de Convenios para evitar la doble imposición pueden clasificarse, en función de sus efectos en la determinación de su ámbito subjetivo, en dos grandes categorías<sup>29</sup>. En primer lugar aquéllas que no limitan su ámbito subjetivo de aplicación, como las cláusulas de transparencia (*“look-through provisions”*), las cláusulas de exclusión (*“exclusión provisions”*), las normas de sujeción efectiva a impuestos (*“subject-to-tax clause”*) y las cláusulas de tránsito (*“channel approach”*). En segundo lugar, existen las cláusulas que alteran el ámbito subjetivo de aplicación, como las cláusulas de limitación de beneficios (*“limitation of benefits”*), característica de la red de convenios de Estados Unidos.

Por el contrario, no existía hasta fechas relativamente recientes una cláusula antiabuso general en el Modelo de Convenio de la OCDE, habiéndose suscitado la polémica doctrinal de si cabía aplicar la cláusula antielusiva nacional<sup>30</sup> sin incurrir en violación del convenio (*treaty override*), o si por el contrario, podía considerarse incluido en el art 1 del Modelo de Convenio de la OCDE, relativo a su ámbito personal<sup>31</sup>, como de iban a favorecer los comentarios a este artículo con la versión revisada de 1992.

Como no podía ser de otra manera, sobre este esquema ha impactado enormemente BEPS, sobre todo sus Acciones 6 y 15, que introducen también en este ámbito, - y especialmente en este ámbito-, un nuevo paradigma de fiscalidad internacional. El *Final Report* de la Acción 6, destinada a conjurar la utilización abusiva de convenios fiscales, considera que el *treaty shopping*, y otras estrategias encaminadas a minar el uso abusivo de convenios fiscales, socavan la soberanía tributaria de los Estados con la consiguiente pérdida de ingresos fiscales, al reclamar indebidamente la aplica-

ción de sus ventajas fiscales en circunstancias subjetivas en que no debieran aplicarse.

Por ello, se propone la inclusión en los respectivos convenios fiscales de nuevas cláusulas antiabuso, incluyendo un

---

*“Sin perjuicio de la previsión de cláusulas específicas de Derecho interno para afrontar las situaciones de elusión internacional, la típica forma de reaccionar consiste en la aplicación de la doctrina o, en su caso, de una cláusula, que penalizan el abuso de una norma de Derecho internacional, como por ejemplo, un Convenio para evitar la doble imposición”*

*“Donde se registra un cambio revolucionario en esta materia, es en la reflexión que inicia la Acción 15 y que desemboca en la adopción de un Instrumento Multilateral, y lo es no sólo por su contenido, sino también por la forma instrumental en que se plasma, que supone la superación del enfoque bilateral, que hasta la fecha había presidido la concertación entre Estados, para adoptar un enfoque decididamente multilateral”*

estándar mínimo de protección contra el *treaty shopping*, con el suficiente grado de flexibilidad atendiendo a las circunstancias concurrentes en los Estados afectados y a las particularidades de su proceso de negociación. Frente a la interposición de una sociedad ficticia de un tercer Estado para beneficiarse del Convenio bilateral, se propone una triple estrategia: i) inclusión en los Convenios de doble imposición del compromiso formal de las partes contratantes de evitar situaciones con riesgo de doble no imposición, infraimposición o abuso de Derecho, excluyendo soluciones de conveniencia o la aplicación abusiva del convenio más favorable; ii) inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE de una cláusula de limitación de beneficios, que limitaría el acceso a las ventajas fiscales del convenio a ciertas entidades en función de su personalidad jurídica, titularidad o naturaleza de las actividades, y garantizando la existencia de un nexo suficiente (presencia fiscalmente imponible) entre esta entidad y el Estado de residencia; iii) inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE de una cláusula antiabuso más genérica para abordar otras formas de uso abusivo de convenios, consistente en el *test del propósito principal* que pretende evaluar el propósito de las operaciones o transacciones realizadas y, en particular, si tienen como finalidad exclusiva beneficiarse de las ventajas fiscales del convenio, en cuyo caso su concesión quedaría supeditada al reconocimiento explícito de su conformidad con la literalidad y espíritu del convenio.

Sin embargo, donde se registra un cambio revolucionario en esta materia, es en la reflexión que inicia la Acción 15 y que desemboca en la adopción de un Instrumento Multilateral, y lo es no sólo por su contenido, sino también por la forma instrumental en que se plasma, que supone la superación del enfoque bilateral, que hasta la fecha había presidido la concertación entre Estados, para adoptar un enfoque decididamente multilateral. La implementación de las medidas

de BEPS a través de Convenios de doble imposición, hubiera supuesto una re-negociación de una vasta red de más de 3.500 convenios bilaterales, condenando la adaptación de sus disposiciones sobre entidades e instrumentos híbridos, establecimientos permanentes, transparencia fiscal internacional o, en cuanto aquí nos interesa, el uso abusivo de convenios, a una parsimoniosa e indolente lentitud aplicativa<sup>32</sup>. El 7 de junio de 2017 se producía en París la firma de la *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting* cuyo texto había sido adoptado el 24 de noviembre de 2016 y que, en lo que se refiere al uso abusivo de convenios (Acción 6 BEPS), establece: i) una cláusula antiabuso estándar; ii) cláusulas de salvaguardia (*saving clauses*) que garantizan el derecho de los Estados a gravar a sus propios residentes; iii) reglas antiabuso específicas en relación con la distribución de dividendos, transacciones con participación de sociedades inmobiliarias con sustancia económica, entidades con doble residencia fiscal, y caos de *treaty shopping* a través de estructuras triangulares basadas en la utilización de establecimientos permanentes<sup>33</sup>.

El denso y complejo art 7 del Convenio multilateral, como medida de obligado cumplimiento, tipifica una cláusula general antiabusiva de convenio que, trufada de excepciones y contraexcepciones, y abierta a posibles reservas, prevé que no se otorgarán los beneficios fiscales de un convenio fiscal comprendido a *“los elementos de renta o de patrimonio cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el acuerdo u operación que directa o indirectamente genera el derecho a percibir ese beneficio tiene entre sus objetivos principales la obtención del mismo, excepto cuando se determine que la concesión del beneficio en esas circunstancias es conforme con el objeto y propósito de las disposiciones pertinentes del Convenio fiscal comprendido”*. El precepto

convencional se limita a acoger el *principal purpose test*<sup>64</sup>, que se nos aparece como una versión remozada del añejo *business purpose test*, sin exigir ningún requisito adicional de sustancia económica, e impone un correctivo hermenéutico, cuya apreciación presenta una delicuescente discrecionalidad, consistente en que el fin, o fines, de aprovechamiento fiscal del régimen convencional sea conforme al *objeto y propósito*, es decir, a la literalidad y finalidad del mismo. Más que ante la codificación de una cláusula antiabuso, parece que nos hallamos ante una codificación de una técnica antielusiva de naturaleza interpretativa al más puro estilo anglosajón. Con todo, también cabe entender que el elemento subjetivo, propósito principal entendido como propósito comercial o motivo económico válido, absorbe el elemento objetivo de sustancia económica que quedaría embebido en el primero.

Toda esta fenomenología elusiva, propia de la fiscalidad internacional, es también la que afronta la fiscalidad comunitaria, y no porque ésta pueda considerarse un segmento de aquélla, sino porque la existencia de un mercado integrado, en el que se hace un uso intensivo de las libertades de circulación de los factores productivos, y en el que la armonización fiscal es todavía parcial y fragmentaria, el tráfico económico aboca indefectiblemente a situaciones jurídicas en las que convergen diferentes sistemas tributarios. Fenómenos como el *directive shopping*, el abuso de directiva, o las estructuras de optimización fiscal que pretenden ampararse en una libertad comunitaria, nos recuerdan de forma ineluctable a problemas ya tratados o resueltos en el ámbito de la fiscalidad internacional. Sin perjuicio de que aquí también encontremos supuestos de pura elusión fiscal<sup>35</sup>, el Derecho de la Unión Europea ha reaccionado básicamente mediante la creación, primero por vía jurisprudencial y luego por vía normativa, de una cláusula antiabuso, cuya significación y alcance debería ser acreedor de un estudio aparte<sup>36</sup>. ■

#### NOTAS

1) Véase sobre el particular, GARCÍA NOVOA, C: “La cláusula antielusiva”. Marcial Pons. Madrid. 2004. Pág. 29 y ss.

2) GIULIANI FONROGUE, C. M: “Derecho Financiero”. Vol. II. 5ª edición. Buenos Aires. 1993. Pág. 681.

3) El origen doctrinal de este concepto jurídico autóctono se sitúa en la obra de LARRAZ “Metodología aplicativa del Derecho Tributario”, publicada en 1952, y en su celeberrimo discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El Tribunal Constitucional la define como “la posibilidad de elegir varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras” (STC 46/2000, de 17 de febrero).

4) GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, pág. 103.

5) El concepto aparece en USA para referirse a un tipo de planificación fiscal basada en estructuras o esquemas que soliviantan el espíritu o finalidad de la norma. MULLIGAN, E OATS, L: “The Risk Management: Evidence from the US”. British Tax Review nº 6. 2009. Pág. 681. Y una clara formulación del mismo lo encontramos en el documento de la OCDE “Co-Operative Compliance: a Framework from Enhanced Relationships to Co-operative Compliance”. Paris. 2013. Pág. 48.

6) Recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva, en la que considera que este tipo de prácticas fiscales consisten en la reducción de la deuda tributaria mediante mecanismos que, pese a ser “estrictamente legales”, violentan el espíritu de la Ley. Tratan de aprovechar aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales para generar un ahorro fiscal en forma de *double dipping* (doble aprovechamiento de pérdidas) o doble no imposición. La Comisión Europea conecta la planificación fiscal agresiva con la previsión de una cláusula anti-abuso general.

7) En este sentido, CALDERÓN CARRERO, JM y QUINTAS SEARA, A.: “Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS”. EY Abogados Thomson Reuters Civitas. Pamplona 2015. Pág. 44 y ss. Según estos autores, no puede identificarse la planificación fiscal agresiva con un esquema de optimización fiscal o cualquier operación/estructura que transite por la ruta menos gravada o que incluya un propósito fiscal no exclusivo pero relevante. Esta generalización arrumba totalmente la idea de planificación fiscal legítima y parece poco adecuada desde una perspectiva constitucional. En este sentido se pronunciaba el *Conséil Constitutionnel* francés en su Decisión de 29 de diciembre de 2013.

8) CALDERÓN CARRERO, JM: “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal”, en GARCÍA NOVOA y LÓPEZ DÍAZ en “Temas de Derecho Penal Tributario”. Marcial Pons. Barcelona-Madrid. 2000. Pág. 193 y ss.

9) PALAO TABOADA: “La elusión fiscal mediante sociedades. Comentarios a los art 38 a 40 de la Ley 50 de 14 de noviembre de 1977”. Civitas REDF núm. 15-16. 1977. Pág. 776.

10) Seguimos en este punto la omnicomprensiva sistematización de medidas antielusión que efectúa García Novoa cuyo estudio sobre esta materia nos parece imprescindible. GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, pág. 175 y ss.

11) Este *leading case*, fallado por el Tribunal Supremo de USA en 1935, fue la base sobre la que se asentó la doctrina del *substance over form* y del *business purpose test*. Los hechos enjuiciados son los siguientes: la Sra. Evelyn Gregory era propietaria de United Mortgage Company que a su vez detentaba 1000 acciones de Monitor Securities Corporation. El 21 de septiembre de 1928 transfirió ese paquete accionario a Averill Corp, creada tres días antes. Tres días más tarde disuelve la nueva compañía y se adjudica íntegramente el paquete accionario que vende realizando una ganancia patrimonial. Al amparo de la exención por reestructuración corporativa contemplada en la Revenue Act de 1928, no integra el *capital gain* en su declaración federal de imposición sobre la renta. El *Commissioner of Internal Revenue* Guy Helvering aduce que la reorganización corporativa carece de sustancia económica, y que simplemente sigue una forma legal de reorganización para disponer de las acciones de Monitor sin tributar por ello. La Court of Appeals federal reconoce que cada uno puede organizar sus negocios de forma que pague menos impuestos, no está obligado a buscar la forma más onerosa, no existe un deber patriótico de pagar impuestos, pero rechaza que, aun cuando la reestructuración se ajusta a la literalidad de la ley, esté cubierta por la misma. El Tribunal Supremo confirma esta sentencia, y sostiene que la reestructuración emprendida carece de “*business or corporate purpose - a mere device which put on the form of a corporate reorganization as disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business*”.

12) La doctrina Ramsay fue sentada por la House of Lords en dos casos sentenciados en 1982 *Ramsay v. Inland Revenue* e *Inland Revenue v. Burnmach Oil*, que denegaron la compensación de una ganancia patrimonial con pérdidas artificialmente creadas con el propósito de evitar la imposición de la ganancia. En síntesis, sostienen que cuando una transacción ha sido preconcebida artificialmente sin otro propósito comercial que el ahorro fiscal deben ser sometidas a gravamen.

**13)** PISTONE, P: *"Abuso el Diritto ed elusione fiscale"*. Padova. Cedam. 1995. Pág. 72 y ss.

**14)** GARCÍA NOVOA, C, *op. cit.*, pág. 259.

**15)** En el argot de la fiscalidad internacional son conocidas como GAARs y SAARs, acrónimos que, respectivamente, significan *General Anti Avoidance Rule* y *Specific Anti Avoidance Rule*.

**16)** TESAURO, F: *"Istituzioni di Diritto Tributario"*, I. Torino. UTET. 1992. Pág. 49.

**17)** Sobre la expansión y aplicación de cláusulas anti-elusivas, véase el informe elaborado por EY Abogados *"Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica"*. Instituto Impuestos y Competitividad. Madrid. 2015. Pág. 13 y ss.

**18)** La inseguridad jurídica procede, básicamente, de la amplia discrecionalidad de que dispone la Administración para determinar si concurre su presupuesto de aplicación. En particular se ha subrayado que la incertidumbre procede tanto del diseño del presupuesto de hecho en el que abundan conceptos jurídicos indeterminados, de naturaleza valorativa e imprecisa, y de la previsión de los efectos jurídico-tributarios que determinan. Véase sobre el particular EY Abogados: *"La cláusula general..."*, *op. cit.*, pág. 13

**19)** En nuestro Derecho, este ha sido el caso de la cláusula específica que gravaba con el ITP la transmisión de acciones o participaciones de sociedades cuyo activo estuviera constituido en más de un 50 % por inmuebles, tradicionalmente ubicada en el art 108 de la Ley del Mercado de Valores, y que, en realidad, estaba tipificando un auténtico hecho imponible subrogatorio o complementario. Una cláusula similar, aunque más rigurosa (10 % del activo), se estudió introducir en la legislación chilena.

**20)** Sin ir más lejos, es el caso de los precios de transferencia (*arm's length*) entre empresas asociadas o, en nuestro Derecho, entre sujetos vinculados. La valoración a mercado de las transacciones entre sujetos que caen dentro del perímetro de vinculación no es más que una ficción legal.

**21)** Piénsese, por ejemplo, en las presunciones sucesorias que establece el art 4 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones para determinadas transmisiones lucrativas realizadas entre personas unidas por cierto grado de parentesco.

**22)** EY Abogados: *"La cláusula general..."*, *op. cit.*, pág. 16 y ss.

**23)** Véase el interesante informe *"GAAR rising. Mapping tax enforcement's evolution"* de Ernst&Young.

**24)** Este ha sido el caso, antes de la introducción de la regla limitativa de gastos financieros intragrupo, de

la regularización masiva de operaciones de reestructuración intragrupo con endeudamiento apalancado que, ante la insuficiencia reactiva de la antigua cláusula específica antiscapitalización, obligó a la Administración Tributaria a recurrir a la cláusula general de fraude de ley/ conflicto en la aplicación de la norma.

**25)** El Profesor PALAO TABOADA advierte que en las lenguas románicas el abuso de derecho es un concepto polisémico, que puede englobar tanto el abuso de derecho subjetivo como el abuso de norma jurídica; polisemia que no se da en el mundo anglosajón donde puede distinguirse perfectamente entre *abuse of right* y *abuse of law*. La preponderancia de la lengua inglesa en la jurisprudencia y en los textos legales ha acabado imponiendo el término abuso,- hemos de entender abuso de norma-, en la lucha contra la *tax avoidance*. Este paulatino desplazamiento del término elusión y fraude de ley, a su juicio más claros y precisos, se observa también en nuestra doctrina, y se dejó sentir incluso en el propio Anteproyecto de Ley General Tributaria que rubricaba la cláusula general antielusión como *"abuso en la aplicación de la norma"*, luego sustituido en el Proyecto por el más neutral *"conflicto en la aplicación de la norma"*. PALAO TABOADA, C: *"El abuso del derecho en materia tributaria en el Derecho Comunitario Europeo"*. Revista Española de Derecho Europeo núm. 61/2017. Editorial Civitas SA. Pág. 1 ss. Sin perjuicio de reconocer esa acusada tendencia a la generalización del concepto de norma antiabuso, entendemos que existen diferencias estructurales entre la artificiosidad de las formas jurídicas, si se quiere de la norma de cobertura, y la artificialidad, por ausencia de sustancia económica y de motivos económicos válidos, de quien pretende ampararse en la norma abusada. Por ello, sostenemos que la cláusula antiabuso tiene un contenido más específico que la cláusula antielusión, sin perjuicio de que aquélla pueda, sin gran esfuerzo dialéctico en el caso español, quedar embebida en ésta última.

**26)** SERRANO ANTÓN, F y ZAPATA, S: *"Infracciones y sanciones tributarias derivadas del uso de paraísos fiscales. Un estudio comparado entre España y México"*. XIX Jornadas Latino-americanas de Derecho Tributario. Libro 2. Lisboa. AFP-ILADT, 11-16 de octubre de 1998. Pág. 87

**27)** Como las llamadas normas antiparaiso fiscal, o el conjunto de normas para luchar contra los regímenes preferenciales que, en el caso de la *harmful tax competition*, desbordan el marco interno para provocar la intervención de las autoridades comunitarias para podar las distorsiones fiscales al mercado interior mediante el régimen de ayudas de Estado.

**28)** PSITONE, P.: *"L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale"*. Corso di Diritto Tributario Internazionale. Ed V. Uckmar. Padova. Cedem. 1999. Pág 498.

**29)** EY Abogados: *"Cláusula antiabuso..."*, *op. cit.*, pág. 25.

**30)** Esta ha sido la tesis defendida, entre nosotros, por SANZ GADEA siempre que existiera fraude de ley o si-

mulación. SANZ GADEA, E: *"Medidas antielusión fiscal"*

**31)** A favor de esta tesis podía invocarse también los preceptos generales del Derecho Internacional Público y, en particular, los art 31 y 32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Véase GARCÍA NOVOA, C: *"La cláusula..."*, *op. cit.* pág. 199.

**32)** El Instrumento Multilateral permite una implementación rápida, sincronizada y coherente del programa BEPS, y evita la renegociación individual que consumiría muchos esfuerzos y costes administrativos de las jurisdicciones implicadas. FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD: *"Plan de Acción BEPS- Acción 15: Desarrollar un Instrumento Multilateral que modifique los Convenios bilaterales"*.

**33)** El Instrumento Multilateral contempla otras medidas inducidas por BEPS tangenciales con las que aquí nos ocupan. Por ejemplo, la neutralización de asimetrías híbridas que, en rigor, no integran una cláusula antiabuso, sino una norma técnica de coordinación para obviar el desajuste híbrido que produce un conflicto de calificación, entre dos o más jurisdicciones, de un instrumento o entidad. O la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente mediante diferentes estrategias, y cuya textura normativa se aproxima más a una típica norma antielusión que a una norma antiabuso. Sobre los desajustes híbridos véase nuestro trabajo DE JUAN CASADEVALL, J: *"La neutralización de híbridos en la Directiva ATAD 2"*. Quincena Fiscal 15-16 de septiembre de 2017.

**34)** El Memorándum explicativo que acompaña al texto del nuevo Convenio multilateral se limita a decir que el art. 7 recoge el *test del propósito principal*, que identifica con su acrónimo anglosajón PPT, sin explicar o arrojar luz sobre su aplicación. Quizás porque en la simplicidad de su formulación nos hallamos ante una pura técnica hermenéutica que no necesita mayor aclaración, con lo que se vislumbran amplias posibilidades de ablación de los beneficios fiscales del convenio concernido.

**35)** Por ejemplo, la creación de una estructura societaria para obtener la deducibilidad del IVA soportado por una entidad no sujeta que pretendía ampararse en la Directiva del IVA se falló en *Halifax*. Sin embargo, lo que en términos de Derecho interno sería un típico caso de generación artificial de un gasto deducible mediante la interposición de sociedades, fue tratada por el TJCE como un supuesto de abuso de Directiva enfatizando la falta de sustancia económica de estas sociedades.

**36)** Nos referimos a la Norma general contra las prácticas abusivas contenida en el art 6 de la Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de junio de 2016, conocida con el acrónimo ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*) que viene a introducir, por primera vez en el Derecho de la Unión, una cláusula general contra las prácticas abusivas.