



diario

LA LLEY

Año XXXIV • Número 8102 • Martes, 11 de junio de 2013

www.diariolaley.es

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



Jurisprudencia

Responsabilidad subsidiaria del Banco Popular por estafa 10



Tribuna

Grupo de sociedades y clasificación de créditos en el concurso 13

sumario

■ Doctrina

Crisis financiera de la deuda soberana europea y Derecho penal europeo: ¿una forma de recuperar la confianza de los inversores internacionales?
Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ 1

■ Jurisprudencia

Sustracción por un agente de policía de la droga almacenada en los calabozos de la Jefatura, valorada en 2.743.400 euros 10

Responsabilidad subsidiaria del Banco Popular por estafa y falsedad al absorber al Banco de Andalucía, para el que trabajaba como agente financiero el acusado 10

Resuelta la compraventa por impago del precio, la vendedora no puede retener la cantidad pactada en concepto de garantía del precio 11

Validez del acuerdo comunitario coincidente con un acuerdo anterior que fue anulado judicialmente 12

■ Tribuna

Apuntes sobre el concepto de grupo de sociedades en la clasificación de créditos en el concurso
J. Luis LUCEÑO OLIVA 13

■ DOCTRINA

LA LEY 3130/2013

Crisis financiera de la deuda soberana europea y Derecho penal europeo: ¿una forma de recuperar la confianza de los inversores internacionales?

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ
Profesor de Derecho penal
Abogado

En las líneas que siguen se argumentará que si realmente se quiere evitar que en el futuro se vuelvan a producir los acontecimientos dramáticos que han provocado la crisis de la deuda soberana europea, entonces resulta imprescindible que se institucionalice alguna forma de protección penal centralizada de los intereses financieros europeos

I. INTRODUCCIÓN (1)

Durante décadas, los Estados Miembros de la Unión Europea han discutido la conveniencia y necesidad de establecer una suerte de Derecho penal europeo (2). Si bien el interés en la materia ha sufrido diferentes altibajos, las propuestas no han llegado a consolidarse —y tampoco a desaparecer—. Probablemente, el desenlace final vendrá motivado por un suceso dramático. En las líneas que siguen se argumentará que la crisis de la deuda soberana europea —y sus conocidas consecuencias hasta el momento— constituyen ese catalizador último—. Difícilmente puede cuestionarse que el escenario actual, con países europeos al borde de la más absoluta quiebra y sus ciudadanos teniendo que asumir recortes notables del Estado de Bienestar, representa un panorama que fácilmente puede tildarse de crítico. Ahora bien, ¿qué tiene que ver el Derecho penal, o más bien, el Derecho penal federal, con este fenómeno?

En las páginas que siguen se ofrecerá una opinión a este respecto, sosteniéndola sobre la base de las últimas comunicaciones y propuestas legislativas de las instituciones europeas. Así, como se detallará más adelante, las instituciones europeas, en el marco de sus políticas de rescate financiero, han comenzado a referir la necesidad de proteger, a través del Derecho penal, los intereses de los contribuyentes europeos. Las propuestas europeas pretenden superar el problema planteado por la despareja protección que el crisol de legislaciones europeas proporciona actualmente a este bien jurídico europeo. Sin embargo, las propuestas estrictamente legales —si bien bienvenidas— sólo proporcionarán una protección parcial si no vienen acompañadas de ciertas reformas estructurales en el seno de la UE. Así, la intención de las instituciones europeas de crear una Fiscalía europea —ya prevista en el art. 86 TFUE— y un (limitado) tribunal penal europeo sobre la base del art. 257 TFUE son elementos necesarios estructurales de la reforma.

Tribunal Supremo
la sentencia del día
Tácita reconducción de los arrendamientos de vivienda tras la entrada en vigor de la LAU 1994
Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier. 16

Esta nueva perspectiva europea presenta rasgos tendentes a la creación de un verdadero Derecho penal federal europeo (3). Se trata de legislación europea —aspecto legal— que deberá ser interpretada y ejecutada (hasta cierto punto) por instituciones europeas —aspecto estructural—. El presente trabajo describe los avances europeos en esta dirección. Como indicación previa, debe advertirse que no se referirán las intensas discusiones que a lo largo de las últimas décadas se han producido sobre la legitimidad del Derecho penal europeo. Más bien, tratará de ofrecerse una determinada visión sobre la voluntad europea de superar los escollos tradicionales que, en gran medida, viene motivada por la necesidad de convencer a los inversores internacionales de la integridad de los mercados financieros europeos. ¿Será suficiente la voluntad de las instituciones europeas para conseguir dicho objetivo? Probablemente gran parte del futuro de la UE dependa de si finalmente se alcance.

La historia de la UE probablemente pueda ser descrita como una serie de reacciones a sucesos que han puesto en jaque la existencia de Europa. Resulta difícilmente cuestionable que el Tratado de las Comunidades Económicas Europeas fue una reacción contundente a la dramática experiencia que tuvo que afrontar Europa en la Segunda Guerra Mundial. En aquel momento daba la impresión que una Unión Europea —o como la denominaron tanto Churchill (4) como Eisenhower (5), unos «Estados Unidos de Europa»— era la única salida para evitar una situación similar a que tuvieron que padecer. La actual «guerra financiera» (6) —como ha sido denominada, quizás exageradamente— parece plantear una alternativa similar a la que tuvieron que abordar los padres fundadores de la UE: más Europa (y no menos Europa) es la solución. Ciertamente, son muchos los críticos de la UE que proponen una desintegración europea en lugar de una mayor unificación (7). Sin embargo, la lógica económica —por no hablar de los hitos alcanzados a nivel cultural y político— parecen abogar por la solución contraria.

Servata distantia, la experiencia estadounidense en el Siglo XVII puede arrojar cierta luz sobre la bondad de ciertos planteamientos. Una vez finalizada la guerra de independencia, los Estados americanos estaban fuertemente endeudados y la ausencia de un gobierno central fuerte amenazaba con desintegrar la entonces frágil unión (8). Los Estados (que no la Unión) tenían una deuda que rondaba los 25 millones de dólares de la época. El estadista Alexander Hamilton propuso que la Unión asumiera la deuda de los Estados. Entendía que esta suerte de consolidación de la deuda estatal y federal proporcionaría a los inversores que ostentaban los títulos de deuda un motivo de peso para apoyar al gobierno federal. La única solución

que permitía alcanzar los resultados esperados era la creación de un Banco Central de los Estados Unidos que estaría financiado con unos 10 millones de dólares que serían recaudados a través de una emisión de bonos dirigida a inversores privados. Al final, esta agenda permitió a una frágil nación consolidarse financieramente.

La UE ya cuenta con un Banco Central Europeo que, no obstante, se encuentra financiado por los Estados miembros (9). También cuenta con la propuesta, ciertamente polémica, de unos Euro-bonos (10) que serían emitidos por el propio BCE. Desde el punto de vista jurídico-penal, lo que interesa traer a colación es la legislación penal estadounidense que fue aprobada al mismo tiempo que la creación del Banco Central de los Estados Unidos. En 1798 (11), el Congreso de los Estados Unidos aprobó ciertos preceptos penales dirigidos a la protección de los intereses financieros de la Unión. Pues bien, de manera sumamente similar, en la actualidad, si la UE se plantea aprobar —y así parece ser— legislación tendente a la consolidación fiscal europea con la intención de proteger la salud financiera europea, resulta lógico que se apruebe un paquete de medidas legislativas europeas tendentes a proteger los intereses financieros europeos existentes y, con mayor motivo aún, los nuevos intereses europeos.

II. ESTADOS UNIDOS Y EUROPA: ¿DIFERENTES PLANTEAMIENTOS A UN MISMO PROBLEMA?

Desde una perspectiva económica, Estados Unidos y Europa parecen haber adoptado planteamientos diferentes frente a la crisis financiera del siglo XXI. Estados Unidos ha bajado tipos de interés en una maniobra sin precedentes proporcionando liquidez al sistema financiero a través de masivas inyecciones de capital —los denominados *Quantitative Easing programs*—. Asimismo, ha mostrado una voluntad férrea de evitar la recesión, incluso a costa de incrementar la deuda pública a niveles desconocidos hasta la fecha. Por el contrario, la Unión Europea ha sido extraordinariamente cauta a la hora de afectar sus reservas, inyectando capital sólo como medida extraordinaria. Únicamente tras aceptar medidas draconianas de reducción del déficit —y no sin numerosas dificultades— han recibido los Estados Miembros —o sus entidades financieras— inyecciones de liquidez para solventar sus problemas financieros (12). A primera vista, da la impresión de que se persiguen dos objetivos diferentes: evitar una recesión en el caso estadounidense vs. evitar la inflación en el caso europeo.

Los motivos para este planteamiento divergente son, probablemente, muchos más de los que se alcanzan a ver. Sin embargo, y pese

a poder resultar un tanto *naïve*, parece que la memoria histórica ha desempeñado un rol nada desdeñable. En la memoria colectiva estadounidense, la Gran Recesión sigue estando claramente presente (13). Asimismo, la hiperinflación padecida hace décadas por Alemania también parece haber tenido una influencia decisiva en el posicionamiento del Estado Miembro dominante en la actitud europea respecto de la crisis financiera (14). Sin embargo, pese a la importancia que pudieran tener estas consideraciones históricas, lo cierto es que cualquier vestigio de comparación entre Estados Unidos y Europa siempre sucumbe a una realidad política, jurídica y económica: Estados Unidos es un estado federal; la Unión Europea no. Incluso si la Unión Europea pretendiera seguir el ejemplo de la política financiera estadounidense frente a la crisis, la actual estructura y potestades de la UE conllevan importantes limitaciones que impiden una actuación genuinamente europea.

La Unión Europea parece haberse percatado de este déficit, y, así, las reformas recientes que se proponen desde Bruselas (incluyendo la reforma de los Tratados), se encuentran dirigidas a superar dichos escollos. Como se explicará más adelante, dichas propuestas incluyen determinados mecanismos para incrementar la protección de los intereses financieros europeos desde una perspectiva jurídica. Como regla general, la posibilidad de adoptar y ejecutar sanciones penales ha sido un terreno vedado a la Unión Europea como consecuencia de la preocupación de los Estados Miembros respecto de la cesión (intolerable) de soberanía que supone (15). Pero el actual estado de la cuestión, con miles de millones de euros siendo inyectados por las instituciones europeas a Estados miembros gravemente necesitados de liquidez, ha provocado que las preocupaciones respecto de cuestiones de soberanía hayan disminuido y que las necesidades de liquidez hayan aumentado. Ciertamente, no parecería lógico confiar ciegamente en que los Estados miembros que reciban dichos fondos europeos vayan a llevar a cabo una gestión eficiente de los mismos cuando, en muchos casos, han administrado cuestionablemente los fondos europeos recibidos en el pasado.

En cierta medida, da la impresión de que cada vez resulta más evidente que si la Unión Europea pretende solventar el problema de la deuda soberana europea de una vez por todas, un claro movimiento tendente a la unificación parece inevitable. De hecho, tal y como se referirá más adelante, esta tendencia está consolidándose rápidamente en el sector bancario toda vez que el 13 de diciembre de 2012 la Unión Europea alcanzó el acuerdo de crear una Autoridad Bancaria Europea (16). Ahora bien, el argumento que pretende aquí avanzarse es que algo similar debe llevarse a cabo en el ámbito jurídico-penal. Sin perjuicio de los intentos que se han acometido has-

OPINIÓN

En unos momentos decisivos, en los que el futuro de la UE está en juego, se ha abierto una ventana de oportunidad para proporcionar a los intereses financieros europeos la protección que merecen y necesitan. Si realmente se quiere evitar que en el futuro se vuelvan a producir los acontecimientos dramáticos que han provocado la crisis de la deuda soberana europea, entonces resulta imprescindible que se institucionalice alguna forma de protección penal centralizada de los intereses financieros europeos; incluyendo disposiciones legales europeas y enforcement europeo. Dicho en pocas palabras: una protección «federalizada». La objeción un tanto recurrente de que de esta forma se está sustrayendo soberanía nacional a los Estados Miembros puede ser fácilmente abordada en la actualidad. Si los países europeos están transfiriendo competencias en materias que afectan al núcleo de la soberanía política nacional, permitir a la UE que proteja sus propios intereses financieros parece una concesión un tanto menor.

Los intereses legítimos tanto de los contribuyentes europeos como de los inversores internacionales se encuentran en este momento plenamente alineados con la soberanía europea. Los inversores tendrán la impresión de que sus inversiones son más seguras; los contribuyentes europeos tendrán la sensación de un mayor grado de responsabilidad europea; y la UE podrá proteger sus propios intereses financieros sin tener que confiar en la protección que puedan dispensar las autoridades nacionales. Esta tendencia debería reafirmar el compromiso de la UE por devolver la confianza perdida a los mercados financieros a largo plazo. Desde esta perspectiva, parece una apuesta de segura ganancia.

ta la fecha, lo cierto es un paso decisivo en esta dirección resulta imprescindible a la luz del entorno financiero actual. En este sentido, de la misma manera que se están produciendo en la actualidad transferencias de soberanía para la consolidación de la autoridad bancaria europea (17), los Estados miembros deberían aceptar transferencias de soberanía para la protección de los intereses financieros europeos frente a conductas delictivas que pudieran lesionarlos. De nuevo, es cierto que se están produciendo algunos avances en este sentido, tal y como se referirá más adelante. Pero si «no debe desperdiciarse una buena crisis» (18), la Unión Europea no debería desaprovechar la oportunidad de afirmar, de una vez por todas, potestad jurídico penal en el ámbito de la protección de los intereses financieros europeos.

III. LA PRESIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

Si hay algo que ha demostrado la actual crisis financiera, es que los mercados se mueven con mayor rapidez que la política. La crisis de liquidez que afecta a las entidades financieras se ha transformado en una crisis crediticia que afecta a la capacidad de los Estados miembros para financiarse. Prácticamente todos los políticos europeos han mostrado una incesante preocupación con la prima de riesgo de la deuda soberana. Y mientras los mercados financieros han «vapuleado» continuamente la deuda soberana, la actuación de las instituciones europeas ha permanecido latente. Las peticiones de solidaridad a las naciones más pujantes de la Unión Europea ha sido un tema recurrente dentro y fuera del escenario de los Estados más necesitados. Pero la necesidad de una actuación decisiva por parte de la Unión Europea se ha visto postergada en el tiempo.

No resulta extraño, entonces, que el incremento en los costes de financiación por parte de determinados países de la UE, les haya obligado a ceder frente a la realidad financiera y solicitar un rescate. Si bien la propagación de una suerte de enfermedad financiera contagiosa (19) ha provocado que varios Estados hayan solicitado rescates financieros como fichas de dominó (20), las soluciones «a medias» que se han ido ofreciendo muestran, más que nunca, la necesidad de una solución a largo plazo de esta problemática que conlleve un nuevo diseño institucional europeo. Los mecanismos del *European Financial Stability Facility* (21), el *European Financial Stabilisation Mechanism* o el reciente *European Stability Mechanism* son claros ejemplos del intento de las instituciones europeas por aliviar la presión de los mercados financieros de manera definitiva (22). La reciente decisión de establecer una Autoridad Bancaria Europea que supervise a partir del año 2014 a las entidades financieras europeas resulta un ejemplo evidente de consolidar esta tendencia.

Una circunstancia, empero, parece más que evidente en el *quid pro quo* entre Unión Europea y Estados Miembros rescatados. Para poder acceder a los fondos europeos, los Estados Miembros deben renunciar a ciertas parcelas de soberanía. Los presupuestos nacionales han sido recortados, las decisiones sobre importantes decisiones económicas han sido conferidas a la Unión Europea y determinados objetivos europeos se han convertido en política económica nacional. Más aún, ciertos aspectos característicos de la soberanía nacional, como son las elecciones nacionales, se han dejado de lado momentáneamente. Los casos de Grecia e Italia muestran cómo, cuando la necesidad se vuelve imperiosa, el nombramiento de un dirigente próximo a la Unión Europea para

governar el país resulta decisivo. O expresado de otra manera, ciertamente más drástica: la voluntad política de la Unión Europea ha reemplazado en ciertas ocasiones la voluntad política de los ciudadanos de la Unión Europea que se mostraban reacios a admitir un recorte sustancial del Estado de Bienestar.

En el marco de dichas transferencias de soberanía, da la impresión de que un proceso semejante está teniendo lugar en el ámbito de un reducto tradicional de la soberanía nacional: el Derecho penal. Ese es el motivo por el que este trabajo sostiene que la crisis de la deuda soberana europea ha puesto sobre la mesa de forma más inquietante que nunca la necesidad de desarrollar un verdadero Derecho penal europeo (23). Más aún, da la impresión de que los recientes acontecimientos han proporcionado la legitimidad necesaria a la UE para la adopción de legislación penal tendente a proteger los caudales económicos de contribuyentes europeos e inversores internacionales que ya ha comenzado a fluir hacia determinados Estados Miembros. Estas inyecciones de fondos sólo pueden ser debidamente garantizadas si se establecen los mecanismos de supervisión y disuasión adecuados.

El *enforcement* real y efectivo es una condición necesaria, entendemos, para que el nuevo sistema tenga alguna oportunidad de prosperar. En este sentido, la protección de los intereses financieros europeos, incluida la malversación de fondos europeos, ha sido un tema recurrente en la UE. No parece desacertado considerar que la inexistencia de una autoridad fuerte e independiente en la UE que pueda sancionar adecuadamente este tipo de conductas ilícitas ha sido uno de los motivos por los cuales se han producido muchos de los episodios de despilfarro de fondos públicos europeos. Por lo tanto, al igual

que los fondos públicos inyectados por los EE.UU. a muchas empresas estadounidenses han sido cuidadosamente monitorizados por la fiscalía del Departamento de Justicia (24), existe una necesidad imperiosa de contar con mecanismos similares a nivel europeo. Expresado en los términos más sencillos posibles: los fondos europeos deben considerarse fondos federales, y las conductas que atenten contra los mismos, deben ser perseguidos y enjuiciados a nivel europeo.

Por ello, la cuestión que aflora en los mercados financieros es la siguiente: ¿Pueden estar seguros los inversores internacionales que sus inversiones en deuda soberana están garantizadas cuando la sanción de conductas ilícitas sobre las mismas no lo está en igual medida? Más aún, ¿pueden estar seguros los contribuyentes europeos de que sus dolorosos esfuerzos financieros merecen la pena cuando la propia UE no cuenta con mecanismos suficientes para sancionar penalmente las conductas que atentan contra los fondos europeos? De nuevo, no parece desencaminado advertir un cierto riesgo moral (*moral hazard*) en el hecho de que son fondos europeos los que rescatan a los Estados Miembros y a sus entidades financieras, pero la malversación de dichos fondos no puede perseguirse a nivel europeo. En definitiva, si no deben existir lagunas de punibilidad respecto de conductas que atentan gravemente contra los fondos europeos que tanto esfuerzo y sacrificio están demandando de los ciudadanos europeos, entonces la asunción de competencias penales por parte de la UE en esta limitada parcela de la esfera jurídica penal parece resultar plenamente legítima.

IV. LA TRADICIONAL APROXIMACIÓN EUROPEA AL PROBLEMA

La rápida y «típica» respuesta europea a estas cuestiones ha sido dejar al arbitrio de los Estados Miembros la protección de los intereses financieros europeos. Pero parece que los recientes acontecimientos están mostrando que incluso esta suerte de «ignorancia deliberada» frente a la realidad de lo que ha ocurrido en el seno de la UE tiene un límite. Los datos que verifican que ha existido un abuso de los fondos europeos no ofrecen duda alguna al respecto (25). Y reforzaría sin duda la confianza de los inversores internacionales saber que existe una autoridad supervisora y sancionatoria europea realmente efectiva que tutela —también penalmente— la adecuada utilización de los recursos financieros europeos. Realmente puede tildarse como un acto de fe que las instituciones europeas sigan confiando en que los Estados miembros van a sancionar penalmente de manera efectiva los abusos de fondos públicos europeos. Las autoridades nacionales han fallado repetidamente en el intento de sancionar ade-

cuadamente estas conductas como demuestran los escasos procedimientos y aún más escasas condenas. Asimismo, la cifra negra de ilícitos en este ámbito es alarmante y, a la vista de las inyecciones de capital por importe de cientos de millones de euros, resulta cuando menos temerario seguir confiando en el *status quo* —máxime cuando los recortes en el Estado de Bienestar de los ciudadanos europeos están sumiendo a la población en una situación crítica—.

Precisamente por todo ello conviene traer a colación que el Tratado de Lisboa —probablemente sin haber previsto el *tsunami* financiero que se avecinaba— cuenta con las disposiciones legislativas necesarias para proporcionar a la UE el arsenal necesario para afrontar esta nueva etapa. Una Fiscalía Europea, en conjunción con un reforzamiento de las agencias europeas *Europol* y *Eurojust* (26) representan una herramienta sumamente adecuada para hacer cumplir los parámetros de legalidad establecidos por Bruselas (27). La protección total de los intereses financieros parece ser un ingrediente indispensable de la receta del rescate que la UE ha venido desarrollando en los últimos años y presente desarrollar en el futuro. Si la UE no aprueba legislación penal tendente a proporcionar dicha protección, habrá dejado pasar una gran oportunidad para reforzar uno de los componentes vitales de su política financiera. No es casualidad que los Estados federales siempre han considerado que tenían competencia penal para tutelar los fondos federales. El hecho de que el federalismo imperante en la UE no sea un federalismo estatal sino un federalismo supranacional (28) no debería ir en contra de la propia UE. Es una cuestión de diseño del sistema, no de principios.

V. LUCES Y SOMBRAS DE LA COMPARACIÓN CON LA FEDERALIZACIÓN ESTADOUNIDENSE

A la vista de lo que se ha venido señalando, no parece estar de más observar cómo ciertos sistemas federales, especialmente Estados Unidos, han venido protegiendo mediante sanciones penales sus fondos públicos. Reconocer la idiosincrasia europea es una cosa; rechazar la imposición de sanciones penales por parte de la UE cuando ha existido un defraudación sustancial de fondos europeos, es otra (29). En realidad, cualquier otra aproximación a este problema que no siga derroteros similares a los que viene estableciendo la UE respecto de la protección de la competencia —esto es: el baluarte sacrosanto de la integración europea (30)—, hace aflorar la cuestión de cuánto tiempo más puede aguantar la UE sin abordar de manera clara y definitiva la defraudación de los fondos europeos. El presente trabajo sólo pretende resaltar determinados avances que se están

produciendo en la materia y proporcionar argumentos adicionales a favor de esa solución sobre la base de la lógica de los mercados financieros —incluyendo los mercados de deuda soberana—.

Sin duda alguna, el sistema estadounidense de Derecho penal federal no puede trasladarse sin más al continente europeo. Existen demasiadas diferencias estructurales (31) e idiosincrasias nacionales a tener en cuenta. Muchas de las reflexiones aquí expresadas pretenden mantener la necesaria distancia con las instituciones estadounidenses, si bien, al mismo tiempo, beneficiarse al máximo de uno de los sistemas federales con mayor grado de *enforcement* y relevancia político-económica.

En principio, conviene señalar que los debates en EE.UU. sobre el Derecho penal federal son, en realidad, debates sobre el federalismo en sí. De manera similar, los debates sobre el Derecho penal europeo se tornan en debates sobre si la UE tiene competencias en materia penal. Pero las semejanzas van más allá de ciertas identidades en el pensamiento funcional-problemático. La expansión de la legislación penal federal estadounidense sobre la base de la conocida *commerce clause* (32) es sumamente similar a la expansión de la legislación europea en materia penal sobre la base de la «libre circulación de mercancías» dado que la Unión Europea ha considerado que las decisiones judiciales son «mercancías» que deben «circular libremente» sobre la base del principio de reconocimiento mutuo (33). Resulta cuando menos interesante notar que la reticencia de la UE a reconocer la existencia de competencias en materia penal ha creado un sistema penal *sui generis* que, en ciertos aspectos, es más federal que el sistema de Derecho penal federal estadounidense (34). Ello provoca que, posiblemente, estemos en presencia de un momento idóneo para que las autoridades europeas aborden la tarea de proporcionar la protección más efectiva y uniforme posible a los intereses financieros europeos.

VI. EL INCIERTO FUTURO

No hace falta insistir en el hecho de que la adopción de este tipo de medidas va a requerir una voluntad política europea inequívoca. Muchos Estados Miembros, tal y como ha sucedido en el pasado, van a rechazar conferir este tipo de competencias a la UE. Pero la situación actual de la UE ha proporcionado la oportunidad a las instituciones europeas de demandar un *quid pro quo* a los Estados Miembros: si quieren recibir los esperados fondos europeos, deben mostrarse conformes con la adopción de mecanismos europeos de control y sanción (incluida la penal). El documento probablemente idóneo para plasmar dicha reciprocidad sean los cono-

cidos —y denostados— *Memorandums of Understanding* (35). Estados consolidados han precisado enfrentarse a las crisis para llevar a cabo reformas significativas de sus estructuras fundamentales. Probablemente haya llegado el momento de reconocer que aunque la UE no es un Estado federal, tiene los mismos problemas que si lo fuera. Y, por lo general, problemas similares exigen una solución similar.

En el momento en el que se escriben estas líneas, la UE está debatiendo una profunda reforma de los Tratados para consolidar definitivamente la unión fiscal con una serie de sanciones automáticas a imponer a los Estados Miembros que no cumplan con los ratios impuestos por Bruselas (36). Pues bien, esta oportunidad debería ser aprovechada para incluir la creación de la Fiscalía Europea de conformidad con el art. 86 TFUE y establecer un tribunal penal adjunto al TJUE (37). De esta manera, se contaría con una estructura similar a la estadounidense que proporcionaría un *enforcement* más adecuado de las disposiciones relativas a la protección de los intereses financieros europeos. Mientras que dicho *enforcement* sea dejado al arbitrio de los Estados Miembros, el sistema contará con un importante déficit.

VII. ¿UNA NUEVA APROXIMACIÓN EUROPEA?

Desde que la crisis de la deuda soberana comenzó a azotar Europa con el caso griego en mayo de 2010, las instituciones europeas han comenzado a desarrollar un sentido más agudo de la urgencia que requiere la implementación de medidas destinadas a proteger los intereses financieros europeos. Sin embargo, tal y como se observará, las comunicaciones llevadas a cabo por la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea no terminan de abordar el problema de fondo. Así, pese a que lo reconocen y describen de manera correcta, parecen quedarse «cortos» en la verdadera solución al problema. De la misma manera que la UE reacciona de manera tardía a condiciones de mercado adversas —lo cual desencadena importantes «reprimendas» por parte de China y Estados Unidos— los movimientos de la UE en torno a la protección penal de los intereses financieros europeos también parecen desarrollarse a cámara lenta.

1. La protección del dinero de los contribuyentes europeos

Uno de los ejemplos más claros de la ausencia de una férrea determinación al abordar estas cuestiones es la reciente comunicación de la Comisión Europea a otras instituciones europeas sobre la «protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través

del Derecho penal y las investigaciones administrativas. Una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes» (38). Así, pese a que reconoce que «El Tratado establece un marco claro para que la UE refuerce su acción en el ámbito del Derecho penal», que «se necesitan medios más efectivos para combatir las actividades delictivas contra el presupuesto de la UE» y que existe una «protección insuficiente contra el uso delictivo del presupuesto europeo» así como una «insuficiente acción judicial para luchar contra la actividad delictiva», el resultado final sigue careciendo de efectividad suficiente. Ello resulta aún más sorprendente cuando de la lectura del texto de la Comisión Europea se desprende que dicha institución europea es plenamente consciente de los mecanismos necesarios para articular una solución definitiva. Así, la Comisión refiere los siguientes cuatro mecanismos para proteger los intereses financieros de la Unión Europea:

i) Medidas sobre cooperación judicial en materia penal (art. 82).

ii) Directivas con normas mínimas de Derecho penal (art. 83).

iii) Legislación sobre el fraude que perjudique a los intereses financieros de la Unión (arts. 310, apartado 6, art. 325, apartado 4).

iv) El art. 85 permite otorgar competencias de investigación a Eurojust y el art. 86 permite la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión.

Así las cosas, tras reconocer el *status quo* y la necesidad de actuación en este ámbito y los recursos a disposición de las autoridades europeas, la Comisión realiza afirmaciones tan «templadas» como las siguientes: «Si, para alcanzar el legítimo objetivo de combatir el fraude contra el presupuesto de la UE resulta necesario el Derecho penal, incluida una mejora de las definiciones de las infracciones y unas normas mínimas sobre las sanciones, deberán observarse algunos principios rectores». A reglón seguido procede a detallar las garantías procesales en relación con los derechos fundamentales, la aproximación de las legislaciones penales, y la necesidad de reflexionar sobre el reforzamiento de las instituciones europeas. Pues bien, a la vista del estado actual de la UE, con intereses de financiación cada vez más elevados para muchos EE.MM., costes de aseguramiento de la deuda soberana cada vez mayores y las dificultades para su colocación —en una de las recientes subastas de la deuda alemana se obtuvo una de las menores demandas desde la instauración del euro (39)— lo cierto es que la necesidad de una acción decisiva por parte de las instituciones europeas parece cada vez más exigible.

2. La denominada «estrategia anti-fraude»

La reacción europea a la comunicación que acaba de indicarse fue otra comunicación. Así, la Comisión Europea se dirigió a las mismas instituciones europeas señalando cuál iba a ser su «estrategia antifraude» para los próximos años (40). La nueva estrategia de la Comisión Europea para combatir el fraude mediante la prevención, la detección y el establecimiento de unas condiciones adecuadas para las investigaciones del fraude pretende «lograr una **disuasión y reparación adecuadas, con sanciones proporcionadas y disuasorias y respetando un proceso justo**, especialmente mediante la introducción de **estrategias de lucha contra el fraude a nivel de los servicios de la Comisión** y respetando y aclarando las distintas responsabilidades de los diferentes interesados». Esta comunicación refiere que, a lo largo del año 2011, se han presentado diversas iniciativas para combatir el fraude y la corrupción de los intereses financieros europeos. Dichas iniciativas son las siguientes:

La propuesta de la Comisión para modificar el marco jurídico de la OLAF tiene por objeto aumentar la eficacia y rapidez de sus investigaciones, reforzar las garantías procesales, reforzar su cooperación con los Estados miembros y mejorar su gobernanza.

La Comunicación sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas establece de qué manera pretende la Comisión proteger el dinero de los contribuyentes a nivel de la UE contra las actividades ilegales, incluidas las amenazas que plantea la corrupción dentro y fuera de las instituciones de la UE. La Comunicación señala las oportunidades para mejorar el marco del Derecho penal y las herramientas procesales para investigadores y fiscales, así como posibles cambios institucionales tales como la creación de una Fiscalía Europea.

Como complemento a estas iniciativas, la Comunicación sobre la lucha contra la corrupción en la UE establece un mecanismo de información en la materia en la UE para la evaluación periódica de los Estados miembros («Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE»).

El Programa de Trabajo de la Comisión para 2011 también incluye una propuesta para un nuevo marco jurídico sobre la confiscación y la recuperación de activos de origen delictivo, en el capítulo «Iniciativas sobre protección de la economía lícita».

Después de estas buenas intenciones, lo cierto es que las acciones que, como resultado del mismo, se desprenden resultan, de nuevo, un tanto «tibias» en lo que al Derecho penal se refieren. Además de reforzar la transparen-

cia, la ética, la cooperación entre los Estados miembros y la detección del fraude, la Comisión Europea considera que, en el ámbito de las conductas ilícitas que afectan a los intereses financieros europeos.

La justicia debe lograrse con un procedimiento adecuado y en un tiempo razonable. Los procedimientos deben establecer normas mejoradas utilizando mecanismos que permitan una acción rápida e independiente. Además de unas sanciones adecuadas, las personas que sean declaradas culpables y sancionadas administrativamente deben ser efectivamente privadas del producto del delito y los recursos defraudados deben ser recuperados.

Así, para hacer frente a estas conductas ilícitas, la Comisión sólo hace referencia a sanciones «financieras o administrativas». ¿Dónde quedan, entonces, las sanciones penales?

3. Hacia una política criminal europea

La respuesta a esta pregunta puede encontrarse en una reciente comunicación de la Comisión Europea dirigida a otras instituciones europeas efectuada el 29 de septiembre de 2011. El título de la misma resulta esperanzador: «Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal» (41). El problema, de hecho, puede ser precisamente el amplio espectro que pretende abarcar la Comisión: del concreto problema referido a la protección de los intereses financieros europeos —que hoy en día preocupa sobremanera— a la implementación de políticas europeas a través del Derecho penal. La Comisión europea desenfocó en cierta manera el núcleo del problema y, como resultado, perdió parte de su fuerza expresiva al abandonar el territorio seguro (y limitado) de protección de los intereses financieros europeos. Así, la comunicación contiene una serie de políticas y motivos por los cuales resulta aconsejable que la UE actúe en el ámbito del Derecho penal:

El Derecho penal de la UE fomenta la confianza de los ciudadanos en el uso de su derecho a la libre circulación y de adquirir bienes o servicios a proveedores de otros Estados miembros, mediante una lucha más efectiva contra la delincuencia y la adopción de unas normas mínimas aplicables a los derechos procesales en los procedimientos penales, así como a las víctimas de delitos.

— *Hoy en día, muchos delitos graves, incluso violaciones de la legislación armonizada de la UE, se cometen de forma transfronteriza. Así pues, existe un incentivo y la posibilidad para los delincuentes de elegir el Estado miembro con el sistema penal más clemente en determinados ámbitos de la delincuencia, a menos*

que un grado de aproximación de las legislaciones nacionales impida la existencia de tales «refugios seguros».

— *Las normas comunes refuerzan la confianza mutua entre las autoridades judiciales y los servicios represivos de los Estados miembros. Esto facilita el reconocimiento mutuo de las medidas judiciales puesto que las autoridades nacionales se sienten más cómodas reconociendo decisiones adoptadas en otro Estado miembro si las definiciones subyacentes de las infracciones penales son compatibles y si existe una aproximación mínima del nivel de sanción. Las normas comunes también facilitan la cooperación en cuanto a la utilización de medidas especiales de investigación en asuntos transfronterizos.*

— *El Derecho penal de la UE contribuye a impedir y sancionar los delitos graves contra la legislación de la UE en ámbitos importantes, tales como la protección del medio ambiente o el empleo ilegal.*

Del contenido de esta comunicación parece desprenderse que la protección de los intereses financieros europeos no es la *ratio* principal de su actuación. De hecho, como puede observarse, se hace referencia constantemente a la base jurídica del art. 83 TFUE, el cual, como es sabido, aborda la delincuencia grave transfronteriza. No se presta excesiva atención, por tanto, al art. 325 TFUE, que tutela la protección de los intereses financieros europeos. En resumidas cuentas, de lo que acaba de exponerse se deriva que la forma en la que la UE pretende abordar la protección a través del Derecho penal del presupuesto europeo y del dinero de los contribuyentes europeos es como un apéndice de la perspectiva general que sostiene la UE respecto del Derecho penal —y ello con independencia del claro lenguaje empleado por el TFUE respecto de las conductas delictivas que afectan a los intereses financieros europeos—.

VIII. ¿SERÁN SUFICIENTES LAS BUENAS INTENCIONES DE LA UE?

Si bien puede discutirse ampliamente al respecto, lo cierto es que no parece que este tipo de respuesta sea el que exigen las circunstancias actuales. Un mensaje claro y contundente en el sentido de que se procederá a la supervisión europea (incluyendo sanciones penales) de los fondos europeos es no sólo lo que, con mayor seguridad, tranquilizará a los mercados, sino que proporcionará cierto «consuelo» a los ciudadanos europeos de que las penurias que están padeciendo no volverán a repetirse en el futuro. Expresado de manera clara: ¿por qué el sacrificio actual de millones de ciudadanos no conlleva una declaración tajante de que la UE adoptará todas las medidas a su alcance para evitar que

la misma situación se repetirá en el futuro? ¿No sería más razonable que la UE supervisará con todos los medios disponibles en el TFUE que los fondos europeos se encuentran protegidos frente a conductas ilícitas? Ciertamente, los ciudadanos europeos no pueden confiar en que los mecanismos actuales evitarán una situación similar en el futuro, toda vez que no la han impedido en el pasado.

El contexto que acaba de describirse no es en absoluto extraño a los ordenamientos federales. La necesidad de un *enforcement* federal frente a conductas locales que perjudican fondos federales es una constante en la historia del Derecho penal federal. Y es precisamente la independencia por parte de las agencias federales respecto de los factores nacionales la que asegura el necesario equilibrio. Mientras que la UE siga confiando a los Estados Miembros la protección de los intereses financieros europeos, situaciones similares a las padecidas hasta el momento volverán a repetirse. Las posibilidades reales de persecución y condena de conductas delictivas que afecten a los intereses financieros europeos es mínima, tendente a nula (42). ¿Cuál es el incentivo de las autoridades nacionales en perseguir —y los tribunales nacionales en condenar— conductas delictivas que provocan un perjuicio patrimonial a fondos «extranjeros»? Con toda seguridad que muchos miembros del escalafón fiscal y judicial ostentan un sentido de la responsabilidad incuestionable. Pero confiar únicamente en ese sentido de la responsabilidad como única herramienta frente al fraude a los intereses financieros europeos parece un ejercicio de *wishful thinking*. De nuevo, la mejor prueba de que los mecanismos existentes no son suficientes para proteger los intereses financieros europeos es que no han impedido este tipo de conductas en el pasado. ¿Por qué habrían de hacerlo en el futuro? Existe una probabilidad más que razonable de que no lo harán.

Éste y otros motivos son los que han conllevado la supervisión federal de los fondos de rescate TARP en los Estados Unidos. Los individuos que han contribuido al fraude de los fondos europeos hasta el punto de provocar la quiebra de numerosas entidades reiterarán su conducta de una u otra manera en el futuro. Especialmente, si, como consecuencia de dichas conductas, no se abren investigaciones e imponen sanciones penales. Como demuestra la experiencia comparada, en muchas ocasiones son las propias autoridades locales en EE.UU. las que solicitan que intervengan las agencias federales para que investiguen y castiguen este tipo de conductas. Dichas autoridades poseen los recursos humanos necesarios, pero difícilmente ostentan el conocimiento y posibilidades de investigación que existen a nivel federal. Precisamente por ello, en EE.UU. se creó la *Office of the Special Inspector General for the Troubled Asset Relief*

Program (SIGTARP), encargada de supervisar de cerca la aplicación de los fondos de rescate. *SIGTARP* es una agencia temporal que proporciona los medios necesarios para que se efectúe la supervisión adecuada por parte del Departamento de Justicia y el Tesoro. Precisamente este alto nivel de supervisión de los fondos federales en EE.UU. debería servir de indicación a la UE de la necesidad de implementar mecanismos de supervisión semejantes —sobre todo a la luz de la ingente cantidad de fondos inyectados—.

A nivel europeo, las deficiencias de supervisión se han puesto ya de manifiesto por la Oficina Antifraude europea, la OLAF (43). Ya respecto del año fiscal 2010, la OLAF refiere el número de denuncias que se cursan a las autoridades nacionales que finalmente no resultan en investigación alguna (44). La cantidad de 68 millones de euros recuperada palidece al lado de la cantidad (detectada) defraudada. De nuevo en el año 2011 se produjo una importante discrepancia entre las cantidades defraudadas y las recuperadas, incluso teniendo en cuenta que en un solo caso en Italia se recuperó 328 millones de euros. En general, en el informe remitido por la OLAF para el año 2011 se declara expresamente «La experiencia de OLAF, basada en estadísticas y análisis pormenorizados, muestra cómo existe un déficit disuasorio en el ámbito de los delitos contra los intereses financieros europeos (...) Adicionalmente, los operadores jurídicos han hecho continua referencia al hecho de que la cooperación mutua entre los Estados tiene sus límites, que la utilización de pruebas obtenidas en otros Estados resulta sumamente problemática y que existe una clara tendencia a investigar y sancionar los casos nacionales, despreocupándose de los casos europeos» (45). En pocas palabras, la OLAF ha expresado la necesidad de que exista una supervisión europea de los fondos europeos.

IX. LAW ENFORCEMENT Y LA RACIONALIDAD DE LOS INVERSORES: ALGUNAS LECCIONES APRENDIDAS DEL DEBATE DE LA ESCUELA DE LAW & FINANCE

Durante años, la conocida Escuela de *Law & Finance* ha estudiado la relación existente entre regulación financiera y racionalidad inversora (46). Realizando un muestreo en 49 países, finalmente concluyeron que existía una relación estadística significativa entre el grado de desarrollo de la regulación legal de un determinado país y su grado de desarrollo financiero (47). En líneas generales, mostraron cómo los países del *Common Law* han tenido un desarrollo financiero mayor (4.3% *per capita*) que los países de *Civil Law* (3.7% *per capita*) (48). Los autores concluyen uno de los estudios más conocidos indican-



do que «las pruebas existentes respecto de la importancia que tiene la regulación legal a la hora de determinar los derechos de los inversores (...), hacen que aquellos países que proporcionan una protección débil a los inversores deben adoptar rápidamente las mejores prácticas legales de mayor protección del sector» (49).

Estos estudios se centran principalmente en la legislación y no tanto en su aplicación y ejecución ordinaria. Según estos autores, una regulación adecuada de la protección que debe dispensarse a los derechos de los inversores favorece un desarrollo rápido y sólido de los mercados financieros. Interpretado en el contexto que se adopta en este trabajo, dichas conclusiones conllevarían que resultara lógico afirmar que la credibilidad financiera europea se podría recuperar rápidamente si las instituciones europeas proporcionaran el marco legal adecuado a tal efecto (50). Pues bien, además de dicha conclusión, resulta notable que los análisis subsiguientes han mostrado que, además de la perspectiva legislativa (*law-in-the-books*), hace falta tener en cuenta —con mayor significación aún— la perspectiva ejecutoria (*law-in-action*). O expresado de otra manera, el elemento más decisivo para asegurar la salud de los mercados financieros —incluido el de la deuda soberana— parece ser el *enforcement*.

Tal y como ha expuesto recientemente el conocido profesor de *Columbia University*, JOHN C. COFFEE (51), el elemento que parece ser determinante a la hora de tomar la decisión de inversión, es el grado de *enforcement* de dicha regulación legal en una jurisdicción en concreto (52). En este sentido, si las instituciones europeas siguen insistiendo en el modelo de proporcionar únicamente el texto de nuevas regulaciones pero permitiendo que sean los Estados Miembros los que lleven a cabo el *enforcement*, entonces la señal que estarán enviando a los inversores será incorrecta en términos de una recuperación

pronta y plena de la confianza. La aprobación de las directivas antecitadas sin la creación simultánea de un Ministerio Fiscal Europeo arroja importantes dudas sobre si finalmente proporcionará la confianza necesaria a los inversores respecto de la protección frente a conductas ilícitas que afectan a los intereses financieros de la UE. En definitiva, se cuestionará si los responsables de dichas conductas serán perseguidos y enjuiciados rápida, eficaz e imparcialmente por las mismas.

Un claro ejemplo de lo que se viene indicando puede encontrarse en los litigios estadounidenses relacionados con los títulos valores «extranjeros a la tercera potencia» [*foreign cubed securities*] (53): es decir, el emisor es extranjero, el inversor es extranjero y se emiten en un *Exchange* extranjero. Así, ¿por qué los inversores de todas partes del mundo acuden en masa a la jurisdicción estadounidense para interponer sus demandas judiciales por fraude en la adquisición de títulos valores de sus respectivos países aduciendo infracción de las normas estadounidenses (Sección 11.^a de la Ley de 1933, y la famosa regla 10(b)-5)? La contestación no se antoja excesivamente compleja. El nivel de *enforcement* que existe en Estados Unidos da una confianza importante a los inversores de que cualquier tipo de defraudación será perseguida rápida y eficazmente por las autoridades estadounidenses. De hecho, es tal la confianza generada por el sistema estadounidense que los innumerables procedimientos abiertos año tras año en EE.UU. por este tipo de litigios han obligado a la Corte Suprema a reducir el número de litigios mediante una reinterpretación de determinadas disposiciones legales que reducen la competencia de los juzgados estadounidenses (54).

Precisamente el dato empírico de que los inversores se ven claramente atraídos al sistema jurídico que proporciona un nivel más elevado de *enforcement* debería servir de guía a las instituciones europeas que tienen ante sí una

difícil decisión en términos de coste político. Si la UE es capaz de proporcionar un sistema unificado de *enforcement* a nivel europeo (y no sólo nacional) respecto de aquellas conductas que perjudican a los intereses financieros europeos —incluyendo el ámbito penal— los inversores volverán a confiar en los mercados financieros de la UE —como confían en los de EE.UU.— (55). Tendrán una confianza renovada en que no existirá, por ejemplo, una connivencia entre reguladores nacionales y entidades financieras nacionales (56). Evitar esta cuestión parece que no sirve a otro fin que al de prolongar una agonia que dura ya demasiado.

X. CONCLUSIÓN

En unos momentos decisivos, en los que el futuro de la UE está en juego, se ha abierto

una ventana de oportunidad para proporcionar a los intereses financieros europeos la protección que merecen y necesitan. Si realmente se quiere evitar que en el futuro se vuelvan a producir los acontecimientos dramáticos que han provocado la crisis de la deuda soberana europea, entonces resulta imprescindible que se institucionalice alguna forma de protección penal centralizada de los intereses financieros europeos; incluyendo disposiciones legales europeas y *enforcement* europeo. Dicho en pocas palabras: una protección «federalizada». La objeción un tanto recurrente de que de esta forma se está sustrayendo soberanía nacional a los Estados Miembros puede ser fácilmente abordada en la actualidad. Si los países europeos están transfiriendo competencias en materias que afectan al núcleo de la soberanía política nacional, permitir

a la UE que proteja sus propios intereses financieros parece una concesión un tanto menor.

Los intereses legítimos tanto de los contribuyentes europeos como de los inversores internacionales se encuentran en este momento plenamente alineados con la soberanía europea. Los inversores tendrán la impresión de que sus inversiones son más seguras; los contribuyentes europeos tendrán la sensación de un mayor grado de responsabilidad europea; y la UE podrá proteger sus propios intereses financieros sin tener que confiar en la protección que puedan dispensar las autoridades nacionales. Esta tendencia debería reafirmar el compromiso de la UE por devolver la confianza perdida a los mercados financieros a largo plazo. Desde esta perspectiva, parece una apuesta de segura ganancia. ■

NOTAS

(1) El presente texto es una versión escrita de la conferencia a impartir en la *Second Annual International Conference on Law, Regulations and Public Policy* celebrada el 17 y 18 de junio de 2013 en Singapur. Se ha mantenido el estilo oral, introduciendo algunas notas indispensables.

(2) Para una perspectiva general vid. ANDRE KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*. 2a Ed. 2012; HELMUT SATZGER, *International and European Criminal Law 2012*; ESTER HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law 2012*; VALSAMIS MITSILEGAS, *EU Criminal Law 2009*. BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2.ª ed. 2008. KAIAMBOS (ed.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, 2012; SIEBER / BRÜNER / SATZGER / V. HEINTSCHEL-HEINEGG (eds.), *Europäisches Strafrecht*, 2012. En España MARTA MUÑOZ MORALES, *El Legislador penal europeo: Legitimidad y Racionalidad*, 2011 con múltiples referencias.

(3) Vid. CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *European Federal Criminal Law*, 2013 [en prensa]. Con anterioridad CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal europeo?», en CANCIO MELIA (Coords), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 151 y ss.

(4) WINSTON CHURCHILL, *Discurso en la Universidad de Zurich*, 19 de septiembre de 1946. Disponible en: <http://www.churchill-society-london.org.uk/astonish.html>.

(5) DWIGHT DAVID EISENHOWER, *Discurso ante la English Speaking Union Dinner at Grosvenor House*, Londres, 3 de julio de 1951. Disponible en: <http://www.eisenhowermemorial.org/stories/english-speaking-union-speech.htm>.

(6) JAMES RICHARD, *CURRENCY WARS. The Making of the Next Global Crisis*, 2011.

(7) Ello incluye la solución de una «Europa más modesta» que se limite a la «unidad en la diversidad» tal y como es propuesta por CHRISTIAN JOERGES, «Europe's Economic Constitution in Crisis», *ZENTRA WORKING PAPERS IN TRANSNATIONAL STUDIES*. No. 06/2012.

(8) THE FIRST BANK OF THE UNITED STATES. A CHAPTER IN THE HISTORY OF CENTRAL BANKING. *Federal Reserve Bank of Philadelphia*. junio 2009, pág. 1.

(9) Vid. el interesante análisis de PAUL DE GRAUWE, «The European Central Bank: Lender of Last Resort in the Government Bond Markets?», *CESIFO WORKING PAPER NO. 3569*, 2011.

(10) Vid. KENNETH MATZIORINIS, «Is the "Euro Bond" the Answer to the Euro Sovereign Debt Crisis? What Outcome can Investors Expect out of Europe?», diciembre 2011. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1999518>, quien sugiere que hacer un pool de riesgos fiscales, crear un Tesoro Europeo, y emitir Euro-bonos asegurados recíprocamente es la solución óptima y el resultado inevitable del proyecto de integración económica europea.

(11) Ley de 27 de junio 27, 1798, 1 Stat. 573. Chap. LXI.—An Act to punish frauds committed on the Bank of the United States. La primera legislación penal federal fue aprobada el 30 de abril de 1790.

(12) Para una aproximación general a la relación existente entre la crisis de la deuda soberana y los rescates vid. FRANCISCO ROCH AND HARALD UHLIG, «The Dynamics of Sovereign Debt Crises and Bailouts», disponible en: ec.europa.eu/economy_finance/events/.../day2-paper1_en.pdf.

(13) En numerosas ocasiones se ha hecho referencia a que el profundo conocimiento del Presidente de la Reserva Federal (Ben Bernanke) de la Gran Depresión ha tenido un impacto significativo en la aproximación de EE.UU. a la crisis financiera del Siglo XXI. Vid. en este sentido LAURENCE BALL, «Ben Bernanke and the Zero Bound», *NBER Working Paper No. w17836* (febrero 2012). Vid. también las reflexiones del propio Ben Bernanke, BEN BERNANKE / HAROLD JAMES, «The Gold Standard, Deflation, and Financial Crisis in the Great Depression: An International Comparison», en: R. GLENN HUBBARD (ed.), *Financial Markets and Financial Crises*, 2011, pp. 33-68.

(14) Vid. THEO BALDERSTON, *ECONOMICS AND POLITICS IN THE WEIMAR REPUBLIC*, 2002.

(15) Para una visión tradicional de dichas críticas vid. PETER ALEXIS ALBRECHT/STEPHAN BRAUM, «Deficiencies in the development of European Criminal Law», *European Law Journal* 5 (1999), pp. 293-310.

(16) 17739/12. PRESSE 528.

(17) El reciente simposio *The Sovereign Debt Crisis: Towards Fiscal Union in Europe?*, que tuvo lugar el 7 de junio de 2012 contiene los elementos decisivos para superar dicha situación.

(18) Esta cita ya clásica es utilizada precisamente por JOHN C. COFFEE, «The Political Economy of Dodd-Frank: Why Financial Reform Tends to be Frustrated and Systemic Risk Perpetuated», *Cornell Law Review* 2012. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982128 para justificar que «only after a catastrophic market collapse, can legislators and regulators overcome the resistance of the financial community and adopt comprehensive "reform" legislation». De manera sumamente similar, JURGEN HABERMAS, *The Crisis of the European Union. A response*, 2012 considera que la «crisis es una oportunidad» para profundizar en los fundamentos democráticos europeos.

(19) Vid. SEBASTIAN MISSIO AND SEBASTIAN WATZKA, «Financial Contagion and the European Debt Crisis», *CESIFO WORKING PAPER NO. 3554*, agosto 2011.

(20) Vid. ROBERTO A. DE SANTIS, «The Euro Area Sovereign Debt Crisis: Safe haven, Credit Rating Agencies and the Spread of the Fever from Greece, Ireland and Portugal», *European Central Bank*, Working Paper SeriesNo 1419, febrero 2012.

(21) Vid. entre muchos otros, HUIZINGA, HARRY/ HORVÁTH, BÁLINT, «Does the European Financial Stability Facility Bail Out Sovereigns or Banks? An Event Stud». *European Banking Center Discussion Paper No. 2011-031*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1957584>.

(22) Vid. el extenso análisis de RODRIGO OLIVARES-CAMINAL, «The EU Architecture To Avert a Sovereign Debt Crisis», disponible en: <http://www.oecd.org/finance/financialmarkets/49191980.pdf>, que fue presentado en el simposio «Financial Crisis Management and the Use of Government Guarantees», celebrado en la OCDE en París el 3 y 4 de octubre de 2011.

(23) Una aproximación interesante al origen de la crisis, los retos políticos que tiene ante sí la UE para resolverla y las consecuencias de una posible salida de Grecia del Euro puede verse en MARTIN FELDSTEIN, «The Euro and The European Economic Conditions». *National Bureau of Economic Research Working Paper 17617* (2011).

(24) El conocido programa TARP «Trouble Assets Release Program» y los consiguientes programas de rescate son monitorizados de cerca por el Departamento de Justicia. La cantidad de recuses y agentes federales asignados a este programa se ha visto incrementado desde su inicio en el año 2008. Así, sólo para año fiscal 2010 se dotaron

62.6 Millones de Dólares y 359 puestos (54 agentes y 165 abogados) tal y como requirió el Departamento de Justicia: <http://www.justice.gov/jmd/2010factsheets/pdf/cff-fisc.pdf>.

(25) En resumen «Overall figures for 2010 indicate that the number of irregularities reported has increased for all sectors» [REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL, Protection of the European Union's financial interests-Fight against fraud-Annual Report 2010 (accessible: http://ec.europa.eu/anti_fraud/reports/commission/2010/EN.pdf).

(26) Para una visión general de la estructura propuesta entre Eurojust y el Ministerio Fiscal Europeo vid. JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS, «Towards a European Public Prosecutor's Office: the Long and Winding Road» en: ANDRE KLIP (ed.) *Substantive Criminal Law of the European Union*, 2011.

(27) Para una visión comprensiva de estas agencias y las que asimismo se proponen vid. ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*. 2A.ed, 2012, pp. 383-414.

(28) Sobre este concepto vid. ARMIN VON BOGDANDY, «Founding principles», en BOGDANDY/BLAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2009, pp. 11 ss. Para una interpretación de su importancia para el ámbito del Derecho penal vid. CARLOS GÓMEZ-JARA, *European Federal Criminal Law*, 2013.

(29) Para un análisis de la práctica estadounidense en el ámbito de las sanciones, así como una comparación con Europa, vid. JAMES Q. WHITMAN, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, 2033, pp. 41-64.

(30) Tal y como lo indica ANDRE KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, pág. 454: «Competition law is the only area where the European Union currently has direct enforcement powers at its disposal. Competition law has its origins in the internal market from the very beginnings of the European Communities».

(31) Difícilmente puede encontrarse una explicación más ilustrativa que la de JULIE E. SULLIVAN, «The Federal Criminal Code is a Disgrace: Obstruction Statutes as a Case Study», *J. Crim. L. & Criminology* 96(2006), pág. 643: el «código» penal federal americano es una «incomprehensible, random and incoherent, duplicative, ambiguous, incomplete, and organizationally nonsensical mass of federal legislation that carries criminal penalties».

(32) NORMAN ABRAMS, SARA SUN BEALE AND SUSAN RIVA KLEIN, *Federal Criminal Law and its Enforcement*. 5.ª ed. 2010.

(33) Tal y como lo expresa el propio tenor literal de la decisión marco introduciendo la euro-orden «Es preciso sustituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia» <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:en:HTML>.

(34) Vid. CARLOS GÓMEZ-JARA, *European Federal Criminal Law*, 2013.

(35) De hecho, resulta evidente que las condiciones impuestas en los MOUs conllevan una transferencia de soberanía nacional. Vid., por ejemplo, el MOU firmado con Grecia http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2012-03-01-greece-mou_en.pdf. Una cesión de soberanía limitada al ámbito del Derecho penal que afecta a los intereses financieros europeos, sería plenamente coherente

con la tendencia actual y con el art. 325 TFUE, especialmente si se toma en consideración que éstos no son intereses «genuinamente» nacionales, sino intereses supranacionales de la UE.

(36) Para más detalles vid. HERMAN VAN ROMPUY, «Towards a Genuine Economic and Monetary Union», EUCO 120/12. 26 junio de 2012.

(37) Para una discusión del proceso legislativo tendente a constituir la Fiscalía Europea vid. ANDRE KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*. pág. 463.

(38) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas. Una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes. COM(2011) 293 final. Bruselas, 26.5.2011.

(39) *Wall Street Journal*, Jueves, 24 de noviembre de 2011 «German Bond Sale Spurs Worries».

(40) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, AL COMITÉ DE LAS REGIONES Y AL TRIBUNAL DE CUENTAS SOBRE LA ESTRATEGIA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE DE LA COMISIÓN, COM(2011) 376 final.

(41) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, AL COMITÉ DE LAS REGIONES Y AL TRIBUNAL DE CUENTAS, «Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal». COM(2011) 573 final.

(42) Esta tensión entre Estados Miembros y Unión europea será decisiva a la hora de definir la relación que existirá entre Fiscalía Europea y Estados Miembros. Para una discusión de esta relación y los tres posibles modelos a implementar vid., ANDRE KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, pp. 459-464.

(43) El rol que la OLAF está llamada a desempeñar en relación con la Fiscalía Europea será sumamente significativo. Tal y como lo indica JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS, «Towards a European Public Prosecutor's Office: the Long and Winding Road» in ANDRE KLIP (ed.) *Substantive Criminal Law of the European Union*, 2011: «En la actualidad, la OLAF posee el expertizaje y conocimiento necesario para la investigación de delitos contra los intereses financieros europeos. No resulta concebible que en el futuro se lleven a cabo actuaciones sin contar con la OLAF. El propio Plan de Acción del programa de Estocolmo lo reconoce claramente».

(44) Por poner un ejemplo ilustrativo, en España, durante 1999 y 2007, la OLAF remitió 79 para que se iniciaran las correspondientes investigaciones penales. Se iniciaron 28 procesos y se obtuvieron 4 condenas. De nuevo, como indica JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS, «Towards a European Public Prosecutor's Office: the Long and Winding Road» in ANDRE KLIP (ed.) *Substantive Criminal Law of the European Union*, 2011, de ello se pueden sacar dos conclusiones: a) que la especialización es claramente un valor añadido que incrementa la eficacia de los procesos; b) que, en general, el número de condenas es sustancialmente bajo y que hay espacio para la mejora».

(45) Informe OLAF P. 35.

(46) Vid., entre muchos, RAFAEL LA PORTA, FLORENCIO LÓPEZ-DE-SILANES, ANDREI SHLEIFER and ROBERT W. VISHNY, «Law and Finance», *J. Pol. Econ.* 106 (1998), pp. 1113 ss.

(47) LA PORTA ET AL., *J. Pol. Econ.* 106 (1998), pp. 1151.

(48) LA PORTA ET AL., *J. Pol. Econ.* 106 (1998), pp. 1138 tbl.II.

(49) RAFAEL LA PORTA ET AL., «Investor Protection and Corporate Governance», *J. Fin. Econ.* 3, 58 (2000), pp. 20 ss.

(50) HOWELL E. JACKSON, «Regulatory Intensity in the Regulation of Capital Markets: A Preliminary Comparison of Canadian and U.S. Approaches», *The Task Force To Modernize Securities Legislation in Canada, Canada Steps Up: Research Studies: Strengthening Market Credibility and Integrity*, 2006, pp. 75, 98, disponible en [http://www.tfmsl.ca/docs/V6\(2\)%20jackson.pdf](http://www.tfmsl.ca/docs/V6(2)%20jackson.pdf).

(51) JOHN C. COFFEE, «Law and The Market: The Impact of Enforcement», *U. Pa. L. Rev.* 156 (2007), pp. 229 ss. El fundamento último del planteamiento de COFFEE es que sólo existe una variable auténtica —la intensidad del enforcement— que permite explicar las diferencias entre diversos ordenamientos en lo que se refiere a costes de capital y, por tanto, es la fuerza motora de las decisiones de los inversores. Vid. también JOHN C. COFFEE, Jr., «The Rise of Dispersed Ownership: The Roles of Law and the State in the Separation of Ownership and Control», *Yale L.J.* 111 (2001), pp. 8 s. (argumentando que es el nivel de control estatal de la economía más que la naturaleza del sistema jurídico que gobierna a un país el que tiene un impacto más significativo en el desarrollo financiero de un país).

(52) En muchas ocasiones, la doctrina ha subestimado este rol, pero, en última instancia, tanto los inversores como los no inversores dependen del grado de eficacia de la regulación financiera, toda vez que los costes de un underenforcement se hacen notar en el conjunto de la economía.

(53) Vid. la explicación de este tipo de litigación compleja en los EE.UU. que ofrece el artículo STEPHEN J. CHOI/LINDA J. SILBERMAN, «Transnational Litigation and Global Securities Class Actions», *WIS. L. REV.* (2009), pp. 465, 476.

(54) Vid. CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La protección penal transnacional de los mercados financieros*, 2013 [en prensa] con ulteriores referencias.

(55) Así lo describe específicamente la referida propuesta de Directiva de sanciones penales para la manipulación de mercado (2011/0297 (COD), pág. 7): «Un mercado financiero integrado y eficiente requiere integridad del mercado. El buen funcionamiento de los mercados de valores y la confianza del público en los mercados son requisitos imprescindibles para el crecimiento económico y la riqueza. El abuso de mercado daña la integridad de los mercados financieros y la confianza del público en los valores y los instrumentos derivados. Esta apreciación proviene del resultado que arrojó el estudio comparativo de impacto (impact assessment) llevado a cabo por la comisión europea y que concluía que la legislación penal en este ámbito tendrá un efecto positivo en la confianza de los inversores y contribuirá de esta manera a la estabilidad financiera de los mercados financieros».

(56) La conexión entre ambas ha sido puesta claramente de manifiesto por algunos autores; vid. ARTURO ESTRELLA/SEBASTIAN SCHICH, «Sovereign and banking debt interconnections through guarantees», *OECD Journal: Financial Market Trends*, 2011, pág. 21; especialmente en países como España, en los que bancos nacionales adquieren la mayor parte de la deuda soberana nacional. Ello provoca una tendencia natural para que el gobierno relaje ciertos estándares respecto de los bancos nacionales.

Audiencia Provincial

AP Sevilla, S 17/2013, 14 Mar.

Ponente: Romeo Laguna, Juan José

LA LEY 13468/2013

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Sustracción por un agente de policía de la droga almacenada en los calabozos de la Jefatura, valorada en 2.743.400 euros, utilizando una copia clandestina de las llaves

Comisión de un robo con fuerza en las cosas sustrayendo droga almacenada en los calabozos de una Jefatura de Policía y de delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales

La AP concluye, en primer lugar, que los hechos son constitutivos de un delito continuado de robo con fuerza imputable a dos de los acusados en concepto de autores y a otro en concepto de cómplice. De las deposiciones de los acusados se infiere el plan de apoderarse de la droga depositada en la Jefatura de Policía, sin que sea creíble la coartada conjunta, y que el acceso a los calabozos se realizó con una copia del juego de llaves que franqueaban la puerta de acceso a éstos y de la llave de los dos candados de aseguramiento obtenidos clandestinamente por el acusado durante el ejercicio de sus tareas para salvar tales medidas de aseguramiento para evitar la sustracción de los alijos de droga allí depositados.

La Sala entiende que la tercera acusada tan sólo tuvo una actuación auxiliar en la confección de los paquetes que sustituyeron a los alijos de droga, por lo que su participación no va más allá de la complicidad. En tal elaboración han participado otras personas, por lo que no puede predicarse en ella una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), o que su colaboración fuera de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o que pudiera haber impedido la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho). Así, se trató de una participación accidental y secundaria.

Igualmente los hechos suponen un tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en la modalidad agravada del delito en cantidad de notoria importancia (arts. 368 y 369.1.5.º CP), imputable a los dos primeros acusados, mediante la sustitución material de la heroína y cocaína pura, valoradas en 2.7843.400 €, concurriendo el segundo acusado la agravante específica de ser funcionario público del art. 369.1.1.ª CP.

Asimismo, los hechos son constitutivos de un delito de blanqueo de capitales procedente del narcotráfico (arts. 301 y 374 CP),

imputable a dos de los acusados que, con el dinero obtenido por la venta de drogas, adquirieron bienes inmuebles y realizaron inversiones sin tener patrimonio y/o ingresos lícitos que expliquen esas adquisiciones e inversiones. Se considera que la esposa del agente de policía es autora por dolo eventual de un delito de blanqueo de capitales en su tipo básico (art. 301.1 CP), al colaborar con su marido para ocultar parte de las ganancias obtenidas por la comisión delictiva, aceptando como altamente probable el carácter ilícito de una inversión de cuantía tan desmesurada para los ingresos que conocía de su marido.

La AP condena a dos de los acusados como autores de los delitos de robo continuado, tráfico de drogas y blanqueo de capitales, concurriendo en el primero la agravante de prevalimiento del carácter público, a la tercera acusada como cómplice del delito de robo continuado y autora de blanqueo de capitales, y a la cuarta acusada por un delito de blanqueo de capitales.

Tribunal Supremo

TS, 2.ª, de lo Penal, S 213/2013, 14 Mar.

Ponente: Monterde Ferrer, Francisco

LA LEY 20950/2013

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Responsabilidad subsidiaria del Banco Popular por estafa y falsedad al absorber al Banco de Andalucía, para el que trabajaba como agente financiero el acusado

La actividad del acusado contaba con la anuencia del banco que le nombró Agente, y se encontraba dentro del ejercicio normal o anormal de sus funciones, en este caso de captación de clientes y suscripción de contratos de depósito a corto plazo

La AP condena al acusado por un delito continuado de estafa en concurso con otro de falsedad documental y absuelve a la entidad bancaria de responsabilidad civil subsidiaria. Se recurre en casación.

El TS razona que a los efectos de la responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120.4 CP, es preciso (i) que entre el infractor y el responsable civil subsidiario haya una relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o circunstancial y esporádica, de su principal, o, al menos, que la actividad que realice cuente con la beneplácito o anuencia del segundo, y (ii) que el delito se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anor-



mal de la actividad del infractor. En autos, el TS no comparte el criterio de instancia que concluye que entre la entidad bancaria y el autor material no existe la relación, vínculo o dependencia del art. 120 CP. En la instancia se toma únicamente en consideración el criterio de la vinculación jurídica entre el acusado y la entidad.

La doctrina y la jurisprudencia ha evolucionado en el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria, desde la culpa «in vigilando» o «in eligendo» hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente. Basta que la actividad cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin dependencia jerárquica u orgánica, siendo suficiente la meramente funcional. Asimismo, que el delito esté inscrito en el ejercicio, normal o anormal, de las funciones del infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación, incluidas las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas.

En los hechos probados consta que el Banco de Andalucía fue absorbido por el Banco Popular a todos los efectos. Asimismo, el acusado tiene la condición contractual de Agente financiero, captaba clientes para el banco y terceros, les ofrecía la suscripción de un producto bancario, consistente en un depósito a alto interés, empleando para ello un modelo de contrato del Banco Popular, modificado informáticamente, firmando el documento como Agente financiero, insertando un sello ad hoc, con su número de clave de agente financiero del banco y, consiguió que las aportaciones fueran realizadas por los perjudicados en las cuentas, hasta cuatro, que el acusado abrió en la misma entidad bancaria. Resulta evidente, por tanto, que en nuestro caso se han dado los elementos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad civil subsidiaria reclamada.

El TS estima en parte la casación, casa y revoca el fallo de instancia en el único sentido de condenar al banco, como responsable civil subsidiario.

Audiencia Provincial

AP Granada, S 263/2012, 1 Jun.

Ponente: Pinazo Tobes, Enrique Pablo

LA LEY 146158/2012

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Resuelta la compraventa por impago del precio, la vendedora no puede retener, además de la cantidad fijada en la cláusula penal, la pactada en concepto de garantía del precio

Ya no es exigible la comparecencia al otorgamiento de escritura, sin que exista incumplimiento. No es aceptable que la garantía se convierta en cláusula penal, no ya sustitutiva de los daños y perjuicios derivados de la resolución, sino acumulativa

El JPI estima la existencia de dos incumplimientos en la compradora, el de no comparecer al otorgamiento de la escritura pública y el de no abonar las cantidades aplazadas en la compraventa, por lo que se estima la procedencia de la retención duplicada impuesta por la compradora de la parcela. Se recurre en apelación, donde la Sala argumenta que tanto la sentencia apelada, como la parte demandada, confunden cláusula penal y garantía, sin que resulte comprensible su equiparación, desnaturalizando su función, llegando a la conclusión de que existe doble penalización en caso de resolución.

No puede considerarse que en sede de resolución, donde ya no es exigible la obligación de comparecer al otorgamiento de escritura o pagar el resto del precio, haya incumplimiento al respecto, salvo que, ignorando la esencia de los efectos de la resolución contractual, la garantía pase a convertirse en cláusula penal, no ya sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la resolución, sino añadida a la prevista con tal finalidad en la cláusula octava, en modalidad acumulativa, en contra además de reiterada doctrina del TS, que recuerda que la cláusula penal es una excepción al régimen general de las obligaciones, por lo que debe interpretarse restrictivamente, «en cuanto sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, por lo que las dudas sobre su existencia y alcance deben interpretarse en un sentido restrictivo impidiendo aplicarla a supuestos distintos de los previstos por las partes» (STS 30-09-2009). Por tanto, dado que en fase de resolución, ya ha percibido la vendedora el importe de los daños y perjuicios que, conforme a lo previsto en la estipulación penal octava del contrato, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, prevista para la situación de incumplimiento de la

obligación de pago del comprador, no demostrándose tampoco que se generasen por un importe superior, debe restituir la demandada, como consecuencia de la rescisión del contrato, la cantidad que por el mismo importe y como parte del precio también indebidamente ha retenido, sin que obviamente tras la resolución pueda serle exigida ninguna otra por el contrato. En todo caso, frente a lo sostenido por la apelada, la actora ha asumido las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones, sin que sea cierto que, como expone la recurrente, aquí exista, para el caso de resolución, ninguna doble penalidad.

La AP revoca la sentencia de instancia y estima la demanda de devolución a la compradora de las cantidades indebidamente retenidas por la vendedora tras la resolución del contrato a instancia de la primera, aceptado por la segunda.

Audiencia Provincial

AP Cádiz, S 216/2012, 8 Jun.

Ponente: Marina Marina, María Nieves

LA LEY 159584/2012

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es



lación, asimismo, se desestima. Por último, la sentencia que acuerda la realización de las obras necesarias para reponer al estado inicial, anterior a la ejecución de las obras del lateral de la comunidad, en consonancia con la nulidad del acuerdo, mediante el derribo del cierre lateral derecho de la urbanización y las casetas edificadas para las basuras. En dicha coyuntura, la Junta Extraordinaria de 2009 recoge que «como se tiene conocimiento que en breve se va a proceder al derribo del cerramiento de la zona lateral de la urbanización, se procede a ratificar el acuerdo del cierre de la misma aprobado en Junta del año 2006».

Debe determinarse si el acuerdo de 2009, es coincidente con el acuerdo previo de la Comunidad, origen de los sucesivos pleitos, como sostiene la actora y la sentencia recurrida, o si por el contrario como argumenta la demandada apelante es distinto. En principio ha de entenderse que el objeto es el mismo, es decir, el cerramiento de la urbanización. A la vista de la documental, hay una falta absoluta de concreción de los aspectos diferentes entre el acuerdo inicial de cerramiento y el proyectado para sustituir el anterior, cuya demolición se ejecutó de forma forzosa.

En conclusión, cabría estimar cosa juzgada en la sentencia recurrida, por apreciarse la concurrencia de la triple identidad de personas, cosas y causas de pedir, siempre que no tropezáramos con el escollo de los acuerdos de la Junta de 2006, que de forma inexplicable no fueron impugnados en plazo, pese a conocerse y haber sido entregado personalmente a la letrada apelante, tras el acuerdo comunitario, copia de los planos del plan de cerramiento. La vigencia de dichos acuerdos es incontestable. Debe estarse a lo acordado en los mismos, por lo que no cabe apreciar cosa juzgada en relación al acuerdo de la Junta de 2009, que se limita a la mera ratificación de los acuerdos de 2006 no impugnados.

La AP desestima la acción de impugnación del acuerdo comunitario que aprobó el cerramiento de la urbanización. ■

Validez del acuerdo comunitario de cerramiento de la urbanización coincidente con un acuerdo anterior que fue anulado judicialmente

No se impugna el acuerdo anterior, pese a tener conocimiento del mismo. No cabe apreciar cosa juzgada en relación al acuerdo de la Junta de 2009, que se limita a la mera ratificación de los acuerdos de 2006 no impugnados

La Comunidad de Propietarios recurre la demanda declarativa de la nulidad del acuerdo de una Junta Extraordinaria de aprobación por mayoría del derribo del cerramiento de la zona lateral de una urbanización, oponiéndose a la aplicación de la excepción de la cosa juzgada alegada por los actores y acogida por la sentencia recurrida.

Conviene enumerar cronológicamente las resoluciones recaídas. Primero, la sentencia declarativa de la nulidad del acuerdo comunitario de acometimiento de parte de las obras de cerramiento, siendo su fundamento básico la no aprobación por unanimidad de unas obras que afectaban a los actores propietarios de locales comerciales, cuyo recurso de apelación se desestima. Segundo, la sentencia de condena a la Comunidad a realizar las obras de reposición de las cosas a su estado inicial anterior a la ejecución de las obras del lateral de la comunidad, cuya ape-



Tribuna

Apuntes sobre
el concepto de grupo
de sociedades

LA LEY 3029/2013

Apuntes sobre el concepto de grupo de sociedades en la clasificación de créditos en el concurso

José Luis LUCEÑO OLIVA

Director Jurídico Grupo Puma

Profesor Sustituto de Derecho Mercantil Universidad Pablo de Olavide

Nuestra Ley Concursal prevé la subordinación de los créditos de empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades que la concursada, pero este concepto de «grupo» nunca ha sido pacífico en nuestra práctica concursal por una falta de definición legal del mismo. Ello ha dado lugar a múltiples pronunciamientos y posiciones jurisprudenciales que basculan entre los conceptos de «unidad de decisión» y «el control directo o indirecto». La Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal optó por remitirse al concepto de grupo recogido en el art. 42.1 CCom., pero es muy cuestionable que con esta medida sea posible lograr los fines perseguidos por la normativa concursal.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los supuestos de subordinación del crédito por su especial relación con el concursado contemplados en nuestra normativa, el art. 93.2.3.º Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) se refiere a «Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado».

El fundamento de esta subordinación del crédito en caso de pertenencia al mismo grupo de sociedades, al igual que el del resto de supuestos de personas especialmente relacionadas contemplados en la LC, es la influencia que la sociedad del grupo ha podido tener en la situación de insolvencia de la entidad concursada.

Es preciso advertir que, de acuerdo con la mejor doctrina, nuestro sistema concursal no es un sistema de extensión de los efectos del concurso a las demás sociedades del grupo (sean sociedades filiales o matriz), ni al grupo considerado en su totalidad, dado que éste no tiene personalidad jurídica, sino que se trata de un sistema de subordinación de créditos, de tramitación acumulada y coordinada del

concurso de las diferentes sociedades del grupo, de rescisión de actos de disposición a favor de acreedores que sean personas especialmente relacionadas y de exigencias de responsabilidad a la sociedad dominante y a sus administradores en los casos en que hayan provocado con su actuación daños a la sociedad concursada (1).

No obstante, el concepto de grupo de sociedades (o grupo de empresas, ya que utilizaremos indistintamente ambos términos) al que atender en el ámbito concursal ha venido suscitando muchas dudas, y no pocos problemas, y no ha quedado definido hasta la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal (en adelante, Ley 38/2011) que introdujo la disp. adic. 6.ª LC donde reza «A los efectos de esta ley se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art. 42.1 del Código de Comercio».

Recientemente varias audiencias provinciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de grupo de sociedades, si bien aplicando la anterior normativa, previa a la reforma operada por la Ley 38/2011, y la divergencia entre las interpretaciones de dichos órganos en relación con el citado concepto nos permitirá analizar la normativa actual y su evolución, así como las dudas existentes tras la reforma legislativa.

II. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES AL AMPARO DE LA NORMATIVA ANTERIOR A LA LEY 38/2011

La redacción del art. 93.2.3.º LC previa a la Ley 38/2011 hacía solo referencia a la consideración como subordinado del crédito perteneciente a una sociedad del mismo grupo, sin concretar, como hemos indicado qué debía entenderse por grupo de sociedades.

Nuestro derecho mercantil no contempla un derecho de grupos de sociedades, ni un tratamiento global de los mismos. Tampoco existía una definición de grupo en la LC, y sin una remisión expresa a las definiciones de grupos existentes en nuestra normativa (art. 42 CCom.; art. 4 LMV o art. 78 Ley de Cooperativas) podrían considerarse sociedades del mismo grupo, tanto aquellas pertenecientes a grupos de hecho, como a grupos de derecho, como a las sociedades integrantes de grupos con base societaria (dominical) como con base personal o a sociedades pertenecientes a grupos por subordinación (jerarquía) o por coordinación (2), por citar solo algunas tipologías de grupos de empresas.

De esta forma, correspondía ante cada caso concreto al juez de lo mercantil, en función del concepto de grupo que tomase en consideración declarar o no el crédito de una empresa frente a otra como subordinado. En este sentido, vamos a proceder a repasar la jurisprudencia menor más reveladora en este punto.

1. La sentencia de la AP de León de 27 de marzo de 2012

Esta sentencia, ante un caso de sociedades que no tienen identidad de socios, pero donde existe coincidencia de administradores, declara la subordinación de los créditos que ostenta una de ellas en el concurso de la otra, basándose en la existencia de grupo, «por la gestión común llevada a cabo por el mismo administrador durante años» y porque los administradores de una han compatibilizado sus cargos con el de encargados de la otra sociedad, así como por la coincidencia inicial del mismo domicilio social (...) «resultando de todo ello una unidad de dirección acreditada mediante el análisis del contenido de las sentencias dictadas en la Jurisdicción Social que, aunque en principio valoran otras circunstancias, expresamente argumentan sobre esta cuestión sin que los hechos en que se fundamentan hayan sido desvirtuados».

La citada sentencia se adscribe al criterio de unidad de decisión, pese a reconocer el cambio normativo sufrido por el art. 42 CCom. hacia la noción de control de la sociedad a partir de 2007, pero lo interpreta en el sentido de que se encuentra referido exclusivamente a la obligación de elaborar cuentas anuales consolidadas y se ampara para ello en la STS

de 24 de noviembre de 2011 que indica que «queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente el control sobre las demás».

Insiste, por tanto, la AP de León en entender que serán sociedades del grupo aquellas que compartan unidad de dirección, implicando ello una unidad de política empresarial, y que esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social, apoyándose para llegar a esta conclusión en las SSAP Pontevedra de 18 de noviembre de 2009 y 9 de febrero de 2012, SSAP Zaragoza 5 de febrero de 2010 y 7 de febrero de 2011.

2. La sentencia de la AP de Madrid de 7 de diciembre de 2012

En el extremo opuesto se sitúa la AP de Madrid al declarar que tanto antes como después de la Ley 38/2011, el concepto de grupo de sociedades a efectos concursales es el del art. 42 del CCom. el cual no incluye ni a los grupos horizontales, ni a los verticales sin sociedad dominante controlados por personas físicas.

Analiza el caso de dos sociedades, que comparten socios en idéntica cuota, que tienen idénticos administradores, que tienen el mismo domicilio y donde una es acreedora de la otra, que es la declarada en concurso, y concluye sobre la errónea clasificación como subordinado del crédito entre dichas sociedades, con base en que el concepto de grupo del art. 42 CCom. se centra en el control por una sociedad (dominante) de otra u otras sociedades (dominadas), e indica expresamente que estas circunstancias dejan fuera los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los grupos verticales, jerarquizados o por subordinación sin sociedad dominante en que una o varias personas físicas controlen las sociedades dominadas.

La propia sentencia crítica que la decisión de la administración concursal apelada «analiza el supuesto de hecho desde la perspectiva del artículo 42 del CCom. en su redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, prescindiendo de su modificación por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 y, en consecuencia con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad deudora», lo que supone recriminar que haya valorado la existencia de grupo de sociedades basándose en «la unidad de dirección» en lugar de en el hecho de «un control directo o indirecto» de una sociedad sobre otra, que es el criterio determinante en nuestra normativa según la redacción actual del art. 42 CCom.

La sentencia considera que los supuestos de clasificación de un crédito como subordinado

no pueden ser objeto de una interpretación extensiva, y limita, pese a que no lo hacía la letra de la ley en aquel momento, el concepto de grupo de sociedades, al estrictamente contemplado en el art. 42 CCom.

3. La sentencia de la AP de Barcelona de 4 de octubre de 2012

El ponente de esta sentencia alude en su texto a la comentada ausencia de concepto de grupo de sociedades en la LC hasta la inclusión de la disp. adic. 6.ª LC en la reforma operada por la Ley 38/2011, pero, al analizar la sociedad concursada y sus créditos con una sociedad participada por socios de sus socios concluye que, en el caso concreto que enjuicia, no existe grupo vertical ni horizontal, sino una situación de paridad entre los socios que no permite la clasificación de los créditos como subordinados.

En efecto, los socios de la concursada, dos sociedades limitadas, ostentan participaciones en la misma del 51% y el 49% respectivamente, gestionan la sociedad con un consejo de administración de cuatro miembros designando cada socio a dos de ellos y, a través de los estatutos y de un pacto de socios han decidido requerir mayorías cualificadas (75%) para la adopción de decisiones relevantes o de importancia, tanto en el órgano de administración como en la junta general.

A su vez, los socios personas físicas de una de las sociedades limitadas socia de la concursada (la que ostenta la participación del 49%) participan mayoritariamente una sociedad acreedora de la concursada. La audiencia indica que ambas sociedades, acreedora y concursada; «no constituyen una unidad de decisión ni se hallan bajo una dirección unitaria, ya sea fruto de una relación de control o dependencia societaria o sea por vínculos de coordinación, ni al tiempo de los créditos (...) ni mucho menos, al momento de ser declarado el concurso».

Insiste el ponente en que «Para apreciar la existencia de grupo a los efectos del art. 93.2.3.º LC sería necesario constatar que la sociedad acreedora tiene una influencia dominante, o bien porque por cualesquiera otros medios ambas sociedades se hallan bajo una "dirección única" centralizada en una sola fuente de poder, procedente de un vínculo de coordinación voluntaria, pero que evidencie una relación tan intensa como para apreciar una comunidad de intereses o una unidad económica funcional», y continúa indicando que «es preciso distinguir entre grupo empresarial y sociedades simplemente vinculadas o participadas, en las que no se da una relación de dominio ni constituyen una unidad de decisión, sino meramente una participación en una empresa que no se domina, controla o dirige».

Por tanto, concluye que la sociedad concursada reconoce a dos grupos empresaria-

les autónomos que la participan, directa e indirectamente, y que comparten la gestión y dirección, pero el régimen reforzado de adopción de acuerdos por la junta general y por el consejo de administración conduce a apreciar un poder compartido de decisión entre ambos socios, y la unidad de decisión o el control de una sociedad sobre otra es incompatible con la existencia de una tercera empresa, cuyo consentimiento es necesario, porque entonces ya no hay control de una sociedad sobre otra, ni unidad de decisión, sino poder paritario ejercido por dos empresas independientes, resultante de un acuerdo interempresarial que genera un control conjunto sobre la sociedad concursada. Y este poder conjunto, paritario, sin que una empresa pueda imponer sobre la otra su poder de decisión, sin contar con el otro socio, descarta la subordinación del crédito por aplicación del art. 93.2.3.º LC.

4. Otros pronunciamientos judiciales

Asimismo, se ha admitido la subordinación de créditos por pertenencia a un grupo de sociedades entre otros casos: cuando hay comunidad de gestión, intereses y objetivos entre ambas empresas y con situación de aparente confusión patrimonial, con operaciones financieras encubiertas (sentencia del Juzgado Mercantil de Oviedo de 18 de octubre 2007), cuando la sociedad puede ejercer una clara influencia en el desarrollo de la actividad de la concursada (Sentencia del Juzgado Mercantil de Lugo de 26 de mayo de 2009), cuando no han transcurrido dos años desde la fecha de enajenación de las acciones hasta la declaración del concurso (sentencia del Juzgado Mercantil de Bilbao de 19 de diciembre de 2008).

En sentido contrario, algunas resoluciones judiciales han apreciado que no existe subordinación cuando no hay un criterio de decisión de unidad de grupo (sentencia del Juzgado Mercantil de Barcelona de 15 de junio de 2005), y que tampoco ha lugar a la subordinación cuando, existiendo una relación de sociedades de grupo, se produce una ruptura de tales vinculaciones y posterior nacimiento del derecho de crédito, al no apreciar motivos para subordinar una crédito que surge cuando ha desaparecido cualquier relación jurídica entre acreedor y concursado (sentencia del Juzgado Mercantil de Oviedo de 15 de diciembre de 2007) (3).

III. El concepto de grupo de sociedades según el art. 42.1 Código de Comercio

Tras la reforma de la LC, y su entrada en vigor para aquellos concursos que comiencen a tramitarse a partir del 1 de enero de 2012, en el ámbito concursal y de cara a determinar la existencia de grupo de sociedades para la subordinación de créditos se ha de atender al con-

cepto de grupo contenido en el art. 42 CCom., debiendo advertir, ante todo que el concepto de grupo ha ido modificándose en nuestra normativa, oscilando entre las definiciones basadas en el control, que precisaban de la naturaleza subordinada de unas sociedades respecto de otras, hacia otras basadas en la unidad de decisión (4).

El art. 42 CCom. recoge por primera vez la noción de grupo de sociedades optando por el control societario, en la redacción que le concede la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, al señalar que las sociedades que ejercieran un control sobre otras están obligadas a formular cuentas consolidadas junto a estas últimas.

Con la promulgación de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se modifica el citado precepto para disponer que «existe grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión», reconociendo por tanto la existencia de grupos horizontales o por coordinación, y girando desde el concepto de «control societario» al de «unidad de dirección o de decisión».

No obstante, la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, vuelve a remitirnos al concepto de control societario, pero no define qué debe entenderse por control, sino que enumera una serie de presunciones, cuatro en concreto, acerca de dicha situación de control. En este sentido, se trata de una relación abierta de circunstancias, de carácter ejemplificativo, y el grupo existe «cuando una sociedad ostente o pueda ostentar» el referido control, siendo independiente su ejercicio, y pudiendo ejercerse el mismo de forma directa o indirecta.

Las cuatro presunciones recogidas en el art. 42.1 CCom. relativas a la existencia de grupo de sociedades son que una sociedad se encuentre en relación con otra en alguna de las siguientes situaciones: que posea la mayoría de los derechos de voto, que tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que haya concluido acuerdos que le permitan disponer de la mayoría de los derechos de voto, o que haya nombrado a la mayoría de los miembros del órgano de administración. Se trata de presunciones «iuris tantum», si atendemos a la redacción del art. 385.3 LEC que indica que «las presunciones establecidas por ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».

Esta definición de grupo de sociedades que enuncia el art. 42.1 CCom., y al que se refie-

re la disp. adic. 6.ª LC, consolida un grupo vertical, jerarquizado y que, como hemos indicado, se basa en el criterio de control.

IV. CRÍTICA CONSTRUCTIVA AL CONCEPTO DE GRUPO DE SOCIEDADES CONTEMPLADO EN LA LEY CONCURSAL

De acuerdo con lo expuesto, el concepto de grupo de sociedades definido en el art. 42 CCom. y asumido por la LC, pese a ayudar a delimitar y concretar qué se entiende por grupo, entendemos que no es acorde con la finalidad de protección de los acreedores que inspira toda la legislación concursal.

El fundamento de la subordinación de los créditos a favor de sociedades del mismo grupo se basa, como hemos indicado al inicio, en la influencia que dicho acreedor haya podido ejercer sobre la sociedad concursada, por razón de su pertenencia al grupo, y en que dicha pertenencia o un eventual acceso a información confidencial de la sociedad concursada, hubiesen podido determinar el propio hecho del nacimiento del crédito, las condiciones del mismo o la existencia de algún tipo de ventaja o beneficio a favor de la sociedad del mismo grupo.

Si se hubiesen dado esas circunstancias, la reprobación contenida en la LC es correcta y procedente la subordinación del crédito de la sociedad perteneciente al mismo grupo. Pero si la sociedad acreedora no gozó de privilegio alguno al adquirir su crédito, ni su actuación hubiese incidido en la situación de insolvencia del deudor concursado, no existe motivo para el reproche legal y mucho menos para la penalización que supone la clasificación como subordinado de su crédito. En este sentido, compartimos la opinión de MAIRATA y ROLDÁN que indican que «el mero vínculo entre el concursado persona jurídica y el acreedor persona jurídica, carente de efecto alguno que haya podido perjudicar a la masa del concurso, no debe ser sancionado con la subordinación» (5).

Asimismo, las circunstancias que justifican la subordinación, esto es el mayor conocimiento de la sociedad concursada y el poder de influencia, así como la capacidad de control en la gestión de la administración de la concursada no tiene por qué darse solamente en el ámbito de grupos verticales o jerarquizados, que son los que exclusivamente contempla el art. 42 CCom.

La interpretación limitada que hay que realizar de este art. 42 CCom., como han reconocido entre otras las SSAP de Barcelona de 28 de noviembre de 2008 y de 15 de octubre de 2010, hacen que la redacción actual de la

LC pueda llevar a situaciones flagrantemente injustas en función de cómo estén estructuradas societariamente y cuáles sean las relaciones jurídicas entre la sociedad acreedora y la sociedad concursada.

Ello es así porque el citado control y capacidad de influencia se puede igualmente producir en grupos horizontales o por coordinación, que dependan de una o varias personas físicas que ostenten dicho control, como socios, y que están excluidos del concepto del art. 42 CCom.

Tampoco se encuentran incluidos en la definición del art. 42 CCom. los grupos de hecho y no de derecho, donde pueda darse ese control entre empresas, y su consiguiente vinculación, mediante vínculos tales como contratos privados de dominio o de organización o la figura del administrador de hecho, definido formalmente como aquella persona que administra sin haber sido nombrado formalmente como administrador de la sociedad. En estos casos puede existir trasvase de información, control y unidad de decisión entre las sociedades del grupo de hecho pero no está formalizada la existencia de grupo a través de relaciones jurídicas públicas y visibles para terceros.

En definitiva, el concepto de grupo de sociedades recogido en el art. 42 CCom., lo es a los efectos de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, y nuestra legislación concursal precisaría de una mayor concreción en la noción de grupo de sociedades, y de una necesaria flexibilidad para su adaptación a cada caso en particular, con el objeto de lograr una protección eficaz de los intereses de los acreedores y con ello conseguir la finalidad del concurso. ■

NOTAS

(1) GARCÍA OREJUDO, R., *Derecho concursal*, NIETO DELGADO, C. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

(2) ARRIBA FERNANDES, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2004. Para ver una clasificación más detallada de la tipología de grupos.

(3) SÁNCHEZ VEGA, J. A., «La comunicación y el reconocimiento de créditos. La depuración de la lista de acreedores», en *Crisis empresarial y Concurso*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

(4) MOYA BALLESTER, J., «Los grupos de sociedades y la protección de acreedores». *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 38, Ed. Aranzadi, 2012.

(5) MAIRATA LAVIÑA, J. y ROLDAN SANTÍAS, F., «Subordinación grupos y grupos de empresas: Cuestiones interpretativas», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, Ed. La Ley, Madrid, 2012.



Tribunal Supremo

lasentenciadel día

TS Sala Primera, de lo Civil, S 246/2013, 16 Abr.

Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier.

LA LEY 34925/2013

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Tácita reconducción de los arrendamientos de vivienda tras la entrada en vigor de la LAU 1994

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, en situación de tácita reconducción cuando entró en vigor la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 —LAU—.

La disposición transitoria primera LAU establece que, respecto a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 que subsistan a la fecha de entrada en vigor de dicha ley, la tácita reconducción prevista en el art. 1566 CC lo será por un plazo de tres años, rigiéndose el arrendamiento renovado por lo dispuesto por la propia ley para los arrendamientos de vivienda.

Las sentencias de instancia estimaron que, transcurrida la tácita reconducción de tres años, entró en juego el art. 1566 CC, con renovaciones mensuales, de acuerdo con los plazos convenidos para el pago de las rentas, de modo que habiendo comunicado oportunamente el arrendador al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, éste debía considerarse resuelto.

El demandado planteó recurso de casación por interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la cuestión debatida ya que mientras algunas entienden que transcurridos los tres años establecidos en la DT primera y por aplicación del art. 10 LAU, si las partes no hubiesen comunicado la intención de no renovar el contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años, otras en cambio, como en el caso de autos, establecen que transcurrido el plazo de tres años de tácita reconducción impuesto por la DT primera de la LAU entra en juego la tácita reconducción conforme al art. 1566 CC, es decir, por meses o años, según se pague la renta.

El Tribunal Supremo opta por esta última solución y considera que, si bien la propia DT primera establece que transcurrido el

plazo de tres años se regirá el contrato por lo establecido por la propia ley para el arrendamiento de vivienda, no puede aceptarse que al contrato de arrendamiento renovado deba aplicársele un nuevo plazo de tres años conforme al art. 10 de la LAU, pues ello contradice lo establecido en la DT primera.

La DT primera establece una regulación específica sobre duración contractual (principio de especialidad) para los contratos concertados tras el RD Ley 2/1985, primándolos con una inoperada tácita reconducción de tres años, por lo que la mención a que «el arrendamiento renovado se regirá por lo dispuesto en la presente ley para los arrendamientos de vivienda», ha de entenderse referida al resto de las normas pues para la duración ya hay una norma especial. El art. 4 CC establece que se ha de estar a las normas que contemplen un supuesto específico.

En consecuencia, el Alto Tribunal confirma la sentencia recurrida en todos sus términos y fija como doctrina casacional que la D.T. primera de la LAU se ha de entender de manera que, tras la entrada en vigor de dicha norma, los contratos de arrendamiento de vivienda concertados a partir de 9 de mayo de 1985, se encuentran sometidos a una tácita reconducción de tres años, tras lo cual es de aplicación lo establecido en los arts. 1566 y 1581 CC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consta acreditado que el 1 de abril de 1986 se concertó el contrato de arrendamiento para uso de vivienda que centra el litigio, por un plazo de tres años y una renta de 15.000 pesetas mensuales. Dicho contrato fue suscrito, por tanto, bajo la vigencia del Real Decreto Ley 2/85 de 30 de abril. El 1 de abril de 1989 habían transcurrido los tres años pactados y a partir de esa fecha entró en tácita reconducción (art. 1566 del C. Civil), por periodos mensuales pues la renta se había fijado por mensualidades.

SEGUNDO.- En situación de tácita reconducción entró en vigor la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, cuya Disposición transitoria primera establece:

«Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 que subsistan a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9º del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, y por lo dispuesto para el contrato de inquilinato en el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (LA LEY 81/1964).

Será aplicable a estos contratos lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria segunda.

La tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil lo será por un plazo de tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9 de esta ley. El arrendamiento renovado se regirá por lo dispuesto en la presente ley para los arrendamientos de vivienda».

Esta norma establece que la tácita reconducción lo sería por tres años, que computada desde la entrada en vigor de la LAU nos llevaría al 1 de enero de 1998, prorrogable hasta 2003, pues el contrato estuvo suspenso desde 1997 a 2002, al haberse derruido y construido un nuevo edificio con respeto al derecho de retorno.

En 29 de diciembre de 2005 se le comunica al arrendatario la voluntad de no renovar el contrato.

Sentadas estas bases, el Juzgado de Primera instancia y la Audiencia Provincial convienen que transcurrida la tácita reconducción de tres años, legalmente impuesta, entra en juego el art. 1566 del CC, con renovaciones mensuales, de acuerdo con los plazos convenidos para el pago de las rentas.

Plantea el recurrente que las sentencias de la AP de Baleares, Secciones primera y tercera, de 29 de mayo de 2000 y 26 de octubre de 2004, respectivamente entienden que transcurridos los tres años establecidos en la DT primera y por aplicación del art. 10 de la LAU, si las partes no hubiesen comunicado la intención de no renovar el contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años.

Por otra parte la sentencia que ahora se recurre, junto con las de 18 de junio de 2001 y 28 de julio de 2004, de las Secciones 21 y 18, respectivamente de la AP de Madrid establecen que transcurrido el plazo de tres años de tácita reconducción impuesto por la DT primera de la LAU entra en juego la tácita reconducción conforme al art. 1566 del CC, es decir, por meses o años, según se pague la renta.

TERCERO. - Para solucionar la presente cuestión debemos partir de recordar que el Real Decreto Ley 2/1985 acabó con el sistema proteccionista de la LAU de 1964 que había provocado como efecto perverso la reducción del parque de viviendas de alquiler (antecedente 1 de la EM de la LAU de 1994). Por su parte la LAU de 1994 establece una clara distinción entre el arrendamiento de vivienda y el de uso distinto de vivienda, manteniendo la liberalización de este y no olvidando el carácter tuitivo de la legislación del arrendamiento de vivienda, potenciando una cierta estabilidad del núcleo familiar, compatible con el derecho constitucional a una vivienda digna (art. 47 Constitución Española).

El contrato de litis inició su andadura una vez publicado el Real Decreto Ley 2/1985 en un espíritu legal de máxima liberalización, que resultó beneficiado por la publicación de la LAU que estableció con carácter obligatoria la tácita reconducción de tres años.

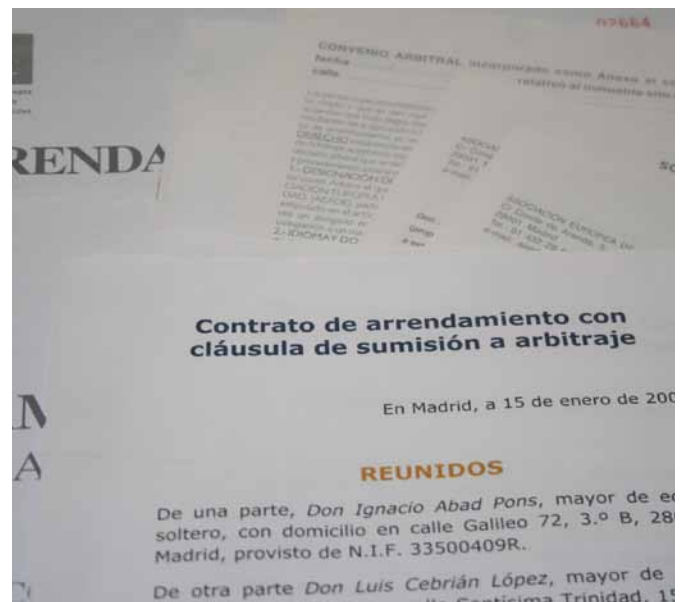
El núcleo de la discusión estriba en la norma aplicable tras el transcurso de los tres años. La propia DT primera establece que transcurrido el plazo de tres años se regirá el contrato por lo establecido por la propia ley para el arrendamiento de vivienda.

No podemos aceptar que al contrato de arrendamiento renovado deba aplicársele un nuevo plazo de tres años conforme al art. 10 de la LAU, pues ello contradice lo establecido en la DT primera.

La DT primera establece una regulación específica sobre duración contractual (principio de especialidad) para los contratos concertados tras el RD Ley 2/1985, prim ndolos con una inesperada tácita reconducción de tres años, por lo que la mención a que «el arrendamiento renovado se regirá por lo dispuesto en la presente ley para los arrendamientos de vivienda», ha de entenderse referida al resto de las normas pues para la duración ya hay una norma especial. El art. 4 del Código Civil establece que se ha de estar a las normas que contemplen un supuesto específico.

Si el legislador hubiese querido dicha doble prórroga lo habría establecido expresamente --y pudo hacerlo, pues cuando quiso hizo concreta mención a preceptos específicos-- y no dudó en hacerlo ya que la DT 1  se remite a la DT 2 , que establece la aplicación nominal de los arts. 12, 15 y 24 de la ley, pero no del artículo 10, por lo que procede desestimar el motivo principal del recurso.

CUARTO. - También entiende el recurrente como infringido el art. 1566 en relación con el art. 1581, ambos del CC, pues entiende que



se ha de estar a la tácita reconducción anual cuando se fija una renta anual, pese a que se pague por meses.

Este motivo también ha de rechazarse pues no se infringe doctrina casacional alguna, pues la Audiencia se limita a interpretar el contrato conforme hace el Juzgado y entiende que las tácitas reconducciones fueron mensuales según el «iter» contractual. Es decir, nos encontramos no ante un problema normativo sino de interpretación contractual, y no se invoca precepto alguno relativo a la interpretación de los contratos, por lo que se ha de rechazar la presente cuestión, de acuerdo con el art. 477.3 LEC.

Por todo ello, debemos fijar como Doctrina casacional que la DT primera de la LAU se ha de entender de manera que, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, los contratos de arrendamiento de vivienda concertados a partir de 9 de mayo de 1985, se encuentran sometidos a una tácita reconducción de tres años, tras lo cual le es de aplicación lo establecido en los arts. 1566 y 1581 del CC.

QUINTO. - Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. PAS-CUAL representada por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro contra sentencia de 30 de marzo de 2009 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid.
2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.
3. Fijar como doctrina casacional que la DT primera de la LAU se ha de entender de manera que, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, los contratos de arrendamiento de vivienda concertados a partir de 9 de mayo de 1985, se encuentran sometidos a una tácita reconducción de tres años, tras lo cual le es de aplicación lo establecido en los arts. 1566 y 1581 del CC.
4. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. ■

NACE EL PORTAL DE REVISTAS

EL PRIMER QUIOSCO JURÍDICO EN LA RED


 NUEVO


 Wolters Kluwer | **Revistas**


LÍDERES EN OPINIÓN Y ANÁLISIS DOCTRINAL

Las más prestigiosas firmas del panorama jurídico, dirigen y componen los consejos de nuestras revistas garantizando la calidad y la excelencia de los más de 500 artículos que cada mes se incorporan al portal.

ADEMÁS...

- ✓ Actualización permanente y sistema de búsqueda.
- ✓ Revistas semanales por correo electrónico.
- ✓ Contenidos nuevos e interrelacionados.
- ✓ Nuevos formatos compatibles con todo tipo de tabletas.
- ✓ Alertas personalizables por correo electrónico.
- ✓ Vídeos y encuentros digitales.
- ✓ Interacción con los contenidos con posibilidad de votar, opinar o sugerir.
- ✓ Reciba también su revista en papel.

ENTRE EN
<http://revistas.wke.es>
 Y COMPRUÉBELO

 tel.: 902 250 500


 LA LEY
 diario

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez
 C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
 Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
 e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
 e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizueté González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià

PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain


 LA LEY
 grupo Wolters Kluwer


© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).

ISSN: 1138-9907

D.L.: M-11197-2012