

# Abogados del Estado

Septiembre 2021, Número 55 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN

En memoria de nuestro compañero  
**LUIS ARGÜELLO  
BERMÚDEZ**



El Departamento  
de Arbitrajes  
Internacionales  
de la AGE

Pág. 8



Comida de bienvenida  
a la 'promoción  
confinada'

Pág. 15

## Staff

### Edita

**Asociación de Abogados del Estado**  
C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid  
Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173  
Fax: 913 904 740

### Consejo Editorial

Diego Abaitua  
Edmundo Bal  
Fernando Bertrán  
Irene Bonet Tous  
Ignacio del Cuvillo  
Ruth Doval  
Gloria Fernández  
José Luis Fernández  
Iván Gayarre  
Jorge López-Jurado  
Pablo Ortega  
Federico Pastor  
Lucía Pedreño  
Tomás Peña  
Diego Pérez  
María Dolores Ripoll  
Elena Sáenz Guillén

### Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.  
www.artfactory.es  
artfactory@artfactory.es

### Fotografías

www.mjusticia.gob.es  
www-commons.wikipedia.org  
Museo del Ejército  
Fundación Thyssen-Bornemisza

### Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares  
www.canizares.com  
composicion@canizares.com

Depósito Legal: M-21263-2003

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

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

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

## Sumario

### Crónica

Obituario: Luis Argüello Bermúdez.....	4
El Departamento de Arbitrajes Internacionales de la AGE, 'Equipo del mes' para la revista Ius Mundi .....	8
¡A mí la Legión! Crónica de la visita a Toledo organizada por la asociación .....	10
Clausura del curso 2020/2021 de la sección de derecho financiero y tributario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España .....	12
Bienvenida a la 'promoción confinada' .....	15
Memoria de Defensa de Fernando Díez Moreno.....	16
La pequeña librería de Stefan Zweig.....	24
Tirant lo Blanch presenta sus anuarios 2021 con una fuerte participación de Abogados del Estado .....	25
Los gastos deducibles en el impuesto sobre sociedades de Antonio Martínez Lafuente .....	26
En estos últimos meses.....	29

### Opinión

¿Ha marcado China el comienzo de la persecución de las criptomonedas? .....	30
Situación de los dominios de las coronas castellana y portuguesa desde la Unión Ibérica al Tratado de Límites de Madrid (2ª Parte).....	32
Curiosidades.....	43
El último veto en el cónclave papal .....	44
Reflexiones y aforismos sobre la vida, que no necesitan de explicación .....	48

### Cine

El cine que me gusta ver (V): Lo que el viento se llevó.....	50
--	----

### Cultura

La máquina Magritte.....	62
--------------------------	----

## Cuadernillo Jurídico

Antonio Martínez Lafuente <i>En torno a la literatura jurídica</i> .....	2
Jorge De Juan Casadevall <i>La dudosa constitucionalidad del RD-Ley 3/2016</i> .....	12
Rosario Silva de Lapuerta <i>La cooperación administrativa entre Estados miembros en materia fiscal</i> .....	20

## MÉRITO Y CAPACIDAD

En múltiples ocasiones hemos destacado en las páginas de esta Revista la calidad del trabajo que se presta por los Abogados del Estado; prueba reciente de ello es el reconocimiento al Departamento de Arbitrajes como equipo del mes por parte de la revista Jus Mundi. Dicha calidad es fruto de un trabajo y de un aprendizaje constante, que comienza en un riguroso sistema de acceso mediante oposición, previsto en el art.4.2 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. El sistema se ha construido en torno a los principios de mérito y capacidad, tal y como requiere el art.103.3 de la Constitución Española.

En fechas recientes, se ha iniciado un debate sobre la forma de acceso a la Administración General del Estado, llegándose a elaborar durante el pasado mes de mayo un documento sobre orientaciones para el cambio en materia de selección dentro de la misma. Entre otros motivos para la reforma se aduce la necesidad de reducir la duración de los procesos selectivos y de los ejercicios que conforman el sistema de acceso o la de potenciar el conocimiento de la Administración como empleadora, de modo que pueda ser considerada una salida laboral beneficiosa para quienes finalizan sus estudios universitarios. Se insiste en la procedencia de establecer un sistema de acceso que trascienda de lo puramente memorístico, de modo que pueda valorarse la aplicación práctica de conocimientos y no una mera “repetición”, casi automática, de los mismos.

Nuestra posición respecto de este debate es clara: defendemos la bondad de nuestro sistema de acceso como medio para garantizar el pleno respeto a los principios que requiere nuestro texto constitucional. Las funciones que desempeñamos en la Abogacía del Estado precisan de un proceso selectivo riguroso, que sea el primer eslabón de una carrera, administrativa y profesional, en la que se vea reconocido el esfuerzo, la capacidad y el mérito. Cuestión distinta es que deba potenciarse el conocimiento de la Administración como empleadora y que se exploren procedimientos para hacer atractiva la incorporación del talento a la misma. Puede ser también necesario establecer un sistema de becas que posibilite apoyo económico en los supuestos en que sea preciso.

Nuestra oposición no se basa en meros o simples conocimientos memorísticos, como lo prueba la existencia de dos ejercicios prácticos complejos en los que el tribunal, formado por profesionales del derecho de reconocido prestigio, evalúa la capacidad del opositor para aplicar lo que previamente ha demostrado saber, pues se persigue que tengamos ese conocimiento del derecho que sirve como herramienta para abordar los problemas prácticos que se nos plantean en nuestro quehacer diario. Por otra parte, ni el número de opositores ni la duración media de los últimos procesos justificarían un cambio; sin perjuicio de que puedan llevarse a cabo ajustes en el contenido de nuestras pruebas de acceso. Y, en todo caso, basta observar nuestro escalafón para comprobar cómo el sistema ha garantizado un acceso plural y diverso, como demanda nuestra Constitución.

Por todo ello, sin negarnos a la posibilidad de realizar determinados cambios puntuales, derivados de la propia evolución de la sociedad, creemos que no debe llevarse a cabo una alteración en el modelo, que permita el acceso a la Abogacía del Estado a través de una, desconocida e imprevisible, “vereda de la puerta de atrás”. Sólo debe cambiarse aquello que no funciona y no parece que este sea el caso. Preservemos así el mérito y la capacidad como necesaria garantía para la prestación de un servicio jurídico de calidad a la Administración y a la sociedad desde el mismo momento de nuestro ingreso. ■



## OBITUARIO

# LUIS ARGÜELLO BERMÚDEZ

Luis Argüello Álvarez | Abogado del Estado

**C**on la amabilidad que esgrime cuando hace encargos complicados, me pide el Presidente de nuestra Asociación que redacte unas líneas en recuerdo de quien fue su predecesor en esa responsabilidad, mi padre Luis Argüello Bermúdez, fallecido el pasado 27 de abril. Asumo la tarea de compartir con los compañeros un resumen de su historia con no poca dificultad, cuando aún está abierta la herida de una muerte no esperada, y con el aviso de que no haré ningún esfuerzo por intentar una objetividad que no sería nunca posible, cuando me refiero a quien como padre, esposo, profesional y patriota admiré profundamente. Debe el lector perdonarme que una en un solo escrito algunas anécdotas y detalles de su vida personal y profesional.

Nació Luis allá por el año de 1929. Era el undécimo hijo de Pedro, un funcionario de prisiones natural de Valladolid que, destinado inicialmente a Santa Cruz de Tenerife, donde radicaba la prisión provincial de la entonces única provincia canaria, casó con Candelaria, gran canaria de Gáldar, lo que debió ser razón –y hasta presión– bastante para que al crearse la nueva provincia y con ella la prisión de Las Palmas, pidiera y obtuviera el traslado a ésta donde permaneció el resto de su vida activa.

No era costumbre familiar, en contra del signo de los tiempos, imponer a los niños el nombre del santo del día, pero con él la excepción se hizo inevitable porque, cuando llegó, los nombres familiares de Pedro, José, Enrique o Anastasio estaban ya dados a sus hermanos mayores... y afortunadamente nació el día 21 de junio, San Luis, porque pudo pasar cualquier cosa.

Poco recordaba de la Guerra Civil, que vivió siendo muy niño, fuera de la ausencia de casa de sus cuatro hermanos mayores –el quinto, Mariano, era también niño aún–, que madre y hermanas se pasaban las horas tejiendo ropa de abrigo para enviar a los movilizados, y que en el colegio habían cambiado la bandera, detalle éste que en su mente infantil quedó fijado como el más llamativo de aquella época. Sus hermanos siguieron el destino de cualquier joven en edad militar, en julio de 1936 y en Las Palmas, y afortunadamente sobrevivieron todos a aquellos años, aunque no todos indemnes.

No eran tiempos que facilitaran los estudios a niños de familia humilde; conforme a la época, sencillamente, no le tocaba estudiar. Pero el niño salió listo y trabajador, y tras sus primeras letras y convencido el maestro de que había materia prima, gestionó y obtuvo de la Compañía de Jesús la beca con la que,

renovada año a año, empezó y terminó su bachillerato con las máximas calificaciones y como mejor expediente del Colegio de San Ignacio de Loyola de Las Palmas, o, como se decía con la pomposidad propia de aquellos tiempos y que hoy nos llama tanto la atención, “Príncipe del Colegio”. Los padres jesuitas no se conformaron con la beca, sino que, como recordaba mi padre con agradecimiento que no dudaba en manifestar siempre que podía, en momentos de mayor necesidad familiar le dieron trabajo por las tardes en la secretaría del colegio y, terminado el bachillerato, se esforzaron en ayudar a su alumno a lograr una nueva beca, ahora otorgada por el Cabildo de Gran Canaria, que le permitió estudiar Derecho en la Universidad de La Laguna. El agradecimiento de Luis a los jesuitas fue una de las constantes de su vida; decía que había tenido la suerte de haber topado a lo largo de su vida con mucha gente buena, y así era.

Aquel mismo año de 1929 Don Matías, el Director de la Caja de Ahorros, y su señora D.<sup>a</sup> Juana habían tenido, en su casa de la calle de los Reyes Católicos, en el barrio de Vegueta, a su segunda hija, tercera de los hijos, Isabel. Como esa calle hacía –y hace– esquina con la de López Botas, donde nació y vivió Luis, aquellos niños debieron coincidir

a menudo. Isabel se había convertido, a los quince años, en una chica preciosa, rubia de ojos color miel, y era casi inevitable que ambos se conocieran y empezara una historia de amor que duraría tres cuartos de siglo.

Nada era fácil ante la diferencia de clase social. Tengo para mí, aunque en esto Luis fue siempre muy reservado, que el salvar esa distancia tuvo mucho que ver con el esfuerzo que como estudiante desarrolló hasta superarla.

Durante cinco años estuvo Luis en La Laguna, Isabel en Las Palmas, viéndose muy pocas veces. Terminó la carrera con el mejor expediente de la facultad, y con esa ocasión viajó por primera vez fuera del archipiélago. Pongámonos en situación: estamos en 1951, los estudiantes están todos afiliados, obligatoriamente, al SEU y deciden las autoridades académicas y políticas que los titulares de los mejores expedientes van a hacer un viaje de estudios a la Península... y concretamente a El Escorial, porque el motivo oficial del viaje no era otro que el de “poner las cinco rosas en la tumba de José Antonio”, entonces enterrado en el monasterio. Recordaba el viaje por sus anécdotas –no fue fácil encontrar la preceptiva camisa azul, no tenía y sí talla de crío, o el agotamiento que supuso la marcha a pie de Madrid a El Escorial– y por lo bien que se lo pasaron, una vez cumplidas las obligaciones “oficiales”, un puñado de jóvenes sueltos en Madrid, recién licenciados, y provistos por las autoridades de su tierra de origen de fondos para gastar.

Quedaba por cumplir la obligación militar. Entró en las entonces Milicias Universitarias donde, en su línea, obtuvo el número uno de su promoción, fue promovido a Alférez de Infantería y donde unos meses de prolongación del servicio como instructor le permitieron algún ahorro para la etapa siguiente.

Que fue en Madrid. Una nueva beca del Cabildo le permitió acceder al Colegio Mayor César Carlos y a la academia que dirigía D. Jaime Montero, dispuesto a ganar las oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado. Algún alivio en su escasez de fondos surgió de la ayuda de su hermana Milagros, casada con un Oficial

del Cuerpo Jurídico de la Armada, que fue destinado a Madrid y acogió en su casa al hermano menor que así se ahorra el coste del Colegio Mayor. El mayor de los hijos de Milagros llegó a sus primeras letras habiendo escuchado, y quizá aprendido sin darse cuenta, buena parte del temario de las oposiciones, que cantaba Luis mientras tenía en brazos al chiquillo. Así debió ser, porque acabaría siguiendo la carrera de su padre como Jurídico de la Armada sin que le asustara oposición alguna. Mientras tanto, soñaba con hacerse con una Vespa, lo que no logró.

Las oposiciones tardaron en convocarse hasta 1957, cuando ingresó. En el entretanto, las cartas con Isabel –ya que el traslado a Las Palmas era impensable por falta de medios– siguieron hasta que, superado el quinto ejercicio de los seis que entonces tenía la oposición, Isabel vino con sus padres a pasar unos días a Madrid. Poco después se publicaba el resultado final, con su ingreso en el Cuerpo.

No hubo oferta de plaza en Las Palmas, de donde probablemente no se hubiera movido nunca. A falta de isla Atlántica, valió la Mediterránea, y le correspondió destino en la Delegación de Hacienda y Tribunales de Palma de Mallorca. Tan pronto tomó posesión, contrajo matrimonio –por fin– en diciembre del mismo año en Las Palmas. Del acontecimiento se hizo eco la prensa local en los “*ecos de sociedad*”, dando cuenta del matrimonio de “*la agraciada señorita Isabel*

**Tuvo siempre a gala su condición de Abogado del Estado, que junto con su amor a esposa y familia, su fe católica y su patriotismo configuraron un carácter no exento de un finísimo sentido del humor**

*Álvarez Amador con el joven Abogado del Estado D. Luis Argüello Bermúdez*”, rotos ya, a golpe de esfuerzo y fidelidad, los límites sociales. Dejo a imaginación de los lectores el tono del artículo, muy de su tiempo, del que sólo proporciono el comienzo de uno de los párrafos con los que más nos hemos divertido en familia: “*la novia, que realzaba su natural belleza con velo de tul ilusión, entró en el templo del brazo de su padre y padrino, Don Matías Álvarez Ramos, mientras el novio, de rigurosa etiqueta, ofrecía el suyo a su hermana y madrina D.ª Milagros Argüello de Duret...*” y así una página entera. Es curioso el detallito final del artículo, donde da cuenta, como de paso, de que un amigo de los novios entonó el *Ave María* de Gounod; era un tal Kraus, entonces un jovencito que parece que no hacía mal eso de cantar, y que efectivamente era amigo, hasta el punto de que su padre D. Otto y mi abuelo D. Pedro eran pareja en los juegos de cartas.

Recordaba de aquella época balear la maestría de Miguel Coll, quien le enseñó “*todo lo que no estaba en los temas*” y a quien tenía por el mejor abogado, como tal, revestido de toga, del Cuerpo, lo que me atrevo a decir aquí cuando estoy seguro de que él no lo dijo fuera de ámbito privado por no ofender a otros igualmente capaces. Y miles de anécdotas, de las que no me resisto a narrar alguna. A poco de llegar, le fue encomendada la inspección del registro de la propiedad de cierta población de la que no procede acordarse. A jueves, mandó un telegrama –estamos en 1957– advirtiendo de la inspección que sería el lunes temprano y, a la hora indicada, se presentó en el registro. Pero el registrador, como es lógico, vivía en Barcelona, y entre la tardanza con que debió recibir el aviso desde su registro y el desplazamiento, no llegaba. Así que comenzó la inspección de los libros con el personal del registro y, cuando llevaba largo rato tomando notas, un señor de mediana edad, grueso, llegó corriendo sudoroso y señalando con el dedo a Luis, exclamó: ¿pero eso es un Abogado del Estado? Y es que al ganar la oposición, a su estatura, digamos, moderada, se unía la extrema delgadez, no pasaba de cuarenta y seis kilos. En esta etapa balear nació su primer hijo, el firmante de estas líneas, hijo de canarios y

mallorquín de nacimiento; lo más insular que se vende.

Pasó a Cádiz a fines de 1959, siendo Abogado del Estado Jefe D. Joaquín de Ysasi-Isasmendi y donde permaneció casi tres años y tuvo su primera hija, llamada Isabel como su madre.

Y luego, Madrid. Y nacieron tres hijos más, Inmaculada, Javier y Fernando. Trabajaba el matrimonio para sacar adelante tanta tropa a todas las horas del día. A la mañana en los servicios administrativos seguía la tarde en el despacho que mantenía, hasta que legalmente se impidió, en su propia casa; y cuando al caer la tarde se marchaba por fin la secretaria que le asistía, era para empezar a tomar los temas a los opositores al Cuerpo, que recuerdo vagamente como una serie de hombres que a mi me parecían mayores y debían tener poco más de veinte años. Esa casa era precisamente la misma de la calle Ferraz donde hoy está la sede del PSOE (será que no hay casas en Madrid); por aquel entonces era propiedad de un intendente de la Armada que la alquilaba por pisos. Allí vivimos hasta que se terminó, en cooperativa con otros compañeros, la casa a donde la familia se trasladó en 1975, y que sería su último domicilio.

Pasó por distintos destinos, como la Delegación de Hacienda, el Tribunal Supremo, el Juzgado de Delitos Monetarios, las delegaciones del Gobierno en Loterías del Estado y en el monopolio de Tabacos, y la Dirección General que entonces se llamaba de impuestos indirectos.

Tuvo siempre a gala su condición de Abogado del Estado, que junto con su amor a esposa y familia, su fe católica a prueba de bomba y su patriotismo configuraron un carácter no exento de un finísimo sentido del humor.

Para él, la condición de Abogado del Estado implicaba un comportamiento honrado, esforzado y constante. Bastarán dos muestras. Contaba que en una de las ocasiones en que antes de 1985 podía desarrollar una actividad profesional compatible fue propuesto como secretario de consejo de una sociedad de alguna importancia. En la misma sesión en que se le nombró, y tras el nombramiento y aceptación, el presidente le co-



“Para él, la condición de Abogado del Estado implicaba un comportamiento honrado, esforzado y constante”

mentó: *“Bueno, aquí se olvidará Vd. de que es Abogado del Estado”*; a lo que respondió: *“no creo; eso es como los sacramentos, imprime carácter”*. El nombramiento nunca llegó al Registro Mercantil. Años después la sociedad en cuestión fue protagonista de un escándalo financiero muy relevante; entonces, ya adulto yo, fue cuando me contó la anécdota al leer en el periódico aquella noticia.

Muy elegantemente me decía que, *“a partir de cierto nivel de preparación, no hay abogados buenos y malos; hay abogados que se estudian los asuntos y otros que no se los estudian”*. El mensaje era obvio: aunque dirigido a mi, es apropiado para todos los compañeros. Ingresados en este Cuerpo, el nivel de preparación se nos supone, o hasta está acreditado; por tanto, no hay justificación alguna si no se hace bien el trabajo; solo puede deberse a falta de esfuerzo en el caso.

Alguna de las actuaciones profesionales de esta larga época le provocaron espe-

cial satisfacción que en privado manifestaba. Fue hombre orgulloso de su patria grande y de su patria chica. Y en esa canariedad que nunca abandonó, le fue muy grato ser coautor del anteproyecto de la que sería la primera Ley de Régimen Económico-Fiscal Especial de Canarias, como también que se le asignaran durante años la Secretaría del Consejo de la Sociedad de Desarrollo Industrial de Canarias, hoy de Desarrollo Económico, o la condición de consejero de la Unión Eléctrica de Canarias S.A. cuando como parte del grupo ENDESA era sociedad pública. En todos estos casos, su preocupación por su tierra de origen le hacía ir *“mas allá del deber”*.

En persona que nunca fumó, resulta llamativo que el otorgamiento de la Encomienda de la Orden del Mérito Civil se debiera precisamente al tabaco. En su época de servicio en la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Petróleos, fue redactor de que sería el último contrato del Estado con la compañía explotadora del monopolio. He dicho ya que Luis decía que había contado siempre con la ayuda de buena gente; en este caso, agradecía la condecoración al entonces Presidente de Tabacalera, D. Pío Cabanillas. Tenía entendido que, al ser informado éste de que por la firma del contrato en cuestión le sería otorgada la Gran Cruz al Mérito Civil, tuvo el detalle de poner de manifiesto quién era el autor del trabajo y reclamar que se le reconociera.

Su preocupación por el Cuerpo le obligó moralmente a formar parte de la comisión que, una vez fue posible legalmente la asociación de funcionarios, desarrolló los trabajos para la creación de la Asociación de Abogados del Estado. Fue miembro de su directiva desde un inicio, y más adelante Presidente de la Asociación durante el mandato presidencial de D. Felipe González. Sé que pasó buenos y malos ratos en esa función, pero falleció sin que pudiera sonsacarle... y lo más probable es que no lo llegara a lograr, porque entre esas obligaciones profesionales que respetaba en todo caso estaba la de mantener secreto profesional.

Durante los últimos años de su carrera en activo, fue Secretario del Tribunal Económico-Administrativo Central, tras unos años como Secretario de la Sala de

Contrabando que entonces existía en el mismo Tribunal.

Mientras se dedicaba profesionalmente a la represión del contrabando, su afición por lo dulce –era muy goloso– le hizo pasar algún mal rato. En los viajes a Canarias a que le obligaba el servicio a las sociedades públicas, aprovechaba para comprar tabletas de cierto chocolate que no se encontraba fácilmente en la Península. Para que cupiera más en la pequeña maleta que empleaba para viajes de uno o dos días, le quitaba las cubiertas y cartones y quedaban sólo las tabletas envueltas en el papel de estaño. Por entonces, se pasaba control de aduanas cuando se volvía de Canarias, y un buen día decidió el Guardia Civil de turno comprobar la maleta de mi padre. Al ver aquellas tabletas preguntó qué era aquello y se le respondió, evidentemente: chocolate. El Guardia enarcó la ceja y preguntó, casi llevándose la mano a la pistola... ¿Qué chocolate? Véase al Secretario de la Sala de Contrabando enrojecer, apresurarse a abrir los envases ... y a morirse de risa al contarle al llegar a casa.

Una segunda anécdota acreditativa de su carácter. Unas Navidades llegó a casa, mientras él estaba en la oficina, un estupendo jamón. Nos encontró a los hijos entre quince y veinte años, mala edad para el comedimiento, por lo que el regalo fue objeto de ataque casi inmediato previa autorización –o no– de la señora de la casa. Llegó el padre a quien se informó con todo entusiasmo del regalo. Preguntó quién lo enviaba y al ver la tarjeta sólo dijo: *“hay que devolverlo”*. Todos nos quedamos pálidos... e inmediatamente salió a comprar otro idéntico para dejarlo en casa del remitente.

Le llegó, por tanto, la jubilación como Secretario del Tribunal Central. Fue, probablemente, el último de nuestros compañeros que se jubiló a los sesenta y cinco años y de forma forzosa. Decía que la normativa del Cuerpo le había producido un problema y un disgusto. El primero fue la imposición en 1985 del régimen de incompatibilidades profesionales, que no fue acompañado ni de la actualización simultánea de retribuciones ni, lo que fue peor, de un periodo transitorio que permitiera ir cerrando actividades a quienes, como él, las habían asumido



“Como decía el poeta, ‘dio el alma a Quien se la dio’, y no nos queda a los que le quisimos y queremos que rogarle a Dios que ‘la ponga en el Cielo, en su Gloria’”

con notable esfuerzo. Nunca quiso pedir la excedencia, por lo que debió optar por cerrar su despacho doméstico e indemnizar a su empleada.

Pero como todo problema, se superó. Lo que fue un verdadero disgusto fue la jubilación cuando estaba en un estado físico y mental inmejorables, agravada por el hecho de que nueve días más tarde de su sesenta y cinco cumpleaños, en que forzosamente pasó a la condición de jubilado, entraba en vigor una nueva reforma que le habría permitido prolongar su vida activa en el Cuerpo cinco años más. Algún consuelo supuso que, con ocasión de su jubilación, le fuera concedida, tras cuarenta años de servicio ininterrumpido, la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort.

Dedicó entonces sus actividades a la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, de la que fue Secretario hasta que, cumplidos sus noventa años, pasó a la condición

de Secretario Adjunto para bajar el hasta entonces frenético ritmo de trabajo, difícil de soportar hasta en plena juventud. Fue siempre un hombre de enorme capacidad de trabajo que, a la vez, sabía disfrutar de las cosas buenas que ofrece la vida. No hace mucho uno de nuestros colegas me recordaba el caso de un arbitraje donde, tras estar todo el día en sesión de mañana y tarde interrogando testigos y peritos, los presentes sólo querían irse a descansar mientras el Secretario, Luis, proponía ir a cenar; a cenar bien. Y les doblaba la edad a cualquiera de los demás. A eso unía un gran sentido del humor, a la vez que un carácter muy sentimental, con facilidad para emocionarse.

Entre tanto, la vida familiar siguió felizmente. Los cinco hijos nos casamos y conoció mi padre a los trece nietos que continúan la estirpe. Cambió cuando en 2017 su querida Isabel entró en un proceso de progresivo deterioro que llevaría a su fallecimiento en agosto de 2020. Para atenderla, dejó por fin la Secretaría de CIMA aunque no su actividad como Abogado, para pasarse casi tres años dedicado en cuerpo y alma a acompañar a la enferma. La última enfermedad de Isabel coincidió con la pandemia que nos trae por el camino de la amargura; y como por la edad de él no le permitían, como quería, quedarse en la habitación del hospital, su queja, desde que llegaron a siete los días de hospitalización, era que desde que se casaron era ahora cuando más tiempo habían estado separados. Sólo lo superaría el periodo de siete meses que aún viviría él.

La muerte de mi madre le afectó por tanto profundamente. Sólo en noviembre me pidió que le diera de baja como ejerciente en el colegio de Abogados.

Y en abril, el Señor decidió poner fin a la separación de mis padres. Como decía el poeta, *“dio el alma a Quien se la dio”*, y no nos queda a los que le quisimos y queremos que rogarle a Dios que *“la ponga en el Cielo, en su Gloria”*. A los setenta y ocho años de compañía en este mundo, y tras unos meses de separación Luis e Isabel se han reunido otra vez y seguirán juntos en el otro.

Por fin, Luis está donde siempre aspiró a estar, y con quien siempre quiso estar. ■



## El Departamento de Arbitrajes Internacionales de la AGE, 'Equipo del mes' para la revista Jus Mundi

Alberto Torró Molés | Abogado del Estado

**E**n el mes de abril de 2021, la revista Jus Mundi, dedicada al arbitraje internacional, elegía al Ministerio de Justicia español como *equipo del mes* a causa de dos recientes victorias del Departamento de Arbitraje Internacional.

Éstas eran, de un lado, el laudo dictado en el asunto *FREIF*, que desestimaba íntegramente y por unanimidad las peticiones de una filial de BlackRock, que reclamaba 124 millones de euros al Reino de España por el perjuicio pretendidamente causado por la reforma del sector energético a sus parques eólicos. Y, de otro, la Decisión dictada en el caso *Eurus*, que desestimaba las reclamaciones de unos inversores japoneses por 258 millones de euros prácticamente en su totalidad, a salvo de un aspecto muy concreto (la denominada *retroactividad* de las Medidas en Disputa).

Se trata de dos asuntos que se han desarrollado muy separados en el tiempo: entre una vista y otra, el equipo integrante del Departamento se ha visto renovado casi en su totalidad, con lo que la mención de Jus Mundi supone, además, el reconocimiento al trabajo de las varias

generaciones de compañeros que han pasado por el Departamento.

Los dos asuntos se enmarcan en una racha positiva que se remonta a varios años y en la que los tribunales arbitrales han venido a confirmar, en términos generales, la conformidad con el Tratado de la Carta de la Energía de la reforma energética acaecida en España entre los años 2010 y 2014, bien absolviendo al Reino de España de todas las reclamaciones planteadas, bien reduciendo muy sustancialmente el importe de las condenas.

Estos resultados no solo supondrán un importante alivio económico a las arcas públicas, sino que, asimismo, han supuesto un freno importante en la avalancha de reclamaciones. Frente a la oleada de reclamos presentados en los años siguientes a la aprobación de la reforma energética, el ritmo de los últimos años se ha visto notablemente reducido y, de hecho, son muy escasos los procedimientos que se han iniciado en los últimos tiempos. Ello no ha supuesto, sin embargo, una bajada correlativa en el ritmo de trabajo: el dictado de laudos

ha implicado, por un lado, la iniciación por parte del Reino de España de procedimientos de anulación y, de otro, la reacción de los inversores, que tratan en la actualidad de ejecutar esas resoluciones en las jurisdicciones que consideran más favorables a sus intereses.

La principal peculiaridad del trabajo en el Departamento de Arbitraje Internacional probablemente consista en la necesidad de trabajar en equipo continuamente, una labor para la que no nos prepara la oposición y que supone, en muchas ocasiones, uno de los principales retos. Acostumbrados, como estábamos algunos, a llevar nuestros propios asuntos, trabajar con más compañeros implica acompañar los ritmos al trabajo de los demás y aprender a coordinarse con el resto del equipo. Esta tarea, sobre todo al principio, no resulta del todo sencilla.

Esa labor de coordinación comienza con el personal de apoyo, los únicos cimientos permanentes sobre los que se asienta un Departamento sujeto a muchísima rotación. Se trata de un equipo de élite que, además de prestar una ayuda dia-



ria en la tramitación de los procedimientos, dispone de una experiencia de varios años en el Departamento que resulta fundamental.

En segundo término, la coordinación alcanza a los distintos compañeros implicados en cada uno de los asuntos. Lo habitual es que, en cada uno de los procedimientos, haya al menos dos o tres compañeros responsables, para lo cual, de igual forma, resulta necesario fijar unos tiempos para revisar la documentación y preparar los memoriales y, obviamente, unos criterios para repartir el trabajo. En un mismo memorial, por lo tanto, coexiste simultáneamente el trabajo paralelo de los abogados responsables y del personal de apoyo que va preparando los anexos, en una carrera acompasada en la que, por supuesto, no son extraños los sobresaltos (por ejemplo, cuando con trescientos folios escritos, se desmonta por completo el formato del texto a un día de la presentación del memorial).

Los equipos cambian en cada uno de los procedimientos en un reparto que, además, tiene que ser flexible por definición y supone que, por ejemplo, cuando uno está celebrando una vista, sea habitual que otros se encarguen de sus trámites escritos, para que luego aquél haga lo propio cuando la vista la tengan otros compañeros. Y esta labor en equipo no termina en el Departamento: el *refuerzo* integra a varios compañeros que, prestando servicios en otras unidades, colaboran también en los distintos asuntos y hacen factible un trabajo que, sin su apoyo, sería inasumible.

Finalmente, la labor de coordinación alcanza, además, al resto de profesionales implicados en los procedimientos que, sin despacho en Marqués de la Ensenada, juegan asimismo un rol importante. Se trata, esencialmente, de los distintos expertos contratados para desarrollar pericias de toda índole, algunas de ellas incluso un tanto extravagantes: expertos contratados para explicar la fiscalidad en España, Alemania o Japón de un eventual laudo que no se ha dictado, pero que podría dictarse, o para explicar la diferencia entre la Ley y un Real Decreto o la relevancia del Derecho de la Unión Europea (nótese, al respecto que el Derecho nacional es objeto de prueba en es-

tos procedimientos y que, además, buena parte de los reputadísimos árbitros que conforman los tribunales se sorprenden al escuchar que el Derecho de la Unión Europea es Derecho Internacional).

Desde hace un par de años, y como consecuencia de la iniciación de procedimientos de ejecución a los que hemos hecho referencia más arriba, la labor de coordinación se ha extendido a determinados abogados contratados por el Ministerio para intervenir en esos procedimientos en el exterior. Así, los miembros del Departamento hemos tenido que familiarizarnos a la fuerza con cuestiones ciertamente exóticas, como el Derecho procesal australiano o estadounidense, a fin de asegurarnos de que el relato que presenta España en cada uno de los procedimientos en los que interviene sea coherente y no incluya argumentos que puedan suponer un lastre en otros asuntos. Presentar

**Trabajar en equipo supone un reto, pero supone, asimismo, la mayor recompensa de un trabajo que, por lo general, resulta muy exigente**

una voz unánime en cada país no es un ejercicio sencillo, sobre todo por las peculiaridades de cada normativa nacional: la experiencia australiana, por ejemplo, nos ha llevado a la convicción de que si, efectivamente el Derecho es la ordenación normativa del comportamiento humano, los humanos australianos son bastante distintos de los demás.

En definitiva, trabajar en equipo supone un reto, pero supone, asimismo, la mayor recompensa de un trabajo que, por lo general, resulta muy exigente y que, a veces, puede llegar a ser un tanto ingrato. Disfrutar del talento y esfuerzo de todo el personal implicado en cada uno de los procedimientos hace desde luego más llevadero los momentos amargos que, muchas veces, nos da un sistema cuanto menos peculiar y que merecería, probablemente, un monográfico. En estos procedimientos auspiciados por el Banco Mundial y bajo la vitola de justicia internacional, hemos visto cosas que, ciertamente, no creeríamos.

Y, al contrario, tras tantas horas de trabajo y encierro, lo que da sentido al día a día es compartirlo con compañeros entregados y disfrutar de un trabajo en equipo que no es habitual en otras unidades. Lo de Jus Mundi no está mal, pero la euforia compartida al terminar una vista, después de varios días de sufrimiento, no tiene precio. ■



# ¡A mí la Legión!

## CRÓNICA DE LA VISITA A TOLEDO ORGANIZADA POR LA ASOCIACIÓN

Gonzalo Collado de la Guerra | Abogado del Estado

**E**l correo de la Asociación irrumpió en la bandeja de entrada y su reclamo generó en mí un torrente de ilusión sólo comparable a esos veranos en los que coinciden Juegos Olímpicos y Eurocopa. La ilusión, no obstante, se veía enturbiada irremediablemente por el temor a la situación sanitaria, así que me lancé a una búsqueda frenética de indicadores y conceptos tan familiares hoy como otrora desconocidos (incidencia acumulada, PCR, cierre perimetral, “Comité de Expertos”...).

Las noticias que provenían de Toledo eran relativamente alentadoras, por lo que no pude evitar sucumbir a los cantos de sirena. Junto a mí, otros 29 compañeros. Y es que, aunque a muchos de nosotros la pandemia nos hubiese herido con zarpa de fiera, las ganas de reencontrarnos y de dar a la nueva Promoción la bienvenida que merecía pesaron más que el miedo al dichoso bicho. Al fin y al cabo, en nuestro Cuerpo también late con fuerza el Espíritu de Unión y Socorro que preside el Credo Legionario...

La cerveza, helada; las vistas al hermoso patio toledano, insuperables. Fue entonces cuando supimos que nuestro anfitrión no podría haber elegido mejor escenario que la ciudad de las tres culturas para el reencuentro entre tres generaciones de Abogados del Estado. Veteranos y noveles.

Tras una copiosa cena y la copa de rigor decidimos retirarnos para no enfrentar

el riesgo de sufrir bajas indeseadas. La prudencia es una virtud infravalorada y éramos reincidentes en el error de abusar del aperitivo y quedar empachados antes del plato principal.

El despertador sonó antes de lo deseado. Cansancio. Quizás la hora de retirada no había sido tan prudente como pensábamos. En fin, nada que no arreglasen una docena de churros del Kiosco Catalino, centenaria tradición toledana a la que no pudimos renunciar y que, desde entonces, añoro cada domingo.

El sol derretía los muros de la Puerta de Bisagra. El aire cálido rezumaba de las calles adoquinadas. Tras la Plaza de Zocodover se alzaba, imponente, el Alcázar. Aceleramos el paso, ansiosos por reencontrarnos con los amigos que, como

**“nuestro anfitrión no podría haber elegido mejor escenario que la ciudad de las tres culturas para el reencuentro entre tres generaciones de Abogados del Estado. Veteranos y noveles”**

nosotros, habían acudido a la voz de “¡A mí La Legión!”.

También nos invadían la inquietud y la curiosidad por conocer a nuestros nuevos compañeros, esos que son los únicos que pueden presumir de haberse batido el cobre con los casos prácticos más duros y con una pandemia mundial y haber salido airosos (ojalá ese título les dure muchos años). Por cierto, todos portaban botella de agua y gafas de sol; apuntan maneras. La visita al Museo del Ejército y a la Exposición *100 años de La Legión* fue justo correlato del esfuerzo que requirió alcanzar a pie el Alcázar.

No es mi intención hacer aquí un resumen, pues para eso habréis de acudir a Toledo, pero sí confesar que descubrí que alguno de nuestros compañeros posee una ferviente afición por nuestra Historia y domina el Sexenio Absolutista, la Regencia de Espartero o la fundación de La Legión tanto como la accesión o la usucapión. No sé por qué, pero tampoco me sorprendió. Mención especial para el polizón que se infiltró en nuestra visita con el firme propósito de poner a prueba la capacidad de inflado de las narices de nuestro paciente guía.

Terminado el evento cultural, fue el momento de una de las costumbres que, sin duda, ocupa un papel protagonista en nuestro acervo: la comida. El escenario, restaurante que en el siglo XVI había hecho las veces de escuela, y aque-



Ila perdiz estofada me transportaron a mi niñez, a los veranos en el pueblo, a las heridas en las rodillas y a la escopeta de perdigones.

Lo mejor, sin embargo, estaba aún por venir. Finalizado el postre y tras unas palabras de bienvenida, nuestro anfitrión nos invitó a brindar con leche de pantera, clásica bebida legionaria creada para insuflar al caballero el valor y coraje necesarios para el fragor de la batalla. Nunca sabremos si su nombre obedece al ardid de los legionarios que pasaban el fin de semana bajo arresto o a los ojos rasgados de Celia Gámez, cupletista amiga de Millán Astray; lo que sí sabemos es que, fiel al fin para el que fue creada, nos envalentonó para adentrarnos en una larga sobremesa, haciendo bueno aquello de *“jamás un legionario dirá que está cansado hasta caer reventado”*.

## “El Centenario de La Legión se había convertido en la excusa perfecta para nuestro reencuentro”

Fue momento entonces de confraternización, de compartir experiencias y de ponernos al día tras más de año y medio separados. También hubo tiempo para estrechar lazos con nuestros nuevos compañeros y devolver ese cariñoso recibimiento del que fuimos partícipes a nuestro ingreso y que nos hizo sentir como si toda la vida hubiésemos formado parte del Cuerpo de Abogados del Estado.

De pronto, estábamos enfrascados en la ardua tarea de arreglar el mundo y repasar los últimos pronunciamientos judiciales. Había vuelto a pasar. Deformación profesional, lo llaman. Y es que es curioso comprobar cómo conforme transcurre el menú la conversación pasa de lo coloquial a lo técnico; de las vacaciones, la familia y el fútbol a la más reciente jurisprudencia del TJUE.

Y como todo lo bueno se acaba, llegó el momento de partir. *“Hasta pronto”*, *“tenemos que repetir”*, exaltaciones de la amistad y abrazos a distancia (malditas restricciones). El Centenario de La Legión se había convertido en la excusa perfecta para nuestro reencuentro y Toledo nos vio marchar habiendo renovado *“el sagrado juramento de no abandonar jamás un hombre en el campo, hasta perder todos”*. ■

# CLAUSURA DEL CURSO 2020/2021 DE LA SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

Antonio Martínez Lafuente | Abogado del Estado

## I. INTERVENCIÓN DEL VICEPRESIDENTE DE LA SECCIÓN

El Sr. Vicepresidente Primero tomó la palabra para presentar a la ponente en el acto de clausura; ha sido costumbre en el últimos cursos invitar a la sesión de clausura a una personalidad ajena a la sección y cito a D. Jaime Pérez Renovales, que fue Subsecretario del Ministerio de la Presidencia del Gobierno; a D. Luís María Díez-Picazo, que fue Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; a D. Javier Gomá Lanzón, Filósofo y Director de la Fundación Juan March; a D. Eduardo Torres-Dulce Linfante, que fue Fiscal General del Estado; y a D. Santiago Muñoz Machado que es Director de la Real Academia de la Lengua y que no pudo participar por la interrupción de las actividades en el curso pasado aunque en el futuro lo hará, y este año a D.<sup>a</sup> Rosario Silva de Lapuerta.

Aunque es sobradamente conocida, recuerdo que D.<sup>a</sup> Rosario Silva de Lapuerta ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 1978, siendo la primera mujer que superó las oposiciones; en la actualidad ello no sería noticia pero en aquel momento lo fue; en dicha oposición también ingresó D. Manuel Pizarro Moreno, Presidente de esta Real Academia, integrando quien habla el tribunal que juzgó aquellas oposiciones.

La trayectoria profesional de D.<sup>a</sup> Rosario ha estado muy ligada al Derecho Europeo, habiendo sido Jefa de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y desde el año 2003 jueza de dicho tribunal, adquiriendo además la condición de Vicepresidenta desde el año 2018, donde cesará el próximo octubre, tras dieciocho años de pertenencia al mismo; con dicho motivo el Gobierno le concedió la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, y que se corresponde con los méritos de la española que ha alcanzado mayor rango jurídico en el ámbito europeo.

Desde que se vislumbró en el horizonte que España entraría en la Unión Europea, entonces Comunidad Económica Europea, realizó una importante labor de divulgación del Derecho Europeo, plasmada en incontables cursos y conferencias y que además se plasmó en la revista *Noticias de la Unión Europea*, que estuvo activa durante casi treinta años; en dichos cometidos coincidió con quien suscribe y con D. Fernando Díez Moreno, también perteneciente a esta Sección.

Además no debo omitir a su esposo, el Embajador de España, D. Julio Núñez Montesinos, compañero de curso en la Facultad de Derecho de Valencia, a comienzo de los años sesenta, no sólo de quien suscribe sino también de D. Bar-

tolomé Alfonso, asimismo miembro de esta sección.

Por último a la sesión se adhirieron, D. Rafael García-Valdecasas, Abogado del Estado y que fue Juez del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, y consejero de la revista anteriormente mencionada, así como D. Jorge de Juan Casadevall, Abogado del Estado, Doctor en Derecho y prolífico autor de temas jurídico-tributarios que se incorporará a la sección a partir del curso próximo, una vez ya adquirida la condición de Académico Correspondiente.

En el momento en que termina el curso 2020/2021, que se ha desarrollado de modo virtual, no podemos por menos que felicitar a nuestro compañero de sección D. Jesús Rodrigo Fernández, al haber tenido a su cargo el manejo de la técnica que ha hecho posible la conexión de todos con él y con el ponente en todas cada una de las sesiones; nuestro agradecimiento, pues sin su colaboración este curso no podría haberse desarrollado y lo ha hecho con la brillantez de los anteriores gracias al buen hacer del ya mencionado D. Jesús Rodrigo Fernández.

Sólo recordar que por su mediación nos hemos podido conectar desde Barcelona, Chicago, Luxemburgo, Madrid, Tarragona y Toledo.



## II. INTERVENCIÓN DE LA EXCMA. SRA. D.ª ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, VICEPRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Ponente desarrolló el tema *La cooperación administrativa entre Estados miembros en materia fiscal*, que siguió con el siguiente esquema:

1. El principio de cooperación leal
2. La cooperación administrativa en materia fiscal relativa al intercambio de información
  - 2.1. Naturaleza de la obligación de intercambio de información
  - 2.2. Pertinencia de la información solicitada
  - 2.3. Derechos de los contribuyentes
    - 2.3.1. Contribuyentes
    - 2.3.2. Terceras personas afectadas
    - 2.3.3. Derechos de los administrados obligados a suministrar la información requerida

**En su intervención, D.ª Rosario Silva de Lapuerta desarrolló el tema ‘La cooperación administrativa entre Estados miembros en materia fiscal’**

3. La cooperación administrativa en materia de cobro de impuestos y otros derechos
  - 3.1. Principio de confianza mutua
  - 3.2. Medidas
  - 3.3. Reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros
  - 3.4. Notificación
  - 3.5. Trato privilegiado
  - 3.6. Medidas cautelares
4. Conclusión

Tras su intervención se desarrolló un turno de preguntas a las que contestó la ponente.

Por último, y antes de la clausura, intervinieron el Presidente de la sección Profesor Pérez de Ayala y el de la Real Academia D. Manuel Pizarro, que destacaron lo que ha supuesto la realización de modo virtual el curso 2020/2021, dando su felicitación a los ponentes, así como a los organizadores, con el deseo de que ello continúe el próximo curso que comenzará en octubre.

Especial mención se hizo por el Presidente de la labor de D.ª Carmen Botella García-Lastra, a cuyo cargo ha estado la Secretaría de la sección desde hace más de diez años, y que se plasma en la puntual remisión del acta de cada sesión, por lo que recibe la felicitación de todos los componentes de la misma.

III. JURISTAS QUE FORMAN PARTE DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN Y DE ESPAÑA, SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO, CURSO 2020/2021

Abogados del Estado  
**Académicos de Número**

- D. Manuel Pizarro Moreno, Presidente de la Real Academia,
- D. Luís María Cazorla Prieto, Presidente de la Fundación Pro Real Academia.

#### Académicos Correspondientes

##### 1. Vicepresidentes:

- D. Antonio Martínez Lafuente
- D. Enrique Piñel López

##### 2. Vocales

- D. Bartolomé Alfonso Ferrer
- D. Fernando Díez Moreno
- D. Maximino Linares Gil
- D. Ricardo Huesca Boadilla
- D. Raúl López Fernández
- D. Jesús Rodrigo Fernández

#### Catedráticos y Profesores de Derecho Financiero y Tributario

- D. Esaú Alarcón García
- D. Pedro Chico de la Cámara
- D. Juan Ignacio Gorospe Oviedo
- D.<sup>a</sup> María Amparo Grau Ruíz
- D. Pedro Manuel Herrera Molina
- D. José Andrés Rozas Valdés
- D.<sup>a</sup> Luz Ruibal Pereira
- D. Fernando Serrano Antón
- D.<sup>a</sup> Marta Villar Ezcurra

#### Inspectores de Hacienda del Estado

- D.<sup>a</sup> Carmen Botella García-Lastra
- D. José Ignacio Ruíz Toledano
- D.<sup>a</sup> Inmaculada Uribarrena Fernández

#### Letrado del Tribunal Constitucional

- D. José María Utande San Juan

#### Intervención

- D. José Antonio Fernández Ajenjo

#### Magistrados del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

- D. Dimitry Berberoff Ayuda
- D. Jesús Calderón González
- D.<sup>a</sup> Ana Isabel Martín Valero

#### IV. PONENCIAS PRESENTADAS EN EL CURSO 2020/2021 EN LA SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

Sesión del día 14 de octubre: *La nulidad de pleno derecho en el Derecho Tributario*. Ponente: D. Antonio Martínez Lafuente. Abogado del Estado.

Sesión del día 28 de octubre: *Novedades de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia tributaria*. Ponente: D. Dimitry Berberoff Ayuda. Magistrado del Tribunal Supremo.

Sesión del día 11 de noviembre: *Derecho a la propiedad y principio constitucional de no confiscatoriedad*. Ponente: D. Juan Ignacio Gorospe Oviedo, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Sesión del día 25 de noviembre: *Situación del modelo 720 en el 2020, un cruel retruécano todavía en vigor*. Ponente: D. Esaú Alarcón García, Doctor en Derecho y profesor de la Universidad Abad Oliva.

Sesión del día 16 de diciembre: *Operaciones vinculadas y sociedades interpuestas en el IRPF*. Ponente: D.<sup>a</sup> Ana Isabel Martín Valero, Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

-Sesión del día 13 de enero de 2021: *Fiscalidad, inteligencia artificial y lucha contra el fraude fiscal*. Ponente: D. Fernando Serrano Antón, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid.

Sesión del día 27 de enero de 2021: *Big Data, tributación y derechos digitales de los contribuyentes*. Ponente: D.<sup>a</sup> María Amparo Grau Ruiz, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid.

Sesión del día 10 de febrero de 2021: *Interpretación jurídica, Humanismo tecnológico e Inteligencia Artificial en el ámbito de un proceso contencioso tributario*. Ponente: D.<sup>a</sup> Luz María Ruibal Pereira, Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.

Sesión día 24 de febrero de 2021: *La problemática de la prueba en la revisión tributaria y, en particular, en el ámbito administrativo*. Ponente: D. José Ignacio Ruiz Toledano, Inspector de Hacienda del Estado y Vocal del Tribunal Económico Administrativo Central.

Sesión del día 10 de marzo de 2021: *Bonificaciones y otras medidas ambientales en el IAE: situación actual y propuestas de reforma*. Ponente: D. Pedro M. Herrera Molina, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la UNED.

Sesión del día 24 de marzo de 2021: *El principio de buena Administración en la reciente Jurisprudencia tributaria del Tribunal Supremo*. Ponente: D. Maximino Linares Gil. Abogado del Estado.

Sesión del día 7 de abril de 2021: *La residencia fiscal, cuestiones que plantea*. Ponente: D.<sup>a</sup> Inmaculada Uribarrena Fernández. Inspectora de Hacienda del Estado y Coordinadora de la Unidad de Apoyo de la AEAT en la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada.

Sesión del día 21 de abril de 2021: *Publicidad de las situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias*. Ponente: D. José María Utande San Juan Letrado del Tribunal Constitucional.

Sesión del día 5 de mayo de 2021: *Incentivos fiscales al consumo de energía solar fotovoltaica*. Ponente: D.<sup>a</sup> Marta Villar Ezcurra. Catedrática de la Universidad CEU San Pablo y Vicepresidenta de IFA.

Sesión del día 19 de mayo de 2021: *Novedades fiscales para 2021*. Ponente: D. Enrique Piñel López. Abogado del Estado.

Sesión del día 2 de junio de 2021: *Análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 490/2019 (caso ERE)*. Ponente: D. José Antonio Fernández Ajenjo. Doctor en Derecho.

Sesión del día 16 de junio de 2021: *La Cooperación administrativa en el ámbito de la Unión Europea*. Ponente: D.<sup>a</sup> Rosario Silva de La Puerta, Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ■



# Bienvenida a la ‘promoción confinada’

Antonio Herranz Gallardo | Abogado del Estado

El pasado 25 de junio recibimos, por fin, la calurosa bienvenida de la Asociación. Nuestra promoción, *la Confinada*, ha vivido un ingreso en el Cuerpo ciertamente atípico, notablemente marcado por el devenir de la situación sanitaria y muy alejado de las experiencias que con tanta ilusión fraguaron nuestros predecesores.

Sin actos ceremoniales como la entrega de despachos —que sin duda esperamos—, y asistiendo por vía telemática a los cursos de bienvenida, aceptamos, en la incertidumbre de los primeros días en el destino elegido, que las lógicas celebraciones se verían postergadas indefinidamente.

Por eso, cuando llegó la invitación de la Asociación, abordamos con gran alegría el evento. Sirvió no solo como un punto de encuentro de nuestra promoción con los representantes de aquella, sino que permitió también que estrecháramos entre nosotros unos lazos que solo preliminarmente —en una fugaz visita a Toledo— habíamos podido iniciar.

La comida constituyó un excelente hilo conductor para intercambiar las prime-

“En representación de la promoción, pronunció Paula unas palabras de sincera gratitud que con certeza reflejaron el sentimiento de todos los compañeros”

ras experiencias con aquellos que atesoran ya una larga y encomiable trayectoria. Sin duda, tratamos todos de escuchar con extrema atención, interiorizar cuanto podíamos y, desde luego, disfrutar del momento de felicidad que tanto se había hecho esperar.

Fueron varias las anécdotas que surgieron entonces. Destacó nuestro Presidente que se cumplían aquel día veinte años del cuarto ejercicio que alumbró su promoción. Solo cuatro días después habría transcurrido un año desde que nosotros

nos enfrentábamos al nuestro. A buen seguro, será una fecha que difícilmente olvidaremos.

Dignas de elogio fueron también las palabras de Iván, recordando principios básicos y esenciales del trabajo en la Abogacía del Estado, y otros propios de la vida ordinaria también. Guiarán, sin duda, nuestros caminos profesionales.

En representación de la promoción, pronunció Paula unas palabras de sincera gratitud que con certeza reflejaron el sentimiento de todos los compañeros. De los presentes y de los que no pudieron acompañarnos.

La tarde continuó después en un entorno más relajado, donde hubo oportunidad de charlar con quienes no pudimos conocer previamente.

En definitiva, se trató de una entrañable acogida por parte de la Asociación, que se erigió en ese punto de encuentro intergeneracional entre los miembros del Cuerpo. Que este primero venga seguido de muchos más. ■



# Memoria de Defensa

## DE FERNANDO DÍEZ MORENO

Tomás Mir de la Fuente | Abogado del Estado

**I)** Fernando Díez Moreno, abogado del Estado, autor del libro objeto de esta reseña, tiene buena memoria. Muy buena memoria.

No se le supone, como al militar el valor, y a cualquiera la buena fe o la inocencia, ni siquiera por el hecho de haber tenido éxito en las Oposiciones para ingresar en su Cuerpo. Lo ha probado. Tanto que, antes que este libro, en 2007, escribió otro, titulado *Memoria de un Subsecretario (1996-2000)*. Lo que no significa que se supiera de memoria lo que hizo, siéndolo, del Ministerio de Economía y Hacienda, sino que lo quiso recordar y contar.

También escribió, esta vez sin esperar tanto, en 2008, *Memorias del Alto Comisionado para el Iraq*, en las que relató lo que hizo España en este país durante un año. No encontró tampoco editorial, por lo que la edición fue privada, no venal, con destino final en Amazon.

Ahora, en 2021, escribe, otro libro, no venal, colgado en Amazon como el anterior, que titula, esta vez, *Memoria de Defensa (2000-2004)*. Unas Memorias,

terminadas 15 años después de los acontecimientos que recuerdan, de cuya lectura final el autor confiesa tener la impresión de que están escritas *“para mí mismo”*, para que no se me olviden los acontecimientos vividos, constitutivos de la experiencia de cinco años. La experiencia, dice: *“no es lo que se vive sino lo que se hace con lo que se ha vivido, y, precisamente, para hacer algo con lo que se ha vivido el primer requisito es no olvidarlo. Pues el paso del tiempo es implacable y la edad no perdona a la memoria”*.

Resignado final, que no hace justicia a los más ambiciosos designios del Prólogo. Como: cumplir con el deber de lealtad, especialmente, a sus colaboradores, y dejar constancia de lo que se hizo en la Secretaría de Estado durante una Legislatura, de la que solo queda el recuerdo de la guerra de Iraq o del Yakolev-42. Lo positivo y lo negativo de una etapa de su vida que, admite, le creó una sensación de angustia, que tardó años en superar. Contado honestamente y pretendiendo transmitirle al lector como fueron los días, las semanas, los meses y los años del cargo que ocupó, los problemas con

los que se enfrentó, las soluciones que aportaron para algunos y los fracasos o frustraciones de otros. Dando una visión de conjunto –sin mencionar la Misión para la participación de España en la reconstrucción de Iraq, relatada en sus Memorias del Alto Comisionado para Iraq– de lo que fueron en Defensa, y particularmente en la Secretaría de Estado de Defensa, los años 2000-2004. Años intensos, plagados de acontecimientos dolorosos y desgraciados.

El autor dice ser consciente de que estas Memorias interesarán a muy pocas personas y no encontrarán fácilmente editorial que las publique, por carecer él mismo de imagen pública difundida y porque no desvelan ningún escándalo ni secreto morboso que justifique una campaña de publicidad. Dejando a salvo el recurso de hacer una edición limitada para la familia, amigos y colaboradores y dejarlas colgadas en Amazon, a disposición del lector interesado o especializado. Yo he sido uno de estos amigos.

**II)** El libro es de gran formato. Tiene 483 páginas. En la portada aparece una fotografía aérea del Grupo Alfa de la Flota,



desplegado en el mar, con siete grandes buques, navegando a toda máquina, por la estela blanca que van dejando.

La contraportada contiene, una semblanza biográfica, de la que destacan, entre los datos jurídicos, que es Abogado del Estado, Doctor en Derecho y Profesor de “Derecho de la Unión Europea” en las Universidades de Comillas y Villanueva; que estuvo destinado en las Delegaciones de Hacienda de Cáceres y de Salamanca, el Ministerio de Educación, ICONA, Dirección General de lo Contencioso del Estado y Tribunal de Justicia de la Unión Europea; que es Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; que es autor de los libros: *Derecho de la Competencia en la Unión Europea* (1986), *Derecho de Sociedades de la Unión Europea* (1986), *Comentarios Constitucionales* (2004), *El Estado Social* (2004), *Manual de Derecho de la Unión Europea* (2009); y que está en posesión de la Medalla de Oro del Cuerpo de Abogados del Estado.

**III)** La primera página contiene una dedicatoria: “*a cuantos me ayudaron y a mi mujer, María Esperanza, que fue la que más me ayudó*”. En el Prólogo agradece a todos los colaboradores su ayuda, y más agradecimiento expresa a su mujer, porque “*echó sobre sus hombros*” todas las cuestiones familiares para que pudiera dedicar su tiempo a hacer lo que relata en las siguientes páginas. Sigue un índice, de quince páginas, en números romanos, al igual que las rúbricas de los dieciocho Capítulos en que se estructura el texto.

**IV)** Sobre el contenido. Cabe distinguir el texto de las ilustraciones.

Las ilustraciones. Hay varios centenares de ellas, a todo color, que alegran o alivian la prosa. La mayoría reflejan actuaciones del autor en el ejercicio de su cargo. Van de lo más formal, como es su juramento y toma de posesión y otros actos oficiales, a lo más funcional, en tierra, mar y aire. En, sobre y hasta dentro de carros de combate, buques de la Armada y aeronaves. En instalaciones militares variadas. En desfiles y paradas militares.

No faltan emblemas, escudos, insignias, planos, maquetas, portadas de libros, di-

plomas, metopas, banderas –sobre todo la española– y documentos –ninguno secreto, ni siquiera constitutivo del material y notas– que saca a la luz, “*para evitar que se apaguen cuando yo me apague*”. Menos aún faltan fotos de armas, como carros de combate, vehículos blindados y lanzagranadas. Ni de buques, aeronaves, ingenios no tripulados y satélites.

En relación con el texto, cuyo contenido se vislumbra en la rúbrica de los Capítulos y epígrafes del Índice casi transcrito, haré dos cosas:

Una, exponerlo en general, con las propias palabras del autor, en el luminoso Capítulo I, rubricado *Visión general*, que, en síntesis, es lo que se propuso dar: una visión global de lo que fueron los años 2000-2004, en Defensa, al menos, en la Secretaría de Estado de Defensa.

Otra, comentar en concreto lo que a mí, personalmente, me ha interesado más –lego en política, y mero espectador, afectado por ella como cualquier persona– desde la perspectiva de quien, eso sí, fue Alférez de Complemento del Arma de Infantería, antes que defensor del Estado en juicio, como Abogado del Estado en servicio activo, durante 37 años, destinado en Baleares hoy oficialmente Illes Balears (de gran importancia militar<sup>1</sup>), y, luego, ya jubilado, ha cultivado el Derecho, en el seno de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears<sup>2</sup>.

**V)** La visión general, del Capítulo I, el autor la comienza significativamente, con “*lo negativo*”. Dice: “*No quiero ocultar que fue una Legislatura llena de problemas y desgracias desde el primer momento*”. El Ministro antecesor, Eduardo Serra, había decidido celebrar el Día de las Fuerzas Armadas en Barcelona el 25 de mayo de 2000, es decir, que nos enfrentamos a ello nada más tomar posesión. Fue la primera crisis que tuvimos que abordar. Después vino la provocada por el llamado *síndrome de los Balcanes*, consistente en la presunta utilización de uranio empobrecido en la munición que se había utilizado en las misiones de paz en la región. Siguió la presencia en Gibraltar del submarino in-

glés *Tireless*. Los conflictos en Kosovo y Macedonia se intensificaron y con ello el riesgo de nuestras tropas allí destacadas. Además, los atentados del 11-S provocaron la guerra en Afganistán y la participación de España con un destacamento. A ello hay que añadir el conflicto de Perejil, y la guerra de Iraq en la que España no participó, pero sí apoyó, e intervino después, con otros treinta y tres países, en su reconstrucción.

A todo lo anterior hay que añadir los accidentes, inevitables cuando más de cien mil efectivos se mueven diariamente por tierra, mar y aire en toda clase de vehículos. Los hubo de todo tipo, desde accidentes de helicópteros, fallecidos en misiones de paz, asesinatos en Iraq, y el más trágico, el accidente del *Yakovlev-42* cuando un destacamento volvía de la misión en Afganistán. Este accidente (así calificado por la Comisión Internacional de Accidentes Aéreos, y por nuestro Tribunal Supremo), fue tomado por la prensa “adicta” en connivencia con parte de los familiares, para atacar despiadadamente al Ministro Trillo, ataques que transcurridos quince años se reavivan a la menor ocasión. A las sucesivas crisis dedica el último Capítulo.

Y sigue con lo positivo: “*No todo fueron desgracias. En esta Legislatura se aprobó con el Servicio Militar obligatorio y con ello la ficción de que más de un millón de españoles se declaraban objetores de conciencia para eludir ser llamados a filas. Como acertadamente dijo el Comandante General de Melilla, eran más bien ‘objetores de conveniencia’.* Por otra parte, se aprobó la *Ley Reguladora del CNI, en dura negociación con el PSOE y, por primera vez, fue un civil su Director. Fue la Ley 11/2002, de 6 de mayo. De la misma fecha es la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del control judicial previo de CNI. Se aprobó también la ‘Revisión Estratégica de la Defensa’, documento de excepcional importancia en el que se prevenían los riesgos estratégicos de España y los medios que se necesitaban para combatirlos. De gran importancia también fue la nueva ‘Estructura básica y organización funcional de los Ejércitos’, que pusieron fin a la Capitanías Generales y dotó a los tres Ejércitos de una organización hasta el*

*fin de su mandato más adaptada a los tiempos modernos. Además, se renovó la cúpula militar porque se habían respetado los plazos de JEMEs.*

*En términos normativos el Ministerio de Defensa había aprobado 6 Leyes Orgánicas, 4 Leyes ordinarias, 1 Real Decreto-Ley, 1 Real Decreto Legislativo, 601 Reales Decretos, 37 Reales Decretos Conjuntos, 253 Acuerdos de Consejo de Ministros y 27 Acuerdos Conjuntos<sup>3</sup>. En total 930 disposiciones, sin contar con las condecoraciones. No es mal balance, sobre todo si se compara con otras Legislaturas, lo que viene a demostrar que no solo la guerra de Iraq o el accidente del Yakolev-42 ocuparon estos años”.*

Del Capítulo II dice que da cuenta de las vicisitudes de su nombramiento “*que, aunque no tengan un gran interés, desvelan las razones y circunstancias de haber acabado en un cargo así*”. Después, del Capítulo III, dice que describe lo que era la estructura orgánica de la Secretaría, para contraponerla a la estructura funcional, a cuyo través se consiguen los objetivos políticos.

Del Capítulo IV trata del desarrollo normativo del que ya se dijo antes algo. Considera de gran importancia, en un cargo como el suyo, las relaciones institucionales, a que se refiere el Capítulo V, entre las que incluye las que tuvo con la Casa Real, las cuatro celebraciones de la Fiesta Nacional, la Pascua Militar y el Día de las Fuerzas Armadas, así como las cuatro Cumbres bilaterales con otros países a las que asistió, y la multitud de actos públicos, entrevistas y visitas oficiales en que participó. También las relaciones parlamentarias derivadas de las comparecencias obligadas, para la presentación de los Presupuestos de cada año o de los Planes Directores a que se refiere el Capítulo VI.

Afirma dedicar un Capítulo independiente (los VII, VIII, IX y XI) a cada una de las políticas de su competencia, a, saber, la de armamento y material, la económica y presupuestaria, la de infraestructuras y la de comunicaciones e informática. Es muy posible, reconoce, que a quienes lean estas Memorias, y no conozcan la política de Defensa, le re-

sulten un poco minuciosos. Su intención al reflejarlos, afirma, es rendir homenaje a quienes llevaron a cabo tales políticas y le ayudaron a conseguir estos logros. Hace referencia a los organismos que, con las Direcciones Generales, completan la estructura orgánica de la Secretaría, bien dentro del Centro Directivo al que están adscritos (Capítulo XII) o bien de manera independiente, como es el caso de INTA (Capítulo X).

Dedica el Capítulo XII a las intervenciones públicas, por razón del cargo o en asuntos no oficiales. Del Capítulo XIV, dedicado a las visitas, dice que es extenso, por su propósito deliberado de “*ver las cosas in situ*”. No quiso quedarse en el despacho sino desplazarse a la menor oportunidad o provocar él mismo el desplazamiento. De lo que no se arrepiente, pues le permitió conocer muchos aspectos prácticos de sus funciones y tocar la realidad de las cosas.

El Capítulo XV de los viajes, referido a los de carácter oficial, lo justifica en que iban en el sueldo. El Capítulo XVI, titulado otras actividades, da cuenta de lo que hizo “*como persona normal*”, que, además de cumplir sus cometidos, no dejaba por ello de serlo.

**VI) Mis comentarios particulares** tienen que ver con aspectos concretos de la *Memoria*. Determinados por mis experiencias y aficiones, de escaso valor reencensal, pero testimoniales del interés general del libro. Que lo tiene para militares y civiles, juristas o no, en muchos aspectos, que cada uno descubrirá cuando lo lea.

**1) Los juramentos.** Incluyo el del cargo, y la jura de la bandera. Y las banderas mismas<sup>4</sup>.

En el acto de toma de posesión, en presencia del Ministro de Defensa, el JEMAD, el JEME y el JEMA como refleja en imagen la ilustración, prestó juramento, según la fórmula de rigor, sin añadidos ni reservas. No optó por la alternativa de la promesa, por lo que acaso, según revela, un periodista de *El País*, le preguntó si era del Opus Dei, contestándole que no, pero era porque le faltaban méritos para ello.

Estuvo presente en la toma de posesión del primer civil Director del CNI, Jorge Dezcallar, nacido en Palma de Mallorca. Presidió la Jura de la Bandera de la Guardia Real en 2001 y la de la Academia de Infantería en Toledo el 2002. En 2001 asistió, haciéndolo el primero con su mujer, y en 2002 con sus hijos, a la Jura de la Bandera de civiles, organizada por el Ministerio, “*en desagravio de tantos insultos como recibe en muchas partes de España*”.

En 2003 asistió al homenaje a la Bandera, en la Plaza de Colón, en Madrid. A la primera izada de la misma (de enormes proporciones, como se puede ver en la foto<sup>5</sup> en que ondea al viento), después de la remodelación, por sugerencia del Alcalde y con su apoyo, al tener que rendírsele honores militares.

En 2004 acompañó al Ministro de Defensa al Palacio de la Moncloa, a una reunión con el Presidente del Gobierno, Sr. Aznar, en la que hizo entrega al Museo del Ejército de una Bandera de la Guardia Presidencial de la IIª República, hallado en dicho Palacio, sin conocer el origen. En el acta de entrega constan sus dimensiones 1 × 1 metro, las inscripciones y escudo bordado a ambos lados.

**2). Asuntos en materia de personal y de organización estructural.** El tema del personal<sup>6</sup> no era competencia de la Secretaría de Estado, pero lo había, en número de 43 personas a sus órdenes directas, refiriéndose, entre otros, al personal subalterno, los escoltas y conductores. Del que destaca la proximidad y la necesidad de la seguridad personal, así como, los consejos de autoprotección, que le dieron, cuando cesó en el cargo y renunció al escolta, como el de cambiar de aspecto, que aceptó, cortándose el pelo y dejándose barba.

Aunque, las *Memorias* excluyan todo lo referente a su actividad como Comisionado del Gobierno para la participación de España en la reconstrucción de Iraq, en el libro se transcribe lo esencial de un artículo de Ángel García Moreno, titulado *Nuestro hombre en Bagdad*<sup>7</sup>. Destacaré, sobre el fondo de este artículo, el último párrafo transcrito en el libro, según el que: “*el peso de la labor política*

*va a recaer en sus espaldas ya que será quien se responsabilice de las relaciones con el resto de los aliados para la reconstrucción del Irak. Un trabajo en el que intervendrán desde asuntos militares hasta económicos o sociales como la ayuda humanitaria, pero también, y ahí estará la clave de su éxito o fracaso, de la diplomacia con la que sepa llevar las relaciones políticas internas y con los aliados y en ayudar a conducir Irak hacia la normalización y la democratización. Cualidades profesionales no le faltan, pero tendrá que considerar que su función ahora tiene la servidumbre de estar en el ojo del huracán y bajo la lupa de la opinión pública. Los segundos planos tendrán que pasar a segundo lugar”.*

Sobre su personal perfil, en otros párrafos transcritos, se afirma que es un intelectual en el sentido amplio del término, que en el trato es educadamente afable y le gusta la rara virtud de la puntualidad, y que, además, tiene fama de contar con una gran memoria.

Del personal militar, agradece a la Providencia que fuera de la competencia del Ministro y el Subsecretario, dando su opinión sobre el problema de los ascensos<sup>8</sup>, que califica de drama, porque no hay plazas de General para todos los Coroneles con méritos para ascender. La decisión del ascenso corresponde al Consejo de Ministros. Problema que está sin resolver por dos motivos: el cambiante sistema de puntuación a lo largo de los años y el hecho de que puntúe más el mando de tropa y, además, el carácter político de la decisión de ascenso al generalato. La alternativa de dejarla en manos de los propios militares también tiene inconvenientes. A este respecto recuerda el chascarrillo que dice: *“no hay nadie más reservado que un General en activo ni más activo que un General en la reserva”*.

**3) Organización funcional.** Más que interés por el tema, tuve, al leerlo, curiosidad por “contraste”<sup>9</sup>. Para el Secretario de Estado, más importante que la estructura orgánica<sup>10</sup> es la funcional, que no está escrita pero constituye el medio más adecuado para ejercitar el programa y objetivos fijados, resultando su nece-

sidad del hecho de que no sólo formaba parte de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, sino del Consejo de Dirección del Ministerio de Defensa, de las Comisiones Delegadas del Gobierno para Asuntos Culturales, de Política Exterior, y de Situaciones de Crisis, de la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología y de la de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales y de los consejos de administración del SEPI y del ISDEFE, sino que, además, era el coordinador del Comité de coordinación de la Secretaría de Estado, y hubo de presidir los grupos de trabajo específicos y transversales que creó, y despachar a diario con los Directores Generales. Y es a través de éstos últimos órganos, donde se realiza el intenso trabajo diario.

Descendiendo al detalle, siendo muchos, destaca los relacionados con las privatizaciones, recordando que era consejero de SEPI, y participó en las de IBERIA<sup>11</sup> y de la Empresa Nacional Santa Bárbara.

**4) Compromisos y relaciones institucionales.** De ineludible carga, califica el gran número de actos a los que tuvo que asistir o celebrar por razón del cargo. Obligaciones del cargo que se incluyen en la fórmula del juramento cuyo cumplimiento, solo o acompañando al Ministro u otras autoridades, tiene sentido y sirve a la función y enriquece. A tales relaciones institucionales se ha hecho referencia anteriormente.

A mí me han parecido relevantes las audiencias privadas con el Rey y con el Príncipe de Asturias. La primera a petición del Jefe del Estado, porque quería le hablase del Iraq. Las del Príncipe, por lo que se dice de algo de lo que hablaron<sup>12</sup>. También que acompañara a la Reina en la inauguración de Aula de Música de la Banda de la Guardia Real en el Jardín del Moro del Palacio Real<sup>13</sup>.

**5) Contratación.** Con ocasión de la presentación del libro del General de Brigada Interventor Enrique Torres Viqueira, *Contratación militar. Elementos procedimentales*, Díez Moreno hizo referencia a su experiencia de Abogado del Estado en las Mesas de contratación de los Ministerios en los que estuvo destinado.

La mía, en Mesas más modestas en todo, hace que me haya interesado lo que dice de la creación de Grupos del Trabajo *“para racionalizar la contratación administrativa y para el estudio de las ordenes de proceder y firma electrónica, para la delegación y desconcentración de competencias, para los Modelos-tipo para la centralización de la contratación y para el procedimiento negociado”*.

Fruto de su esfuerzo fueron las modificaciones del RD 1437/2001, de 21 de noviembre de desconcentración de facultades para contratar y las Órdenes de delegación de competencias y de la Junta de Contratación. Por más que el trabajo no termine con su elaboración y más importante sea el seguimiento en la aplicación. A ello se dedicó, como ejemplifica con las ventajas de la firma electrónica y su forma de actuar al respecto, con ahorro de los trámites de remisión de los expedientes en papel de una oficina a otra. Que le pareció a su sucesor en el cargo muy complicado.

**6) La gestión patrimonial.** El Capítulo IV epígrafe 3, en Política de Infraestructuras, comienza con una Introducción sobre la gestión patrimonial. Es la piedra clave. Existe un patrimonio inmobiliario de muy distinta naturaleza, desde bases militares a campos de maniobras. La cuestión era que una parte del mismo resultaba innecesario para los fines de Defensa, como consecuencia de la reducción de los efectivos de las Fuerzas Armadas. Yo añadiría más, incluso antes, como consecuencia de la terminación de la IIª Guerra Mundial y la posición militar y geográfica de España en Europa. Que propició<sup>14</sup> mi conocimiento jurídico de los campos de tiro, las torres de defensa de la costa –como la Balerna en Almería de la foto que se recoge en el libro–, las casamatas en las playas, las baterías de artillería, fortificaciones y otras obras de defensa, que, como las murallas y fortalezas nacieron, fuera del comercio, y decía el Código Civil pertenecían privativamente al Estado, sin ser de uso común ni estar destinados a algún servicio público o fomento de la riqueza nacional.

Lo dice muy bien el Secretario de Estado, al tratar la política de enajenaciones

y aludir a las modificaciones de la Ley de Patrimonio del Estado, introducidas en la Ley de Acompañamiento de la de Presupuestos para 2003, “con el fin de permitir la revocación de donaciones modales”.

En este difícil Patrimonio del Estado afecto a la Defensa<sup>15</sup> se hace historia de iniciativas varias, como las que, contra la idea de repliegue, supone la declaración de zonas de interés para la defensa. Como la de las Estaciones de Vigilancia aérea del Ejército del Aire, a ubicar en el Pico de Malpaso en la isla del Hierro, y para el Pico del Lobo en la sierra de Ayllón, cerca de Riaza, cuya materialización no tuvo éxito, según se cuenta, por falta de apoyo no solo del Ayuntamiento de Valverde, el Cabildo Insular y la Comunidad Autónoma, sino del propio Gobierno de la Nación, la primera, y no conseguirse el informe favorable de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la segunda, y en las dos la oposición de los ecologistas radicales.

También la reforma de la Ley de Haciendas Locales, estableciendo la exención del IBI de las propiedades afectas a la Defensa Nacional y la exoneración de licencias de obras, reagrupación, agregación y segregación de las actuaciones declaradas de interés para la Defensa. Y la apertura al tráfico civil de Bases Aéreas, como Torrejón, y Los Llanos, y la utilización conjunta de la de Zaragoza. Y, entre las autorizaciones de uso sobre el demanio de Defensa, la de la isla de Cabrera<sup>16</sup> a Parques Nacionales; y al Ministerio de Interior, para instalación de centros de acogida de emigrantes en Tenerife y Fuerteventura.

**7) Intervenciones públicas.** Dentro de las por razón del cargo, destaco<sup>17</sup> dos de ellas, en el Instituto de Estudios Fiscales. Una, en la clausura del VIII Curso de Administración Financiera y Presupuestaria para oficiales superiores de la Fuerzas Armadas de los Cuerpos de Intendencia de los Tres Ejércitos, en que destacó la necesidad de unificar criterios entre los tres y la Intervención General del Estado en los procedimientos de la administración financiera y tributaria. Otra, en el VI Curso de Inspectores de los Servicios

del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre *La visión de la Hacienda Pública desde un Ministerio de gasto*, en que abordó los problemas de financiación de los programas de armamento.

Entre las intervenciones en asuntos no oficiales, citaré dos. Una en las XXIV Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, sobre *Control de empresas públicas*, en las que Fernando Díez desarrolló la motivación de la “acción de oro” en las empresas privatizadas. Otra, en el Ministerio de Justicia, con ocasión de la entrega de medallas a la nueva promoción de Abogados del Estado, en que pronunció la *laudatio* de la imposición a nuestro compañero Fernando Martín Miñarro de la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort, de la que destaco la glosa y justificación de su patronato de la Abogacía española y las Facultades de Derecho, por su condición de jurista, de dimensiones universales.

**8) Visitas a Cuarteles Generales e instalaciones militares.** Me detendré solamente, porque fui Alférez de complemento del Arma de Infantería de la IPS como ya dije, en la que hizo al Acuartelamiento Alférez Rojas Navarrete, en el 60<sup>a</sup> aniversario de las Milicias Universitarias, en la que se refiere “a los que hicimos este tipo de mili”, recordando su experiencia en el Campamento de La Granja en Segovia<sup>18</sup>.

También, por el fuero territorial, en un viaje a Palma, Menorca y Cabrera. En esta ocasión, de Cabrera dice tan solo que el Ministerio comparte con Medio Ambiente la conservación y que “es uno de los lugares de retiro del mundo, donde la naturaleza parece haberse detenido. Tiene que ser muy peligroso quedarse a vivir en un sitio como éste”. Ciertamente lo fue para los miles de soldados franceses, derrotados en Bailén, que allí fueron confinados.

De Menorca destaca, incluso con fotos, la Base Naval de Mahón, las instalaciones del Puerto<sup>19</sup> y el Fuerte de La Mola. Fortaleza de altos muros construida en 1852, reinando Isabel II, que acabó siendo prisión, y domina el puerto. Uno de los tres mejores del Mediterráneo, junto

con julio y agosto, según Nelson, que allí estuvo cuando Menorca, por el Tratado de Utrech, fue inglesa, y luego, francesa, y por cuya última reintegración a España se celebra la Pascua Militar, cada 6 de enero, en el Palacio Real.

**9) Viajes al extranjero.** Se reseñan 34, aunque el autor diga que no incluye los viajes a Iraq, se refiere a alguno de pasada. La mayoría a ciudades europeas, como París, Berlín, Atenas, Londres, Lisboa, Estocolmo, Bucarest, Sofía, Tolón, Colonia, Nápoles, Florencia. También países como Estados Unidos, Pakistán, Afganistán, Singapur, Israel, Uruguay, Chile, Bosnia. Continentes, como La Antártida. Cada viaje es una historia. Como, dentro del Quijote una novela autónoma, sea pastoril<sup>20</sup> o ejemplar<sup>21</sup>.

Dice el viajero que los incluye para su memoria, más que para la *Memoria*. Siendo la mayoría en apoyo a las empresas españolas, visitas a las tropas españolas en misiones de paz o acompañando al Príncipe, el Ministro o el Presidente del Gobierno. En uno relata el acto de transferencia de la TOA, donde aparece el General JEMAD leyendo la directiva al General Coll<sup>22</sup>, tomando el mando de la Brigada Plus Ultra.

**10) Otras actividades.** En este cajón de sastre encuentro algo más que “atenciones de un simple ciudadano” en tiempo libre. Algunas tienen que ver con los Abogados del Estado, como la asistencia a las reuniones de su Promoción, de 1971, que también es la mía. En Alicante, presencialmente, y en Oviedo, en espíritu. Ambas con anécdota, que cuenta. En la primera, el convocante Javier Mexía Algar, a los postres de la cena principal, le dedicó un soneto, cuyo primer cuarteto decía:

“Poco ha, por los medios y la prensa recibimos Fernando la primicia de que han vuelto a llamarte a la milicia y me temo que va a ser doble de intensa”.

En la segunda, convocada por José Serna Masiá, a la que no pudo a última hora asistir Fernando, la Guardia Civil se personó en el lugar de los hechos, para ponerse a disposición del Secretario de Estado de Defensa, y cuando se le informó

que no estaba dijeron que ya sabían que estaba de incógnito y no querían molestarle, pero que supiera que había ido a saludarle.

En 2001 estuvo en la entrega de insignias a la nueva Promoción de Abogados del Estado, entre ellos el hijo de Carlos García Manrique, de la nuestra de 1971.

Asistió en la Dirección General del Servicio Jurídico a la entrega de los cuadros de Abogados del Estado que fueron Ministros. Explicó, para que quedara constancia del servicio prestado, la peripecia jurídica surgida del hecho de que se habían pagado con dinero de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, en el Ministerio de Hacienda. Lo hizo aplicando el eslogan (sic) de que “*hacienda somos todos*” y el principio de sucesión universal de los organismos, de manera que la primera Dirección había sucedido a la segunda universalmente, en todos sus derechos y obligaciones. En cualquier caso, los cuadros estaban, unos en el sótano del Ministerio de Hacienda, y otros en las calles de Ayala y de Génova (TEAC). Hay testimonio gráfico del de Antonio Iturmendi. Se citan los de Herrera-Oria y Calvo Sotelo<sup>23</sup>.

Organizada por la Fundación Tomás Moro se hizo la presentación del libro *La agonía del Estado* de Cruz Martínez Esteruelas<sup>24</sup>. En la misma Fundación clausuró las Jornadas de Sociedad española y Defensa, hablando de la condición de militar –estudio permanente, austeridad, servicio, sacrificio– la importancia de las encuestas, la política de comunicación y la dificultad de hacer llegar al público las ideas de la seguridad estratégica (distinta de la vial, social y ciudadana) y la necesidad de una cultura de la Defensa. La preocupación por el lenguaje jurídico tiene reflejo en epígrafes, como, en la RAE, en el ingreso de Carmen Iglesias en la RAE o en la presentación del libro *Diccionario Jurídico*<sup>25</sup>.

Sus arraigadas creencias religiosas afloran en su intervención en actos epigrafiados como Iluminación del Monasterio de El Escorial, Jornada de convivencia en el Monasterio de Silos, Canonización de Escrivá de Balaguer, Canonización de los santos españoles Padre Poveda, Ma-

dre Maravillas y Juan de la Cruz, Procepción del Corpus Christi en Toledo, Comida en la Nunciatura Apostólica, Nuevo arzobispo castrense y Etapa del Camino de Santiago<sup>26</sup>.

**11) Las crisis.** En el Capítulo XVII, que es el último, se exponen los “*sobresaltos*” de los cuatro años. Que más que del Secretario de Estado fueron del Ministro, a cuyo lado le tocó estar aconsejándole y participado en la toma de decisiones.

La crisis que más me ha interesado, es la nº 9, de la isla de Perejil (11-17 de julio de 2001), porque el protagonista, en el fondo, es un islote y el tema de las islas como objeto de Derecho es uno de los míos<sup>27</sup>. Es un relato del desarrollo de los acontecimientos, incluso minuto a minuto, en algún momento, en un lugar del territorio nacional, del que dice el cronista, antes nadie había oído hablar, salvo Pérez-Reverte en la *Reina del mar*. Incorpora una ilustración del *Plano de la isla del Perejil (sic) levantado en el año 1746*, dos vistas, una de la parte del mediodía, otra de levante, y un perfil, así como una vista aérea del islote y varias fotografías en las que ondea, con fuerte viento de Levante, la bandera española, un buque, un helicóptero y personal de las Fuerzas de Operaciones Especiales del Ejército de Tierra.

Revivir el golpe de mano y el contragolpe exitoso, hoy, readquiere actualidad, por lo sucedido esta primavera, en la Playa del Tarajal y espigones y espejo del agua del puerto de Ceuta, y lo que pueda suceder en este territorio español extrapeninsular<sup>28</sup>.

Mucho mérito le doy a lo que se recuerda de la crisis del accidente<sup>29</sup> del Yakolev-42, y particularmente, a que la querrela de la Asociación Politeia ante la Audiencia Nacional se interpuso contra él, el Subsecretario y todos los Presidentes y Consejeros-Delegados de numerosas compañías aéreas. Así como que, según dice, el “tema” del accidente no terminó cuando las instancias nacionales e internacionales determinaron la naturaleza “de accidente”, sino que siguió con el del error en la identificación de los cadáveres y, pasados los años, se reactivó cuando el Consejo de Estado, inci-

dentalmente, aludió a la responsabilidad del Estado, que ya había sido satisfecha. Sobre todo, la reflexión con que termina: “*el accidente del Yakolev-42 es una muestra de libro de cómo se puede organizar una campaña mediática a una persona*”. En este caso el Ministro Trillo Figueroa.

**12) Cese en la Secretaría de Estado.** El último epígrafe del Capítulo de las crisis lleva el título de *El día que perdimos las elecciones y sus consecuencias*. Una de las cuales fue que en el BOE de 20 de abril de 2004 se publicó el cese de Fernando Díez Moreno como Secretario de Estado de Defensa, día en que pidió el reingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado; siendo destinado, provisionalmente, a Patrimonio Nacional, y luego, definitivamente, a la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ante el que tramitó 120 asuntos, luciendo orgulloso, cuando informaba, la Medalla de Oro del Cuerpo.

**VII)** En una valoración global, y resumiendo, el libro no es una apología. Está todo expuesto con honradez. Con sinceridad<sup>30</sup>. Veraz y cabalmente, según su percepción. Gozando y sufriendo en el recuerdo. Opinando y juzgando según su consciencia y valores. Acompañando con foto y dato el relato. Tomando partido y abriendo el corazón. Hablando claro. Con gravedad o con sentido del humor, según los casos.

Además de memoria, hay entendimiento y voluntad. Las otras dos potencias del alma. Según las contempla el Diccionario de la Lengua de la RAE en su respectiva primera acepción.

Con este libro, cumplidas las obligaciones del cargo, da cuenta pública de ello. Cumpliendo un deber moral de lealtad a sus colaboradores y consigo mismo.

En el Prólogo dijo que las únicas metas que permanecen son las intelectuales y espirituales, y, en un foro, sobre “Un nuevo compromiso social y político, para combatir la crisis moral”, dijo que son la ejemplaridad, la lucha contra la ideología de género y la educación en valores, que es compromiso de cada uno, esto es, que por encima de la condición

de ciudadano que otorga derechos e impone obligaciones, se asume ese plus<sup>31</sup>. La plenitud personal superadora de los derechos y obligaciones normales y comunes, mediante la entrega a los demás.

Hay de todo, Geografía, Historia, Bellas Artes, Sociología, Política. También Táctica y Estrategia. *Divinarum atque humanarum rerum noticia*, entre otras cosas, es la jurisprudencia. Todo, referido a su actividad política, de un jurista consciente, que antes estuvo en un segundo plano y pasó al primero subiendo de la sala de máquinas al puente de mando. Al número 2 del Ministerio de Defensa. Uno de los llamados de Estado. Un profesional al servicio de la política, que, después de dejarla, “sintiéndose una persona normal”, se expresa con libertad y responsabilidad. Libertad que le permite hablar con y de mucha gente, militar o civil. Desde el Rey, pasando por los Presidentes del Gobierno (Aznar y Rajoy), los Ministros (Trillo-Figueroa) y los JEMEs, hasta el personal subalterno, entre los subordinados, y los colaboradores, y también de los adversarios políticos (como Pujol, Guerra, Bono, Anasagas-

ti). Y hacerlo correctamente y, por sus palabras<sup>32</sup>, incluso acento<sup>33</sup>. Se permite alguna licencia verbal, más o menos escatológica. Sin ñoñería ni piadosismo, citando siempre la fuente propia<sup>34</sup> o ajena<sup>35</sup>.

Se acuerda de la familia, y no solo de la suya. Su mujer, María Esperanza, sus hijos, sus hermanos. A Paco, que fue Comandante General en Melilla, le debe de llamaran, cuando estuvo en visita oficial, el “hermanísimo”, y no, como temía, “el gran hermano”.

**VIII)** Una reseña es lo que me sugirió hacer mi compañero y amigo, autor del libro. Como la que ha resultado, algo excesiva, por su extensión, para publicarse en la Revista de la Asociación de Abogados del Estado, para la cual me la encargó<sup>36</sup> sin más recomendación que la de que prescindiera de cualquier elogio.

Creo que no se refería a elogios de la obra, sino a su persona. Y de los segundos no los hay, ni habrá. Por más que la reproducción de los de otros, contenidos en documentos del propio libro, lo pue-

da parecer. Son reseña misma, con la que casi concluyo mi comentario, agradecido por haber tenido el deber-placer de leer el libro y poderlo comentar.

En la página 437, de Darío Varcárcel, en el *ABC Cultural* de 20/10/2001, y sobre la reseña de la 2ª edición de su *Manual de Derecho de la Unión Europea*, cuenta: “De mí decía, que además de tener cabeza, era un hombre de gran bondad, generoso, irónico, prudente y de un raro altruismo”. Así es o a mí me lo parece.

**IX)** Dije al principio que Fernando Díez Moreno tiene una gran memoria. Y, porque tiene mucho que recordar, ha escrito varias Memorias. Las terceras, son tan buenas, o mejores, si cabe, que las anteriores. Pues ha tenido tiempo para discernir y juzgar cabalmente lo vivido, en cuatro años intensos, y para decidirse a compartirlo con los demás, por si pudiera serles de utilidad, como le han servido a él de experiencia. Y a mí, de enseñanza y ejemplo de entrega al bien común y servicio objetivo a los intereses generales. ■

### NOTAS

1) Tanta, como que una de ellas, la llamada de Cabrera, fue expropiada por el Estado, en 1916, en virtud de la R.O. de 25 de junio, por la que la Presidencia del Consejo de Ministros la declaró de utilidad pública y sujetó a expropiación forzosa por motivo de “seguridad del Estado”. Y, en los años 1980, fundamental para la Defensa, el Eje Baleares-Estrecho-Canarias.

2) En su Boletín he publicado varios artículos sobre el “Derecho insular”, el lenguaje jurídico y el juramento y toma de posesión del cargo.

3) Luego dirá que la Secretaría de Estado aprobó 9 Reales Decretos, 200 Órdenes Ministeriales, 8 Instrucciones, 7 Resoluciones y 120 Acuerdos de Consejo de Ministros.

4) Mi especial interés resulta de haber realizado el estudio *Juramento o promesa y toma de posesión del cargo, empezando por el de Jefe del Estado*. En el que recuerdo un juramento condicional famoso, como fue el de fidelidad del III Marqués de la Romana a José I. Está publicado en el Boletín XXI de 2020. Pero viene de más lejos, pues mi primera vista ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Te-

rritorial, fue en un asunto por sanción de orden público, impuesta al Colegio de Arquitectos por anunciar una conferencia con un cartel que coloreaba la silueta del edificio con los colores de la bandera española de la 2ª República en franjas sensiblemente horizontales. También, después de la Constitución de 1978, llevé un asunto ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por sanción de infracción con ocasión de la quema de bandera de los Estados Unidos, en reunión no comunicada ante su Agencia Consular.

5) Hay 38 fotos, al menos, en que aparece la bandera de España. Hay otras, de Estados Unidos,

Israel, Francia y varios países más. También de la Unión Europea y de la OTAN. Se ven banderas de señales en buques y de Regimientos en desfiles y homenajes

**6)** Me ha interesado siempre, teórica y prácticamente. En la teoría, porque di una conferencia sobre *Las "materias" en la jurisdicción contencioso-administrativa: en especial la materia de personal*, y escribí un artículo, en la Revista *Missèr del Colegio de Abogados de Baleares, Un aspecto plausible y poco conocido de la Ley sobre tasas judiciales: el fin de la postulación de los funcionarios públicos en el recurso contencioso-administrativo*, ambos fundados en la experiencia litigiosa, defendiendo al Estado, frente a su personal, incluso militar.

**7)** *ABC, Dominical* de 14 de abril de 2003.

**8)** En la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 no eran revisables por ella, los actos políticos de Gobierno (cuales eran los actos que afectan a la defensa del territorio nacional y... mando y organización militar), y las Órdenes Ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas a Jefes, Oficiales y Suboficiales y clases de tropa y marinería y demás resoluciones que tengan origen en procedimientos establecidos por el Código de Justicia Militar o se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente.

**9)** Para un funcionario periférico, que toda su vida ha prestado servicios en la misma unidad, casi sin personal de apoyo donde hacen poca falta las "habilidades directivas".

**10)** Establecida por R.D. 64/2001, de 20 de enero.

**11)** Donde, dice el autor, vio, por primera vez en su vida, perder dinero a un Banco.

**12)** El memorialista cuenta le hizo entrega, en la primera ocasión, de su Plan Fajardo, sobre la educación del Príncipe (así "bautizado" por él porque, en el siglo XVI, Saavedra Fajardo fue el primer pensador que escribió al respecto) y en la segunda sobre lo que en relación con Iraq le había expuesto al Rey en su audiencia.

**13)** Sabido es que la Reina veranea, como toda la Familia Real, en Palma, en el lugar de Marivent (propiedad de la desaparecida Diputación Provincial de Baleares, cuyos bienes fueron del ente preautonómico Consejo General Interinsular y, luego, de la Comunidad Autónoma y, hoy, el Consejo Insular de Mallorca). Y que el Rey navegó por las aguas que circunda las islas Baleares, sobre todo las de la Bahía y Puerto de Palma. Precisamente, el Rey recibió en audiencia a la Junta del Puerto, de la que era vocal el Abogado del Estado. Tengo una foto.

**14)** De ahí mi interés, por mi experiencia litigiosa, civil, en donaciones modales, al desaparecer la adscripción a fines militares, o contencioso-administrativa, en reversiones denegadas de inmuebles expropiados. Y en el Jurado Provincial de Expropiación para fijar el valor real del suelo de un aeródromo o un cuartel para su readquisición por los reversionistas, o incluso del propio

derecho de reversión –reconocido y ejercitado– y expropiado, de nuevo, después.

**15)** 2.258 propiedades. 1.500 millones de metros cuadrados, 62 campos de maniobras, 36 bases aéreas, 40 centros docentes, 48 polvorines, 260 acuartelamientos, 198 estaciones de transmisiones, 11 fábricas de armas y pólvora, 5 arsenales, 71 baterías, 146 inmuebles destinados a viviendas, 31 hospitales, 83 residencias, 22 centros culturales y deportivos, 13 colegios, 17 iglesias o capillas, 33 museos, 32 archivos, 43 Bienes de Interés Cultural, 16 castillos, las sedes de las Capitanías Generales, Gobiernos militares y Delegaciones de Defensa y muchos antiguos fuertes, muelles, observatorios, parques y cementerios.

**16)** El archipiélago de Cabrera y el mar circundante constituyeron el primero, marítimo-terrestre, cuya gestión asumió la Comunidad Autónoma de la Illas Balears.

**17)** Personalmente estoy agradecido al IEF por la publicación del libro *Las retenciones tributarias*, que se corresponde con mi tesis doctoral sobre *La retención como garantía del crédito tributario*. Corporativamente, por la publicación de dos libros, de dos volúmenes cada uno, sobre Los Impuestos de Sucesiones y de Transmisiones Patrimoniales y Estudios de Derecho Tributario, que incluyen muchos estudios, debidos a Abogados del Estado, entre ellos uno de Fernando Díez Moreno sobre *La potestad reglamentaria y la Ley General Tributaria*.

**18)** Me retrotrae a la mía en el de Los Castillejos, en Reus, tierra natal del General Prim.

**19)** Contra cuya declaración, junto con sus aguas, de Bien de Interés Cultural por la Comunidad Autónoma, impugné, con éxito, en nombre del Estado.

**20)** La *Historia de Crisóstomo y Marcela*.

**21)** La novela *El curioso impertinente*.

**22)** Es natural de Palma. Mandó la UME y hoy es concejal del Ayuntamiento.

**23)** Antonio Martínez Lafuente escribió un riguroso estudio, "*Una casa solariega en el Ministerio de Hacienda y su pictórico contenido*", publicado en la *Revista de la Asociación de Abogados del Estado* nº 53, en donde se reproducen y localizan. Destaca el trabajo reunificador del "todopoderoso" Subsecretario de Economía y Hacienda y lo que dijo José Luis Risquete en el nº 5 de la *Revista* citada, en artículo titulado *Una aspiración cumplida*, con fotos de los de Rafael Cabello de Alba, Licinio de la Fuente y Federico Silva Muñoz.

**24)** Nos dio consejos y "tomó" temas, al autor y a mí, en la Academia de preparación de Oposiciones al Cuerpo llamada "*de la Gran Vía*" o de Sánchez Cortés.

**25)** En el primero da cuenta de su asistencia a la presentación del libro *Al pie de la letra. Geografía fantástica del alfabeto español*, de los académicos Buero Vallejo, Torrente Ballester, Claudio

Rodríguez y Luca de Tena, presentado por Lázaro Carreter. En el tercero, de la presentación en la Universidad San PABLO-CEU de la 2ª edición del *Diccionario jurídico* elaborado por la Fundación.

**26)** Recorrió otras con la Orden Militar de Peregrinos del Camino de Santiago.

**27)** *Islas en venta, La propiedad de (y en) las islas Baleares, Las islas Baleares en la Constitución y el Estatuto de Autonomía y Las islas Baleares en la historia del constitucionalismo español*, son cuatro de mis trabajos sobre el tema en el seno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares, publicados en su Boletín.

**28)** Donde, decía el artículo 1 del Código Civil –vigente cuando estudié en la Facultad de Derecho de Barcelona, donde tomé conciencia de condición jurídica de insular– obligarán las Leyes, como en la península, las islas adyacentes y Canarias, en cuanto territorio(s) de África sujeto(s) a la legislación peninsular.

**29)** Así fue calificado por la Comisión de Accidentes Aéreos y el Tribunal Supremo.

**30)** Prefiere decir honestidad, porque en su mente está la cita de Annah Arendt, sobre las memorias, como género de apología que no brilla por la honestidad. Aunque la honestidad tiene más que ver con el recato y el pudor que con la integridad. Lázaro Carreter, en *El dardo en la palabra*, págs. 561 a 564, para no confundir conceptos, prefiere identificarla con honradez, probidad o integridad, que es aquel género de pundonor que obliga al hombre de bien obrar siempre conforme a sus obligaciones, y cumplir la palabra en todo. Aunque es consciente que se acabó la distinción y, hoy, la honradez está prácticamente jubilada.

**31)** Lo hacía ya en 2001 escribiendo cartas –104 según la contraportada del libro– sobre "*Humanismo y política*", dirigidas por e-mail a más de 3000 personas que colgaba en la web de la Fundación Tomás Moro.

**32)** Anasagasti, con ocasión de la denegación de la devolución al PNV de inmuebles incautados en la Guerra Civil, dijo: "*El Ejército actúa en base al segundo punto de la filosofía de Fernando Díez Moreno: 'a los enemigos por el trasero. También que el criterio a los amigos el trasero, a los enemigos por el trasero y a los indiferentes el Reglamento vigente'*".

**33)** Alfonso Guerra dice dijo, de Rodríguez Zapatero, "*no tié zutzancia*".

**34)** Pone en boca de Aznar, en la crisis de Perejil, como dirigida al JEMAD, la frase: "*Nos han meado en los pantalones, y si no reaccionamos se entenderán que nos los hemos bajado*".

**35)** Del Conde de Romanones toma prestado el "*¡joder, qué tropa!*".

**36)** Está en la línea de la que hice, para la Revista de la Asociación, de la obra *Recuerdos y relatos*, de otro compañero de la Promoción de 1971, Antonio Martínez Lafuente, publicada en el nº 53.

# LA PEQUEÑA LIBRERÍA DE STEFAN ZWEIG

Francisco Uría | Abogado del Estado-excedente, doctor en derecho y socio de KPMG en España

El 10 de agosto de 1936, el buque Alcántara, que llevaba a Stefan Zweig desde Gran Bretaña, donde estaba exilado, hacia América, donde iba a dar algunas conferencias y participar en un Congreso Internacional de Escritores, hizo escala en el puerto de Vigo. Stefan Zweig era entonces el escritor más conocido del mundo. Sin embargo, y por el hecho de ser judío, sus libros habían sido quemados en Alemania y había tenido que huir de su Austria natal. La guerra civil acababa de empezar en España, pero, en Vigo, los combates, que habían sido feroces, habían terminado ya, y la ciudad estaba aparentemente tranquila, aunque la represión se había iniciado (pocos días después fue fusilado el Alcalde, junto con la mayor parte de los concejales) y también una larga postguerra.

Zweig no contaba con que aquella escala se produjera y tuvo dudas sobre si desembarcar. No obstante, el aspecto tranquilo de la ciudad y la seguridad que le transmitió la tripulación le animaron a hacerlo y paseó durante algunas horas por las calles de Vigo. Se cruzó con grupos de jóvenes soldados y con ciudadanos, visitó un café y estuvo frente a una librería cuyo escaparate describió. Sabemos lo que hizo y lo que vio porque lo dejó consignado en sus *Diarios*, recientemente publicados en castellano, y en su gran obra, *El mundo de ayer*.

Hasta aquí la historia real, tal y como el propio Zweig la contó. A partir de ella, yo me he atrevido a construir una ficción: la de que esa librería ante la que estuvo estaba abierta (improbable en aquellos días) y que Zweig entró y conoció a un librero con el que entabló una conversación sobre dos cosas muy importantes para ambos: los libros y la libertad. La historia se la contará el librero a su familia que, de alguna manera, se convierte también en protagonista de la obra de modo que ésta trata de la guerra civil en

“He escrito esta pequeña obra en un momento vital en el que he sentido la necesidad de llevar a cabo proyectos y no dejarlos para un futuro, siempre incierto”



LA PEQUEÑA  
LIBRERÍA DE  
STEFAN ZWEIG  
FRANCISCO URÍA

LA PEQUEÑA LIBRERÍA  
DE STEFAN ZWEIG

Francisco Uría

Editorial Berenice

144 páginas, rústica, 14,95 €

Vigo, de los libros y la librería, de una tragedia europea, de la figura de Zweig, de una familia española y también, y no en menor medida, de la amistad y el amor como las únicas cosas que pueden salvar a la humanidad de la barbarie.

La obra no es enteramente fiel a la historia real tal y como Zweig nos la trasladó. En “mi historia” he hecho una pequeña trampa y hay un truco que os animo a descubrir. El libro se encuentra íntimamente vinculado con sus *Diarios*, que inspiraron mi relato, y con esa larga carta de un suicida que es *El mundo de ayer*. Creo que quienes han leído este último disfrutarán de su lectura y que quienes no lo hayan hecho no podrán vencer la tentación de leerlo inmediatamente, lo que me alegrará mucho.

Dicho lo anterior, y en este foro de compañeros, muchos amigos, quiero compartir algo más, en la esperanza de que pueda seros útil, y es que tan importante como el libro es para mí explicaros por qué lo he escrito y en este momento. He escrito esta pequeña obra en un momento vital en el que, al margen de mis tareas profesionales, he sentido la necesidad de llevar a cabo otros proyectos en los que llevaba pensando mucho tiempo y no dejarlos para un futuro, siempre incierto. Este libro es un ejemplo, pero creo que no será el último.

Esa “predisposición” no hubiera servido de nada de no ser porque al leer en sus *Diarios* el episodio del paso efímero de Zweig por Vigo, imaginé la historia que cuento en mi libro. No sé si un “golpe de suerte” o una “inspiración” como ésta volverá a sucederme, pero sí puedo prometeros que, si ocurre, trataré de no desaprovechar la oportunidad. He disfrutado mucho con esta experiencia.

Dejo aquí constancia de mi gratitud a Manuel Pimentel y a la editorial Berenice, del grupo Almuzara, por darle esta oportunidad a un escritor novel en el ámbito literario, lo que no es habitual. Espero sinceramente que el libro os guste a los que tengáis la amabilidad de leerlo. No hay un público al que me haría más ilusión complacer. ■



# Tirant lo Blanch presenta sus anuarios 2021 con una fuerte participación de Abogados del Estado

El pasado mes de julio Tirant lo Blanch publicó una nueva edición de su repertorio Anuarios. En su edición de 2021 la colección está integrada por 8 volúmenes en los que se analizan las principales novedades legislativas y jurisprudenciales acaecidas en los ámbitos del Derecho Mercantil, Penal, Administrativo, Sectores Regulados, Familia, Propiedad intelectual, Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías. Se trata de textos elaborados con gran rigor en los que se pretende proporcionar al lector una visión integral de los principales problemas jurídicos del momento, propósito para el cual se incorporan las diversas perspectivas de los actores del sector, combinando colaboraciones tanto del sector privado como del público y del universitario. Con ello se procura una exhaustividad y pluralidad que explica la buena acogida de una colección que, año tras año incrementa su prestigio. Mención especial merecen los volúmenes de Mercantil, Administrativo y Mercados Regulados por ser los tres con mayor participación de Abogados del Estado.

Comenzando con el de Mercados Regulados, dirigido por Federico Pastor, debe destacarse la ímproba labor de coordinación de Francisco Uría quien ha abordado las principales cuestiones que actualmente afectan a un sector de tanta trascendencia como el Financiero y Bancario. De estos textos es menester referirse al estudio de Alba Taboada sobre la creación de un marco europeo para los procesos de insolvencia bancaria o el de Alfonso González-Espejo sobre el régimen de las moratorias hipotecarias y la Ley 5/2019. Igualmente son de primer nivel los textos de Antonio Sáinz de Vicuña sobre la mediación empresarial para la resolución de conflictos societarios y financieros, el de José Luis Gomara sobre la Quinta Directiva de prevención del blanqueo de capitales, en el que presta una especial atención a las monedas virtuales, o el del propio Francisco Uría y su análisis sobre la respuesta dada por la regulación bancaria a la crisis deriva-



La colección analiza las principales novedades legislativas y jurisprudenciales

da de la COVID. Además del financiero se incluyen estudios sobre otros sectores de tanta relevancia como el energético, donde sobresale el análisis sobre la energía renovable eólica marina de Roberto Fernández Castilla, o los sectores de competencia donde Belén del Pozo analiza el principio de prejudicialidad no devolutiva en interpretación del artículo 75 de la Ley de Defensa de la Competencia o el de transportes con el estudio que Alejandro Hernández del Castillo realiza sobre la calificación como buque de los diques flotantes.

También bajo la dirección nuestro compañero Federico Pastor, el anuario de Derecho Administrativo aborda cuestiones generales del Derecho Administrativo como resulta el análisis que Borja Araujo hace de la doctrina del Consejo de Estado sobre las causas de nulidad o el estudio de Cristina Calvo sobre la perspectiva de género en la Administración. También son analizadas las novedades en materia de contratación donde destacan las colaboraciones de Jorge González Cortade sobre los contratos no sujetos a regulación armonizada por ra-

zón de su objeto y de Diego Pérez sobre la elección del procedimiento de adjudicación más adecuado. Otras cuestiones abordadas son las subvenciones, materia en la que Alfonso Codes aborda los supuestos de concesión directa y Antonio Jiménez-Clar sus especialidades en el ámbito de las fundaciones estatales. Igualmente tiene un gran valor el texto de José Mateu Isturiz y Luis Sánchez Socías sobre la ruptura del consenso en la educación producido con la prioridad de la escuela pública y la supresión del concepto “demanda social” realizada en la reforma de la LOE, así como el análisis que Juan Manuel Herrero de Egaña realiza sobre la polémica vigilancia coactiva por los Ayuntamientos de los bienes de los particulares.

Finalmente, el anuario de Derecho Mercantil ha incorporado las novedades legislativas en materia societaria como concursal y, además de la coordinación de Federico Pastor, incorpora el análisis de Cayetana Lado sobre la clasificación concursal del crédito derivado de la responsabilidad tributaria del administrador societario.

Con ocasión del lanzamiento de los anuarios 2021 Tirant lo Blanch renovó la confianza en el equipo encargado de la colección y anunció una nueva edición para el 2022 por lo que quienes estéis interesados en colaborar encontraréis en la nueva web de la Asociación toda la información sobre esta publicación. ■

# LOS GASTOS DEDUCIBLES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

## de Antonio Martínez Lafuente

Jorge De Juan Casadevall | Abogado del Estado

“Un honor y un privilegio inmerecido”. Esa fue mi rendida respuesta al autor, cuando me pidió que hiciera una breve reseña de su última monografía para publicar en el próximo número de la Revista de la Asociación de Abogados del Estado. Y es que para mí, de una generación larga posterior a la suya, Don Antonio es una figura icónica, no sólo del Cuerpo de Abogados del Estado, —que también—, sino de esta disciplina, singularmente compleja y esquinada, que es el Derecho Financiero y Tributario, y que ambos cultivamos, sin duda con la pluma, pero también con el azadón y demás aperos de labranza. Antonio Martínez Lafuente es una referencia obligada para la moderna doctrina tributarista, y lo es por su prolífica y cromática producción dogmática, que ha sabido focalizar en los más enconados problemas que suscita esta disciplina científica que algunos, y desde luego el autor, reivindicamos como jurídica. De ahí el honor y el privilegio porque, para los que no hemos tenido la suerte de compartir destino o quehacer profesional con él, sí la hemos tenido en establecer una dilatada y fructífera relación doctrinal, que en mi caso se remonta a los duros años de oposición, cuando en mis ajados apuntes se colaba reiteradamente su nombre en forma de cita doctrinal; prosigue en el tiempo, sin solución de continuidad, con sus trabajos que alumbraron mis estudios sobre el delito fiscal, el Impuesto sobre Sucesiones o el Derecho de la Unión Europea; o cuanto tuve ocasión de colaborar, por invitación suya, en los estudios en homenaje al profesor César Albiñana, obra magna cuya coordinación asumí de forma magistral, o más recientemente, con la mutua participación en el libro home-

naje a Luis Cazorla Prieto, otro gigante de nuestra disciplina jurídico-tributaria. Pero lo mejor de este constante magisterio está aún por llegar, y tendrá en la común pertenencia a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, un foro de constante enriquecimiento profesional y jurídico.

La fiscalidad es una realidad líquida que, como enseña la dinámica de fluidos, se resiste a las leyes de la física convencional. En ocasiones, incluso, arrostra la magia de la física cuántica y, por un ignaro salto cuántico, es y no es al mismo tiempo. Pero Kelsen nos enseñó que al jurista no le interesa el *ser* sino el *deber ser*. La vocación del jurista es acuñar categorías jurídicas que expliquen la realidad social y disciplinar normativamente las relaciones sociales para teñirlas así de una coloración jurídica. Sin embargo, esto es especialmente difícil en materia tributaria, por dos razones. En primer lugar, porque el sistema tributario constituye una realidad poliédrica que admite diferentes y complementarios enfoques, y entre ellos, el político, el hacendístico y el estrictamente jurídico. La dimensión financiera, o la indisimulada pulsión recaudatoria que la anima, enturbia el análisis jurídico, y el debate político lo estropea por completo. En segundo lugar, porque al legislador positivo no le corresponde invadir el terreno de la doctrina, creando categorías jurídicas dogmáticas o definiciones legales, sino regular la realidad social en toda su rica complejidad, y las relaciones jurídicas que de ella dimanar, y en la que intervienen las diversas instituciones jurídicas decantadas por la doctrina científica. Esto es especialmente cierto para el Derecho tributario, un

segmento del ordenamiento jurídico de carácter adjetivo, que opera sobre una preexistente realidad económica y jurídica, regulada por la respectiva legislación sustantiva sectorial, para extraer sus menores efectos fiscales. La ley tributaria colorea hechos, actos o negocios jurídicos, regulados por la legislación sustantiva, con su adjetivo efecto fiscal en la medida en que aquellos son reveladores de una capacidad económica que pone de manifiesto el sujeto pasivo. Esa, y no otra, es la limitada función que late en la configuración normativa del aspecto material del hecho imponible en el art. 20.1 LGT, y, sin duda, el juego propio del principio de calificación jurídica del art. 13 LGT que opera sobre el mismo.

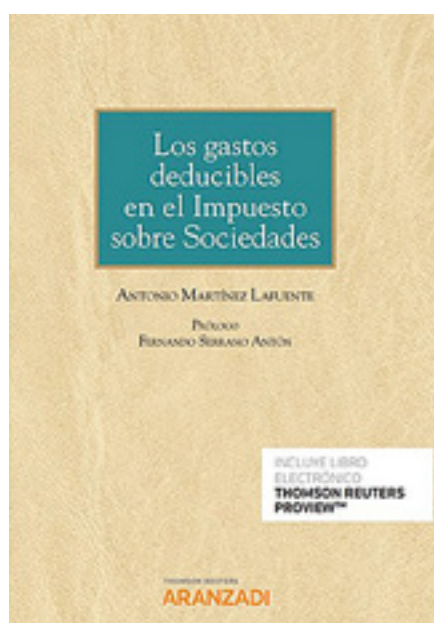
El esfuerzo por la juridificación de esa poliédrica realidad tributaria tiene un hito decisivo en la LGT de 1963 y en la subsiguiente proclamación de los principios constitucionales de justicia tributaria en el art 31 de la Constitución de 1978. Pero la depuración técnica del hecho imponible como concepto estrictamente jurídico, no se produce hasta la reforma de la LGT de 1995, que abroga la vieja dicotomía legal que hasta la fecha lo identificaba con el “*presupuesto de naturaleza jurídica o económica*”, arrumbando definitivamente la siempre denostada *interpretación económica* del hecho imponible. Con todo, el Impuesto sobre Sociedades sigue presentando un flanco muy economicista, como no puede ser de otra manera en un impuesto que grava el beneficio empresarial. No fue ajeno a ello la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, que acometió la *desfiscalización* de su base imponible para mime-

tizarla con el resultado contable, con el tímido correctivo de los ajustes fiscales extracontables, que intentarían reconciliar la ecuación resultado contable/ base imponible con el principio de capacidad económica. Un paradigma fiscal que resistiría incólume las sucesivas reformas emprendidas por la Texto Refundido de 2004 o la vigente Ley 27/2014. En un impuesto de base esencialmente económica, en el que la ley fiscal opera como una simple ley adjetiva, la fiscalidad se torna líquida, y la labor del jurista, hercúlea.

El gasto fiscalmente deducible es uno de esos conceptos líquidos que, con la misma filiación genética que el gasto contable, hay que tamizar con la ley tributaria adjetiva para filtrar y depurar jurídicamente: la economicista cuenta de explotación debe reducirse a renta neta que, como manifestación de la capacidad económica del sujeto pasivo, será objeto de gravamen. Esta relación fiduciaria respecto del resultado contable, se troca en inhibición del legislador en la definición fiscal de gasto deducible. En su lugar, la técnica normativa descansa en una delimitación negativa del gasto fiscalmente no deducible (art. 15 LIS) y en unos parámetros genéricos de deducibilidad, decantados por la doctrina administrativa y la jurisprudencia, que son los consabidos requisitos de contabilización, justificación, imputación, correlación con los ingresos, efectividad y necesidad del gasto. Es terreno pantanoso, delicuescente, deletéreo, en el que la pandectística alemana, y su histórica vocación dogmática de construir grandes conceptos jurídicos, resbalaría y se vería abocada al más estrepitoso fracaso.

**Don Antonio es una figura icónica, no sólo del Cuerpo de Abogados del Estado, –que también–, sino de esta disciplina, singularmente compleja y esquinada, que es el Derecho Financiero y Tributario**

De ahí la hondura y utilidad práctica de la obra que comentamos. Se trata de un estudio, sistemático y panorámico, del gasto deducible, como concepto jurídico-tributario preciso, liberado de sus adherencias contables, que se aborda desde la perspectiva de la inflamada litigiosidad tributaria que ha desatado. El enfoque debe ser necesariamente casuístico, y lo es, pero además es exhaustivo y panorámico, y de ahí la extraordinaria utilidad práctica que reviste para el operador jurídico en su cotidiana práctica fiscal. El autor disecciona con precisión quirúrgica, y con encomiable rigor jurídico, los múltiples problemas prácticos que ha suscitado, en las diversas instancias que conforman lo contencioso-tributario, la deducibilidad del gasto fiscal en el Impuesto sobre Sociedades. Tras sentar la premisa de la ecuación entre resultado contable y base imponible, delimita el concepto fiscal de gasto deducible desde el doble parámetro negativo y positivo, y desbroza la boscosa maleza que devora su aplicación práctica, y que nos ha legado una frondosa literatura tributaria en problemas ya clásicos, como los gastos financieros, promocionales, la depreciación de cartera, los “*management fee*”, la amortización, la retribución de administradores y el siempre enquistado problema de distinguir entre el inmovilizado y las existencias, o un largo etcétera de temas recurrentes, y no tan recurrentes, como el factor de agotamiento, que sólo han tendido que enfrentar los profesionales que han lidiado con este régimen fiscal especial de la minería, su complejo “cálculo circular” o la concreta la determinación del aprovechamiento minero.





No es nuestro cometido ahora glosar el contenido íntegro de esta obra, cuya lectura y consulta recomendamos al estudioso en la materia, pero sí queremos detenernos en algunas interesantes aportaciones del autor, o en el análisis de alguno de esos problemas jurídicos que, sin sucumbir a tentación hiperbólica alguna, nos atrevemos a calificar como “enquistados”.

Entre los primeros, y esculpido en el frontispicio de la obra, la conexión del gasto deducible con el principio de capacidad económica. Es una obviedad que el hecho imponible debe reflejar una capacidad contributiva, pero no es lo tanto que el no reconocimiento de un gasto deducible constituye una desfiguración de esa capacidad económica. O no lo era hasta ahora, y lo será en el futuro, y en relación al gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Y el autor lo sabe, y por ello trae a colación una de sus últimas realizaciones jurisprudenciales al más alto nivel, como es la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 2020 que falló la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 2/2016 sobre pagos fraccionados en el Impuesto sobre Sociedades. Una jurisprudencia que arranca de la precedente sentencia de 8 de junio de 2017 sobre

**“El enfoque debe ser necesariamente casuístico, y lo es, pero además es exhaustivo y panorámico, y de ahí la extraordinaria utilidad práctica que reviste para el operador jurídico en su cotidiana práctica fiscal”**

la llamada “amnistía fiscal”, y que tendrá continuidad en el subsistente debate sobre si los pagos fraccionados pueden calcularse sobre el puro resultado contable, despojado de ajustes fiscales, y que a buen seguro, se extenderá al Real Decreto-ley 3/2016, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada recientemente por el Auto de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2021. Pero el autor no contrae el radio de acción de este cardinal principio de justicia tributaria a la jurisdicción constitucional, sino que, como se corresponde con un principio constitucional de esta naturaleza, lo proyecta también sobre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción penal en el concreto enjuiciamiento de delitos fiscales. En mi opinión, habría que injertarlo incluso en otro tema también abordado, éste sí de estricta elaboración jurisprudencial, como es el principio de regularización íntegra. En fin, queda claro que, en palabras del autor, el impuesto no grava los ingresos brutos sino la renta gravable, fiel trasunto de la manifestación de riqueza gravada, y éste será, a mi juicio, un caballo de batalla del futuro, cuando ya se vislumbra en el horizonte del G-7, y pronto de la OCDE, un futuro impuesto societario con un tipo impositivo mínimo sobre, no ya el resultado contable, sino la cifra de negocios.

Entre las segundas, se arraciman un montón de cuestiones diversas, como la apergaminada distinción entre activos fijos y existencias, que ha servido sucesivamente de base teórica a la discusión sobre la ya desaparecida reinversión de beneficios extraordinarios o de la amortización fiscalmente deducible. Pero también existen debates desgastados que de forma súbita, y al socaire de un aparente cambio legislativo, resurgen inopinadamente, como el de la deducibilidad de los intereses de demora tributarios. Sentada su naturaleza compensatoria, que no sancionatoria, era pacífico que el interés de demora tributario era deducible, cuando la no deducibilidad de los gastos de actuaciones “*contrarias al ordenamiento jurídico*”, introducida por el art. 15 de la vigente Ley 27/2015, insufló nuevos bríos a un debate ya calcinado. Y ahora es la doctrina administrativa de la DGT, y su criterio favorable a su deducibilidad, la que se enfrenta al criterio adverso de los tribunales económico-administrativos y contencioso-tribunales, y será el Tribunal Supremo, que en su Auto de 16 de marzo de 2020 apreció su interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, quien dirimirá definitivamente esta renovada polémica que, cual ave Fénix, resurge de sus cenizas de forma episódica. Pero si hay un tema enquistado y torturado en nuestro Impuesto sobre Sociedades, ése es el del Fondo de Comercio Financiero, el celeberrimo art. 12.5 del Texto Refundido de 2004, y su enconada conflictividad tributaria a nivel comunitario y a nivel nacional, y que algunos no hemos dudado en calificar como un “beneficio fiscal maldito”. La corrosiva aplicación exorbitante del régimen de ayudas de Estado ha dado lugar al inicio de procedimientos de recuperación, sazonados con sentencias contradictorias del Tribunal General y del propio TJUE sobre cada una de las tres Decisiones de la Comisión Europea, y a una abierta litigiosidad tributaria en el flanco jurisdiccional interno que el autor refleja en su monografía. Seguramente, la polémica no acabará aquí, y la próxima discusión será, a buen seguro, la de si concurre responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, por infracción de la confianza legítima depositada en la ley nacional que ha desconocido el mandato del art 107 TFUE.

En definitiva, estamos ante una obra cuya consulta y estudio es imprescindible, no sólo para el fiscalista práctico, sino también para el estudioso e investigador de la ciencia jurídico-tributaria. Una obra de referencia escrita por un jurista de referencia. Don Antonio ha demostrado, una vez más, su capacidad analítica para afrontar una materia singularmente compleja, especialmente escurridiza, reduciéndola a categorías sistemáticas que facilitan su estudio. Y lo ha hecho, como es habitual en él, en un buen castellano, en el que la claridad expositiva se amalgama armónicamente con un irrenunciable rigor jurídico. ■

**Estamos ante una obra cuya consulta y estudio es imprescindible, no sólo para el fiscalista práctico, sino también para el estudioso e investigador de la ciencia jurídico-tributaria**

## En estos últimos meses...



Se ha puesto en funcionamiento la nueva página web de la Asociación, con un formato más sencillo, moderno e interactivo. Os animamos a todos a que la visitéis.



La Asociación recupera la vida asociativa. El pasado 25 de junio se ofició la misa por el eterno descanso de los compañeros fallecidos durante los últimos dos años.



Igualmente el 25 de junio se mantuvo una reunión del Consejo Directivo de la Asociación con la Abogada General del Estado en la que se abordaron asuntos de interés para los asociados. Agradecemos la asistencia de la Abogada General del Estado al Consejo.



El pasado 29 de junio en Fedeca se celebró, de manera semipresencial, una jornada sobre igualdad: Women Leadership Fedeca. Durante su intervención en esta primera edición Calviño compartió su experiencia como mujer dentro de la Administración Pública española y europea. Finalmente quiso concluir con un consejo hacia las nuevas promociones de funcionarios, de ambos géneros, pero especialmente mujeres, defendiendo su plena capacitación, la gran calidad de la Función Pública española y animándoles para que no dudaran en sentirse sobradamente cualificados para alcanzar sus retos personales. La siguiente sesión tendrá lugar en septiembre de este año y, se espera, pueda incorporar representantes de otros grupos políticos.



En estos últimos meses nos han dejado nuestros queridos compañeros Fernando Hidalgo, Luis Argüello Bermúdez, y José María Concejo Álvarez. Nuestro más sincero pésame a sus familiares y amigos.



Y el próximo día 8 de octubre celebraremos una comida en homenaje de los compañeros que pasan a la situación de jubilación. ¡Os esperamos a todos!

# ¿Ha marcado China el comienzo de la persecución de las criptomonedas?

Esteban Bueno Gutiérrez | Abogado del Estado

Desde mayo de 2021 China ha venido imponiendo restricciones tanto al minado de Bitcoin (y de otras criptomonedas) como a su utilización como medio de pago, arguyendo tanto cuestiones medioambientales (el minado de Bitcoin consume el 0,6% de la energía mundial), de blanqueo de capitales (problema que ha llevado en España a la promulgación del Real Decreto-Ley 7/2021, antesala a la trasposición de la Directiva 2018/843/UE) y de protección de los consumidores. Sin embargo, es posible que las razones de dicha prohibición sean más profundas, dado el carácter potencialmente disruptivo del blockchain en general, y de su utilización en el mundo financiero en particular.

Esencialmente, y sin ánimo de entrar en complejidades técnicas, el Bitcoin presenta dos grandes retos para el mundo financiero y para los Estados. En primer lugar, supone una oferta monetaria no controlada por el Estado, que hasta ahora controlaba la misma tanto a través de la determinación de la base monetaria como del coeficiente de caja de los depósitos. Esto es especialmente relevante si además tenemos en cuenta que es además una oferta monetaria limitada, puesto que el número de Bitcoins nunca podrá superar los 21 millones, existiendo en la actualidad 17 millones y esperándose que el minado del último Bitcoin se realice en el año 2140. En segundo lugar, supone una “desintermediarización”, puesto que la propia esencia del blockchain (tecnología en la que se apoya el Bitcoin) implica la eliminación de intermediarios a la hora de verificar la titularidad, certificar las operaciones realizadas y de dar seguridad al almacenamiento de la moneda.

En la actualidad Bitcoin y otras criptomonedas no suponen un peligro para el sistema monetario mundial (pues tiene

una cotización total de unos 500.000 millones de dólares aunque con gran volatilidad, una oferta circulante de unos 20.000 millones de dólares y una utilización como medio de pago casi inexistente, puesto que el potencial de revalorización de este activo y su naturaleza cuasi deflacionaria hacen más lógico su atesoramiento que su utilización). No obstante, sí puede llegar a suponer un peligro a medio/largo plazo, hablando numerosos inversores y banqueros de un potencial de mercado sólo para el Bitcoin de hasta 10 billones de dólares y de una utilización ya usual del mismo como medio de pago y no sólo como depósito de valor una vez que se alcance dicho valor.

En el caso de China, el problema principal que supone el Bitcoin es la “desintermediarización”. Es cierto que Bitcoin implica para dicho país otros problemas relacionados con el no control de la oferta monetaria y con sus intentos de configurar el Yuan Renminbi como una moneda global, pero el principal problema es la “desintermediarización”.

Esto se debe a que los intermediarios financieros en China (con una dependencia en la financiación empresarial casi total de los bancos y una importancia muy reducida de otras fuentes como los

mercados de valores) están controlados por el Estado ya sea directamente (los cuatro principales bancos del país y de los mayores del mundo son estatales) o indirectamente (a través de limitaciones de diferente tipo en sus operaciones activas), restringiendo así la libertad de inversión y de pagos de los ciudadanos chinos.

Este control del sistema financiero a través de los intermediarios es fundamental para la política económica china, para su integridad territorial y para el desarrollo de los ambiciosos planes quinquenales del Gobierno chino, puesto que en términos netos supone un trasvase de recursos desde el próspero sur (donde ciudades como Shenzhen ya tienen una renta per cápita nominal equiparable a la española y superior en términos reales) hacia las industrias deficitarias del norte (lo que ha generado una sobreproducción en sectores como el acero, y medidas antidumping por parte de la UE y de Estados Unidos), y hacia las industrias que el Estado ha incluido dentro del XIV Plan Quinquenal (más conocido como “China 2035” y que ha supuesto, entre otras, un cambio en el enfoque de las relaciones comerciales con dicho país por parte de países como Alemania), obligando a las empresas no incluidas en dichas categorías a acudir a otras formas de financiación como el shadow-banking, otro gran problema del sistema financiero chino y respecto del cual el país lleva tomando medidas desde el año 2017.

Pero dicho control de los intermediarios financieros no sólo es fundamental para controlar el flujo del dinero dentro del país, sino que también lo es para prevenir la salida de capitales hacia el exterior (con el efecto secundario de haber convertido a Macao en el mayor centro de juego del mundo, puesto que el dinero ganado en apuestas en Macao no está su-

**“Los intermediarios financieros en China están controlados por el Estado, restringiendo así la libertad de inversión y de pagos de los ciudadanos chinos”**



jeto a dichas restricciones). Evitar la salida de capitales es una de las principales preocupaciones del Estado chino desde el año 2016 (año en el que en los 10 primeros meses salieron 150.000 millones de dólares), puesto que un mayor nivel de inversión en el país es fundamental para lograr una sociedad relativamente acomodada antes del agotamiento del dividendo demográfico y de que el acelerado envejecimiento empiece a mostrar sus consecuencias.

En el caso de los países occidentales (que todavía no han tomado medidas tan drásticas como China) el problema del Bitcoin es que impide a los Estados controlar la oferta monetaria, y con ello, implementar políticas monetarias, única herramienta económica de que disponen muchos Estados que han agotado su margen fiscal.

Prever el futuro es siempre complicado y no hay nada más corriente que los falsos profetas, pero no sería extraño que los países occidentales siguieran el ejemplo de China en aras de salvaguardar la posibilidad de implementar medidas de política monetaria, máxime cuando el potencial atractivo del Bitcoin para los inversores occidentales puede ser enorme en el supuesto de que exista una elevada inflación (puesto que el valor de una moneda con oferta limitada como el Bitcoin es más estable que el de una moneda con oferta no limitada).

En este sentido, no podemos olvidar que los países occidentales han combatido la crisis financiera del 2007 y la crisis de la Covid-19 con medidas de carácter fiscal, pero sobre todo con medidas de carác-

ter monetario, lo que ha supuesto una extraordinaria expansión de la base monetaria (y por tanto de la oferta monetaria ya que  $M=(e+1/e+k) \times B$ ), de tal manera que el balance del BCE ha aumentado un 370% desde el año 2009, suponiendo ya un 63% del PIB de la eurozona.

Esta enorme expansión de la oferta monetaria implica un elevado potencial inflacionario (como consecuencia de que el número de unidades monetarias crece más rápido que la producción total, por lo que cada unidad monetaria puede comprar menos producción real) que si bien todavía no se ha puesto de manifiesto, ya empieza a mostrarse de cierta manera, con datos de inflación en EEUU del 5,4% y un gran debate sobre el alcance del proceso inflacionario. En el caso de que dicha inflación sea moderada y temporalmente limitada, el atractivo del Bitcoin (en tanto que activo monetario) será limitado, pero si la inflación se mantiene elevada durante un período de tiempo prolongado es muy posible que el Bitcoin se convierta en un depósito de valor.

**“ No sería sorprendente que los Estados occidentales siguieran de una u otra manera los pasos de China en relación con el Bitcoin ”**

Asimismo, y aunque suponga un ejercicio especulativo, si bien la actualidad los intermediarios financieros no son controlados por el Estado en los países occidentales, no quedan tan lejos los años 60, en los que en países como Francia o España existían coeficientes de inversión obligatoria de entre el 33% para los bancos y hasta el 67% para las cajas de ahorro, que en el caso español sólo se fueron liberalizando a partir del año 1974. Menos lejos quedan aún si tenemos en cuenta que el Plan de Recuperación para Europa y el European Green Deal implican una mayor participación del Estado en la transformación de la economía y una posible insuficiencia de los fondos asignados, que pueden exigir ser complementados con fondos particulares a través de mecanismos como los coeficientes de inversión obligatoria. En ese caso, el potencial del Bitcoin no vendría derivado únicamente del proceso inflacionario, sino también de la búsqueda por parte de los ahorradores de una mayor libertad de inversión, que no fuera coartada con posibles restricciones en las operaciones activas y pasivas de los intermediarios financieros, para lo que sería fundamental la desintermediación que implica el Bitcoin.

Por todo lo anterior, y si bien las medidas dependerán de cada país, no sería sorprendente que los Estados occidentales siguieran de una u otra manera los pasos de China en relación con el Bitcoin, si bien sería positivo un debate de profundidad que no se limite a criminalizar Bitcoin como una herramienta para el blanqueo de capitales (problema real, pero no nuclear), pues el atractivo de las criptomonedas no es sino el síntoma de muchos problemas en ciernes de las economías occidentales. ■

# Situación de los dominios de las coronas castellana y portuguesa desde la Unión Ibérica al Tratado de Límites de Madrid (2ª Parte)

Fernando de Lemus Chávarri | Abogado del Estado. Doctor en Derecho y en Historia Moderna por la UCM

## I. BRASIL DURANTE LA UNIÓN IBÉRICA

### 1) PERSPECTIVA GENERAL

En 1580, los imperios español y portugués pasaron a estar gobernados conjuntamente por Felipe II de España, debido a la extinción de la dinastía portuguesa de Avís. Ambos imperios mantuvieron una administración separada, pero la unión no dejó de crear problemas y oportunidades para los súbditos de ambas coronas, especialmente para los portugueses. Los españoles intentaron introducirse en el mundo comercial de los portugueses al sur del Atlántico, pero encontraron gran resistencia por parte de éstos. Sin embargo, la mayor penetración se produjo en la otra dirección y hasta el decenio de 1620, los portugueses obtuvieron grandes beneficios de la unión. Así por ejemplo para el suministro de esclavos negros a la América del Sur española, cuyo precio era notablemente más elevado que en Brasil. Sobre todo, a los efectos que estamos examinando, debemos destacar que uno de los capítulos que debió jurar Felipe II, en las cortes de Tomar para ser proclamado soberano de Portugal y del Brasil, incluía el permiso para el desplazamiento de los portugueses dentro del imperio español, tema este que, desde el punto de vista jurídico, tiene una trascendencia enorme, a efectos de valorar la invocación como títulos de dominio o soberanía, las entradas o *bandeiras*, que tanta trascendencia vinieron a tener un siglo y medio más tarde. Especialmente Sao Paulo, fundado en 1554 por el jesuita Manuel da Nóbrega, fue el más importante de los centros, origen de expediciones hacia el interior. Pero hubo también otros como los de Sao Vicen-

te, Porto Seguro, Bahía y Pernambuco. A partir de ellos, las expediciones portuguesas siguieron los cursos de los principales ríos, como son el San Francisco, el Jequitinhonha, el río Grande, el Iguaçu, el Paraná, el Paraguay y la cuenca del Amazonas.

Una característica muy peculiar de la colonización del Brasil está constituida por el constante movimiento de progresión en diversas direcciones, protagonizado por particulares organizados en una peculiar estructura cívico-militar denominada *bandeira*, cuyo correlato fluvial se denomina habitualmente, *monções*. Se ha señalado a este respecto que, “*durante dos siglos la historia del Brasil fue, ante todo, la historia de un esfuerzo desesperado por encontrar oro*”<sup>1</sup>. Por el contrario, la tradición radicalmente urbana de la colonización castellana, su carácter continental y terrestre, parecía marcar desde el siglo XVI, un abismo insalvable con el sistema lusitano. El sistema portugués de control territorial, que se apoyaba en el movimiento estacional de contingentes humanos, iniciado en determinados puntos de la costa y adaptado a la vida de la selva, resultó más apto, si no para controlar el inmenso espacio brasileño, sí para estar presente en algunos puntos clave y, en definitiva, llegar a las consecuencias que habremos de ver más adelante. El colonizador lusitano buscaba las riquezas pretendiendo, en vano, encontrar un nuevo Potosí en los confines de sus colonias. En defecto de estas riquezas, el producto más importante que ofrecía la selva eran los propios hombres, es decir, la posibilidad de reducir a la esclavitud a los indígenas brasileños. En efecto, el objetivo real de las expediciones portuguesas era el de la

efectiva esclavización de los indios, para lo cual se ideó la figura jurídica del *resgate*. Este *resgate*, o rescate, consistía en una supuesta liberación de indígenas prisioneros, cuando estaban a punto de ser sacrificados por parte de tribus rivales. En compensación, el indígena rescatado debería, aparentemente con toda justicia, entregar al *benefactor* que le había liberado lo único que tenía, es decir, su trabajo personal durante cuatro, cinco o seis años lo que representaba, en definitiva, la duración media de la vida laboral y física de un esclavo. La prohibición de transacciones sobre indígenas americanos se burlaba mediante su designación en los documentos mercantiles como “*negros de cabellos lisos*”. Igualmente, se acudía al expediente de cruzarles con nativos o nativas de Guinea con el fin de convertirles legalmente en esclavos.

### 2) MOTIVOS LEGALES DEL SEDENTARISMO DE LOS COLONIZADORES CASTELLANOS

La declaración fundamental que explica la actuación de los colonizadores castellanos se encuentra en la Ley I del Título I del Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias, según la cual los indígenas deben ser “*amparados, favorecidos y sobrellevados, castigando con particular y rigurosa demostración a los transgresores*”. En este mismo sentido, la Ley IX de este mismo Título prohíbe que los indios se dividan de sus padres, agregando la Ley XII, el expreso permiso para que puedan cambiar de residencia, señalando que: “*si constare que los indios se han ido a vivir de unos lugares a otros de su voluntad, no los impidan las justicias ni ministros y dexenlos vivir y morar allí*”. La Ley I prohíbe severamente que nadie





“sea osado de cautivar indios naturales de nuestras Indias, islas y tierra firme del mar Océano, descubiertas ni por descubrir ni tenerlos por esclavos aunque..., esté declarado que se les pueda hacer justamente la guerra”. Además, la Ley VII prohíbe que se vendan ni compren los indios que se llaman de *rescate*, refiriéndose a una práctica que además de los indígenas llevan a cabo “*otras naciones*”, eufemismo que evita nombrar expresamente a los portugueses, ya que esta ley fue dictada por Felipe III, el 10 de octubre de 1618, durante el período de unión ibérica. La segunda, es decir, la ley VIII, hace idéntica referencia en relación con los indios aprisionados en malocas. En el mismo sentido, la Ley IV del Título I del Libro IV del mismo texto, prohíbe cualquier exploración que tuviese por causa o pretexto el descubrimiento, prohibiendo que nadie “*haga por su propia autoridad nuevo descubrimiento por mar o tierra, ni entrada, nueva población o ranchería en lo descubierto o por descubrir de nuestras Indias sin licencia y provisión nuestra o de quien tuviera nuestro poder para concederla,*

*bajo pena de muerte y perdimiento de todos sus bienes*”. También debe resaltarse la Ley XXVII, del Título III del Libro IV id., que prohíbe expresamente a los gobernadores de Santa Cruz de la Sierra (actual Bolivia), hacer descubrimientos hacia el Brasil o introducir en dicha colonia género de comercio alguno. Esta disposición dictada por Felipe II, en 1595, es claramente antitética del permiso otorgado a los súbditos portugueses para entrar en territorios de la zona de Castilla y se inspira, según su propio texto en “*muchas consideraciones de nuestro real servicio*”. Por el contrario, en Brasil, y a pesar de las disposiciones en favor de los indígenas dictadas durante el período filipino en 1596 –prohibición de esclavización de los indios salvo caso de guerra justa (año 1596), de obligar a los indios a salir del sertao (año 1597) y obligación de pago de un sueldo obligatorio por los servicios de los indios (años 1609 y 1611)– es lo cierto que hasta el decreto de liberación de los indios dictado por el gobierno del ministro Carvalho e Melo, Marqués de Pombal, la captura de esclavos era el objetivo patente y con-

fesado de las *bandeiras*. Más aún, incluso en la segunda mitad del siglo XVIII continuó este tráfico sobre seres humanos pretextando que se trataba de indios rebeldes a los que había sido forzoso capturar por la fuerza de las armas<sup>2</sup>.

### 3) CIUDADES, FORTIFICACIONES MILITARES Y CENTROS ADMINISTRATIVOS PORTUGUESES EN LOS TERRITORIOS ANEXIONADOS A ESTA CORONA EN 1750

Resulta evidente que el paradigma de una labor colonizadora se manifiesta en la fundación de ciudades; es decir, constituir un asentamiento estable de un número apreciable de personas en un determinado territorio. En lo que respecta a las fortificaciones militares, éstas pueden implicar un indicio de posesión, en cuanto que tengan como finalidad el mantenimiento efectivo de la ley, en este caso de la corona portuguesa o a la protección de asentamientos de colonos. En otro caso, como sólo representarían una muy débil posesión, que no acreditaría más que el dominio de un grupo militar

sobre un limitado asentamiento. Partiendo de este dato, pretendemos acreditar que la frontera hispano-portuguesa debía haber sido trazada mucho más hacia el este, sin dejar de cumplir el supuesto objetivo del Tratado de Madrid de establecer fronteras naturales fácilmente identificables, y aún el de atender a las simples entradas de los *bandeirantes*, para atribuir los correspondientes territorios a Portugal. A la fecha de la negociación y firma del Tratado de Madrid, en el amplísimo territorio que fue adjudicado al Brasil y cuya extensión estaría en torno a los cuatro millones de kilómetros cuadrados, no se encontraría asentamiento de relevancia alguno, fuera de contadas aldeas con presencia generalmente, sólo temporal de misioneros y de la comarca minera de Cuiabá, cuya inclusión en la zona portuguesa no ofrecería dificultad alguna. Concretamente, de acuerdo con el estudio realizado por Frederic Mauro<sup>3</sup>, en Amazonía a mediados del siglo XVIII, sólo existían las poblaciones de Barcelos y la aún más pequeña de Manaus. En Mato Grosso sólo menciona las de Cuiabá y Vila Bela, de la que sólo Cuiabá tenía algunos miles de habitantes. Sobre otras poblaciones no existen datos, lo que acredita su insignificancia. Los poblados de Cuiabá y de Mato Grosso fueron erigidos en cabeza de comarca pero sin que se pudiese hablar de un auténtico asentamiento urbano, teniendo en cuenta de un lado que la autoridad no podía asegurar el mantenimiento de la ley, y de otro, la ausencia de abastecimientos básicos para la población, lo que ocasionó enormes hambrunas que acabaron diezmando drásticamente el nivel de habitantes de aquella zona. En cualquier caso, la región limítrofe a las explotaciones mineras continuó desértica.

En lo que respecta a la zona norte de Amazonía, las dos poblaciones antes citadas, es decir, Barcelos y Manaus, estaban situadas ambas en la margen oriental del río Negro. La primera fue creada en el segundo cuarto del siglo XVIII, por Pedro da Costa Favela con el nombre de "*Destacamento do Resgate*", nombre bien expresivo de que se trataba de un mero almacén o punto de reunión de esclavos para ser enviados por vía fluvial hacia la costa. Esta población reci-



▲ Mapa de América (1705)

bió después la denominación de "*Vila da Barra do rio Negro*" y más tarde la actual denominación de Manaus, tomada del nombre de los indígenas que habitaban la región<sup>4</sup>. Siendo así que, de acuerdo con el censo de población del Brasil de 1776, en el que se consignan incluso aldeas de uno o dos centenares de habitantes, es de suponer que aquéllas que no se mencionan o cuya población es indeterminada, sólo contarían con la presencia de escasísimos colonizadores portugueses. En lo que respecta a las fortificaciones militares, la única fortaleza digna de este nombre, en el curso medio y alto del Amazonas, era la de San José de Río Negro, situada al oriente de este río. También existía el fortín, o más bien el chamizo de Tabatinga en la desembocadura del río Javari en el Amazonas. La dotación de personal en los referidos puestos militares del interior del Brasil, podía calificarse de exigua a la vista de los siguientes datos: a mediados del siglo XVIII, el ejército portugués en Brasil, ascendía a seis mil trescientos cincuenta y cuatro soldados, de los que cinco mil quinientos guarnecían Bahía y Pernambuco. Siendo así, que la mayor parte de los ochocientos treinta y cuatro restantes se destinaban a las fortalezas existentes

en la inmensa costa del Brasil, no resulta difícil deducir que la presencia militar portuguesa en el interior del continente fuese casi simbólica<sup>4</sup>. Todo ello, con independencia del asentamiento portugués más importante: la colonia do Sacramento que por su relevancia será objeto de examen específico.

#### 4) REDUCCIONES DE LOS JESUITAS ESPAÑOLES EN LOS TERRITORIOS ANEXIONADOS A BRASIL

Nuestra referencia a las misiones en América del Sur está enfocado desde su consideración como una forma de ocupación efectiva de un territorio en nombre de los monarcas de Castilla o de Portugal, o al menos, reconociendo su autoridad suprema. Es decir, se referirá fundamentalmente a su valoración como título jurídico bastante para la adquisición de la soberanía. Los establecimientos misioneros se consideraron un título jurídico incuestionable de posesión sobre una región por parte de los súbditos de un monarca y, consecuentemente, dieron lugar a numerosos enfrentamientos con quienes discutían a los misioneros, no tanto el señorío o soberanía de un monarca cuya sede se encontraba a miles de



kilómetros de distancia, sino el aprovechamiento económico de la región. Cabe diferenciar netamente la consideración política de las misiones desde el punto de vista de la corona castellana y de la portuguesa. Los reyes españoles mostraron ciertas reticencias al envío de misioneros extranjeros a las Indias. Por el contrario, eran los propios religiosos los que más insistentemente instaban el auxilio de la corona frente a las intrusiones extranjeras. La explicación de este comportamiento resulta clara. Los misioneros portugueses, en especial los pertenecientes a determinadas órdenes religiosas, fueron bastante tolerantes con la actividad de esclavización de los indios, lo que además, dado el carácter particular y autónomo de la mayor parte de las entradas portuguesas daba, como resultado que los indígenas que habitaban una región, aunque teóricamente estuviese sujeta a la corona de Castilla, constituyesen presa fácil de los *bandeirantes* para su captura y venta como esclavos. Para los misioneros españoles, realmente interesados en la conversión de los indios, resultaba primordial en su ámbito de actuación que estuviese establecida la “*pax hispanica*” que permitiese a los indígenas llevar una vida sedentaria, indispensable para su

adoctrinamiento. Los misioneros portugueses, en buena parte por aversión a los castellanos y posiblemente también por un cierto interés en la comercialización de esclavos, manifestaron una oposición declarada a la actividad de los misioneros españoles en territorios que, a su entender, correspondían a su corona, aunque careciesen de medios humanos para proceder a la evangelización de tantos indígenas. Esta oposición llegó a extremos tales, como la prohibición de predicar o administrar los sacramentos a los misioneros españoles, dictada por las autoridades religiosas portuguesas, llegando hasta la imposición de penas canónicas. Uno de estos supuestos afectó personalmente al famoso padre Fritz, que ha dejado el relato del acontecimiento. La forma de actuación de las autoridades religiosas portuguesas resulta aún más llamativa a la luz del pensamiento teológico y moral vigente en aquella época: si se partía del principio de que un indígena no convertido estaba destinado inevitablemente a su perdición eterna, no resulta comprensible a la luz de los principios cristianos, que una autoridad religiosa prefiriese que los indígenas quedasen sin evangelizar, a que fuesen adoctrinados o bautizados por misioneros españoles, a menos que tengamos en cuenta las razones viscerales a las que tantas veces nos hemos referido.

La toma de posesión del terreno misionado llega al máximo en las denominadas Reducciones. Por su trascendencia en las relaciones hispano portuguesas centramos nuestro examen en las de los jesuitas en el territorio entonces denominado Paraguay, y que hoy corresponde a los estados brasileños de Santa Catarina, Río Grande do Sul y parte del de Paraná. La presencia de los jesuitas en el Paraguay se inició en el año 1585. Los misioneros jesuitas fueron los primeros europeos que se adentraron en la región del Guairá al oriente de Asunción, en un territorio incluido en la actualidad en el Estado brasileño de Paraná. Las primeras actuaciones de jesuitas no se iniciaron sobre la base de construcción de centros misioneros permanentes, sino que al igual que en el Brasil, trataron de introducirse en la vida de los guaraníes siguiendo a los indígenas en sus despla-

zamientos, procurando, en último extremo, lograr su arraigo en algún punto determinado. El éxito indudable de esta actuación se debió su conocimiento de la lengua guaraní. Una de las primeras cuestiones que se plantearon en torno a los establecimientos misioneros jesuitas en la región que nos ocupa, era el de su incardinación en una de las provincias de la Compañía existentes con anterioridad en el cono sur del continente americano y, muy especialmente, la opción entre las radicadas en Brasil y las de los virreinos españoles. Concretamente, la idea de los primeros misioneros, pertenecientes a la provincia del Brasil, era la de que las misiones de la región oriental del Paraguay, debían integrarse en la provincia del Brasil del sur, apoyándose en que el Tratado de Tordesillas dejaba a su juicio, un margen de indeterminación suficiente como para permitir un desplazamiento de los límites de las provincias eclesiásticas y religiosas portuguesas hacia el oeste<sup>5</sup>. En 1601, el padre Field solicitó formalmente la anexión de esta región a la provincia del Brasil, dado que las comunicaciones con este país eran mucho más fáciles que con el Perú, propuesta que hizo suya en 1604 el provincial brasileño padre Tolosa. Sin embargo, el propósito general de la compañía, el italiano Claudio Acquaviva, tomó la resolución más prudente de constituir con fecha 9 de febrero de 1604, una nueva provincia jesuita, la del Paraguay, independiente tanto del Perú como la del Brasil, entendiendo la región del Paraguay en los extensos términos que hemos señalado anteriormente. La fecha inicial del establecimiento sistemático de poblados de indios reducidos en Paraguay, puede fijarse en 26 de noviembre de 1609, en la que el lugarteniente general del gobernador del Paraguay-Río de la Plata, dictó una ordenanza en la que, además de prohibir a los españoles la entrada en la zona del río Paranapanema en la región de Guairá, acordaba que el sometimiento de los indígenas de aquella región quedaba exclusivamente en manos de la Compañía de Jesús. Esta ordenanza fue confirmada y extendida a los otros territorios paraguayos, por una disposición de la real audiencia de Charcas, 10 de agosto de 1628. En este mismo año, los jesuitas tomaron contacto con el jefe

rebelde guaraní Arapisandú, logrando que entrase en tratos con el gobernador español Hernando Arias de Saavedra, para formalizar su sometimiento. Logrado este objetivo, el padre provincial envió tres grupos de misioneros jesuitas en distintas direcciones: El primer grupo se dirigió hacia el sur de Asunción en la región del bajo Paraná, colindante con la zona de las Reducciones franciscanas. El segundo, hacia el oriente, a la región de Guairá, entendida en término estricto, es decir, la zona comprendida entre los ríos Paraná e Iguazú, donde años antes se había llevado a cabo el experimento de las “*missoes volantes*”. El último se dirigió hacia el norte, a la región de Itatí, dentro del actual Estado brasileño de Mato Grosso do Sul. Esta misión no logró resultados apreciables, teniendo en cuenta el notable atraso cultural y humano de los guaicurúes, que no sólo demostraron una hostilidad radical a cualquier penetración extranjera, sino que eran incapaces de sujetarse a una vida sedentaria. En la zona del bajo Paraná, los jesuitas que contaban con la influencia del cabecilla local, el ya citado Arapisandú, y utilizando como elemento de captación realmente atractivo la exención de los indígenas de la temida encomienda privada, fundaron el 29 de diciembre de 1609, a unos doscientos cincuenta kilómetros al sur de Asunción, la Reducción de San Ignacio que, posteriormente, se denominó San Ignacio-Guaçu, para diferenciarla de otra Reducción que se constituiría bajo la misma advocación. El grupo que se había dirigido hacia la región de Guairá, compuesto por los jesuitas italianos, Cataldini y Mascetti, cruzaron al este del alto Paraná, hasta el actual estado brasileño de este mismo nombre, donde crearon en 1610 las Reducciones de Loreto y de San Ignacio, llamada Mirí. En los años sucesivos, en la región del Paraná, entre 1616 y 1617, surgieron las Reducciones de Ytapúa, Santa Ana, Yaguapá y Yutí. Al este del Paraguay, en el territorio denominado Itatí se crearon las Reducciones de San Juan, Los Ángeles, San Pedro, y San Pablo. Finalmente, en la región de Tapé también en el actual estado brasileño de Río Grande do Sul, limitado al sur por la República del Uruguay, el padre Roque González fundó las Reducciones de Santa Teresa y de San Miguel

y, posteriormente los padres Benavides y Berthold, la de Santo Tomás. Menos importancia a los efectos de nuestro estudio, tuvieron las Reducciones situadas al oeste del Uruguay, ya que aunque fueron objeto de las depredaciones de los *bandeirantes*, no dieron lugar a cuestiones territoriales hispano-portuguesas. Así, por ejemplo, las de Concepción, San Nicolás de Piratiné, Candelaria de Ibicui, etc. La característica más relevante de las Reducciones jesuitas, era la de haber quedado totalmente al margen de la población hispano-criolla, correspondiendo a los religiosos de la Compañía la totalidad de la administración religiosa y civil, así como también la organización administrativa y el ejercicio de la jurisdicción civil y penal.

Constituye también un rasgo muy singular, aunque menos relevante a los efectos de nuestro estudio, su organización socioeconómica sobre la base de explotaciones agropecuarias destinadas al abastecimiento de las Reducciones y a la exportación, con el fin de allegar recursos, entre otros fines, para el pago de los tributos a la corona, explotaciones que recibían el nombre de estancias. Resulta evidente, no ya que el dominio efectivo sobre el territorio de las Reducciones se ejerciera en nombre de la corona castellana, sino que el pueblo guaraní quedó integrado en forma plena, como vasallo del rey de España. Esta situación se constató por su efectiva actuación como fuerzas auxiliares en los tiempos de guerra, y por el suministro de bienes y recursos a la administración colonial en tiempos de paz. La organización administrativa de las Reducciones se inspiraba en el modelo español, situando en su cúspide organizativa a la corona de Castilla. Los establecimientos misioneros pertenecían política y administrativamente al virreinato del Perú y, dentro de él, las misiones del alto Paraná dependían del gobierno de Asunción, en tanto que las del río Uruguay se articulaban dentro del gobierno de Buenos Aires. Dentro de la estructura virreinal, las misiones jesuitas del Paraguay gozaban de una serie de concesiones especiales, frente al virrey y frente a los gobernadores, y poseían instituciones propias como los cabildos, compuestos, enteramente, por indígenas,

así como una organización económica y comercial centralizada. El carácter de vasallos de la corona castellana, propio de los guaraníes reducidos, tiene su manifestación más rotunda en la prestación del servicio de armas en defensa de los intereses del soberano. Este servicio desde luego, tuvo su expresión más importante en la defensa de las Reducciones contra los *bandeirantes* paulistas. Sin embargo, resultan más claras las consecuencias de la relación vasallo-súbdito, cuando se trata de actuaciones militares en asuntos que aunque afectasen al rey de Castilla resultaban en principio ajenos al funcionamiento de las Reducciones. Recíprocamente, la gratitud del soberano por el comportamiento de las Reducciones durante el período estudiado, se manifestó mediante la ayuda económica para su reconstrucción después de los daños ocasionados por las incursiones de los paulistas.

La directa dependencia de los guaraníes del Patronato Real fue confirmada por Real Cédula de 4 de abril 1609, en desarrollo de la cual, el lugarteniente general del gobernador del Río de la Plata, don Pedro de Añasco, dictó la ya citada ordenanza el 26 de noviembre de 1609, en virtud de la cual se prohibía a los españoles entrar en la zona del río Parapanema y del Guayrá, así como reclutar indios para su servicio personal. El 12 de octubre de 1611, el visitador de la Audiencia de Charcas, don Francisco de Alfaro dictó dos célebres ordenanzas: La primera relativa a la sustitución del régimen de encomiendas, precisando que los guaraníes reducidos debían limitarse al pago de un tributo, quedando exentos de cualquier tipo de prestación personal. También se fijó el salario mínimo a percibir por los indios, que trabajasen voluntariamente para los españoles. Desde el punto de vista organizativo, preveía que todas las Reducciones estuviesen dotadas de un cabildo o ayuntamiento. La segunda ordenanza dirigida a los jesuitas, exceptuaba de la encomienda a los indígenas de sus Reducciones, lo que constituía para aquellos el mayor atractivo imaginable que se les podía ofrecer, para reducirse en los establecimientos de la Compañía. El virrey del Perú dictó una ordenanza, “*en la que aceptaba,*



▲ Mapa de América (1705)

sos reales y en otros casos simplemente alegadas, que convierten a la colonia do Sacramento en uno de los episodios más singulares dentro de las relaciones entre los reinos de Castilla y de Portugal. El objeto de este establecimiento no resulta dudoso: proteger y facilitar la introducción de contrabando en el virreinato del Perú, región ésta que comprendía todas las colonias castellanas situadas al sur del Amazonas. El contrabando operaba en dos sentidos: el primero, dirigido a la introducción de mercancías en la América española. De estas mercancías, unas eran de origen portugués, singularmente cueros y esclavos negros procedentes de Guinea y Mozambique, cuyo precio en dicha área era muy superior al que podía obtenerse en Brasil. Otro objeto fundamental de las ventas desde la Colonia eran los productos manufacturados, especialmente paños, procedentes de Inglaterra. La importancia de este comercio se pone de relieve en los estudios ingleses, de acuerdo con los cuales el volumen de las exportaciones británicas a la colonia do Sacramento en los primeros decenios del siglo XVIII, alcanzaba un importe de quinientas mil libras esterlinas<sup>6</sup>. El segundo sentido en el que operaba el contrabando, consistía en la exportación de plata procedente de Potosí, fundamentalmente hacia Inglaterra, eludiendo los gravámenes fiscales, especialmente el quinto real. Y llegamos así al acontecimiento definitivo. Sobre la base de las consideraciones anteriores, la gran *bandeira* de Antonio Raposo Tavares, al circunnavegar la mayor parte del Brasil desde la cuenca del Paraná hasta la desembocadura del Amazonas, acreditaba la existencia de un territorio que, aunque de dimensiones gigantescas, estaba rodeado por agua de una manera ininterrumpida, es decir, que constituía una isla que, una vez ocupada en su costa oriental, podría dar pie al argumento de que el derecho de soberanía se debía extender a la totalidad de la misma. Aunque este razonamiento pueda parecer infantil, resulta incuestionable que ha sido utilizado como argumento jurídico por la totalidad de los juristas e historiadores portugueses y por gran parte de los brasileños. Desde luego, el razonamiento se maquilla un tanto invocando el derecho de ocupación.

*en calidad de vasayos del Rey, a los indios nuevamente convertidos de las provincias del Uruguay, Tapé, río Paraná y Itatí, de la gobernación del Paraguay*”, quedando declarados pertenecientes a la Real Corona y presidiarios del presidio y opósito de los portugueses del Brasil. El 10 de junio de 1654, el rey Felipe IV expidió una serie de cédulas reales, que exigían a los jesuitas la estricta observancia de las reglas del Patronato Real y prohibía enviar misioneros extranjeros al Paraguay, amenazándoles con ser sustituidos por clero secular. Estas reales cédulas fueron derogadas en el brevísimo plazo de quince días, merced a la actuación del Procurador de la Compañía en la corte de Madrid. Un resumen de esta normativa y la prueba más palpable de la gratitud real hacia los guaraníes reducidos, lo constituye la denomina-

da “*Cédula Grande*”, que fue aprobada por Felipe V, el 28 de diciembre de 1743, confirmando los privilegios anteriormente concedidos por los monarcas castellanos a la Compañía de Jesús y a los guaraníes reducidos en sus establecimientos misioneros.

## II. UN ENCLAVE PORTUGUÉS AL OCCIDENTE DEL MERIDIANO DE TORDESILLAS: A COLONIA DO SACRAMENTO

### 1) PRIMERA FUNDACIÓN. CONFLICTOS Y TRATADO PROVISIONAL DE 7 DE MAYO DE 1681

Confluyen en la fundación de este enclave portugués que, de una manera u otra, pervivió durante casi un siglo, una serie de circunstancias o causas, en unos ca-

El razonamiento jurídico fundamental esgrimido por la corona portuguesa para justificar la creación de un nuevo establecimiento en el estuario del Plata, era el de que la Colonia se encontraba dentro de la zona, cuyo dominio le había sido adjudicado por el Tratado de Tordesillas. Según hemos podido constatar en un mapa portugués de la época, dibujado a efectos de la conferencia de Badajoz-Yelves<sup>7</sup>, el trazado del meridiano de Tordesillas aparece rozando por su lado occidental a la colonia do Sacramento. No parece necesario insistir en que, existiendo una diferencia de diez grados esféricos entre la verdadera ubicación del meridiano de Tordesillas y el límite occidental de la colonia do Sacramento, no se podría invocar con seriedad, teniendo en cuenta el estado de las ciencias de la navegación, de la cartografía y de la astronomía a finales del siglo XVII, que los colonizadores portugueses hubiesen podido incurrir en un error de unos mil cien kilómetros. Sencillamente, había razones prácticas que hacían muy aconsejable para los intereses de la corona portuguesa mantener este fortín y, consecuentemente, para aferrarse a la ficción de un cómputo de longitudes tan burdo como el antes señalado. Menor trascendencia aún, podían tener los antecedentes supuestamente justificativos de la construcción de una fortaleza portuguesa en el estuario del Plata, que citan los historiadores portugueses, refiriendo la colocación de “padroes” en torno al año 1527, por el navegante lusitano, Martín Afonso. En lo que respecta a los títulos jurídicos de la corona de Castilla sobre la ribera septentrional del río de la Plata, con independencia del título fundamental que consistía en ser una consecuencia de lo acordado en Tordesillas, resulta que las riberas de este río habían sido, efectivamente exploradas por el navegante italiano al servicio de la corona de castellana, Sebastián Caboto, en los primeros años del siglo XVI. Posteriormente en 1541, Alvar Núñez Cabeza de Vaca había tomado posesión, en nombre del rey de Castilla, del puerto de Cananea, al norte de la bahía de Paranagua, en la costa sur del actual estado brasileño de Sao Paulo, así como de Santa Catarina, en el estado brasileño de este nombre, ambos puntos de la costa situados, claramente,

al oeste del meridiano de Tordesillas, y eso, no obstante, a unos mil kilómetros al oriente de la colonia do Sacramento<sup>8</sup>. Desde Santa Catarina, este explorador castellano se dirigió, atravesando selvas, hasta el actual emplazamiento de la ciudad de Asunción, hoy capital de la República del Paraguay, tomando posesión de todos los territorios situados al sur del paralelo veinticuatro, es decir, muy poco al sur de la ciudad de Sao Paulo. Los “Comentarios” en que narra su viaje dejan constancia, con toda claridad, de la finalidad de su exploración, que no fue otra, sino la de garantizar los derechos que correspondían a la corona castellana sobre aquellas tierras situadas al oeste del meridiano de Tordesillas. Poco después, el navegante español Senabria recorrió las costas de los actuales estados brasileños de Santa Catarina y de Río Grande do Sul. Sin embargo, en torno al año 1675, la Cámara de Río de Janeiro dirigió al regente de Portugal, el príncipe don Pedro, una súplica en el sentido de resaltar la conveniencia de fijar el límite meridional del imperio ultramarino americano portugués en el Río de la Plata, donde debía establecerse un presidio fortificado. Acogida favorablemente por la corte de Lisboa la propuesta de Río de Janeiro, el nuevo gobernador de la “*repartição do Sul*”, don Manuel Lobo, sucesor de Matías da Cunha, tenía como uno de sus objetivos principales, el de promover la defensa de la que pretendía ser costa meridional límite del Brasil, sin levantar sospechas en las autoridades españolas. A este fin, se cuidó Manuel Lobo de hacer las correspondientes levatas y de solicitar la ayuda de los conocidos bandeirantes Fernao Días País Leme y Fernao País de Barros, así como de familias españolas afincadas en Sao Paulo, concretamente, los Rendón de Quevedo. Con estos apoyos, el 1 de Enero de 1680, desembarcaba Manuel Lobo en la península de San Gabriel que, inmediatamente, procedió a fortificar construyendo las edificaciones más necesarias a efectos de su defensa, y asignando al nuevo establecimiento el nombre de colonia do Sacramento<sup>9</sup>. El lugar escogido para la fundación de la Colonia constituía por sí solo, una amenaza para Buenos Aires, ciudad frente a la cual se encontraba y en la que existía una importante proporción

de población portuguesa. Sin embargo, al estar ubicada la nueva fortaleza en un terreno llano y alejada de las posibles bases de apoyo militar –las más próximas estarían situadas a unos dos mil kilómetros de distancia– hacía muy difícil su mantenimiento, a menos que se contase con el apoyo de una poderosa escuadra que la corona portuguesa no se encontraba en posición de facilitar<sup>10</sup>. Por esto, algún historiador, califica de error militar y psicológico la elección del lugar para la fundación de la nueva Colonia.

Aunque alejado de sus bases, el nuevo enclave portugués representaba más que un simple riesgo para Buenos Aires, un importantísimo golpe al comercio con el Perú. Resulta totalmente explicable que el gobernador español de Buenos Aires enviase un oficial para inquirir el motivo por el que súbditos portugueses armados se encontraban dentro del dominio de su majestad católica. El gobernador lusitano, Manuel Lobo, respondió que aquel territorio correspondía a la soberanía portuguesa y que se encontraba preparado para defender los derechos de su soberano. La razón por la que se negó a



atender el requerimiento de desmantelamiento y desalojo, fue la de estar cons-truido el fortín en “*un territorio que co-rrespondía a la corona portuguesa*”. Es decir, que en aquel momento no se ale-gaba un derecho de prioridad en la ocu-pación o el hecho de la posesión efecti-va del enclave, sino la simple aplicación de lo pactado entre ambas coronas en Tordesillas.

Los tratadistas portugueses de nuestros días sólo justifican la ocupación y po-blamiento de la península de San Ga-briel, por el hecho de haber adquirido la soberanía sobre Brasil por su circun-navegación, o en otras palabras, reco-nocen que dicho lugar está ubicado al este del meridiano pactado entre ambas coronas. Nadie puede sostener en la ac-tualidad, a pesar de las imprecisiones de este Tratado, que el repetido meridiano corriese al oeste de la colonia do Sacra-mento, ya que las citadas imprecisiones podrían dar lugar a un desplazamiento de un grado esférico pero nunca de los diez que aproximadamente, serían necesarios para que pasase al oeste de la repetida Colonia. Pero tampoco parece racional

pensar que un error tan de bulto podía haber sido cometido por los marinos y cartógrafos portugueses de finales del si-glo XVII. Por lo tanto, podemos afirmar con un amplio margen de seguridad, que tanto el gobernador Manuel Lobo como las autoridades de Río de Janeiro cono-cían que la península de San Gabriel es-taba al oeste del meridiano de Tordesi-llas, pero se consideraban legitimados para mentir sobre este punto por cons-tituir su única defensa frente a un ene-migo, cuya actuación siempre se repu-taba invariablemente innoble, desde la instauración de la monarquía portuguesa hasta aquellos momentos. Volviendo a los episodios del año 1680, una vez rechazada la intimación de las autoridades virreinales españolas, éstas recurrieron a la fuerza pasando al ataque de la Colo-nia, para lo que contaron con un impor-tante auxilio por parte de las milicias de guaraníes reducidos. De esta manera, la Colonia cayó en poder de los asaltantes, siendo reducidos a prisión sus defenso-res. Manuel Lobo fue internado en una cárcel de Buenos Aires, donde falleció poco después.

Sin embargo, Portugal ya gozaba de unas relaciones diplomáticas ofensivo-defen-sivas con Gran Bretaña, que habían pro-bado ser muy eficaces durante la guerra de la Restauração, y además podía con-tar con el apoyo de Luis XIV de Francia. Por su parte, España, enfrentada también con Inglaterra, se hallaba en inminente peligro de una nueva guerra con Francia y en una situación de quiebra absoluta de su Hacienda, que no le ofrecía la posibi-lidad de abrir un nuevo frente en la pro-pia Península, teniendo en cuenta ade-más que éste se vería inmediatamente apoyado por las fuerzas navales y terres-tres del Reino Unido. En consecuencia, resulta explicable que el gobierno espa-ñol, en aquel momento encabezado por el duque de Medinaceli, prefriese llegar a un acuerdo con la corona portuguesa aplazando enfrentarse con nuevos pro-blemas, por más que en aquel momento se hubiese podido constatar lo fácil que resultaba a las fuerzas coloniales espa-ñolas, sin más auxilio que el de los gua-raníes cristianizados, imponer su volun-tad sobre las portuguesas. En definitiva, se acordó la suscripción de un Tratado provisional que se llevó a cabo el siete de mayo de 1681. Desde el punto de vista jurídico, ese Tratado constituye una es-pecie de traslado al campo del Derecho Internacional, de la figura de un inter-dicto de recobrar la posesión. Es decir, se proclama como objetivo fundamental del Acuerdo el de no alterar por la fuer-za una determinada situación posesoria, remitiendo a un examen más profundo de la cuestión la resolución de las dife-rencias que pudieran existir acerca de la titularidad de un bien: en este caso, la so-beranía sobre el enclave portugués en la península de San Gabriel, en el estuario del río de la Plata. El Tratado recoge la indignación lusitana por haberse servido el rey Católico “*no sólo de las gentes de su conducta, sino de un número copioso de indios de su obediencia*”. Por el con-trario, parece olvidarse que la población indígena guaraní constituía una especie de filón de esclavos, que, desde hacía un siglo, era periódicamente recolectado por parte de portugueses procedentes de Sao Paulo. Resulta significativo que la estipulación inicial del Tratado, consista en la obligación que acepta su majestad católica de amonestar al gobernador de



▲ Ruinas de la casa del gobernador, en Colonia del Sacramento, destruida hasta sus cimientos durante la conquista española, en 1777

Buenos Aires por su actuación o, como literalmente señala *“facer demonstração con o governador de Buenos Aires, con-digna ao excesso no modo do operação”*. También resulta sorprendente que el objetivo fundamental del Tratado, cual era el de la restitución de la Colonia a la corona portuguesa, al parecer se da por sobrentendido, puesto que no se menciona en ninguno de sus artículos. Por el contrario, se regula con toda minuciosidad la devolución a las autoridades portuguesas de todas las armas, artillería, municiones y pertrechos de guerra que se aprehendieron en la toma de la fortaleza (artículo II). En lo que respecta a los habitantes de la Colonia, existe una cierta dificultad interpretativa, ya que la redacción da pie para entender que la ausencia de portugueses en aquella zona, podría ser suplida con otros súbditos de la corona lusitana. Sin embargo, el Tratado proclama que en tanto no se resolviese la controversia, no podría incrementarse el número de pobladores, armas ni municiones de guerra en la repetida fortaleza. No se permitía realizar fortificaciones, casas o ningún otro género de edificación o construcción de duración o permanencia, consintiéndose exclusivamente las reparaciones efectuadas con tierra. En cambio, el gobierno de Buenos Aires podría destruir las fortificaciones hechas por los españoles desde el momento de la ocupación. Tampoco se alteran otros derechos de menor entidad que el de soberanía, como es el de aprovechamientos secundarios, o incluso, el derecho de paso o navegación, permitiéndose que: *“los navíos de su Majestad Católica utilicen el puerto y la ensenada y libremente tengan allí estancias, corten maderas, hagan sus carenas y todo aquello que hacían en su costa, sin ningún tipo de limitación y sin ser necesario el consentimiento ni licencia de persona o autoridad alguna, puesto que así lo han acordado ambos príncipes”*. Se mantenían con su entera fuerza y vigor, las prohibiciones de comercio tanto por mar como por tierra, así de los castellanos en el Brasil como de los portugueses en Buenos Aires, Perú y demás partes de las Indias occidentales. El carácter interino del Tratado queda probado cuando su propio texto señala que: *“todo lo referido sea y se entienda sin perjuicio, ni*

*alteración de los derechos de posesión y propiedad de una y otra corona, sino que dando los que a cada una pertenecen en su entero y legítimo valor y permanencia, con todos sus privilegios y prerrogativas de título, causa y tiempo por cuanto este asiento se ha tomado por vía de medio provisional y en demostración de la buena amistad, paz y concordia que profesan entre sí estas dos coronas para su recíproca satisfacción durante el tiempo de esta controversia y no para otro efecto alguno”*. Finalmente, el carácter provisional del Tratado se proclama en el artículo XIII. En efecto, este precepto acordaba la celebración de una conferencia de comisarios y a falta de avenencia, el sometimiento de la decisión al Sumo

Pontífice. Los comisarios designados no pudieron llegar a un acuerdo y el litigio se remitió al Romano Pontífice. Tampoco la curia romana encontró una solución que contentase a los dos países, y fue retrasando indefinidamente la aprobación del correspondiente laudo arbitral<sup>11</sup>.

## 2) LA COLONIA DO SACRAMENTO Y LOS TRATADOS HISPANO-PORTUGUESES DE 1701, 1703 Y 6-II-1715 (UTRECHT)

Como consecuencia del fracaso de la conferencia de Badajoz y Yelves, la colonia do Sacramento se convirtió durante los veinte años siguientes, en un centro de activo contrabando, especialmente de

▼ Tratado de Paz de Utrecht (1713-1715)





esclavos negros. Una nueva contingencia favorable para los intereses portugueses se produjo con el inicio de la nueva centuria. En 1700, moría el rey Carlos II de España sin sucesión directa, habiendo instituido como heredero testamentario a uno de sus más próximos parientes, concretamente al rey de Francia, Luis XIV, quien renunció a sus derechos en favor del duque de Anjou, segundo hijo del Gran Delfín. Esta designación hereditaria no fue aceptada por los Habsburgo de Austria, quienes con el apoyo de las potencias marítimas, sostuvieron sus derechos por las armas, dando lugar a la Guerra de Sucesión española. Los intentos de Felipe V para conseguir la alianza de Portugal plasmaron en el Tratado de 18 de Junio de 1701, que en lo que toca a la colonia do Sacramento se pronunciaba en los siguientes términos:

*“E para se conservar a firme amizade y aliança que se procura conseguir com este Tratado, e se tirarem todos os motivos que podem ser contrarios a este efecto; sua magestade cathólica cede e renuncia a qualquer direito que possa ter nas terras, sobre que se fes o Tratado Provisional entre ambas as coroaas, en os sete dias do mes de Mayo do anho de mil seiscentos oitenta e unho, e em que se haja situado a colonia do Sacramento: o qual Tratado ficará sen efecto, en o dominio da dita colonia e uso da campanha na coroa de Portugal, como a o prezente o tem”.* Sin embargo, las circunstancias evolucionaron de tal forma que llevaron al gobierno portugués a adoptar una posición diferente de cara al conflicto que estaba a punto de estallar en torno a la sucesión de la corona de Carlos II. Portugal se alió con las potencias marítimas suscribiendo a este fin los correspondientes Tratados. Interesa destacar que el suscrito con Inglaterra el 16 de Mayo de 1703, suele denominarse por algunos historiadores *“Primer Tratado de Methuen”*. En lo que respecta al Tratado suscrito con el archiduque Carlos de Austria, titulado Carlos VI de España, incluye un artículo secreto, que en el punto en el que afecta al tema que estamos examinando en este momento, implicaba que los dominios portugueses en América del Sur tendrían como límite meridional el Río de la Plata. Es de-

cir, que no era sólo el enclave de la colonia do Sacramento, sino todas las tierras situadas en la margen septentrional del río de la Plata, donde posteriormente se fundaría la ciudad de Montevideo, las que pasarían al dominio brasileño como una de las compensaciones para la corona portuguesa por la ayuda a prestar a la *“inclita nação espanhola”*. Pues bien, roto el Convenio de amistad entre el rey don Pedro II de Portugal y los Borbones de Francia y de España, y alineada la monarquía portuguesa con los partidarios del archiduque de Austria, existía un estado de guerra abierta entre ambas coronas. En esta situación, en el año 1703, el gobernador de la colonia do Sacramento, Sebastiao da Veiga Cabral, se dirigió al gobernador general del Brasil, Rodrigo da Costa, así como al gobernador de Río de Janeiro, Alvaro da Silveira y Alburquerque, notificándoles la existencia de preparativos en Buenos Aires ostensiblemente dirigidos a un ataque contra la Colonia. En contestación a este requerimiento, recibió como ayuda un navío, enviado por don Rodrigo da Costa, que transportaba dos compañías de soldados, y otro procedente de Río de Janeiro, enviado por don Alvaro de Silveira, los cuales se añadieron a las fuerzas destinadas con anterioridad a la defensa de la Colonia. En esta situación, en Agosto de 1704, comenzó el segundo asalto a la colonia do Sacramento desde Buenos Aires. No obstante los antecedentes antes señalados y que en aquellos momentos el ejército portugués del marqués das Minas en unión de contingentes ingleses, holandeses y alemanes estuviese llevando a cabo la invasión de Castilla, el gobernador do Sacramento, al ser intimado a la rendición, no dudó en calificar el ataque de *“injusta guerra”* poniendo a cargo de la conciencia del gobernador de Buenos Aires, la pérdida de vidas que pudiera producirse. Ello acredita la inconsistencia del procedimiento de dejar a cargo de uno de los litigantes la resolución de un pleito que era en definitiva lo que acordó el Tratado Provisional de 1681, al restituir interinamente la colonia do Sacramento a la corona portuguesa. No parece racional que el poseedor *de facto* llegase por sí solo a la conclusión de que carecía de título para conservar el territorio y que en consecuencia,

devolviese voluntariamente el enclave al rey Católico. En definitiva, la plaza fue capturada de nuevo por el gobierno de Buenos Aires, que permitió la repatriación de sus defensores a Río de Janeiro. Al igual de lo que sucedió después de la primera captura del enclave, las consecuencias de este triunfo militar fueron anuladas como resultado de la composición de intereses efectuada en el Tratado de Utrecht, suscrito el 6 de Febrero de 1715, entre las coronas de Portugal y de España. En este Tratado, Portugal no obtuvo todas las adquisiciones territoriales a las que aspiraba como contrapartida a su *“desinteresada”* ayuda en favor de la nación española, especificadas en el artículo secreto de su Tratado con el archiduque de Austria, pero sí consiguió una nueva restitución de la colonia do Sacramento que pasó, otra vez, a depender de la corona portuguesa. En esta ocasión no se trató de una mera restitución posesoria, sino que al igual que en el Tratado de 1701, se efectuó una transmisión de soberanía de manera plena e incondicionada. En este sentido, el artículo VII del Tratado establece que: *“Su majestad católica, no solamente volverá a su majestad portuguesa el territorio y colonia de Sacramento situado en la orilla septentrional del río de la Plata, sino que también cederá en su nombre y en el de sus sucesores y herederos toda acción y derecho que su majestad católica pretendiese sobre dicho territorio y colonia, haciendo la dicha cesión en los términos más auténticos y con todas las cláusulas que se requieren, como si estuvieren insertas aquí, a fin de que el dicho territorio y colonias queden comprendidos en los dominios de la corona de Portugal... En virtud de esta cesión, el Tratado Provisional concluido entre las dos coronas el 7 de Mayo de 1681, quedará sin ningún efecto ni vigor alguno”.* La única limitación a la plena soberanía portuguesa sobre la Colonia habría de encontrarse en los dos puntos siguientes: el primero, comprensivo de la prohibición de cederla a terceros o de permitir el establecimiento de extranjeros dentro de su recinto y el segundo, que vedaba la práctica del comercio con la América española. Advertimos que esta prohibición no hubiera requerido un Tratado internacional, siendo suficiente una orden dirigida

unilateralmente por el rey Católico a sus súbditos de América del Sur, si bien esta insistencia es reveladora de la importancia del contrabando que no fue limitado en lo más mínimo por las autoridades portuguesas durante el siglo XVIII.

### 3) EL BLOQUEO DE LA COLONIA DO SACRAMENTO A PARTIR DEL AÑO 1735

A partir del Tratado de Utrecht, la todopoderosa posición en la que había quedado el Reino Unido, la incondicional alianza que a éste le ofrecía la corona de Portugal y correlativamente la protección que la monarquía británica dispensaba a la portuguesa, permitieron que las actividades comerciales, que tenían como punto de origen la colonia do Sacramento, se expandiesen de manera extraordinaria. La interpretación del Tratado de Utrecht fue causa de nuevas fricciones entre las respectivas autoridades virreinales. El transcrito artículo VII del Tratado, al referirse a la colonia do Sacramento, incluía la totalidad de “*dicho territorio y colonia*”. Esta expresión era considerada e interpretada por las autoridades portuguesas, de manera que se hacía coincidir con lo pactado en el Tratado de 1703 entre Portugal y el archiducado de Austria. Es decir, comprendiendo todo el territorio situado al norte del estuario del Plata. A partir de la toma de posesión del gobernador Antonio Pedro de Vasconcelos, el 14 de Marzo de 1722, la tendencia expansionista lusitana tomó un nuevo impulso llevándose a cabo la fundación de algunos presidios militares en la margen septentrional del estuario del Plata, el más importante de los cuales fue Montevideo, creado en 1723, que casi inmediatamente después fue capturado por los españoles. Después de las habituales evasivas portuguesas y de su propuesta de remitir el asunto a una nueva conferencia entre Madrid y Lisboa, en Octubre de 1735 las fuerzas de Buenos Aires establecieron el cerco formal a la plaza, según era habitual con el auxilio

de las milicias guaraníes mandadas por el padre jesuita Tomás Verli. Con independencia de algunos encuentros y escaramuzas, no se produjeron acciones bélicas importantes hasta el 9 de Noviembre. Sin embargo, resulta interesante recordar el bando que dictó el gobernador portugués ofreciendo cincuenta pesos de plata a todo español que quisiese pasar a su campo, cantidad a la que añadía un sueldo de cuatro reales por día, así como cien pesos una vez terminada la campaña. Quedaban excluidos de esta oferta “*os escravos a fuga do dominio do seus senhores, por ser isso contra a moral cristã que jamais na guerra entre catholicos se atropelha*”. El primer asalto fracasó y la llegada de nuevos refuerzos portugueses impidió por el momento el intento de ocupación. La situación continuó estacionaria durante los meses siguientes. La plaza continuaba asediada, pero las fuerzas sitiadoras habían demostrado su incapacidad para tomarla por asalto. Las relaciones hispano-portuguesas se enconaban cada vez más, puesto que el conocido incidente diplomático acaecido en Madrid en 1735, estuvo a punto de dar lugar a una guerra abierta entre ambas potencias. La intervención de países extranjeros llevó a la firma de un armisticio en París el 16 de Mayo de 1737, que implicaba el mantenimiento del *statu quo* de la colonia do Sacramento. A principios de Septiembre de 1737, llegó a la Colonia una nave de guerra portuguesa, llevando la noticia del Convenio de París antes citado. Este Convenio ordenaba la constitución de un tribunal o conferencia para resolver las diferencias existentes entre los gobiernos de Lisboa y de Madrid, y en lo que respecta al conflicto localizado en el Río de la Plata, ordenaba “*cesasen logo as hostilidades na America ficando tudo no estado em que se achase ao llegarem as ordens*”. Recibida la comunicación del armisticio, el gobernador Salcedo envió un emisario a Buenos Aires para dar traslado de la noticia. Inmediatamente se acordó la sus-

pensión de las operaciones militares. No se puede decir que quedase firmemente establecida una situación incontrovertible, por cuanto que la interpretación que se dio al armisticio por parte castellana, era la de que no implicaba la renuncia a conservar las posiciones militares en el estado en que se encontrasen, de manera que la colonia do Sacramento debía mantener la condición de plaza sitiada. Esta postura era contestada por el gobierno local portugués que entendía, lógicamente para su mayor beneficio, que el fracaso de los asaltos contra la Colonia implicaba el levantamiento del sitio y que dicha pretendida situación de plaza no sitiada debía mantenerse en virtud del repetido armisticio o convenio preliminar. Este bloqueo se mantuvo hasta que en 1746, ya iniciadas las negociaciones para el Tratado de Madrid, el rey Fernando VI a instancias de la entonces reina de España, doña Bárbara de Bragança, ordenó el levantamiento del bloqueo y la retirada a Buenos Aires de la escuadra española. ■

#### NOTAS

- 1) A.H. Oliveira Marques. *Hª de Portugal*. Pág. 352.
- 2) J.M. Pérez Prendes. *La Monarquía indiana y el Estado de Derecho*. Págs. 278 y 302.
- 3) Frederic Mauro. *O imperio Luso-Brasileiro. 1620-1750. Lisboa*. Pág. 134 y ss.
- 4) Frederic Mauro. *Op. Cit.* Pág. 307.
- 5) Alberto Armani. *Ciudad del Sol*. Pág. 63 y 67.
- 6) Frederic Mauro. *Op. Cit.* Pág. 50.
- 7) A. G. Simancas Sección Estado. Legajo 4521.
- 8) Rocha Pombo. *Historia do Brasil*. W. Jackson Inc. Editores. Río de Janeiro 1947. Vol. II. Págs. 304 y 328.
- 9) Veríssimo Serrao. *Hª de Portugal Vol. V*. Pág. 304.
- 10) Pedro Calmón. *Historia do Brasil. Vol. III*. Págs. 792-793.
- 11) Rocha Pombo. *Op. Cit. Vol. II*. Pág. 334.

# Curiosidades

Lucía Pedreño | Abogado del Estado

Resulta extraordinariamente curiosa la historia de D. Antonio Cancela Sánchez, nacido en Carballo (Costa da Morte) allá por 1961, licenciado en Derecho, y que por extrañas circunstancias se ha convertido en uno de los coleccionistas más importantes de la *Guía Michelin*, y experto en las mismas. Según cuenta él mismo, comenzó la colección de guías Michelin en el año 1980, al viajar con su familia, cuando se decidió a comprar su primera guía de España, y le gustó tanto la calificación que hacía de restaurantes y hoteles que al salir al extranjero compraba la guía de cada país que visitaba. Y lo que empezó siendo una afición le acabó llevando a visitar ferias de antigüedades y librerías de ocasión, buscando ejemplares antiguos. Y de esta manera, en el año 2012, completó toda la colección de guías Michelin, desde el inicio de su publicación. Para que nos podamos hacer una idea de lo que supone esto: la colección la componen más de 940 guías de 40 países, desde el año 1900 hasta el año 2021.

Como anécdotas más curiosas todavía, el dueño de la colección cuenta que su guía favorita es la primera guía Michelin de España, del año 1910, de la que solo hay 13 ejemplares localizados en el mundo. Él tiene tres, y otro está en poder del Rey Felipe VI, a quien se lo regalaron con motivo de su visita a la fábrica de Michelin en Valladolid en el año 1998.

Quizás sea todavía más curioso conocer que la reproducción de la guía Michelin de Francia de 1939 se realizó en EE.UU. en 1944, reproducción que fue utilizada durante el desembarco de Normandía, aprovechando los magníficos mapas de la zona a invadir. Quién le iba a decir a Andrés Michelin que su guía ayudaría a liberar a Francia de los nazis.

La *Guía Michelin* ha durado más de lo que predijo su fundador, André Michelin, quien en el prólogo de la primera guía, la de Francia de 1900, decía que “esta obra nace con el siglo y durará tanto como él”. Son ya más de 120 años de historia de un éxito que se basa, de forma esencial, en el trabajo serio, riguroso, profesional e independiente de sus inspectores. ■

120 años de historia de un éxito basado en el trabajo serio, riguroso, profesional e independiente de sus inspectores



# El último veto en el cónclave papal

Antonio Martínez Lafuente | Abogado del Estado. Doctor en Derecho

I

La Cristiandad conoce el significado del Cónclave para la elección de un nuevo Papa<sup>1</sup>; como todas las cuestiones relacionadas con la Iglesia Católica, el Cónclave es producto de una evolución a lo largo del tiempo, estando en la actualidad regulado por la Constitución *Universi Dominici Gregis* del Papa San Juan Pablo II del año 1996.

Como es bien conocido, los electores son los Cardenales presentes en la Capilla Sixtina, de menos de ochenta años, y el elegido puede ser cualquier católico, si bien suele ser uno de los citados, siempre que alcance la mayoría de los dos tercios de los votos.

La elección se lleva a cabo escribiendo en la papeleta confeccionada al efecto el nombre del elegido, depositándola<sup>2</sup> en una urna, tras lo cual se produce el recuento de los votos, repitiéndose la votación tantas veces como sea necesaria hasta obtener la mayoría exigida y sea elegido un nuevo Papa, que previamente debe de aceptar y mencionar el nombre con el que figurar, en los listados de Sumos Pontífices y Obispos de Roma.

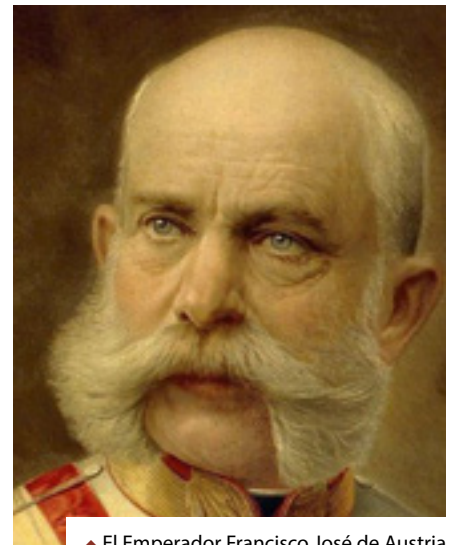
Las papeletas de voto y documentos anejos, como son las notas de los escri-

tuos, se queman en una estufa, dando ello lugar a uno de los acontecimientos más conocidos en el mundo, ya aparece en el exterior humo negro o blanco; de este modo los Cardenales comunican a todos el resultado obtenido en la votación *Habemus Papam*, habiendo adquirido carta de naturaleza la expresión “fumata blanca” como equivalente a que el resultado ha sido positivo<sup>3</sup>.

Lo expuesto hasta aquí, en gran síntesis, es conocido por todos y sólo ha quedado expuesto para dar entrada al contenido central de la presente nota.

II

El que la elección papal se produce mediante la votación libre y ausente de interferencias del Colegio Cardenalicio, no debía de ofrecer duda alguna, sin embargo se produjeron determinadas actuaciones en contra de lo expuesto, algunas tan importantes como el Gran Cisma de Occidente, llegando a tener la Cristiandad dos o incluso tres Papas elegidos en Aviñón, Roma y Pisa; situación que se produjo entre 1378 y 1418, y que concluyó cuando Clemente VIII<sup>4</sup>, que había sucedido al “Papa Luna” Benedicto XIII, abdicó en la Iglesia de San Mateo, sede del Maestrazgo de Montesa en el norte de la actual provincia de Castellón.



▲ El Emperador Francisco José de Austria



▲ El Cardenal Merry del Val y Zulueta

Pero de ello no vamos a ocuparnos sino del veto a la elección del nuevo Papa, conocido como *ius exclusivae*, que se atribuían con carácter consuetudinario los Reyes de Francia, España<sup>5</sup> y el Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico y, por sucesión, el Emperador de Austria y Rey de Hungría.

Y como se indica en la portada de la presente nota, nos vamos a ocupar del “último veto” el cual tuvo lugar en el Cónclave del año 1903<sup>6</sup>.

### III

El citado Cónclave se convocó al haber fallecido el Papa León XIII, que había ejercido su largo Pontificado entre 1878 y 1903, siendo especialmente conocido por su Encíclica *Rerum Novarum*, así como por haber hecho Cardenal a Newman<sup>7</sup>.

Una decisión importante fue la del nombramiento de Secretario del Cónclave, habiéndose previsto tres ilustres nombres, a saber: Monseñor Gasparini, Secretario de la Congregación de Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios, Monseñor Della Chiesa<sup>8</sup> sustituto de la Secretaría de Estado y Monseñor Merry del Val, Presidente de la Academia de Nobles Eclesiásticos<sup>9</sup>, que fue el designado y que tuvo como luego se verá un des-

tacado protagonismo en la decisión de aceptar el nombramiento de Papa por el Cónclave elegido.

En las primeras votaciones para la elección del sucesor de León XIII pronto se destacaron los Cardenales Rampolla, Gotti y Sarto, especialmente el primero de más que brillante trayectoria, pues había sido Secretario de Estado con el mencionado Papa y había dado impulso decisivo a la diplomacia vaticana<sup>10</sup> llevándose a cabo un especial acercamiento a la Iglesia francesa, tan necesitada de apoyo en aquellos momentos y ello fue lo que desencadenó lo que a continuación se relata, pues su probable elección no fue del agrado de los Cardenales austro-húngaros, a lo que se adhirieron los alemanes y parece ser que también los españoles, entre los que se encontraba el sacerdote capuchino y Cardenal D. José Vives y Tutó, muy acreditado en la Curia Romana.

### IV

El citado Cónclave comenzó el 31 de julio y concluyó 4 de agosto siguiente, participando 62 Cardenales y habiendo recibido el Cardenal Rampolla en la primera votación 29 votos, lejos aún de los porcentajes exigibles para ser elegido como Papa.



▲ El Cardenal Rampolla del Tindaro

Pues bien, el 2 de agosto, y antes de la votación vespertina, el Arzobispo de Cracovia, Cardenal Jan Puzyna de Kozielsko, en nombre del Emperador Francisco José de Austria, se levantó y leyó en latín una declaración en la que invocando un antiguo y consuetudinario privilegio que como tal le correspondía, pronunció el veto *ius exclusivae* contra el Cardenal Rampolla del Tindaro<sup>11</sup>.

El resto del Colegio cardenalicio no se lo esperaba, por lo que de nuevo se leyó la declaración de exclusión a la que siguió una tercera lectura, esta vez a cargo del Cardenal Cavagnis. El Decano y Presidente del Cónclave, Cardenal Oreglia di Santo Stéfano, con la mayor rotundidad afirmó que dicha comunicación: “No podía ser escuchada por el Cónclave, ni a título oficial ni a título oficioso, y no sería tenida en cuenta”.

Es posible que sin el mencionado veto el Cardenal Rampolla no hubiera salido elegido sucesor en la Cátedra de San Pedro; pero lo cierto es que las cosas sucedieron así, dando tiempo al mencionado a expresar ante el resto de los Cardenales: “Deploro con toda mi alma la grave ofensa que un poder secular ha infligido a la dignidad y libertad del Sacro Colegio, aunque en lo que a mí se refiere, nada más grato y honroso podía haberme sucedido”<sup>12</sup>.

## V

A resultas de todo ello fue elegido Papa el Cardenal Giuseppe Sarto, al obtener 50 votos, que tomó el nombre de Pío X<sup>13</sup>, siendo más tarde declarado Santo de la Iglesia<sup>14</sup>. Pero según consta, tardó en aceptar el nombramiento como es preceptivo; tras rogar a sus colegas que no le eligieran, pues alegó carecer del nivel de cualquiera otros<sup>15</sup> y en especial del Cardenal Rampolla, se retiró a orar.

El Colegio Cardenalicio comisionó al Secretario de Estado Monseñor Rafael Merry del Val, el cual fue en busca de Sarto para preguntarle si mantenía su voluntad públicamente expuesta de ser descartado y si fuera así si podían buscar otro candidato.

La visita fue fructífera pues:

*“Sería cerca del mediodía cuando entré en la silenciosa y oscura capilla [...] Vi un Cardenal arrodillado en el suelo de mármol [...] en oración ante el tabernáculo [...] Era el Cardenal Sarto. Me arrodillé a su lado, y en voz baja le confíé el mensaje recibido.*

*Su Eminencia levantó la cabeza, volviéndose a mí lentamente, mientras escuchaba. Las lágrimas se desprendían de sus ojos [...] ‘sí, sí, Monsignore –contestó amablemente– diga al cardinale che mi faccia questa carita’ (sí, sí, Monseñor, diga al cardenal que me haga esta caridad).*

*Las únicas palabras que tuve fuerzas para proferir, contestándole [...] fueron: Eminenza, si faccia coraggio, il Signore l’aiuterá. (Eminencia, tenga valor, el Señor le ayudará) [...] Nunca olvidaré la impresión que me produjo este primer encuentro, a la vista de una angustia tan intensa [...] Era la primera vez que me ponía en contacto con Su Eminencia y presentía haberme hallado en presencia de un santo [...] Pocas horas después [...] el Cardenal Sarto, ante los apremiantes e insistentes requerimientos*

*que le hicieron varios miembros del Sacro Colegio, decidió desistir de su negativa y, celebrada la sesión de la tarde, era ya manifiesto que habría de ser elegido a la mañana siguiente por una amplia mayoría”.*

## VI

El Cardenal Merry del Val, fue nombrado Secretario de Estado por el Papa Pío X, que por medio de la Constitución *Commisum Nobis* de enero de 1904, prohibió para el futuro el *ius exclusivae*. A partir de ese momento los Cardenales, antes del inicio de la votación para la elección de Papa, deben prestar el siguiente juramento y lo hacen a modo colectivo: “No aceptaremos nunca bajo ningún pretexto, por parte de ningún poder civil, sea cual fuere, el despecho de proponer veto de exclusión, incluso bajo la forma de un mero deseo y no dejaremos posibilidad a la intervención o intercesión, ni con cualquier otro método, por el cual poderes laicos de ningún grado u orden, intervinieren en la elección del Pontífice”.

Y hasta aquí esta breve nota en la que se refleja un acontecimiento producido en el Cónclave Papal del año 1903 y que por lo expuesto no ha sido repetido en ningún Cónclave posterior. ■



▲ El Papa San Pio X

## NOTAS

**1)** Ello ocurre al producirse *Sede Vacante* por fallecimiento, pero también y en caso excepcional por renuncia, como fue la del Papa Benedicto XVI en el año 2013; el Cónclave celebrado el 13 de mayo siguiente eligió Papa al Arzobispo de Buenos Aires, Cardenal Bergoglio, con el nombre de Francisco. Con motivo de un posterior aniversario se hizo eco de ello el Profesor y Teólogo González de Cardedal, en la *Tercera de ABC* del día 18 de marzo de 2018, con el título *A los cinco años*. Cito, por curiosidad, lo expuesto por quien fue Embajador del Reino de España, en la Santa Sede, D. Francisco Vázquez, entre 2006 y 2011, que escribió: *“Llevado de su odio al Pontífice, Hitler encomendó al general de las SS, Karl Otto Wolf, un plan para secuestrar al Papa y llevarlo como rehén a Alemania, orden que Wolf consiguió eludir, pero de la que se tuvo conocimiento en el Vaticano. Aconsejado por su íntimo colaborador, el entonces monseñor Montini, futuro Pablo VI, Pío XII redactó una carta de abdicación y dejó indicado que si era secuestrado el Cónclave para la elección de nuevo Papa se celebrase en Lisboa, aprovechando la neutralidad de Portugal y su condición de país católico”*. En *La verdad de Pío XII*, en la *Tercera de ABC* del día 9 de abril de 2020.

**2)** En el momento de depositar la papeleta con el voto, el Cardenal debe de pronunciar en voz alta el juramento siguiente: *“Pongo por testigo a Cristo Señor, el cual me juzgará, que doy mi voto a quien en presencia de Dios creo que debe de ser elegido”*.

**3)** El Cónclave sería impensable sin el humo de la chimenea, que hace tiempo podría haber sido sustituido por otro sistema de información más actual del resultado de las votaciones. Sin embargo, la tradición se impone, como ocurre con otros acontecimientos ligados a nuestro entorno, como es el Canto de los Niños de San Ildefonso en el Sorteo de la Lotería de Navidad, o el descenso de la bola del reloj de la Puerta del Sol de Madrid en el tránsito de un año a otro.

**4)** El elegido fue D. Gil Sánchez Muñoz, y en su decisión intervino, como es sabido, el dominico Vicente Ferrer, más tarde Santo; tras su cese fue nombrado Obispo de Mallorca.

**5)** El veto de los reyes de España se ejerció por Felipe V en los Cónclaves de 1730 y 1740, en contra de los Cardenales Imperiali y Corradini, y por Fernando VII, en el Cónclave del año 1831 en contra del Cardenal Giustiniani, que no había demostrado su predisposición favorable a España. en la época de su nunciatura en Madrid.

**6)** De ello se deja constancia en las monografías aparecidas sobre los Papas de la época. Sin ánimo exhaustivo cito: *Corona de Gloria, vida del Papa Pío XII*, de Alden Hatch y Seamus Walshe, versión en lengua española de Ximénez de Sandoval, Editorial Espasa Calpe (1958); y *Benedicto XV, un pontificado marcado por la Gran Guerra*, de Zaldívar Miquelarena, Edición Universidad de Navarra (2015).

**7)** Véase: *Cardenal Newman*, de González de Cardedal, *Tercera de ABC* del día 13 de octubre de 2019.

**8)** Fue el futuro Papa Benedicto XV, véase: *Benoit XV, le Pape de la Paix*, Yves Chiron (2014).

**9)** El Cardenal Rafael Merry del Val y Zulueta era español, aunque había nacido en Londres, donde su padre, diplomático de carrera, tenía como destino la Embajada de España en el Reino Unido. Véase: *Rafael Merry del Val*, de González Chaves (2004).

**10)** Previamente Monseñor Mariano Rampolla del Tindaro, había sido nombrado Nuncio en Madrid, donde ejerció su cargo entre los años 1875 y 1877; junto a Viena era el destino diplomático más elevado y para ello aquel quiso contar como Secretario con el futuro Benedicto XV, Giacomo della Chiesa.

**11)** Siguiendo a Zaldívar Miquelarena, en su ya mencionada biografía sobre el Papa Benedicto XV: *“Pero no era Viena la única capital dispuesta a vetar en 1903. Ante la inminencia del Cónclave, el Ministro español de Estado, Conde de San Bernardo, enviaba al Embajador de España cerca de la Santa Sede instrucciones con fecha de 21 de julio de 1903, comunicándole que el Rey había dispuesto que, en el caso de que ‘por las noticias de lo que pasa en el Cónclave forme fundado concepto de que puede recaer la elección’ en un Cardenal no conveniente para España (no se daban nombres*

*por el momento, dejándose un espacio en blanco para rellenar en último momento) ‘prevenga inmediatamente de orden expresa al Cardenal que entonces se halle encargado [...] de los intereses de España, le dé en Su Real nombre la exclusión absoluta [...]’ aunque cuida de recalcar que ‘[...] encargará V.E. particularmente a dicho Cardenal que no use de esta facultad que el Rey le concede salvo en el caso urgentísimo de creer segura la elección si no se le pone este remedio’. Conviene sin embargo observar que esta orden está expedida al día siguiente de la muerte de León XIII, y que en el texto –como hemos visto—se deja un espacio en blanco para escribir, llegado el caso, el nombre del Cardenal vetado. Ello hace suponer que Madrid no tenía todavía formado un juicio completo sobre las distintas tendencias dentro del Sacro Colegio, y que muy posiblemente no contemplaba el veto sino en el caso remoto de que un candidato pudiera ser altamente perjudicial a los intereses de España”*.

**12)** Toda su respuesta fue en latín y terminó aludiendo a *“nihil iucundius, nihil honorabilius”*, véase: *Mémoires II* del Príncipe de Bülow (1930).

**13)** El Cardenal Sarto respondió a la pregunta ritual: *“Quoniam Calix non potest transire, fiat voluntas Dei”* (Puesto que el cáliz no pudo pasar, hágase la voluntad de Dios). Lleno de confianza en la protección divina y en los Santos Apóstoles Pedro y Pablo, y de los Santos Pontífices que se han llamado con el nombre de Pío, sobre todo los que son extremadamente combatientes contra las sectas y los errores del siglo pasado, asumió el nombre de Pío X.

**14)** Beatificado en 1951 y Santificado en 1954 por el Papa Pío XII.

**15)** De las monografías de González Chaves y Zaldívar Miquelarena ya citadas. Según el Cardenal norteamericano James Gibbons: *‘Tras cada escrutinio en el que veía que aumentaban los votos a su favor, el Cardenal Sarto tomó la palabra para suplicar al Sacro Colegio que abandonara la idea de elegirle; todas las veces le temblaba la voz, se le encendía la cara y se le saltaban las lágrimas, trataba de documentar cada vez más detalladamente los títulos que parecían faltarle para el papado; y en cambio fueron estos discursos, tan llenos de humildad y sabiduría lo que hicieron cada vez más ineficaces sus súplicas’*.

# Reflexiones y aforismos

## Reflexiones y aforismos sobre la vida, que no necesitan de explicación

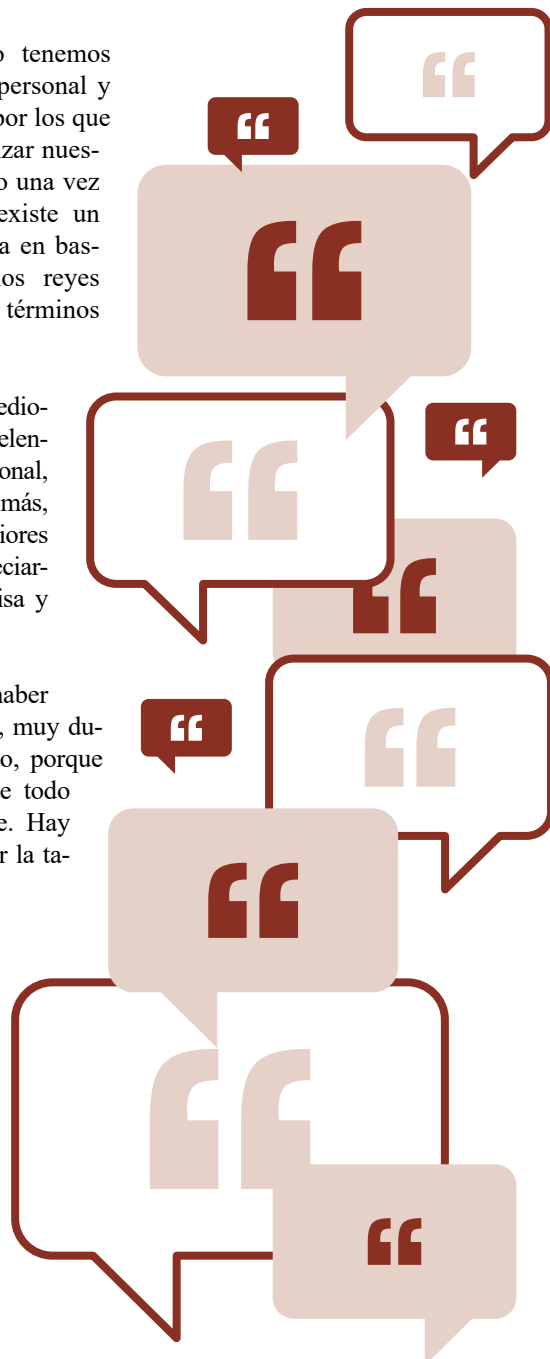
Rafael De Aldama Caso | Abogado del Estado

Los Abogados del Estado tenemos asumido que el esfuerzo personal y la excelencia son valores por los que vale la pena luchar para alcanzar nuestros objetivos personales. Pero una vez alcanzados estos objetivos, existe un peligro real, que se manifiesta en bastantes ocasiones: creerse “los reyes del mambo”, dicho sea en términos castizos.

Vivir una vida no vulgar, ni mediocre, no legitima para que la excelencia personal, al menos profesional, que la sociedad nos concede sin más, no legitima para creernos superiores a los demás mortales y no apreciarlos, cuando no despreciarlos lisa y llanamente.

No hay que pensar que por haber sacado unas oposiciones, muy, muy duras, estemos de vuelta de todo, porque los que se creen de vuelta de todo nunca fueron a ninguna parte. Hay que vivir mucho para culminar la tarea de ser persona.

Hay que aprender a vivir para ser más y no para tener más. Y por ello, las reflexiones que se siguen a continuación, entiendo que pueden ayudar a conseguir ese loable objetivo: aprender a vivir, con lógica, sin miedos innecesarios, buscando un desarrollo personal equilibrado, sabiendo ganar, sabiendo perder, y sabiendo y aceptando envejecer. ■



- » La toma de decisiones, basada en la intuición emocional, sin la ayuda de la razón para mantenerla a raya, generalmente es un asco.
- » Nuestros problemas son repetitivos e inevitables. La persona con la que te unes en matrimonio es la persona con la que peleas. La casa que compras es la casa que reparas. El trabajo perfecto es el trabajo que te estresa. Todo ello conlleva un sacrificio puesto que lo que nos hace sentir bien, inevitablemente nos hace sentir mal.
- » Quieres la recompensa, pero no el esfuerzo. Quieres el resultado, pero no el proceso. Estas enamorado, pero no con la lucha, sino con la victoria. La vida no funciona así.
- » El placer no es la causa de la felicidad, sino su efecto.
- » El crecimiento es un proceso infinito. Cuando aprendemos algo nuevo, no es que cambiamos de estar equivocados, a estar lo cierto. Más bien, vamos de estar equivocados a estar menos equivocados.
- » Deshaciéndonos poco a poco de nuestras equivocaciones actuales, estaremos menos equivocados mañana.
- » Mucha gente se obsesiona tanto con hacer en su vida todo correctamente, que acaba por no vivirla.
- » La certidumbre es el enemigo del crecimiento. En lugar de buscar la certeza, deberíamos estar en búsqueda constante de la duda. Estar equivocado abre la posibilidad de cambiar.
- » Mientras más trates de tener certeza sobre algo, más dudoso e inseguro te sentirás.
- » Si no estamos dispuestos a fracasar, entonces no estamos dispuestos a lograr el éxito.



- » *Si tu parámetro para el valor es comprar una casa y un coche caro, y dedicas 20 años a trabajar de día y de noche para lograrlo, una vez que lo consigues el criterio con el que lo mediste, ya no tiene nada más que ofrecerte.*
- » *Si sigues persiguiendo bienestares efímeros para tapar la tristeza y el dolor; si continúas complaciéndote en sentirte con derecho a todo y en pensamiento positivo y real; si continúas atiborrándote de sustancias o actividades, entonces nunca generarás la motivación requerida para cambiar de verdad.*
- » *Como con la mayoría de los excesos en la vida, tienes que ahogarte en ellos para darte cuenta de que no te hacen feliz.*
- » *El amor romántico es como la cocaína. Tan similar que produce una sensación de bienestar efímero y hace que te sientas bien un rato, pero crea tantos problemas como los que resuelve, como la cocaína.*
- » *Más no es siempre lo mejor. De hecho, lo cierto es lo contrario: somos más felices con menos.*
- » *Si luchas, puedes perder; pero si no luchas, estás perdido.*
- » *Una vida no vivida, es una enfermedad de la que puedes morir.*
- » *Debes ser valiente y nunca imprudente.*
- » *Puedes ser bueno, si sabes ser sensato, sin ser ni moralista, ni pedante.*
- » *Si piensas que eres joven, seguramente lo serás.*
- » *Hay que soñar con cosas, pero no alcanzarlas a cualquier precio.*
- » *Hay que acordarse de olvidar.*
- » *Hay tres clases de personas; las que van dormidas por la vida y no se enteran de nada de lo que pasa en realidad; las que sí se dan cuenta de lo que ocurre; y las que hacen que las cosas ocurran.*
- » *La vida se vuelve aburrida y monótona cuando optamos por no arriesgar nada.*
- » *El miedo a fallar y el miedo a que el esfuerzo no sea suficiente, nos atenaza y bloquea.*
- » *Los que no arriesgan no cometen errores, pero no arriesgar siempre pasa factura.*
- » *Arriesgar no es apostar.*
- » *A pesar de que la esclavitud fue abolida hace tiempo, hoy en día ha aparecido una forma mucho más sutil de esclavitud: la falta de confianza en nosotros mismos.*
- » *Quien consigue algo, lo consigue porque actúa, para bien o para mal, pero actúa. En lugar de lamentarte por la injusticia, actúa. La vida no entiende de intenciones, sólo de acciones. Si actúas lo consigues; si no actúas, no. El peligro es quedarse quieto.*
- » *Siempre se falla el 100% de los tiros que no se intentan.*
- » *El miedo es el freno más efectivo para la acción.*
- » *El coronavirus, con serlo, no es lo más importante; lo más importante es acumular miedo que nos impida vivir para impedir morir.*
- » *Merecer ganar siempre depende de nosotros, ganar no.*
- » *Para tener más, primero debemos dar y ser más.*
- » *Con entusiasmo todo es posible, sin entusiasmo no hay nada posible.*
- » *La regla de oro para tratar al prójimo es tratar a los demás como te gustaría que se trataran a ti. La regla de platino es tratar a los demás como ellos quieren ser tratados.*
- » *Cuando me dice que soy demasiado viejo para hacer una cosa, procuro hacerla enseguida.*
- » *El arte de envejecer es el arte de conservar alguna esperanza.*
- » *El secreto de una buena vejez no es otra cosa que un pacto honrado con la soledad.*
- » *Todos deseamos llegar a viejos, y todos negamos que hemos llegado.*
- » *Si quieres ser viejo mucho tiempo, hazte viejo pronto.*
- » *La vejez comienza cuando el recuerdo es más fuerte que la esperanza.*
- » *Las arrugas del espíritu nos hacen más viejos que las de la cara.*
- » *Cuando uno se hace viejo, gusta más releer que leer.*
- » *El viejo no puede hacer lo que hace un joven; pero lo que hace es mejor.*
- » *Se necesitan dos años para aprender a hablar y sesenta para aprender a callar.*
- » *Un hombre no es viejo hasta que comienza a quejarse en vez de soñar.*
- » *Viejo es quien considera que su tarea está cumplida. El que se levanta sin metas y se acuesta sin esperanzas.*
- » *Los que en realidad aman la vida son aquellos que están envejeciendo.*
- » *Envejecer es como escalar una gran montaña; mientras se sube las fuerzas disminuyen, pero la mirada es más libre y la vista más amplia y serena.*
- » *Envejecer es todavía el único medio que se ha encontrado para vivir mucho tiempo.*
- » *Nada nos hace envejecer con mayor rapidez que el pensar incesantemente en que nos hacemos viejos.*

## EL CINE QUE ME GUSTA VER (V) LO QUE EL VIENTO SE LLEVÓ

Ignacio del Cuervo Contreras | Abogado del Estado

**H**ubo una tierra de caballeros y de campos de algodón llamada el Viejo Sur. En este hermoso mundo, la galantería hizo su última reverencia. Aquí se vieron los últimos rastros de los caballeros y sus damas, de los amos y los esclavos. Buscadlo en los libros porque ya no es más que un sueño recordado, una civilización que se ha ido con el viento...". Con este texto en pantalla comienza la película titulada en español *Lo que el viento se llevó* (*Gone with the Wind*). Esa civilización de caballeros galantes y bellas damas, esa especie de corte del Rey Arturo, se la llevó el viento de la guerra entre los Estados del Norte y los del Sur, combatiendo en contra y a favor de la esclavitud de los hombres de raza negra y en defensa de sus respectivos modos de vida, de sus sistemas económicos, de sus culturas y de sus ideas políticas.

*Lo que el viento se llevó* es una de las más grandes películas hechas por la industria del cine. Estrenada hace más de 80 años, es la más popular de todos los tiempos. El guión de Sidney Howard está basado en la novela de 1.037 páginas, escrita por Margaret Mitchell (n. Atlanta 1900) y publicada en 1936. El productor David O' Selznick compró los derechos por 50.000 dólares, cantidad muy elevada para la época. Por eso, algunos la llamaron "la locura de Selznick". Cuando se estrenó, se habían vendido más de millón y medio de ejemplares de la novela. Hoy más de 30 millones. Se pasó por televisión en dos partes en 1976 y fue restaurada en 1998. En total, ha sido repuesta ocho veces y es la película de video más vendida.

El vestuario, los decorados, las canciones de Stephen Foster y los aires marciales contribuyen a ensalzar la autenticidad del relato. El estreno, el 15 de diciembre de 1939, a pocos meses del

comienzo de la Segunda Guerra Mundial en Europa ayudó al público americano a identificarse con una historia de guerra y de supervivencia. Fue la película más larga (3 horas 40 minutos) y más cara de Hollywood. La música de Max Steiner y la exquisita fotografía en color la convirtió en un enorme éxito de taquilla. Los gastos de producción de 4 millones de dólares dieron lugar a unos ingresos domésticos de 200 y de 402 en el exterior. Ahora ascienden a 1.890 millones. Por su contenido era un desafío a la sociedad de la época: inmoralidades, borracheras, una violación, adulterios. Y por añadidura, suponía y supone una presentación neutra de la esclavitud y una visión nostálgica del Sur anterior a la Guerra.

Cuatro personajes principales se relacionan entre sí antes, durante y después de la guerra provocada en los Estados Unidos de América por la secesión de los Estados del Sur: Escarlata O'Hara, Melania Hamilton, Ashley Wilkes y Rhett Butler. La guerra influye en la vida de estos personajes de forma decisiva, cambiando sustancialmente el entorno en que se movían y, como consecuencia, su manera de ser y el destino de sus vidas. Por eso podríamos decir que la guerra es por sí sola un personaje. Entre todos, destaca Escarlata O'Hara. Escarlata no es la típica heroína de buen corazón y amada por todos; muy al contrario, es vanidosa, caprichosa y manipuladora. Es muy consciente de sus encantos y le gusta coquetear con los hombres. Si algo le caracteriza es el empeño y perseverancia que pone para conseguir lo que quiere. Esta capacidad de lucha le ayudará a sobrevivir en tiempos de guerra pero también le acarrearán muchos problemas en la sociedad tradicional del Sur, que no veía con buenos ojos a una mujer tan desenvuelta e independiente. Escarlata está encaprichada (el capricho dura toda la película) por Ashley Wilkes, ca-

balleroso y débil, hijo de otro plantador, que se casa con su dulce prima Melania ante el asombro y rechazo de Escarlata. El cuarto personaje es Rhett Butler, un hombre cínico, guapo, rico, descarado y mujeriego, que se siente fuertemente atraído, y hasta llega a enamorarse, por la bella sureña, nada insensible al atractivo de Rhett, pero que, por su obcecación con Ashley, desarrolla para con él una extraña relación de amor/odio. Para el papel de Escarlata fueron entrevistadas 1.400 actrices y 400 hicieron audiciones. Fueron probadas o tenidas en cuenta actrices bien conocidas como Katharine Hepburn, Susan Hayward, Loretta Young, Carole Lombard, Paulette Goddard, Barbara Stanwyck, Joan Crawford y Lana Turner. Al final se contrató a la británica Vivien Leigh, que había intervenido hasta entonces en 9 películas nada destacables. Su marido, Laurence Olivier, estaba rodando en Hollywood *Cumbres Borrascosas*. Vivian acababa de leer la novela de Margaret Mitchell y creyó que el papel de Escarlata le vendría como anillo al dedo. Olivier organizó una cena con un hermano de O'Selznick y el papel quedó adjudicado. El favoritismo que pudo advertirse en los inicios se desvaneció ante la genial interpretación de Vivian, que le valió un Oscar. Desde ahí hasta su prematura muerte solo hizo 8 películas más, entre ellas *Un tranvía llamado Deseo*, basada en la obra teatral de Tennessee Williams. El papel de Blanche DuBois le valió su segundo Oscar. Dos premios de la Academia en 18 películas. Toda una hazaña.

El papel de Rhett Butler estaba adjudicado a Clark Gable, aunque se pensó también en Errol Flynn, Ronald Colman y Gary Cooper. Hoy parece imposible disociarlo de la imagen de Gable. Este actor era ya un triunfador: 40 películas, muchas con las mejores actrices del momento, un Oscar por *Sucedió una noche*



1940 aún era profunda la discriminación racial en los EE.UU. Olivia tuvo una larga carrera desde los 23 años que tenía cuando fue Melania hasta los 63 con que se retiró a vivir a París. Logró dos Oscars por *La vida íntima de Julia Norris* y *La heredera*, dirigida por William Wyler. Su vida se alargó hasta los 104 años. Fue la última gran estrella de Hollywood en apagarse.

La película recibió muchísimos elogios y trece propuestas y ocho premios de la Academia: mejor película, mejor director (Victor Fleming), mejor actriz (Vivien Leigh), mejor guión a título póstumo (Sidney Howard), mejor fotografía en color, mejor decoración, mejor montaje y mejor actriz secundaria (Hattie McDaniel). El premio de la película fue muy meritorio pues en 1939 se produjeron filmes tan grandes como *Ninotchka*, *El Mago de Oz*, *Cumbres borrascosas*, *Caballero sin espada*, *Adiós Mr. Chips* y *La Diligencia*.

*Lo que el viento se llevó* se divide en dos partes. La primera cubre doce años de la vida de Escarlata, desde el comienzo de la guerra civil hasta el periodo de reconstrucción económica. En esta parte se vive, desde la retaguardia, el desarrollo de la guerra con un espíritu heroico que se va apagando a medida que se impone el ejército del Norte. La segunda parte afronta las consecuencias de la guerra y desemboca en un auténtico melodrama lleno de sucesos lamentables.

(1934), dirigida por Frank Capra, y una propuesta (*nomination*) por su interpretación del amotinado Fletcher Christian en *La tragedia de la Bounty* (1935).

Leslie Howard y Olivia de Havilland consiguieron los papeles de Ashley y Melania Wilkes, un matrimonio muy sureño y muy estable, pese a las asechanzas de Escarlata, gracias a la suma bondad de Melania y a los sólidos principios de Ashley. Leslie Howard fue un actor que desarrolló su corta carrera –solo 24 películas– en los años 30. Después de *Lo que el viento se llevó*, en la que dio vida con acierto a su débil personaje, solo hizo tres filmes, buenos, pero que no dejaron gran recuerdo. El papel lo obtuvo por sus tres éxitos en *La Pimpinela escarlata*, *El bosque petrificado* (con Bo-

gart) y, sobre todo, *Pygmalion*, sobre la obra de Bernard Shaw y guión adaptado por el mismo escritor.

Olivia de Havilland, encarnando a Melania, es punto y aparte. En cierto modo se repite a sí misma, una mujer simpática y agradable, en las nueve películas que había hecho con la Warner Brothers junto a Errol Flynn. Su magnífica interpretación de una mujer, en apariencia de poco carácter, pero firme en sus convicciones y de conducta íntegra, totalmente opuesta a la de Escarlata, le valió una propuesta para el Oscar, que le fue concedido a su compañera de reparto Hatty Mc Daniel por su papel de Mami, la esclava fiel de los O'Hara y educadora de la Escarlata niña. Después de conseguir el premio, no se le permitió asistir a la entrega. En

En la primera parte encontramos de entrada a Escarlata, una chica de 16 años, hermosa, mal criada, de carácter fuerte y voluntad firme. Es la mayor de tres hermanas y vive una vida idílica en una plantación del norte de Georgia, llamada Tara. En el porche de la casa, la joven se queja a sus pretendientes, los gemelos Brent y Stuart Tarleton, de que hablen tanto de guerra. Se alegra al enterarse por ellos de que, al día siguiente, los Wilkes van a dar una barbacoa en su finca de Doce Robles. Casi se desmaya al oír que el hombre a quien ama, Ashley, el hijo mayor de los Wilkes, proyecta casarse con su prima Melania Hamilton de Atlanta. Su padre, Gerald O'Hara (interpretado por Thomas Mitchell, uno de los mejores secundarios de la historia) habla a su hija del proyectado matrimonio de

Ashley. O'Hara desea que su petulante hija no monte un espectáculo corriendo tras un hombre que no la ama. Cree que no sería feliz con él y pinta las características de un futuro compañero: “¿Qué importa con quién te cases con tal de que sea un sureño y piense como tú?”. Le llama la atención sobre la importancia de la tierra:

Gerald: *¿Me quieres decir que Tara, la tierra, no significa nada para ti? La tierra es lo único en el mundo por lo que vale la pena trabajar, luchar y morir porque es lo único que permanece.*

Escarlata: *Padre, hablas como un irlandés.*

G: *Estoy orgulloso de serlo y no olvides, señorita, que eres medio irlandesa y para quien tenga una gota de sangre irlandesa la tierra en que vive es como su madre. Pero todavía eres una niña. Ya te vendrá el amor por la tierra. No podrás evitarlo si eres irlandesa.*

La cámara va hacia atrás y muestra una vista llena de color en una llameante puesta de sol, mientras suena magnífico el Tema de Tara de la banda sonora de Max Steiner.

Mami, la astuta, protectora y tenaz esclava, prepara a Escarlata para la barbacoa de los vecinos. Nunca se ha dejado engañar por sus aires. Insiste en que tome la comida que le había preparado la esclavita Prissy y la riñe por haber escogido un vestido de muselina verde que deja ver demasiada piel: “No puedes enseñar el busto antes de las tres de la tarde”. Mami sermonea a Escarlata sobre Ashley: “Lo que un caballero dice y lo que piensa son dos cosas distintas. Y no he visto al señor Ashley pidiendo que te cases con él”.

Los invitados a Doce Robles, exquisitamente vestidos, pasean por el césped y por dentro de la casa, que tiene una amplísima entrada y una escalera graciosa en doble curva. La cámara sigue a Escarlata a través de la puerta y en la entrada, donde saluda a Ashley. Ambos saludan a Melania, que se muestra encantadora con Escarlata: “Siempre te he admirado. Ojalá pudiera parecerme a ti”. Escarlata saluda a otros dos caballeros, coqueteando sin reparos con el hermano de Melania, Charles Hamilton, presunto



novio de India Wilkes, hermana de Ashley, y luego con Frank Kennedy, novio de Suellen, la hermana de Escarlata. Uno y otro serían sus futuros primer y segundo esposos.

Subiendo por la escalera, pregunta a una de sus amigas quién es el tipo moreno que estaba abajo: “Querida, ¿no lo sabes? Es Rhett Butler, de Charleston. Tiene una reputación terrible”. Rhett, en su entrada en escena, viste un elegante traje negro. Intercambia una mirada desafiante con la Bella, atraído por su hermosura, y ella dice a su amiga: “Me mira como si supiera como soy sin ropa”. La comida es toda una exhibición de las artes de coquetería de Escarlata. Después, vemos una prueba del carácter del Sur. Las mujeres son confinadas para dormir la siesta y los caballeros permanecen en libertad, bebiendo, fumando y hablando de la guerra que se aproxima. Escarlata, siempre en contra de lo establecido, se escabulle del dormitorio buscando una oportunidad de hablar con Ashley.

Hay un acalorado debate entre los caballeros sobre la guerra. Georgia ya se ha escindido y el Fuerte Sumter ha sido bombardeado: “Hemos soportado bastantes insultos de los Yanquis. Es hora de hacerles entender que conservaremos nuestros esclavos con o sin su aprobación. Georgia tiene derecho a separarse de la Unión. El Sur debe mantenerse por la fuerza de las armas. Después de haber batido a esos canallas en Fuerte Sumter, tenemos que luchar. No hay otro camino”.

Los sureños predicen una rápida victoria: “¡Los yanquis no pueden combatir, nosotros sí!”. Ashley trata de enfriar tantas cabezas calientes: “La mayoría de las miserias del mundo han sido causadas por las guerras y cuando se terminan nadie se acuerda de sus causas”. Rhett expresa su disenso: “Caballeros, es difícil ganar una guerra con palabras. Los yanquis están mejor preparados que nosotros. Todo lo que tenemos es algodón, esclavos y arrogancia”.

Es buen momento para hacer una digresión. La guerra civil es en mi opinión, como dije, un personaje de la película, vista solamente desde el punto de vista del Sur y, por ello, su historia es incompleta, aunque eso era lo pretendido por el productor, es decir, pasar al cine el relato unilateral contenido en la novela de la sureña Mitchell y, en ese sentido, acierta plenamente. La guerra se inició como consecuencia inmediata de la secesión de los Estados Unidos declarada por siete Estados: Carolina del Sur, Mississippi, Florida, Alabama, Georgia, Luisiana y Texas. Más adelante se unieron Carolina del Norte, Virginia, Arkansas y Tennessee hasta formar un núcleo de cerca de dos millones de kilómetros cuadrados y nueve millones de habitantes, de ellos tres millones y medio de esclavos. La guerra se veía venir desde que el candidato republicano a la Presidencia, Abraham Lincoln, clamaba contra la esclavitud y pedía que no se extendiera a los Estados occidentales. Otra discrepancia muy importante fue el distinto concepto

que tenían los que se llamaron después el Norte y el Sur sobre las competencias del Gobierno Federal y los Estados. El Sur exigía más autonomía. También hay que ponderar las diferencias nacidas de las economías, agraria la del Sur e industrial la del Norte, sin despreciar las diferencias de los modos de vida, más evolucionado el Norte, de mayor influencia anglosajona, y más aferrado a sus tradiciones el Sur, con alguna conexión hispana. La guerra duró cuatro terribles años, de 1861 a 1865. Después vino el período de reconstrucción del Sur destruido, no acabado hasta un siglo después. Todavía hoy se aprecian rastros considerables del distinto carácter de Sur y Norte.

La abolición de la esclavitud hizo libres a las personas de raza negra, sí, pero solo legalmente. En 1896, el Tribunal Supremo dictó una sentencia que se resume en tres palabras: *separados pero iguales*. Así quedaron definidas las relaciones interraciales durante tres cuartos de siglo. La Constitución –dijeron los jueces– no prohíbe la separación siempre que las razas disfruten de los mismos servicios: escuelas, hospitales, restaurantes, viviendas, transporte... La segregación fue oficial en el Sur pero se aplicó de hecho en todas partes. Los ingresos más elevados de los blancos hicieron que sus servicios fueran de mucha mejor calidad y, de esta forma, los negros fueron ciudadanos de segunda clase. Hasta 1954 no empezó a cambiar la situación. En ese año, el Supremo dictó otra sentencia que anulaba la de 1896 y declaraba que los Estados debían reconocer y practicar la

igualdad de razas en las escuelas. Leyes de 1964, 1965 y 1969 prohibieron toda forma de discriminación racial. Los Presidentes Kennedy y Johnson firmaron Decretos (*Executive Orders*) exigiendo a las empresas que contrataran con el Gobierno federal acciones positivas. Deberían certificar que en su contratación de personal respetaban la ley y daban oportunidad a las minorías. Martin Luther King encabezó el 28 de agosto de 1963 una marcha de 250.000 manifestantes hasta el Monumento a Lincoln en Washington D.F. “*Tengo un sueño –les dijo– que blancos y negros vivan en igualdad, y la igualdad de que hablo es esencialmente política*”. Al mismo tiempo se desarrolló un movimiento semejante, pero violento: el Black Power. Así se consiguió que fueran elegidos alcaldes ciudadanos negros en progresión continua, senadores, representantes y también altos cargos federales, como los Secretarios de Estado Colin Powell y Condoleezza Rice, hasta llegar a la cima con la elección de Barack Obama como Presidente de 2008 a 2016. Los EE.UU. actuales tienen una cara que no habrían imaginado los ciudadanos de 1960. Es cierto que aún hay actos de discriminación, contra los que, a veces, se reacciona de forma violenta. Recordemos las manifestaciones en diversas ciudades de EE.UU. en protesta contra la muerte del afroamericano George Floyd. Por desgracia, la violencia, como el crimen en general, no ha desaparecido ni desaparecerá. Según la frase originaria de Plauto, popularizada por el filósofo inglés Hobbes: “*Homo homini lupus*”.

La película continúa. En la escena de la biblioteca, Escarlata arrinconó a Ashley:

Ashley: *¿No te basta con haber robado hoy los corazones de todos los hombres? Siempre has tenido el mío.*

Escarlata: *No me fastidies. ¿Tengo tu corazón? Yo te amo.*

A: *No debes decir esas cosas, Me odiarás por oírlas.*

E: *Nunca podría odiarte. Y sé que te importo. ¿Verdad?*

A: *Sí, me importas, pero olvidemos lo que hemos dicho. ¿Por qué me haces decir cosas que te hacen daño? Eres joven e inconsciente. No sabes lo que significa el matrimonio. Melania es como yo, es parte de mi sangre y nos comprendemos el uno al otro.*

E: *¡Pero tú me amas!*

Ashley cree que ama a Escarlata pero es cobarde e inseguro en contraste con ella, firme y despiadada: “*¿Cómo podría dejar de quererte, a ti que tienes la pasión por la vida que a mí me falta? Pero esa clase de amor no es suficiente para un matrimonio con éxito entre dos personas tan diferentes como nosotros*”. Ella le acusa de darle falsas ilusiones y lo abofetea: “*¡Te odiaré hasta que me muera! No se me ocurre decirte nada lo bastante malo*”. Ashley sale de la habitación. Escarlata, frustrada, arroja un jarrón contra la chimenea y, sorprendida, ve a Rhett Butler surgir de su escondite detrás del sofá. Muestra una sonrisa divertida y comenta sarcástico: “*¿Ha empezado ya la guerra?*”. Su primera conversación es una muestra típica de lo que va a ser su relación: una relación bien equilibrada, cargada de electricidad y falta de escrúpulos. Rhett promete que mantendrá en secreto lo que ha visto. Escarlata le acusa:

Escarlata: *Señor, no es usted un caballero.*

Rhett: *Y usted no es una señora. No crea que lo usaré en su contra. Las señoras no han tenido nunca el menor encanto para mí.*

A los sonos del *Dixie*, un jinete llega a Doce Robles con noticias de la declaración de guerra entre la Unión y los Estados Confederados (15 de abril de 1861). Los sureños montan en sus caballos para ir a alistarse y prepararse para el conflicto.



Escarlata ve a Melania dar un beso de despedida a Ashley y, llena de rencor, acepta la impulsiva petición de mano de Charles Hamilton, el hermano de Melania, y se lo arrebató a India Wilkes. Charles y Escarlata se casan en el salón de Tara un día después de la boda de Melania y Ashley. Los dos maridos se van a la guerra.

Escarlata enviuda rápidamente. Charles muere de pulmonía por un ataque de sarampión en el campo de instrucción militar. Contra toda norma, Escarlata protesta por tener que llevar ropa de luto. Se lo dice a Mami: *“Soy demasiado joven para ser viuda”*. Se siente impaciente por la falta de vida en Tara y decide ir a Atlanta a vivir con Melania y a ayudar a su tía Pittypat. Mami adivina los motivos reales: *“Savannah sería mejor para usted. En Atlanta se meterá en líos. Usted sabe de qué líos hablo. El señor Ashley Wilkes volverá a Atlanta cuando le den permiso y usted estará esperándolo para caer sobre él como una araña, pero pertenece a la señorita Melania”*.

Se organiza en Atlanta un baile a beneficio del hospital militar. Escarlata aparece vestida de luto, destacando al lado de las jóvenes sureñas vestidas con trajes festivos. Tía Pittypat la critica: *“Una viuda apareciendo en un acto social. Me voy a desmayar”*. Escarlata se siente molesta por tener que fingir pena por un esposo que nunca quiso. Se queda sorprendida al oír las aclamaciones en honor del rompedor del bloqueo del Norte, Rhett Butler. Melania regala su anillo de boda para la Causa. Rhett queda impresionado por

su gesto y reacciona con sarcasmo cuando Escarlata hace lo mismo: *“Sé cuánto significa para usted. La guerra hace viudas muy especiales”*. Cuando ella, también con sarcasmo, le asegura que está sorprendida de su transformación en una persona noble y de sus heroicas acciones en favor de la Causa Rhett le replica: *“Creo solo en Rhett Butler. Es la única Causa que conozco. El resto no significa nada para mí”*. Se abre una subasta para conseguir fondos. Se anima a los caballeros a ofrecer dinero por abrir el baile con la señora de su elección. La mayoría de las pujas oscilan sobre los 25 dólares por baile. Demostrando su deseo, Rhett ofrece 150 dólares en oro por Escarlata. Como está de luto, se le hace ver que no puede aceptar. Pero de manera escandalosa accede. Tía Pittypat se desmaya. Rhett se asombra de que haya aceptado:

R: Hemos horrorizado a la Confederación, Escarlata.

E: Es como romper el bloqueo, ¿no?

R: Es peor. Espero sacar un buen provecho.

Los dos hablan y dan vueltas por la pista. Ella cree que otro baile arruinará su reputación para siempre. Rhett le asegura que no debe preocuparse por lo que piense la gente: *“Echándole valor se puede vivir sin reputación”*. Está impresionado por su espíritu rebelde pero espera más de ella:

R: No coquetee conmigo. No soy unos de sus caballeros de la plantación. Quiero más que eso.

E: ¿Qué quiere?

R: Se lo diré si deja esa sonrisa tonta de bella sureña. Algún día quiero que me diga a mí las palabras que le dijo a Ashley: ¡Te amo!

E: Eso es algo que nunca me oírás decir mientras viva, Capitán Butler.

Ella continúa rechazándolo aunque admite sus atenciones. Más avanzada la guerra, Rhett devuelve a Melania los anillos de boda: *“La Confederación puede necesitar la sangre de sus hombres pero no la del corazón de sus mujeres”*. En su siguiente visita, le trae a Escarlata un hermoso sombrero verde de París: *“Pensé que ya era hora de acabar con ese falso luto”*. Ella agradece su generosidad pero él la corta:

R: No soy amable. Solo la estoy tentando. Nunca doy nada sin esperar algo a cambio.

E: Si cree que me casaré con usted por un sombrero, no lo haré.

R: No se haga ilusiones. No soy de los que se casan.

E: Tampoco le daré un beso.

R: Abra los ojos y míreme. No la besaré, aunque usted necesita que la besen y a menudo y que sea alguien que sepa besar (una interpretación lógica de este diálogo lleva a saber qué negaba Escarlata y qué pretendía Rhett).

Por una angustiada Atlanta circulan listas de bajas de la batalla de Gettysburg. Escarlata se alegra con Melania de que el nombre de Ashley no figure en las listas. Rhett siente rabia por aquel gasto inútil de vidas humanas: *“La Causa está muriendo”*. En Navidad, Ashley vuelve a casa. Está desilusionado del curso de la guerra: *“Se acerca el fin de nuestro mundo. Mis hombres están descalzos y hay mucha nieve en Virginia”*. Hace prometer a Escarlata que cuidará de Melania: *“Tienes que ser valiente. ¿Cómo podría, si no, soportar lo que se me viene encima? Eres tan fuerte y tan hermosa”*. Ella le dice que su corazón le pertenece. Él se resiste a corresponderle cuando ella le pide que le declare su amor. A su partida, Escarlata murmura: *“Cuando la guerra termine, Ashley”*.

A regañadientes, Escarlata se queda en Atlanta con Melania para trabajar como enfermeras en el hospital, ayudando al



Dr. Meade a cuidar a los miles de heridos que inundaban la ciudad. Melania recuerda que cualquiera de aquellos soldados podría ser Ashley.

El anuncio de que Atlanta está al borde de caer hace a la población huir de la ciudad sitiada. En una expresiva escena, en el hospital, Escarlata ve con repulsión cómo le amputan una pierna sin anestesia a un pobre soldado y se va diciendo: *“Me voy a casa, ya he hecho bastante. No quiero ver a más hombres gritando y agonizando. No aguanto más”*. Deja el hospital y deambula por las calles. Oye las explosiones de las granadas que caen sobre la ciudad. Corre a través de un escenario caótico, gentes desesperadas, caballos atemorizados irguiéndose sobre sus cuartos traseros, carros volcados e incendiados, el humo y el polvo que llenan el aire. Un batallón de trabajadores negros va a cavar trincheras. Escarlata recibe del antiguo capataz de su padre, el gran Sam, alguna información de Tara y de su familia. De improviso, aparece Rhett, la sube en su carruaje y la lleva a casa de tía Pittypat. Frio y cínico, Rhett le dice:

R: *El pánico es un bonito espectáculo, ¿verdad? Vámonos de aquí. No tiene sentido quedarnos para ver cómo el Sur se desmorona ante nuestros ojos. Hay demasiados sitios agradables que visitar: México, Londres, París.*

E: *¿Con usted?*

R: *Sí señora, con un hombre que la entiende y que la admira por cómo es. Nos pertenecemos, somos de la misma especie. He estado esperando a que creciera y sacara a ese triste Ashley Wilkes de su corazón. ¿Viene conmigo o se va?*

E: *Le odio y le desprecio y así será hasta que me muera.*

R: *No lo hará, al menos no por tanto tiempo.*

Tía Pittypat se dispone a huir al campo y consulta al Dr. Meade sobre la conveniencia de que Escarlata permanezca en Atlanta sin vigilancia para ayudar en el parto de Melania. Recibe una dura respuesta: *“Por Dios, señora, esto es una guerra, no una reunión social”*. Escarlata no sabe nada de partos pero su sirvienta Prissy, de cortos alcances, le da seguridad: *“Sé cómo hacerlo, señorita. He asistido a muchos. Descuide doctor,*



*puedo encargarme de todo”*. A pesar de la situación, Escarlata se queda para cumplir la promesa que hizo a Ashley de cuidar de Melania.

Un oficial confederado galopa por las calles gritando que los yanquis han entrado en la ciudad y que el ejército del Sur está escapando. Justo entonces, Escarlata se entera de que a Melania se le ha presentado el parto. Decide localizar al doctor Meade. Es una de las más clásicas y memorables escenas jamás filmadas. Un plano corto de la cara de Escarlata muestra sus reacciones ante los horrores que ve. Es una prueba de su aguante, de su fuerza interior, de su valor. Insensible a las escenas de sufrimiento, se abre paso por las filas de heridos y cadáveres de soldados esparcidos a lo largo de la vía férrea. La cámara retrocede lentamente dejando ver una panorámica de más y más miembros del derrotado ejército yaciendo bajo el sol. Finalmente se detiene, en un plano corto, en una bandera confederada que ondea desafiante sobre los restos. Es una representación de la muerte del viejo Sur. El doctor rehúsa asistir al parto: *“¿Está usted loca? ¡No puedo abandonar a estos hombres por un bebé!”*. Escarlata vuelve a la casa confiando en la experiencia de Prissy. La esclavita deja caer una frase inesperada: *“¡Dios mío, necesitamos un médico, yo no sé nada sobre partos!”*. Su ama, furiosa, la abofetea. Decide asistir ella misma, obligando a Prissy a ayudarla.

Después de nacer el niño, Escarlata envía a la chica al burdel de Bella Wat-

ling, donde sabía que estaría Rhett, que atiende la petición de ayuda y viene al rescate con una carreta en mal estado y un caballo exhausto. Escarlata le ruega que la lleve a Tara con su madre. Rhett la consuela abrazándola: *“Muy bien, cariño. Irás a casa, pero estoy seguro de que cualquiera que haya hecho lo que hiciste hoy podría hacer frente a Sherman”*. Escarlata se sienta al lado de Rhett, con Melania, el bebé y Prissy atrás. En una fantástica escena, contemplan el incendio de Atlanta. Son atacados por bandidos que querían robarles el caballo y Rhett los rechaza. Atlanta arde completamente. La carreta desaparece en una densa nube de humo. Una vez fuera de la ciudad, se ven rodeados por los últimos fugitivos y por los restos de una columna de agotados soldados. Rhett la hace fijarse en la escena: *“Querida, es un momento histórico. Podrás contarle a tus nietos cómo viste desaparecer una noche al viejo Sur”*. Escarlata se da plena cuenta de la dura realidad de la guerra, comprendiendo su inutilidad. Con indignación, culpa al Sur y llama locos a los soldados que han entrado en una guerra que no podían ganar. Con amargura le dice a Rhett que tuvo suerte en no haberse unido al Ejército Confederado y haberse dedicado a romper bloqueos. Rhett para la carreta y se vuelve hacia ella: *“Voy a unirme a nuestros bravos muchachos de gris”*. Escarlata no se lo toma en serio: *“Egoísta hasta el final, pensando solo en buscar un escondite, sin un solo pensamiento para la noble Causa”*. Rhett le replica: *“Siempre he tenido debilidad por las causas perdidas una vez*



que están realmente perdidas”. Ella no se cree que él la vaya a dejar abandonada sin ayuda:

E: *Te deberías morir de vergüenza por dejarme aquí sola e indefensa.*

R: *¿Indefensa? (se ríe) Dios salve a los yanquis si te capturan.*

Rodeándola con los brazos, Rhett le dice que, si se rinde a su amor, se quedará y escaparán juntos: *“Hay algo que sé y es que te quiero, Escarlata. A pesar de nosotros y de que el mundo se esté cayendo a pedazos alrededor nuestro, te quiero. Porque nos parecemos. Somos malas personas, egoístas, astutos, pero capaces de mirar a las cosas a los ojos y llamarlas por sus nombres. Te he querido más de lo que he amado a ninguna mujer y te he esperado más de lo que he esperado a ninguna mujer. Soy un soldado del Sur que te quiere y que desea sentir un abrazo tuyo. No importa que no me quieras. Eres una mujer que envía a un soldado a la muerte con algo hermoso que recordar. Bésame por lo menos una vez”.*

Furiosa ante su proposición, que malinterpreta como un ultraje, lo abofetea. Ante su actitud, Rhett le da su pistola y desaparece, yendo a unirse a la Causa perdida. En el camino que conduce a Tara a través de tierras quemadas, soldados de la Unión pasan cerca, los buitres sobrevuelan un campo de batalla cubierto de cuerpos, su deshidratado caballo echa espuma por la boca. Una noche, al fin, llegan a Doce Robles, encontrándolo todo arrasado y quemado. Melania

ve la tumba de John Wilkes, el padre de Ashley. Cuando se acercan a Tara, ya de noche, el caballo se desploma sin vida. La luna, saliendo de detrás de una nube, ilumina Tara. La casa silenciosa y en mal estado aparece súbitamente. Escarlata corre hacia la puerta principal gritando: *“¡Madre, estoy en casa!”.*

La recibe su padre con una mirada ausente en la cara. Una confusa Mami la saluda y le explica que sus dos hermanas tuvieron el tifus pero se están recuperando. Escarlata pregunta desesperada: *“¿Dónde está mi madre?”.* Abre una puerta y en una habitación iluminada ve a su madre, encima de una mesa, muerta por el tifus. Escarlata lanza un grito salvaje. La pantalla se oscurece rápidamente.

Pork, el viejo sirviente le cuenta las malas noticias: *“No queda ningún grano, señorita. Los yanquis lo quemaron todo”.* Mami añade: *“Robaron todo lo que no quemaron. El algodón lo quemaron también y arruinaron la casa”.* A la luz del amanecer, Escarlata ve que su padre ha perdido la razón en una escena en que el padre le enseña sus bonos confederados sin valor alguno: *“Los bonos, los hemos salvado todos”.*

E: *¿Qué vamos a hacer sin dinero y nada que comer?*

G: *Se lo consultaremos a tu madre, a la señora O'Hara.*

Hay mucho de qué preocuparse: el bebé de Melania, sus hermanas enfermas, y la falta de comida y de dinero. De los esclavos

solo quedan Mami y Pork. Exhausta y hambrienta, Escarlata camina por los campos arrasados de Tara. Al comer una raíz de rábano, vomita, cae al suelo y so- lloza. En ese momento, resurge una in- domable Escarlata que levanta los puños apretados hacia el cielo. El Tema de Tara surge en la banda sonora. Es una de las escenas más dramáticas y famosas del filme: *“¡Pongo a Dios por testigo de que nadie va a acabar conmigo. Voy a pasar todo esto y cuando haya acabado, nunca jamás volveré a tener hambre, ni yo, ni ninguno de los que me rodean, aunque tenga que mentir, robar, estafar o matar! ¡Pongo a Dios por testigo de que no volveré a pasar hambre!”.*

Con este juramento solemne, comenzó la evolución del personaje de Escarlata. La guerra había barrido todo lo que representaba el Sur. A este cambio brutal únicamente fueron capaces de sobrevivir las personas fuertes que no se aferraban al pasado. Escarlata era una de estas personas. Antes de la guerra, se nos presentaba como una joven manipuladora que utilizaba su mayor fuente de poder, la belleza, para conseguir lo que se proponía. En la guerra, no se limitó a las obras benéficas y ejerció de enfermera, un trabajo que no le gustaba y del que acabaría huyendo. El cuidado y la entrega a los demás no era una de sus cualidades. La guerra la hizo una mujer fuerte y la posguerra una mujer dura, que asumió la responsabilidad de mantener a su familia, la casa y la plantación. Pasará hambre y tremendas penurias económicas. Utilizará su enorme atractivo para remediar la situación mediante un precipitado matrimonio de conveniencia. Antes había contraído otro semejante por despecho. Se pondrá al frente de un negocio que gestionará sin ningún escrúpulo. Por su temeridad, arriesgará vidas ajenas, las de su esposo Frank, su amado Ashley y otros caballeros. Al final, pensándolo fríamente, contraerá un tercer matrimonio, para poner fin a una existencia frenética y vivir en la riqueza, con el hombre que la había pretendido y esperado, y tal vez amado desde que la conoció, Rhett Butler. Todo esto se trata en la Segunda Parte de la película, que expongo a continuación.

Parte Segunda: Al principio de esta Parte, aparece un titular: *“Un viento barre*



Georgia: ¡SHERMAN!”. Un montaje rojizo, llameante, permite ver la marcha de las tropas de Sherman a través de Georgia, dejando atrás un sendero de destrucción de sesenta millas de ancho, desde Atlanta hasta el mar. Tara había sobrevivido para hacer frente al infierno de la derrota.

Escarlata pone a todos a trabajar duro, intentando reconstruir la plantación. Obliga a sus dos mimadas hermanas, Suellen y Careen, vestidas de harapos, a recoger algodón. Suellen se queja: “Mira mis manos. Madre decía que siempre podrías reconocer a una señora por sus manos”. Careen le explica que las manos y las señoras no tienen ya importancia, pero ella grita: “¡Odio a Tara!”. Y Escarlata le da una bofetada, pensando que es un insulto directo a sus padres. Sin embargo, la familia se ve obligada a hacer frente a continuas amenazas. Un desertor de la Unión pretende robarles y quizás algo más. Escarlata le dispara con la pistola de Rhett. Melania ve el cuerpo al pie de las escaleras. Ambas deciden enterrar al desertor para evitar problemas. Melania hace una pregunta inesperada: “¿Sería deshonoroso que le registráramos la mochila?”. Escarlata, a su pesar, admira la sugerencia de su cuñada: “Me avergüenza que no se me haya ocurrido”. Melania encuentra dos piezas de oro y se quita el camisón para envolver la cabeza ensangrentada del soldado. Escarlata hace una pausa: “Creo que he cometido un asesinato pero no lo pensaré hoy. Lo dejo para mañana”.

La guerra termina en 1865 con la rendición del General Lee. La derrota del Sur significa que Ashley volverá a casa. En vez de alegrarse, Escarlata hace planes: “Plantaremos más algodón. Va a subir a las nubes el año próximo”. Incontables caballeros harapientos regresaron a sus casas. Vieron desolación donde había abundancia y con ellos llegaron unos invasores crueles y viciosos, los *carpetbaggers*, denominación aplicada a los nortños que se mudaban a los Estados del Sur en busca de fortuna. Ashley vuelve a casa cojeando. Melania lo divisa al final del largo camino de entrada en Tara. Se abrazan. Mami impide que Escarlata se precipite a saludarle: “¿Es su marido, no?”. Escarlata decide dedicarse solo a salvar Tara, pero se entera de que ha de pagar 300 dólares de impuestos y va a consultar con Ashley. No le sirve de nada. Ashley se siente desanimado: “La vida se ha vuelto demasiado real. Se ha perdido la belleza de aquella vida que me gustaba. Estoy en un mundo que para mí es peor que la muerte, un mundo en que no tengo sitio”. Escarlata espera todavía conseguir el amor de Ashley, que se niega a abandonar a su esposa y a su hijo, aunque sabe los sacrificios que Escarlata ha hecho por ellos: “Tú sola has cargado con nosotros. Ahora estoy aquí para ayudarte”. Ella le propone una forma de ayuda:

E: *Llévame. No hay nada que nos retenga aquí.*

A: *Nada excepto el honor.*

La expresa su amor abrazándola y besándola y le dice que ama sobre todo su va-

lor y su tenacidad. Le recuerda que Tara la sostendrá porque ella la quiere más que a él.

A: *Hay algo que quieres más que a mí, aunque no lo sepas* (recoge un puñado de tierra y la pone en su mano). *Es Tara.*  
E: *Sí, aún tengo esto. No tienes que irte. No dejaré que os muráis de hambre solo porque me quise entregar a ti inútilmente. No volveré a pasar.*

Jonas Wilkerson, un pícaro ex capataz de Tara, aparece con su mujer. Piensa que no pueden pagar los 300 dólares de impuestos y ofrece comprar la plantación. Escarlata le arroja a la cara un puñado de tierra diciendo: “¡Eso es todo lo que tendrás de Tara!”. Wilkerson se va profiriendo amenazas: “¡Se arrepentirá de esto, volveremos!”. Gerald O’Hara, al oír la conversación, monta en cólera y sale a caballo detrás de Wilkerson, pero sufre una caída mortal.

Escarlata tiene una idea para resolver los problemas financieros de Tara. Para disimular su pobreza, se disfraza con un vestido que le hace Mami con las cortinas de terciopelo verde del salón. “Voy a Atlanta por esos 300 dólares y tengo que parecer una reina”. Se prepara fríamente para seducir a Rhett, pensando que él le dará el dinero de los impuestos.

Rhett está encerrado en una cárcel de Atlanta. Los oficiales yanquis lo tratan bien. En las partidas de póker que juegan, incurre en generosas pérdidas y el Mayor le permite ver a Escarlata: “Es duro ser estricto con un hombre que pierde su dinero tan agradablemente”. Rhett se queda impresionado por su aterciopelada apariencia: “Gracias al cielo no vistes con harapos. Estoy harto de ver mujeres harapientas”. El encanto y seducción de Escarlata funcionan y él se siente de nuevo atraído: “Tienes más encanto de lo permisible. Ahora tienes corazón, un corazón de mujer”. Pero descubre sus manos encallecidas:

R: *¿Qué le has hecho a tus manos? Has trabajado como un peón. ¿Por qué me mientes y qué te propones? Quieres algo de mí y lo quieres lo bastante como para montar un espectáculo con tu terciopelo. ¿Quieres dinero?*

E: *Necesito 300 dólares para pagar los*



impuestos de Tara.

R: *¿Qué garantía me ofreces?*

E: *Mis pendientes.*

R: *No me interesan.*

E: *Una hipoteca sobre Tara.*

R: *¿Qué haría con una granja?*

E: *No vivirías allí. Te pagaría con la cosecha del año próximo.*

R: *No es bastante. ¿No tienes nada mejor?*

E: *Dijiste una vez que me querías. Si aún me quieres...*

R: *¿Lo has olvidado? No soy un hombre de los que se casan.*

E: *No, no lo he olvidado.*

R: *No vales 300 dólares. No traerás más que desgracias a un hombre.*

Rhett no la puede ayudar aún queriendo, porque su dinero está retenido en bancos extranjeros: *“Querida mía, te has rebajado para nada”*. Rabiosa, sale de la celda después de aporrear su pecho y mordele el brazo.

En la calle, se encuentra con el prometido de su hermana Suellen, Frank Kennedy, próspero comerciante en muebles y maderas. Recordando que tiene una tienda y un aserradero muy rentables, lo invita a cenar a casa de tía Pittypat. Frank admira a Escarlata: *“Usted me hace el efecto de un tónico”*. Sin el menor escrúpulo lo manipula y lo engaña diciéndole que su hermana va a casarse con uno de los muchachos del condado, que estaba cansada de esperar y tenía miedo de hacerse vieja. Coquetea con Frank para ganar dinero y poder: *“Hace frío y me déjeme el manguito en casa, ¿le importa que meta la mano en su bolsillo?”*.

En la siguiente escena, Escarlata firma con su nuevo nombre de Escarlata O’Hara Kennedy un cheque de 300 dólares para pagar los impuestos de Tara. Ashley le informa de sus planes para irse a Nueva York a trabajar en un banco. Ella le insiste en que se quede y trabaje en su imperio de la madera. Melania la apoya: *“Si no hubiera sido por ella, yo habría muerto en Atlanta”*. Convencen a Ashley para que sea socio y empleado. Siente vergüenza y amargura por perder el respeto de sí mismo: *“No puedo luchar contra las dos”*.

Escarlata convence a Frank para que le deje abrir otro aserradero, empleando

mano de obra de convictos en vez de negros liberados. Poco a poco, se va convirtiendo en una dura empresaria. Kennedy siente la ira de Escarlata cuando le dice que la deje tranquila y que no le llame *Sugar* (azúcar). Ashley critica sus métodos y su frialdad. A Escarlata no le importa lo que opinen de su estrategia para hacer dinero y no volver a pasar hambre: *“Voy a ser amiga de los aventureros yanquis y los voy a batir en su propio juego”*. Hay un nuevo anuncio en su negocio: Wilkes & Kennedy. Melania le expresa su desacuerdo: *“Estás haciendo negocio con la misma gente que nos robaron y torturaron”*. Sin ninguna piedad, pone un cartel que dice: *“La guerra ha terminado, no pidan crédito”*.

Rhett visita a Escarlata Kennedy: *“Podrías haber tenido mi dinero si hubieras esperado solo un poco. Dime, ¿nunca dejarás de casarte con hombres a los que no quieres? Todavía crees que eres la bella del condado, que eres la más lista y que todos los hombres mueren de amor por ti”*. Escarlata ignora las advertencias de Rhett y va sola al aserradero por el peligroso barrio negro de Shanty Town: *“No te preocupes por mí. Sé dispersar si no tengo que hacerlo desde muy lejos”*. En el barrio, Escarlata es asaltada por dos hombres. La salva el antiguo capataz, el Gran Sam. Al volver a la ciudad, da parte del ataque pero nota la indiferencia de los conciudadanos. Sin embargo, se celebra una reunión política para preparar una venganza. Escarlata, Melania y otras mujeres esperan ansiosas en el círculo de costura la vuelta de

sus maridos. Se va a hacer una incursión por Shanty Town para vengar el honor de Escarlata (en la novela el Ku Klux Klan, grupo racista violento creado en 1865, fue el vengador; en la película se quitó la referencia a esa organización). Rhett avisa a las señoras de que las vidas de sus maridos están en peligro porque se van a meter en una trampa montada por los yanquis. Melania confía en Rhett lo bastante como para informarle de dónde se celebraba la reunión.

El capitán yanqui Tom irrumpe en el círculo de costura buscando a los hombres que, según sus informes, van a invadir Shanty Town. Las tropas rodean la casa. Rhett, el Dr. Meade y Ashley vuelven borrachos. El capitán yanqui amenaza con arrestar a Ashley. *“Ya es hora de que ustedes los rebeldes aprendan que no pueden hacer justicia con sus manos”*. Rhett inventa la historia de que Ashley y el Dr. Meade estaban con él en el burdel de Bella. De hecho, la incursión fue un desastre. Ashley fue herido y Frank Kennedy, muerto. Cuando Melania descubre por Rhett lo que había pasado, solo le importa que Ashley ha quedado libre de toda sospecha. Escarlata se queda viuda una vez más y adquiere el control de los bienes de su fallecido esposo.

En una de las mejores escenas del filme, en el salón de tía Pittypat, después del funeral de Frank, llega Rhett para hablar con la nueva viuda, ligeramente ebria y deprimida. Rhett le riñe por beber a solas. Escarlata se siente muy triste por su responsabilidad en la muerte de Frank.





Rhett duda de su sinceridad: *“Sécate los ojos. Si tuvieras que hacerlo todo otra vez, lo harías de la misma manera. Eres como el ladrón que no se siente triste por robar sino porque va a ir a la cárcel”*.

Con valor romántico al estilo de un caballero del Sur, Rhett propone matrimonio a la dos veces viuda Escarlata con irónica sinceridad. Se arrodilla delante de ella: *“Perdóname por sorprenderte con el ímpetu de mis sentimientos, mi querida Escarlata, quiero decir Sra. Kennedy. No se te puede haber escapado que durante algún tiempo la amistad que sentí por ti se ha convertido en un sentimiento más profundo, más hermoso. ¿Puede ser amor? Te hago una honorable proposición de matrimonio hecha en lo que considero el momento oportuno. No puedo pasarme la vida esperando cogerte entre tus esposos”*.

Rhett le sugiere casarse por diversión: *“Has estado casada con un muchacho y con un hombre mayor. ¿Porqué no lo intentas con un hombre de la edad justa, que conoce a las mujeres?”*. Ella le contesta: *“Estás loco. Sabes que siempre amaré a otro hombre”*. Escarlata lo besa casi a la fuerza y accede a casarse sin sentir amor real por él. Lo hace en primer lugar por su dinero: *“El dinero ayuda y por supuesto me gustas. Si dijera que estoy enamorada de ti sabrías que estoy mintiendo”*. Rhett revela con honradez la naturaleza de su compleja relación de muchos años, albergando la secreta esperanza de que alguna vez ella

lo amará: *“No estoy enamorado de ti, como tú tampoco lo estás de mí. El cielo protege al hombre que de verdad se enamora de ti”*.

Rhett promete mimar a Escarlata con un anillo de diamantes, una cara luna de miel en Nueva Orleans y vestidos nuevos. Después de años de privaciones y engaños, por fin puede disfrutar de la grandeza de una nueva rica. A la luz de la luna, un barco del Mississippi los lleva a Nueva Orleans. Rhett vuelve con ella a Tara, entendiendo que Escarlata saca de allí su fuerza. Le promete reconstruir la plantación hasta alcanzar el esplendor anterior a la guerra, y también compra una suntuosa mansión en Atlanta. Los sirvientes Mami, Prissy, Pork se sobrecogen al entrar. Mami sonríe malévolamente: *“No tiene estilo”*.

Después del nacimiento de la hija, Bonnie Blue Butler, Mami asume la culpa de que haya sido niña: *“Sr. Rhett, me gustaría disculparme de que no sea un niño”*. Rhett le asegura que no está disgustado con la niña: *“Los chicos no sirven para nada. ¿No cree usted que soy la mejor prueba?”*. Melania se alegra: *“Los días más felices son los de la llegada de los niños”*. A sugerencia suya, el bebé lleva en su nombre un recuerdo, Blue, a la bandera confederada. Pero Escarlata descubre que la maternidad y el parto la han privado de su delgada cintura. Mami sacude la cabeza cuando Escarlata no puede meterse en un vestido antiguo: *“Nunca volverá a tener una cintura de 46 cm”*. Escarlata teme haberse

vendido a Rhett y también teme que la crianza de la niña destruirá su belleza. En consecuencia, informa egoístamente a Rhett de que ha hecho voto de abstinencia. Dándose cuenta de que ella aún siente algo por Ashley, acepta su santidad y piensa en visitar más regularmente a Bella: *“No estaré solo. Buscaré consuelo en otra parte”*. Escarlata pretende cerrar su dormitorio. Rhett irrumpe en él: *“¿Por qué te molestas? Si quisiera entrar, ninguna cerradura me lo podría impedir”*. Enfadado, arroja su vaso de whisky a un retrato de Escarlata.

La hija es el único lazo que los mantiene juntos. Rhett es un padre adorable. Encuentra en su chiquilla el amor que no recibe de su esposa. Orgulloso, sienta a la pequeña Bonnie en su pony, diciendo que será la mejor amazona del Sur. También dice que la malcriará, comprándole un traje de montar de terciopelo azul. Mami no aprueba al padre mimoso: *“No es correcto”*.

En una visita sorpresa al aserradero, Escarlata recuerda con Ashley cómo la guerra ha cambiado sus vidas. Ashley piensa en el pasado: *“Sí, hemos hecho un largo viaje desde los viejos tiempos, ¿verdad Escarlata?”*. Ella trata de volverlo al presente: *“No mires atrás, Ashley. El pasado se te meterá en tu corazón hasta que solo puedas mirar atrás”*. El la abraza compasivamente. El abrazo lo ve India Wilkes y se lo dice a Rhett, que malinterpreta el gesto de Escarlata. Su inestable matrimonio empieza a desintegrarse por el escandaloso abrazo.

La noche del cumpleaños de Ashley, Rhett se enfrenta a Escarlata, que está fingiéndose enferma para no ir a la fiesta y ver a Melania: *“¿Qué cobarde eres!”*. La saca de la cama y la obliga a ir. Elige para ella un vestido rojo burdeos, escotado y apretado y le sugiere que se maquille mucho: *“Tienes que destacar esta noche”*. Rhett deja a Escarlata en la puerta de Melania: *“Baja a la arena sola. Los leones tienen hambre de ti”*. Perdonando y queriendo siempre a su cuñada, Melania la invita a saludar con ella a los invitados como si nada hubiera ocurrido con Ashley.

Después de la fiesta, en una de las grandes escenas del filme, Escarlata baja las

escaleras de su casa en mitad de la noche. Ve a Rhett en el comedor. Enfadado por su escena con Ashley, ha estado bebiendo solo. Rhett la fuerza a sentarse y a escucharle. Sabe que Melania y Escarlata estuvieron codo con codo en la fiesta: “¿Qué sientes cuando la mujer a quien has engañado oculta tus pecados? Melita es una tonta, no la clase de tonta que tú crees. Tiene demasiado honor para concebir deshonor en alguien a quien quiere. Y ella te quiere, aunque solo porque quiere. ¡Por supuesto la figura cómica en todo esto es el Sr. Wilkes! El Sr. Wilkes que no sabe ser fiel mentalmente a su esposa y no le será infiel técnicamente. ¿Por qué no se decide?”. Rhett, agresivo, amenaza a Escarlata poniendo sus fuertes manos a ambos lados de su cabeza como en un gesto de sacar de ella la imagen de Ashley: “Mira mis manos. Podría hacerte pedazos y lo haría si de esta manera consiguiera sacar a Ashley de tu mente para siempre. Reventaría tu cráneo como si fuera una nuez y lo espantaría”. Rhett cree que la tiene acorralada pero ella lo desafía y rechaza su dominio físico:

E: *No estoy vencida. Nunca me vencerás ni me asustarás. Has vivido una vida sucia tanto tiempo que estás celoso de algo que no puedes entender.*

R: *¿Celoso? Sí, supongo que lo soy, aunque sé que me has sido fiel todo este tiempo. ¿Cómo lo sé? Porque conozco a Ashley Wilkes y su honorable cuna. ¡Son caballeros! Es más de lo que puedo decir de ti y de mí. No somos caballeros y no tenemos honor, verdad?*

Frustrado y furioso, la besa de repente con fiereza y carga con ella escaleras arriba hasta el dormitorio. Allí pasan una noche de pasión forzada, de violación conyugal. Rhett afirma con franqueza: “No es tan sencillo, Escarlata. Me dejabas a un lado mientras cazabas a Ashley, mientras soñabas con él. Esta noche no me he quedado a un lado”.

En el momento, ella se puso furiosa. Al despertar, su cara sonriente demuestra el placer sentido. Escarlata está dispuesta a reconciliarse con Rhett, pero él aún está amargado y le anuncia que piensa en el divorcio: “No hay motivo para seguir juntos”. Un matrimonio basado en dificultades de comunicación y choques en-



tre dos personas independientes y frustradas presagiaba la inevitable ruptura. Rhett le comunica que se va de viaje a Londres y se lleva con él a Bonnie.

En Inglaterra, Bonnie sufre pesadillas y pide a su padre volver a casa. Al regreso, Rhett encuentra a Escarlata muy pálida. Está otra vez embarazada (de la noche de la violación conyugal). Rhett pregunta cínicamente: “¿Quién es el feliz padre?”. Ella maldice su paternidad: “Sabes que es tuyo. No lo deseo más que tú. Ninguna mujer querría un hijo de un canalla. Me gustaría un hijo de cualquiera menos de ti”. Rhett la consuela brutalmente: “Alégrate, a lo mejor sufres un accidente”. Escarlata se abalanza sobre él para pegarle, falla y cae por las escaleras, malogrando el hijo que esperaba.

Una simpática Melania consuela a Rhett, que llora afligido por los remordimientos: “No quiere tener más hijos. Quería hacerle daño porque me lo había hecho a mí. Yo quería y lo hice. Si me perdona. Si olvidara todo lo sucedido”. Melania le propone que tengan otro hijo y minimiza los azares de tenerlos: “Los hijos son la vida que se renueva, Capitán Butler. Y cuando la vida hace eso el peligro parece poco importante”. Rhett da las gracias de corazón a Melania por todo lo que había hecho por ellos.

Después de su recuperación, Rhett pide perdón a Escarlata y le propone una reconciliación: “Siempre te he amado. Pero nunca me diste una oportunidad de demostrarlo”. Pensando que el ase-

rradero la aleja de él, le sugiere venderlo o dárselo a Ashley. Justo entonces, Bonnie desafía a su padre y se empeña en realizar un salto imposible con el caballo: “Lo saltaré. Puedo saltar mejor que nunca porque he crecido. He puesto la barra más alta”. Escarlata dice, como presintiendo algún desastre: “Es como papá”, y, efectivamente, ve con espanto cómo Bonnie cae del caballo y se parte el cuello. Su muerte es devastadora para todos y destruye a Rhett.

La apenada Mami habla a Melania del inmenso duelo de Rhett, la profunda depresión que hay en la casa desde la muerte de Bonnie y las tirantes relaciones de la pareja: “No he visto nunca hombre, blanco o negro, poner tanto cariño en un hijo. Se me hiela la sangre cuando oigo las cosas que se dicen el uno al otro”. Rhett lleva el cuerpo de Bonnie al cuarto de juegos, se sienta junto a la cama y se niega a entregarlo para el entierro hasta que Melania, no Escarlata, lo convence poco a poco.

Melania se cae al suelo por complicaciones surgidas de su embarazo. Intentan alejar a su hijo Beau de la escena. Él no quiere, no entendiendo que su madre se esté muriendo: “¿Dónde se va y por qué no puedo acompañarla?”. Melania se despide de Escarlata. Con amables palabras, le ruega que cuide de su hijo, de Ashley y de Rhett: “Cuidalo por mí como tú cuidaste de mí por él. Cuidalo pero nunca le dejes saberlo, ¿me lo prometes? Y sé amable con el Capitán Butler. Te quiere mucho”.

Escarlata ve al fin que Melania ha sido siempre su mejor amiga y que había sido la gran señora que ella habría querido ser. Escarlata es testigo de la pena que Ashley sufre por la pérdida de Melania. Ashley se aferra a sus faldas y se lamenta: “No podré vivir, no podré. Todo lo que tenía se va con ella”. Escarlata se da cuenta de que su pasión por Ashley era infantil, que ha gastado su vida en una fantasía, que su ídolo romántico había amado siempre a Melania y no a ella. Finalmente cae en que nunca había amado realmente a Ashley y que ya está libre de la obsesión de toda su vida: “Ashley, deberías haberme dicho hace años que la amabas a ella y no a mí, sin entretenerme con cuentos sobre tu honor. Tenías que esperar a que Meli se esté muriendo para decirme que nunca podría ser para ti nada más de lo que esa mujer Watling es para Rhett. Y yo he amado algo que realmente no existía”.

Sale de la casa corriendo en la niebla en busca de Rhett, su amor de verdad y gritando: “¡Espérame!”. Pero ya es tarde para ellos.

En su casa vacía y fría, lo encuentra sentado en un sillón del dormitorio con cara de malhumor. Está muy triste por haber visto morir a Melania. Es un Rhett cansado y harto de los constantes rechazos y egoísmos de Escarlata. No puede aguantarla más. Con el equipaje hecho, le dice lo que va a hacer: “Te dejo, querida. Todo lo que necesitas ahora es el

divorcio y tus sueños con Ashley podrán hacerse realidad”. Con la cara descompuesta y llena de lágrimas, Escarlata susurra a Rhett que la escuche:

E: *Te he amado durante años, solo que soy tan estúpida que no lo supe. Por favor créeme. Te importo. Meli me lo dijo.*

R: *Te creo. ¿Y qué pasa con Ashley?*

E: *Realmente nunca lo amé.*

R: *Pues esta mañana hiciste una buena imitación. No, Escarlata. Lo he intentado todo. Si te hubieras acercado un poco a mí, especialmente cuando volví de Londres...*

E: *Estaba muy contenta de verte. De verdad lo estaba, pero fuiste tan antipático.*

R: *Después, cuando caíste enferma por mi culpa, esperaba que me llamasen a tu lado pero no lo hiciste.*

E: *Te necesitaba desesperadamente, pero no creía que tú me necesitaras.*

R: *Parece que hemos ido por caminos distintos. Mientras estaba Bonnie, había alguna posibilidad de ser felices. Me gustaba pensar que Bonnie eras tú, otra vez niña, antes de que la guerra y la pobreza te alcanzaran. Era tan parecida a ti. Y la podía acariciar y mimar, como quise mimarte. Cuando se fue se lo llevó todo.*

E: *Rhett por favor no digas eso. Siento mucho todo lo que pasó.*

R: *Cariño, eres una niña. Crees que con decir lo siento se puede cambiar el pasado.*

E: *Rhett, ¿dónde vas?*

R: *Me voy a Charleston. Vuelvo dónde pertenezco.*

E: *Por favor, llévame contigo.*

R: *No, estoy harto de todo lo que ha pasado aquí. Necesito paz. Quiero ver si en algún lugar queda algo de encanto y gracia. ¿Sabes de qué hablo?*

E: *No. Solo sé que te amo.*

R: *Esa es tu desgracia.*

Él se separa de ella. Escarlata le pregunta: “Rhett, si te vas, dónde iré yo? ¿Qué voy a hacer?”. Sin sentimiento alguno, él contesta con frialdad: “Francamente, querida, me importa un carajo”.

La atrevida frase, que contiene una palabra tabú, se sacó directamente de la novela de Margaret Mitchel (“My dear, I don't give a damn”). Estaba prohibida en la sección V del Código Hays. Se impuso al productor Selznick una multa de 5.000 dólares por infracción del Código.

Escarlata se queda aturdida al darse cuenta de que realmente ama a Rhett. Cree que todavía puede hacerlo volver, pero es demasiado tarde. En un primerísimo plano, habla con la cámara: “No puedo dejarlo marchar. Debe haber algún medio de traerlo. ¡No puedo pensar ahora, me volveré loca! Pero tengo que pensar. ¿Qué puedo hacer? ¿Hay algo que pueda hacer?”.

Se para y con determinación encuentra su verdadero camino en las líneas finales del filme. Nunca fue el tipo de persona que admite la derrota, así que se niega a reconocerla en el rechazo de Rhett. Recuerda lo que su padre le decía: “La tierra es lo único que importa, la única cosa que dura”. Y Ashley: “Algo que amas más que a mí, aunque no lo sepas, es Tara”. Y Rhett: “Es de aquí de donde sacas tu fuerza, de la tierra roja de Tara”. Cada frase se repite con tiempo y volumen crecientes. Escarlata ve que, aunque no consiga el regreso de Rhett, siempre puede volver a la tierra, a Tara, a absorber su fuerza.

“¡Tara, mi casa! Iré a casa y pensaré en algún medio de hacerlo volver. Mañana será otro día”.

La toma en primer plano de su cara se disuelve en otra toma anterior: una larga vista de Escarlata, sola, de pie bajo un nudoso árbol, con Tara en el fondo. Una heroica silueta. ■







## LA MÁQUINA

# Magritte

La exposición es la primera retrospectiva del pintor surrealista René Magritte (1898-1967) que se celebra en Madrid desde la que le dedicó la Fundación Juan March en 1989. Comisariada por Guillermo Solana, director artístico del museo, la muestra reunirá en torno a 70 obras, incluyendo pinturas y obra sobre papel, junto a una selección de fotografías y films.

El título *La máquina Magritte* destaca el componente repetitivo y combinatorio en la obra del gran pintor surrealista, cuyos temas obsesivos vuelven una y otra vez con innumerables variaciones.

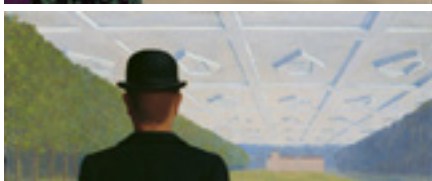
Desde que nació el ideal de mecanizar el trabajo creativo, el pintor René Magritte también fantaseó con un catálogo de artilugios concebidos para automatizar procesos de pensamiento y creación, entre los que se encontraba una máquina universal para hacer cuadros. Ahora el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza revelará el funcionamiento de dicha máquina imaginaria en esta exposición.



Conocido por sus ingeniosas y provocativas imágenes, el pintor surrealista belga pretendía con su trabajo cambiar la percepción preconcionada de la realidad y forzar al observador a hacerse hipersensible a su entorno.

La muestra se divide en las siguientes secciones: (1) Los poderes del mago (2) Imagen y palabra (3) Figura y fondo (4) Cuadro y ventana (5) Rostro y máscara (6) Mimetismo y (7) Megalomanía. Comisariada por Guillermo Solana, director artístico del museo, la muestra reúne más de 90 pinturas. La exposición se completa con una instalación en la sala balcón mirador, en la primera planta del museo, de una selección de fotografías y películas domésticas realizadas por el pintor, por cortesía de Ludion Publishers.

Tras su clausura en Madrid, la exposición viajará al Caixaforum de Barcelona.



Museo Nacional Thyssen-Bornemisza  
Del 14 septiembre al 30 de enero de 2022



Asociación de Abogados del Estado

Publicación patrocinada por:





ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# En torno a la literatura jurídica

**Antonio Martínez Lafuente**

Abogado del Estado  
Doctor en Derecho

**“En marzo de 2021 se firmo el protocolo para el fomento del lenguaje jurídico moderno y accesible, que promovió el Ministerio de Justicia junto con el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia Española de la Lengua”**

1) La importancia del texto escrito, que es el que perdura en el tiempo, es algo que no puede cuestionarse; sólo así se conservan hechos, datos y circunstancias en contraposición a la expresión oral que queda relegada a la memoria, y que depende de la percepción personal de quien luego la trasmite, pues como ya expuso Cayo Tito, *“Verba volant scripta manent”*<sup>1</sup>.

Por ello el lenguaje y su traslado a la literatura<sup>2</sup> es de lo más relevante del ser humano, o si se prefiere, es consustancial al mismo, al ser una forma de socializar su comportamiento, en los términos conocidos por todos.

El lenguaje tiene también, y ello es lo que vamos a analizar, su plasmación en el campo del Derecho, dando lugar a la literatura jurídica; por ello y en gran síntesis nos ocuparemos de la actuación de legislador o en términos generales del autor de la norma jurídica, de su aplicación por los Jueces y Tribunales y también por los Árbitros; de los escritos de los Abogados; del estilo literario de los profesores, y por último de los escritos de los ciudadanos en general.

Precisamente para avanzar en la comprensión de lo que ha acabado de ser expuesto fue la suscripción en marzo de 2021 en un protocolo para el fomento del lenguaje jurídico moderno y accesible, que promovió el Ministerio de Justicia junto con el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia Española de la Lengua<sup>3</sup>.

El protocolo prevé la creación de una comisión para la claridad y modernización del lenguaje jurídico y que las instituciones participantes promuevan la firma de un convenio para concretar las actuaciones y compromisos, generales o bilaterales; como precedentes se invocaron la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia del año 2002, así como la creación de la comisión para la modernización del lenguaje en el año 2009<sup>4</sup>.

I

2) Con arreglo a lo que ha quedado expuesto nos ocupamos en primer lugar de las normas jurídicas, de su estilo literario y de su comprensión por los destinatarios de las mismas: autoridades, funcionarios y ciudadanos o contribuyentes en general. La Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, alude en su Art. 129 a los *“Principios de buena regulación”*, y expone lo que a continuación sigue:

*“En el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de Ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”*.

Y además precisa:

*“A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”*<sup>5</sup>.

a) Su reflejo jurisdiccional. Este principio de seguridad jurídica es de común invocación en todos los órdenes jurisdiccionales, con mención especial de la claridad<sup>6</sup> de las normas para facilitar su conocimiento y comprensión, por lo que deben de utilizarse terminología y conceptos asequibles; así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 23 de septiembre de 2020, expuso:

*“El principio de seguridad jurídica implica que la legislación de la Unión debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables (sentencia de 14 de octubre de 2010. Nuova Agricast y Cogra/Comisión, C-67/09 P, EU:C:2010:607, apartado 77), con el fin de que estos puedan conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (sentencia de 22 de febrero de 1989, Comisión/Francia y Reino Unido, 92/87 y 93/87, EU:C:1989:77, apartado 22). Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias económicas, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que esta les impone (véase la sentencia de 21 de septiembre de 2017, Eurofast/Comisión, T-87/16, no publicada, EU:T:2017:641, apartado 97 y jurisprudencia citada)”.*

En el mismo sentido se posiciona el Tribunal Constitucional que en diversas sentencias<sup>7</sup>, como la 104/2000, expone:

*“La seguridad jurídica, entendida como la certeza sobre el Ordenamiento Jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991), como la claridad del Legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990). En suma, sólo si en el Ordenamiento Jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”.*

Además, el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de junio de 2019, analizó la

reforma por el Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre, sobre regulación de la condena al pago de las costas en la vía económico-administrativa incorporando a su argumentación la pretensión estimada; ello ha hecho que la doctrina precise: Respecto de los criterios para determinar la cuantía de las costas del procedimiento económico-administrativo –recogidos en el transcrito apartado 1 del 51 del Reglamento General de Revisión–, destaca inicialmente el Tribunal Supremo, en el mismo Fundamento Jurídico de la sentencia que se analiza, la importancia del principio constitucional de seguridad jurídica, siguiendo para ello los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 27/1981 y 46/1990, manifestando lo que atinadamente considera es hoy el sentir común: *“La profunda inseguridad jurídica e incertidumbre social provocada, entre otros factores, por la imprecisión de las normas jurídicas, lo que se manifiesta de manera muy significativa en el ámbito fiscal”.* Hace referencia también el Tribunal a la confusión de calificaciones fundamentales, de manera que se presentan como impuestos lo que constituyen *“verdaderas tasas o viceversa, o como se juega con la imposición directa o indirecta, o con los tributos extrafiscales”.* Por eso considera la Sentencia del Tribunal Supremo que, por ineludible exigencia el principio de seguridad jurídica, las normas deben utilizar conceptos jurídicos determinados y categorías jurídicas conceptuales que proporcionen la certidumbre que los identifica<sup>8</sup>.

**b)** En el ámbito tributario. La normativa hace continua referencia a dicho principio, véase el preámbulo a la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de Reforma de la Ley General Tributaria; comentado el mismo, la doctrina ha expuesto: *“Personalmente, aunque no es una valoración aislada y así se viene poniendo de manifiesto en los primeros comentarios y análisis acerca de esta reforma, creo*

*que, o bien la Exposición de Motivos ha sido redactada por un autor distinto al que ha redactado los artículos reformados o añadidos, o bien hay que señalar críticamente la ‘hipocresía’ de la Exposición de Motivos que invoca objetivos utópicos muy alejados de la realidad de la reforma. ¿Realmente se puede invocar la seguridad jurídica cuando se legitima la comprobación retroactiva de hechos o situaciones consolidadas hace años permitiendo su recalificación fiscal? ¿Es ‘lex certa’ la fijación de los criterios administrativos que van a tipificar las conductas sancionables al amparo del mecanismo del conflicto en la aplicación de la norma o fraude de ley? ¿Puede afirmarse en rigor que la reforma contribuye a la estabilidad normativa cuando modifica, no sólo normas tributarias, sino textos procesales de la envergadura de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa?”*<sup>9</sup>.

**c)** Supuestos concretos. El que el lenguaje de las normas no es precisamente una demostración de adaptación al principio de seguridad jurídica, lo encontramos en la Ley 27/2014, de noviembre, Reguladora del Impuesto sobre Sociedades, al que se han incorporado preceptos que conducen precisamente a un resultado distinto; y así y sin ánimo exhaustivo sino con el sólo el deseo de dar cuenta de lo que en el presente texto se examina, vamos a ocuparnos de algunos aspectos que ponen de relieve lo expuesto, y así:

En materia de gastos deducibles<sup>10</sup>, el artículo 15 de la citada Ley dispone que no tendrán esta consideración: *“Los gastos de actuaciones contrarias al Ordenamiento Jurídico”;* en un tributo basado en importantes y amplios conocimientos económicos y contables, ¿tienen sentido este supuesto de no deducción como gasto a la hora de determinar el beneficio tributable por el Impuesto sobre Sociedades?

La Exposición de Motivos de la Ley y dentro de los objetivos claros que han inspirado la reforma del Impuesto figura el siguiente:

*“Seguridad jurídica. La reforma trata, asimismo, de incrementar la seguridad jurídica necesaria en una norma de esta naturaleza. Las características especiales de este Impuesto, que trata de proporcionar un marco jurídico en una realidad económica tan cambiante, hacen necesario intentar reducir la litigiosidad. Esta Ley recoge criterios doctrinales y jurisprudenciales, y aclara cuestiones que generan o puedan generar una conflictividad no deseada, garantizando la transparencia necesaria para acometer cualquier decisión de inversión. En este ámbito pueden mencionarse las reglas aplicables a operaciones a plazos, la no integración en la base imponible de aquellos ingresos que proceden de la reversión de gastos no deducibles o la posibilidad de aplicar parcialmente el régimen de operaciones de reestructuración”<sup>11</sup>.*

Sin embargo la referencia al Ordenamiento Jurídico y a las actuaciones contrarias al mismo es tan amplia y difusa que lo que origina en el aplicador de la norma es precisamente inseguridad jurídica; una concreción de lo expuesto se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2021, que se ocupa de la deducción como gasto de los intereses de demora<sup>12</sup> que arroja, según el parecer del Alto Tribunal, una respuesta positiva. El defensor en juicio de la Administración trajo a colación el precepto que nos ocupa para llegar a un resultado favorable a la no deducción; sin embargo en la Sentencia de referencia se expuso lo que a continuación sigue:

*“Por último, ya hemos dicho que en la legislación aplicable al presente recurso de casación no se contemplan como gastos no deducibles los ‘gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico’, pero lo cierto es que ‘actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico’ no pueden equipararse, sin más, a cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico, ya que esto conduciría a solu-*

*ciones claramente insatisfactorias, sería una interpretación contraria a su finalidad. La idea que está detrás de la expresión ‘actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico’ necesita ser acotada, y han de evitarse interpretaciones expansivas, puesto que esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, v. g. sobornos y otras conductas similares. En todo caso, los intereses de demora constituyen una obligación accesorio, tienen como detonante el incumplimiento de la obligación principal, pero en sí mismos considerados, no suponen un incumplimiento; al revés, se abonan en cumplimiento de una norma que legalmente lo exige”.*

Otro supuesto en que la seguridad jurídica es del todo punto cuestionable aparece en el Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se adapta la normativa del Impuesto de Sociedades a la Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, sobre asimetrías tributarias, pese a invocarse el principio de seguridad jurídica<sup>13</sup>, pues en su preámbulo se expone:

*“Respecto al principio de seguridad jurídica, se ha garantizado la coherencia del proyecto normativo con el resto del ordenamiento jurídico nacional, así como con el de la Unión Europea. De hecho, la norma responde a la necesidad de trasposición de la normativa comunitaria al Derecho español, en concreto, de la aludida Directiva 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, en su redacción dada por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017”.*

Sin embargo, nueva terminología aparece en la citada disposición que habrá que interpretar; y en tal sentido se enumeran entre otros: “renta de doble inclusión”, “transferencia híbrida”, “mecanismo estructurado”, “influencia significativa”, “beneficio operativo”, “norma primaria” y “norma secundaria”.

## II

**3)** Dando un paso más, la literatura jurídica pasa de la norma promulgada a

su aplicación, donde también nos encontramos diversas referencias al tema que nos ocupa; y así el art. 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que:

*“Las Sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito”.*

Pero previamente el art. 214 de la citada Ley había dispuesto que:

*“Los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmarlas, pero sí aclarar algún concepto nuevo, y rectificar cualquier error material de que adolezcan”.*

**a)** La obsesión por la claridad está contemplada en los diversos textos procesales; y así en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021, se expuso:

*“Reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la falta de claridad o insuficiencia de los hechos probados, no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en su contenido, ya que, como la contradicción, es un vicio puramente interno del factum que solo surge por omisiones sintácticas o por vacíos de comprensibilidad que impidan conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos”.*

Y con respecto al orden civil la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, fue del siguiente parecer:

*“El recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la*

individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento) y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida”.

También ha de ser citada la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013, en la que reiterando consolidada doctrina sobre la interpretación expuso:

*“Hemos de partir de la doctrina expuesta al comienzo del fundamento jurídico 13, sobre el alcance de la revisión de la interpretación de los contratos en casación, y de la jurisprudencia sobre cómo opera la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 del Código Civil, en relación con la del párrafo segundo. De acuerdo con la norma del párrafo primero del art. 1281 del Código Civil, ‘ha de estarse, en primer lugar, a la interpretación literal y sólo si hay dudas o contraposición entre la literalidad y la voluntad real de los contratantes o evidencia de que esta es contraria al texto literal, cumple acudir a las demás reglas. Más en concreto, (...) la interpretación debe ser conforme con el tenor literal de las cláusulas del contrato sólo cuando las mismas no dejen duda sobre cuál fue la intención de los contratantes, dado que si las palabras empleadas no expresaran, aunque fuera por omisión, esa voluntad común, prevalece ésta sobre aquellas’ (sentencias 22/2010, de 29 de enero; y 389/2013, de 12 de junio)”.*

**b)** Pero la claridad depende del lenguaje utilizado por la norma jurídica. Es conocido que el art.12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se refiere sobre la interpretación de las normas tributarias al sentido jurídico, técnico o usual según proceda<sup>14</sup>; por ello el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala Segunda de 17 de febrero de 2021, expuso:

*“Para abordar la contestación a este motivo casacional resulta necesario re-*

*cordar que esta Sala considera que lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales. La predeterminación del fallo, como vicio impugnable de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico. Para que haya predeterminación del fallo es necesario que en el relato fáctico se hayan utilizado expresiones técnicas en sentido jurídico. La doctrina de esta Sala incluye las siguientes: a) expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) expresiones que tengan valor causal respecto al fallo; d) y que, suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna (sentencias Tribunal Supremo 152/2006, de 1 de febrero y 1519/2004, de 27 de diciembre).*

*Por el contrario, si el Juzgador emplea expresiones que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, no técnicas en sentido jurídico, no habrá predeterminación. Es válido que las expresiones del lenguaje común se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial sino que, antes al contrario, en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que si, por un purismo mal entendido, se quisiera construir la descripción de los hechos a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso poco com-*

*preensible para los propios destinatarios de la Resolución (sentencia Tribunal Supremo 401/2006, de 10 de abril).”*

Todo lo expuesto guarda relación con la motivación de las sentencias, lo que se superó una vez decaído el Antiguo Régimen y la incorporación a los sistemas jurídicos de nuestro entorno del Recurso de Casación<sup>15</sup>.

**c)** La motivación también se extiende a los Laudos Arbitrales, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, en la que se expuso:

*“Es más, respecto a la motivación de los laudos ha de aclararse que tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irracionalidad y ello, en materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios. En tal sentido, conviene señalar que ‘la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual*

y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas' (sentencia Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 septiembre)<sup>16</sup>".

**d)** La terminología en cuestión aparece también cuando se está en presencia del Derecho Europeo, pues la referencia al "acto claro", aparece en relación con el planteamiento de cuestión prejudicial<sup>17</sup> de interpretación del Derecho de la Unión Europea por parte de los Tribunales nacionales; de las tres concretas excepciones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite frente a la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial-impertinencia de la cuestión, identidad o analogía de la cuestión con otra ya resuelta por el Tribunal de Justicia o "acto aclarado", y claridad de la cuestión o "acto claro", la resolución impugnada en amparo acudía a la hipótesis del "acto claro" como justificación del no planteamiento de la cuestión. Y, conforme a los criterios sentados en la doctrina Cilfit (STJCE de 6 de octubre de 1982, en especial apartados 9 a 21), el "acto claro" concurre cuando la correcta aplicación del Derecho de la Unión pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda alguna sobre la solución de la problemática suscitada.

Para alcanzar tal evidencia, deben cumplirse algunos exigentes requisitos en el proceso intelectual conducente a tal convicción, concretamente que se tenga en cuenta que: a) los textos de Derecho de la Unión están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual, lo que determina que la interpretación de una disposición de Derecho de la Unión obliga a una comparación de las versiones lingüísticas por parte del órgano jurisdiccional nacional; b) el "Derecho de la Unión" utiliza una terminología propia, de modo que los conceptos jurídicos no

tienen necesariamente el mismo contenido en ese Derecho y en los diferentes Derechos nacionales; y, finalmente, c) cada disposición de Derecho de la Unión debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata. Todo ello puede sintetizarse en la condición de que el órgano jurisdiccional nacional alcance con criterios objetivos la convicción de que la misma evidencia será compartida por los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, y aún por el propio Tribunal de Justicia<sup>18</sup>.

**e)** Por último los jueces tienen que emitir su parecer y aplicar normas de Derecho extranjero, lo cual es cada vez más frecuente habida cuenta la globalización de la economía; por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017, expuso:

*"El grupo recurrente es libre de efectuar las inversiones del modo que considere conveniente y, tratándose de inversiones en países extranjeros, puede acogerse a fórmulas legales o a modalidades de inversión que en nuestra patria nos son ajenas o desconocidas. Ello no significa la exclusión del Derecho mercantil extranjero para disciplinar, dentro del ámbito que le es propio, la forma de inversión y los efectos anudados a ella. Esto es, la cuestión cardinal en este asunto no es si las capital contributions –como fórmula de incremento del patrimonio o los fondos propios de la entidad beneficiaria, sin implicar un aumento formal en la participación del capital de ésta– son válidas o no, son eficaces o no como vehículo para la inversión o la inyección de fondos, sino algo distinto y más preciso: si la norma extranjera puede condicionar la interpretación de la ley española sobre el reconocimiento de la deducción, lo cual sólo será posible si la fórmula jurídica empleada se acomoda a las exigencias de este beneficio fiscal, sin posibilidad de interpretaciones*

*extensivas ni, menos aún, del prohibido uso de la analogía. La ley, en esto, es taxativa, pues reclama que la inversión se canalice a través de la adquisición de participaciones extranjeras, concepto que resulta claro y preciso en el enunciado legal y no requiere de complementos o auxilios hermenéuticos distintos del que proporciona la mera interpretación gramatical.*

*Por lo que respecta a la reposición de patrimonio como modalidad de posible inversión e incremento de las exportaciones, aun partiendo de la mera posibilidad, a efectos dialécticos, requiere en todo caso de la prueba, a cargo del contribuyente que aspira a lograr la deducción –que no va implícita en el simple hecho de esa transferencia de fondos– de la conexión causal entre tal inversión, cuyo destino primero e inmediato es enjugar las pérdidas y reflotar las empresas que atraviesan una difícil situación económica. En principio, se antoja de difícil conciliación conceptual tal designio de reponer patrimonio con el de incrementar la actividad exportadora, pero en todo caso, aun siendo ello posible, por hipótesis, habría sido precisa una prueba de la obligada relación causal entre el hecho y su consecuencia, esto es, entre la inversión y la actividad exportadora y, cuando menos, una explicación satisfactoria, que la demanda omitió, sobre el alcance de tal conexión imprescindible".*

### III

**4)** Pero obviamente, los diversos operadores jurídicos también han de atenerse a unas reglas en la redacción de sus escritos; y en tal sentido se recuerda:

*"La obsesión por la claridad refleja otra obsesión que es la del temor a la duda, el recelo a la interpretación. Por eso siempre ha existido en el Derecho, y existe en el vigente, lo que he llamado 'una especie de receptiva para la literatura jurídica', que impone como reglas 'la claridad' y 'la precisión' en el lenguaje.*

*La Ley de Enjuiciamiento Civil impuso a los abogados 'claridad y precisión' en*

*sus petita (arts. 524 y 540) y al juez en sus sentencias (art. 359).*

*El Reglamento de la Ley Hipotecaria exige ‘claridad y precisión’ en la redacción del recurso gubernativo (art. 113), en la resolución del presidente de la Audiencia (art. 118), en los recursos contra ella (art. 121) y en la resolución de la Dirección General (art. 123). El Reglamento del Registro Mercantil la exige en la decisión del Registrador (art. 70.3), en el recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 71.1) y en la resolución de ésta (art.73.1).*

*Más cumplidamente, el Reglamento Notarial (art. 148) obliga a redactar los instrumentos públicos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”<sup>19</sup>.*

El Art. 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, expone al regular “La demanda y su contestación”:

*“Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara, con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar; con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aportan en relación con los hechos que plantean sus pretensiones”.*

Sin embargo, en ocasiones los términos que se utilizan pueden no estar lo suficientemente claros, por ello la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2021, expuso:

*“Una tercera cuestión versa sobre la prueba documental. Algo acompaña también la razón a la recurrente cuando expresa que la Sala de instancia no alcanzó a dotar del contenido que pretendía conferir a su impugnación de determinados documentos. Y es que esa fórmula (impugno), tan habitual en el foro como confusa e imprecisa, no siempre es portadora del mismo mensaje. Si con ello se quiere cuestionar la auten-*

*ticidad del documento, cancelará la virtualidad probatoria que per se asigna al documento público –o a su copia si no se impugna su autenticidad– (arts. 317, 318, 320 o 267 LEC); o, en otras condiciones, a los documentos privados (art. 326 LEC). Ese tipo de impugnación en el proceso civil ha de situarse en momentos tasados con carácter preclusivo. Estas disposiciones no son, sin más, trasladables al proceso penal, sino solo con modulaciones, aunque siempre teniendo en cuenta el principio de buena fe procesal (art. 11.3 LOPJ). Y, desde luego, no conducen a descalificar sin más, el valor probatorio de una copia ni en el proceso civil (art. 334 LEC) ni, mucho menos, en el proceso penal. Otra cosa es que la falta de cotejo o autenticación pueda en algunos casos (no en muchos otros) generar dudas justificadas sobre su autenticidad. Otras veces, bajo la fórmula ‘se impugna’ se quiere introducir un alegato más cercano a lo que es la tacha de testigos (art. 377 LEC: hay motivos intrínsecos para dudar de su credibilidad) en mecanismo que no inhabilita la prueba y que no puede trasladarse con ese formalismo al proceso penal, aunque sin duda en éste cualquier parte es libre de cuestionar la credibilidad de un testigo –sin necesidad de una formal impugnación–; así como de formularle cualquier género de preguntas encaminadas a evaluar su fiabilidad, sin necesidad de una previa tacha. No basta con impugnar una prueba para inhabilitarla. Ni es necesario ajustarse a un momento concreto para discutir la credibilidad o validez de un medio probatorio, so pena de perder ya esa baza argumentativa”.*

#### IV

**5)** La literatura jurídica comprende obviamente el Derecho de los Profesores, plasmado en libros, artículos y textos de diversa índole, donde se sintetizan los saberes sobre la respectiva asignatura en su más alto grado, siendo en alguna ocasión de oportuna cita por la Jurisprudencia Suprema; como es obvio están

destinados al aprendizaje de los alumnos<sup>20</sup>, y en todo caso sirven de consulta por los aplicadores del Derecho, Jueces y Abogados.

Hacer mención en el momento presente de los textos en que los principales y más conocidos Catedráticos han volcado su saber, sería comprometido por mi parte, pero no renuncio a ello a sabiendas del riesgo que ello comporta, y en tal sentido menciono: *Derecho Civil de España* de Federico de Castro, *Curso de Derecho Mercantil* de Joaquín Garrigues, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* de Díez Picazo y Ponce de León, *Curso de Derecho Administrativo* de García De Enterría<sup>21</sup> y Fernández Rodríguez, *Derecho Procesal Civil* de Jaime Guasp Delgado, *Derecho Penal. Parte General* de Gonzalo Rodríguez Mourullo y *Sistema de Derecho Financiero* de Fernando Sáinz de Bujanda.

En todos ellos la exposición de la doctrina se hace con claridad y precisión a lo que antes se ha hecho mención.

**6)** Pero es que, además de su valor científico, las obras de los maestros tienen un mencionado valor literario<sup>22</sup>; de todos es conocida la anécdota de que el escritor Miguel Delibes<sup>23</sup> inició su afición a la escritura leyendo la obra del Profesor Garrigues *Curso de Derecho Mercantil*, anteriormente mencionada; además no hace mucho se divulgó una carta<sup>24</sup>, en la que el docente de Valladolid expuso al rehusar prologar la obra *Temas de Derecho vivo*:

*“Mi querido amigo y maestro: Su carta solicitándome un prólogo para su nuevo libro ‘Temas de Derecho vivo’ me ha emocionado. No creo merecer tanto honor. Usted no ignora que la raíz de mi literatura está en su ‘Curso de Derecho Mercantil’, que abordé por primera vez en los años cuarenta, con el recelo que inspira de entrada esta materia, para acabar descubriendo en él la literatura, esto es, el arte de encadenar palabras con belleza y erudición, la exactitud del adjetivo, el ramalazo metafórico deslumbrante y eficaz. Hasta entonces yo no había sido un*

*lector atento, sino un devorador de argumentos. La forma y la estructura literarias, la precisión de la palabra, el arte de escribir en suma —al margen de lo que se cuenta— lo encontré por vez primera en usted o, si lo prefiere, fue usted el primero que me hizo ver belleza y eficacia en la mera combinación de unos signos. Esto lo he dicho en repetidas ocasiones, y la oportunidad que me brinda ahora sería pintiparada para desarrollar estos extremos con algún detenimiento. Desgraciadamente, no puedo hacerlo. En estos años he rehusado varios prólogos porque soy consciente de que entre mis escasos talentos no figura el de presentador. Hacer una excepción ahora con usted podría ocasionarme roces y disgustos muy justificables. Espero, pues, que me comprenda y me disculpe. No tengo que decirle que de corazón deseo a usted y a su nuevo libro el éxito que merecen. Reciba un cordial abrazo de su sincero amigo. Fdo.: Miguel Delibes”.*

No quiero omitir que algunos Maestros del Derecho han accedido a la condición de numerarios de la Real Academia Española de la Lengua, como García de Enterría y sobre todo Muñoz Machado<sup>25</sup>, que llegó a dirigir la misma, como demostración de que la literatura es consustancial al desarrollo argumental del Derecho; y de ahí al cultivo de la literatura, sin otro aditamento sólo hay un paso<sup>26</sup>.

## V

7) Y queda por último la literatura de los simples ciudadanos al margen del desarrollo de sus pedimentos por medio de los Abogados. Es sabido que no hace muchas décadas la correspondencia epistolar era de lo más frecuente<sup>27</sup>; las gentes se comunicaban entre sí por medio de cartas<sup>28</sup>, en las que se plasmaba el sentir de los que las enviaban y de quienes las recibían. El Derecho Mercantil, de configuración siempre más ágil, siempre dio validez a los contratos derivados del simple canje de cartas, obviamente de contenido comercial, respe-

tando en cualquier caso lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en cuyo artículo 80 se dispone que:

*“En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de compensación directa. b) Accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.*

Por ello, la sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, expuso:

*“Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 241/2013, de 9 de mayo; 638/2013, de 18 de noviembre; 333/2014, de 30 de junio; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; y 705/2015, de 23 de diciembre)”.*

Pero quizá el texto de mayor implicación personal, en el que se mezcla la caligrafía con la voluntad de quien lo ha redactado es el testamento ológrafo<sup>29</sup>,

pues según el art. 688 del Código Civil: *“Para que sea válido este testamento estará escrito todo él y firmado por el testador, con exposición del año, mes y día que se otorgue”.*

Suspendida la antigua exigencia de tener que escribirse en papel sellado<sup>30</sup>, subsiste la adveración donde tiene que acreditarse por tres testigos el conocimiento de la letra y firma del testador<sup>31</sup>.

Este es quizá el último vestigio de la alusión al conocimiento de la “letra” del autor de un texto; en el momento presente, el correo electrónico, los mensajes SMS, las notificaciones electrónicas<sup>32</sup> y demás consecuencias del progreso de la técnica son las que nos rodean en nuestro comportamiento diario, y de las que no se puede prescindir. Pero ello no excluye que siga siendo importante la composición literaria, o al menos algunos seguimos dándole importancia, si bien hará falta que la formación que se da en los cursos correspondientes de la enseñanza media, enlace con la que se ofrecía en otros momentos. Terminamos haciendo mención de lo que sobre el particular tiene expuesto un conocido escritor y Académico:

*“El otro aspecto eran las lecturas. Tengo en la mesa el libro de Lengua Española de 2o de Bachillerato, 1962, editorial Edelvives: 224 páginas concisas, claras, que explican morfología, sintaxis y prosodia. Desde la oración hasta los períodos gramaticales, todo está contado de forma sencilla. Como complemento, a cada lección la acompañan fragmentos literarios escogidos, situados de modo que cualquier alumno terminaba leyéndolos aunque fuese por puro aburrimiento. Y así, aparte de escribir y hablar bien, obtenías una aproximación clara a los mecanismos de la lengua y a los autores destacados. Pero no sólo Cervantes, Galdós o Quevedo; hasta al más torpe le acababan sonando Pedro Antonio de Alarcón, Garcilaso, Machado, Zorrilla, el duque de Rivas o los Álvarez Quintero. Y, bueno, vaya a la puerta de un colegio y averigüen lo que a los chicos de esa edad les suena ahora”.* ■



## NOTAS

**1)** Me remito a *Solo lo escrito permanece en la memoria y en el tiempo*, del Profesor Rodríguez Lafuente, en *ABC Cultural* del día 13 de febrero de 2021. El Profesor Artola, sobre el particular expuso: “El lenguaje es la condición necesaria para la formulación y comunicación del pensamiento, para expresar la voluntad, las ideas, las sensaciones y los sentimientos. La escritura es el medio de mantener la comunicación a distancia, tanto en el espacio como en el tiempo”; en *Europa*, Colegio Libre de Eméritos y Eulen (2007). En estas líneas introductorias no puedo omitir el excelente libro de Irene Vallejo, *El infinito en un junco: la invención de los libros en el mundo antiguo*, de la Editorial Siruela (2019), y que ha sido Premio Nacional de Ensayo en el año 2020. Sobre la relación entre el lenguaje humano y el de los pájaros véase lo que expuso el erudito Orellana en *Catálogo y descripción de los pájaros de la Albufera de Valencia* (1795); me referí a ello en *De Azorín en Valencia a Valencia de Azorín*, discurso pronunciado en el Paraninfo de la Universidad, en el año 2018 con motivo del Cincuenta Aniversario de la conclusión de los estudios en la Facultad de Derecho de Valencia; aparece publicado en *Abogados del Estado. Revista de la Asociación* n.º 48 (2018).

**2)** Véase *Desarrollo y evolución del lenguaje* de García Barreno, en *Boletín de Información Lingüística de la Real Academia Española* n.º 9 (2018). Y por lo que concierne a lo que nos es más próximo, me remito a *Sobre el lenguaje y el Derecho*, del Profesor Olivencia Ruíz, en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina* (1984).

**3)** También suscribieron el Protocolo la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y la Conferencia de Decanos de Derecho de España.

**4)** Fruto de la creación de la Comisión mencionada en el texto fue la publicación del *Diccionario Español Jurídico*, del *Diccionario Panhispánico de Español Jurídico* y del *Libro de Estilo de la Justicia*; a los citados diccionarios se refirió el Director de la Real Academia Española de la Lengua, Profesor Muñoz Machado, en *Las palabras del Derecho*, *ABC Cultural* del día 27 de marzo de 2021.

**5)** El Preámbulo de la Ley alude a estos principios y también al Plan Anual Normativo; se refieren a ello Botella García y Botella Pedraza en *El cumplimiento normativo hoy. Especial referencia al sector público*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a D. Manuel Goded Miranda*, Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado (2019).

**6)** Aunque la actividad normativa no es lo mismo que el proceder administrativo, no por ello ha de dejar de mencionarse lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo artículo tercero, y dentro de la rúbrica de “principios generales” aplicables a to-

das las Administraciones Públicas, aparece, apartado b) la “claridad”.

**7)** Suele invocarse como precedente la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, en la que se expuso: “La seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio”.

**8)** Así lo entiende el Profesor Menéndez Moreno en *La naturaleza jurídica de las costas procesales. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 760/2019, de 3 de junio*, en *Quincena Fiscal* n.º 14 (2019).

**9)** Así lo entiende la Profesora Sesma Sánchez en “La Reforma de la Ley General Tributaria en materia de prescripción y cuestiones conflictivas”; en “Revista Española de Derecho Financiero” n.º 173 (2017); por su parte, el Magistrado del Tribunal Supremo D. Dmitry Berberoff en su intervención en la Sección de Derecho Financiero y Tributario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, expuso: “En el contexto anteriormente descrito, es legítimo preguntarse si la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede contribuir a reforzar la seguridad jurídica. La respuesta es que no sólo puede, sino que debe hacerlo, aunque, evidentemente, no siempre se logra. Sin embargo, la consecución del prestigio del Tribunal en grado de excelencia depende de su papel de garante de la seguridad jurídica;” me ocupé del tema en “La cuestión terminológica en la nueva Ley General Tributaria”. *Revista “Impuestos” Volumen I* (2004).

**10)** Me remito a lo que deje expuesto en mi monografía *Los gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades*, Editorial Aranzadi (2021).

**11)** Responde a la misma problemática mencionada en el texto la referencia que se contiene en el artículo 14 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, a la consideración como gastos no deducibles asociados a provisiones de: “Los derivados de obligaciones implícitas o tácitas”; esto último ya se prevé en el Plan General de Contabilidad.

**12)** La doctrina se reitera en diversas y posteriores sentencias del Tribunal Supremo, que se pronuncian en los mismos términos; me referí a ello en *Devoluciones tributarias e intereses de demora*; *Revista Oficinas Liquidadoras* (2021).

**13)** Sin embargo el principio de seguridad jurídica exige algo más y en concreto claridad y precisión en la norma jurídica, no siendo exponente de ello lo que se dispone en el mismo art. 15 bis, de la Ley Reguladora del Impuesto sobre Sociedades, sobre “asimetrías híbridas”, en el que se indica: “A estos efectos, se considera mecanismo estructurado todo acuerdo, negocio jurídico, esquema u operación en el que la ventaja fiscal derivada de las asimetrías híbridas a

que se refieren dichos apartados en los términos en ellos señalados, esté cuantificada o considerada en sus condiciones o contraprestaciones o bien que haya sido diseñado para producir los resultados de tales asimetrías, excepto que el contribuyente o una persona o entidad vinculada con él no hubiera podido conocerlos razonablemente y no compartiera la ventaja fiscal indicada”.

**14)** El precepto es reiteración del contenido en la normativa anterior; aún puede consultarse con fruto: *La interpretación tributaria ante el nuevo título preliminar del Código Civil*, de Pastor Ridruejo, en la obra colectiva que tuvo la oportunidad de dirigir *Estudios sobre la Ley General Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales (1979). Asimismo, es de obligada cita *La interpretación de la realidad social del artículo tercero del Código Civil*, de Pabón de Acuña, en *Editorial Revista General de Derecho* (1999).

**15)** A ello se refirió el Profesor Díez Picazo en *La Jurisprudencia* integrante de la obra colectiva *El Poder Judicial*, Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado (1985), editada por el Instituto de Estudios Fiscales, y que corresponde a las “Jornadas de Estudio” de dicho centro Directivo del que en aquella época quien el presente suscribe era responsable del Servicio de Estudios.

**16)** De entre los numerosos comentarios sobre dicha sentencia, véase el de Cremades Sanz-Pastor (Bernardo), en diversas intervenciones en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, de la que es Académico de Numero.

**17)** Del voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 27/2013 de 11 de febrero me he ocupado en *Fuentes del Ordenamiento Jurídico Europeo y Recurso prejudicial*, Cuadernos de Derecho Registral (2016).

**18)** La cuestión que se expone en el texto ya fue analizada por Silva de Lapuerta (Rosario) en *La obligación del juez nacional de interponer un recurso prejudicial: la teoría del acto claro* en *Noticias CEE* n.º 25 (1986), págs. 115 y ss. Véase asimismo *Los freelance del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina Cifit*, de Sarmiento Ramírez-Escudero, integrante de la obra *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, dirigido por Huelin Martínez de Velasco y Zamora Zaragoza, Consejo General del Poder Judicial (2007), y *La revisión de la doctrina del acto claro por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; casos X y Ferreira da Silva*, de Ruíz Cairo, en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 38 (2016).

**19)** La cita es del Profesor Olivencia Ruíz, en *Claridad y precisión en el lenguaje de Joaquín Garrigues*, integrante de la obra: *Joaquín Garrigues: Jurista y universitario ejemplar*, Maestros complutenses del Derecho (1996).

**20)** El denominado “Plan Bolonia” no va a necesitar de grandes textos para el estudio de los alumnos como antes ocurría por la mayor concreción de los programas de estudio y menor desarrollo temporal de la Licenciatura de Derecho, equivalente al “Grado”; me referí a ello en la reseña de la presentación de la obra *Estudios Jurídicos en Homenaje a D. Manuel Goded Miranda*, Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado (2019), que aparece publicada en *Abogados del Estado. Revista de la Asociación* n.º 50 (2019) donde expuse: “*Los actuales estudios en las Facultades de Derecho, basados en el denominado ‘Plan Bolonia’, no permiten a los estudiantes llegar en las mismas condiciones con las que se hacía con anterioridad; véase ‘Nuevos horizontes en la enseñanza universitaria. Especial referencia del Derecho Civil’, de la Profesora Hernández Ibáñez, en ‘Horizontes de cambio en el Derecho IV’, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (2017); y ‘La misión de la Universidad, vista desde una Facultad de Derecho’, del Profesor Tena Piazuelo, ‘Diario La Ley’ del día 8 de abril de 2019. Sin ánimo de polemizar pues no es el momento ni el lugar, mi opinión es que el Plan Bolonia, intentando insertar en las Facultades los aspectos prácticos, es un error; de los Catedráticos hay que esperar que enseñen la teoría con la mayor precisión y rigor, pues ello no se explicará en lugar alguno; quedan las Escuelas de Práctica Jurídica u otros centros similares para llevar a la práctica los conocimientos; pero estos han de adquirirse previamente.*”

**21)** Del citado autor, también miembro de la Real Academia Española de la Lengua, véase *El derecho, la palabra y el libro*, integrante de *La poesía de Borges y otros ensayos* (1992).

**22)** El valor literario se predicaba sin duda del Código Civil, al menos en su inicial redacción dada su popularidad; gustaba el profesor Martín Wolff de contar cómo hacía que los estudiantes primerizos leyese delante de él uno o varios artículos del Código Civil alemán y cómo todos habían ido confesando que no se habían enterado de nada de lo leído. La perfección de la técnica abstracta lleva así al máximo esoterismo. Contrasta con la técnica de nuestro Código Civil, que pone bien de relieve una anécdota narrada por don Ramón Menéndez Pidal. Dice que un día, caminando por las quebradas de Navacerrada, se encontró leyendo a un pastor de ovejas; leía, agrega, un libro de buen exterior: era el Código Civil. Como este pastor, muchas personas, campesinos o de las ciudades, guardan de padres a hijos un ejemplar del Código. Para preparar una reclamación sobre pastos, como el pastor de marras, y también para saber de sus facultades y de sus debe-

res. Un Código comprensible a todos educa al pueblo y puede ser la mejor guía para una buena y pacífica convivencia (Francisco Rico-Pérez, *Alfonso XIII y La Universidad de Hispanoamérica*, Zamora, 1982, pág. 259, Edit. Fundación Ramos de Castro. Tomo la referencia “in extenso” de Azorín y *el Derecho* del citado Profesor Rico Pérez, en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Centro de Estudios Registrales, Volumen I (1999).

**23)** Por si alguno no lo recuerda, Miguel Delibes, además de ser un conocido y laureado escritor, fue Catedrático de Derecho Mercantil de las entonces denominadas Escuelas de Comercio; ello explica la lectura de la obra de Garrigues; véase *La amistad de dos gigantes* (2021) en la que se recopilan no menos de trescientas cartas cruzadas entre Delibes y Francisco Umbral.

**24)** La trajo a colación al Profesor Olivencia Ruíz, en la obra anteriormente mencionada dentro de la colección *Maestros Complutenses del Derecho*.

**25)** Me ocupé de una conocida obra del autor citado en *¿Quién llegó antes?*, a propósito de una reciente obra del Profesor Muñoz Machado, publicada en *Abogados del Estado. Revista de la Asociación* n.º 49 (2019). La obra que se reseñó fue *Hablamos la misma lengua. Historia política del español en América desde la Conquista hasta las Independencias*. Editorial Planeta (2017).

**26)** Y ese paso lo dio hace algún tiempo el Profesor Cazorla Prieto, que además de Catedrático de Derecho Financiero y Tributario es autor de interesantes novelas ambientadas en la zona del Protectorado español en Marruecos, siendo además un destacado analista histórico. Me remito a lo que expuso en: *Charles de Gaulle, Estadista*, *Tercera* de ABC de 5 de abril de 2021. Aprovecho la ocasión para agradecerle la mención de mi persona contenida en el prólogo de sus últimas obras, cuyo único mérito por mi parte es el haber leído los originales y haberle dado mi opinión; no menos valor literario tiene la presentación de la revista *Carta Tributaria*, que mensualmente ofrece su Director y Maestro del Derecho Financiero y Tributario, el Profesor Martín Queralt.

**27)** Cito aquí el estudio del polifacético y también reconocido autor de interesantes obras al margen de su saber jurídico, D. Antonio Pau y que llevé por título *¿De quién son las cartas?* en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (2008). Entre las obras de Pau que aquí merecen ser destacadas traigo a colación las biografías de Rilke, Novalis, Thiebaut y Hölderlin, entre otras, y que aparecen publicadas en la acreditada Editorial Trotta.

**28)** Por ello el Código de Comercio, y dentro de los libros que tenían que llevar los comerciantes, mencionaba en su redacción original el libro *Copiador de cartas y telegramas*.

**29)** De entre la abundante literatura jurídica sobre el tema, véase: *El testamento, título de operaciones sucesorias realizadas en la normalidad de Derecho*, de Blanquer Uberos; publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2008), donde se recoge su discurso de recepción como Académico Numerario.

**30)** Me remito a *Crónica parlamentaria de la primera reforma del Código Civil: un ejemplo de prevalencia del utilitarismo frente al Derecho sustantivo. El caso del papel sellado correspondiente al testamento ológrafo* de Gilabert Cervera en: *Estudios Jurídicos en Homenaje a D. Manuel Goded Miranda*, Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado (2019).

**31)** Así se desprende de lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por la que se dio nueva redacción a los artículos 61 y siguientes de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado.

**32)** El Tribunal Constitucional en sentencia 40/2020, de 27 de febrero, tiene declarado: “*Conviene aclarar, por lo demás, que en todos aquellos procesos donde resulte legalmente preceptiva la intervención de profesionales de la justicia, las comunicaciones electrónicas posteriores al primer emplazamiento del demandado o ejecutado no han de hacerse tampoco a través de la dirección electrónica habilitada, sino de la plataforma del sistema Lexnet: (i) en aquellos tribunales situados en el territorio del Ministerio de Justicia (Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre), (ii) así como aquellos otros con sede en las comunidades autónomas que hayan suscrito convenios con dicho ministerio para la utilización de Lexnet, dado que como demás tiene declarado este tribunal, se trata de un sistema dotado de las garantías de autenticidad y constancia fehaciente sobre el contenido de las comunicaciones [sentencias Tribunal Constitucional 6/2019, de 17 de enero, FFJJ 4 d) y 5 c); 55/2019, de 6 de mayo, FJ 4 a)], (iii) Similares garantías deben incorporarse, en todo caso, a las plataformas similares gestionadas por las restantes sedes judiciales electrónicas [art. 11 del Real Decreto 1065/2015; sentencia Tribunal Constitucional 55/2019, FJ 4 a)].”*

**33)** Así lo expuso Pérez Reverte en *ABC Semanal* n.º 1746, abril de 2021.

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# La dudosa constitucionalidad del RD-Ley 3/2016:

Reflexiones entorno al Auto  
de 23 de marzo de 2021  
de la Audiencia Nacional  
planteando la cuestión de  
inconstitucionalidad

**Jorge De Juan Casadevall**

Abogado del Estado (Exc)  
Doctor en Derecho

*“El Decreto-Ley 3/2016, ahora cuestionado por la Audiencia Nacional, integra un paquete legislativo heterogéneo, una cromática miscelánea de disposiciones de diversa naturaleza, que validan su categorización como lo que, en expresión plástica, se ha calificado como un ‘decreto-ley ómnibus’”*

### 1. Introito

El reciente Auto de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2021 cuestionando la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, constituye el epítome de la turbia relación que atormenta al Decreto-Ley en el ámbito tributario.

En los últimos tiempos hemos asistido a un abusivo recurso a la legislación de urgencia por Gobiernos de distinto color político, y en muchos y muy diversos segmentos del ordenamiento jurídico, que han convertido esta técnica legislativa excepcional en una anómala forma de legislar, aun a costa de sacrificar los rigurosos presupuestos constitucionales que cuidadosamente la delimitan. El uso recurrente de este expediente constitucional de origen francés, de frecuente utilización en la etapa preconstitucional, cuestiona seriamente la calidad de nuestras instituciones democráticas, sobre todo por las muy diversas razones que lo propalan, como la precariedad de la mayoría parlamentaria gubernamental, la perentoriedad del calendario político, la corrección *in extremis* de una indeseable jurisprudencia, el restablecimiento pretendidamente *temporal* de un impuesto suprimido por obsoleto o la indisimulada pulsión recaudatoria que se prodiga en materia financiera y tributaria.

El Decreto-Ley 3/2016, ahora cuestionado por la Audiencia Nacional, integra un paquete legislativo heterogéneo, una cromática miscelánea de disposiciones de diversa naturaleza, que validan su categorización como lo que, en expresión plástica, se ha calificado como un “*decreto-ley ómnibus*”. En lo que se refiere estrictamente al Impuesto sobre Sociedades, el Decreto-Ley 3/2016 “*afecta*” a un extenso elenco de normas que inciden en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades como son i) los límites para la compensación de bases imponibles negativas aplicables a grandes empresas;

ii) los límites para la compensación de bases imponibles negativas y activos por impuestos diferidos; iii) la imputación de rentas negativas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o fondos propios de entidades participadas; iv) la no deducibilidad de pérdidas por deterioro de inmovilizado material, valores representativos de la participación o de deuda pública; v) efectos fiscales de las variaciones de valor por aplicación del criterio de valor razonable; vi) la exención de dividendos y rentas derivadas de transmisión de valores, y vii) eliminación en base de la doble imposición. Pero no se limita a acometer esta reforma integral de la base imponible de este impuesto, sino que incide también en el régimen fiscal de cooperativas, en el Impuesto sobre el Patrimonio, Impuestos Especiales, en la propia Ley General Tributaria, y en normas de Seguridad Social.

En cuanto aquí nos interesa, la modificación legislativa operada por la vía de urgencia en el Impuesto sobre Sociedades incide, y de forma muy significativa, sobre la base imponible del tributo. Es decir, magnitud de la riqueza gravada (artículo 50 de la LGT), la manifestación de la capacidad económica sometida a gravamen (artículo 31.1 de la CE), que constituye un elemento nuclear en un tributo variable, máxime en la imposición societaria, en la que se mimetiza con el resultado contable con las excepciones fiscales explicitadas en su ley reguladora, que se traduce en la técnica de los ajustes fiscales extracontables. Prácticamente se produce una reforma integral de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, elemento estructural del tributo, esencial en la cuantificación de la cuota tributaria, en la medida en que se erige en la base de cálculo, —reflejo cuantitativo de la magnitud de la riqueza gravada—, sobre la que se aplica el tipo de gravamen; que desborda ampliamente la materia normativa cubierta por la reserva constitucional de ley formal tributaria (artículo 86.1 en relación al artículo 31.3 de la CE, y artículo 133.1 de la

CE). Se siembra de excepciones fiscales, por vía de Real Decreto-Ley, la ecuación de base imponible y resultado contable establecida por Ley formal (artículo 10 de la LIS).

Pero no se agota aquí la inmisión, constitucionalmente ilegítima, del Real Decreto-Ley en materia tributaria que le es ajena, sino que penetra también en la limitación de la deducción por doble imposición, una vez aplicado el tipo impositivo, colisionando con lo dispuesto en la Red de Convenios para evitar la Doble Imposición, operando sobre otro elemento esencial de cuantificación como es la cuota tributaria (DA 15ª de la LIS). Con todo, la más relevante innovación cualitativa del Real Decreto-Ley 3/2016 es la derogación *ex tunc* del régimen transitorio establecido para las reversiones de los deterioros de cartera (Disposición Transitoria 16ª de la LIS); toda vez que la nueva norma establece una reversión automática del 20% de los ajustes practicados en el pasado en concepto de deterioro fiscal de cartera de las entidades participadas, por un periodo de 5 años, con independencia de que se haya producido una recuperación patrimonial en la entidad participada que provocó tal deterioro. La nueva norma equivale, básicamente, a la creación de un tributo *ex novo*, equivalente al 20% anual del ajuste por deterioro de cartera de la sociedad participada depreciada antes de 2013. En una palabra, asistimos a la creación de una nueva obligación tributaria general, y a una modificación de sus elementos estructurales esenciales, que desconoce, –y pugna con– la reserva material de ley tal y como ha sido constitucionalmente configurada.

Con estos mimbres, no causa extrañeza alguna que a la Audiencia Nacional, siguiendo de cerca el precedente del Real Decreto-Ley 2/2016 relativo a la modificación del pago fraccionado del Impuesto sobre Sociedades, cuya inconstitucionalidad fue declarada por la STC 78/2020, de 1 de julio, se le haya suscitado una duda razonable de constitucionalidad. Antes de abordar el sentido

y alcance de su Auto de 23 de marzo de 2021 vamos a detenernos en el análisis del canon de constitucionalidad decantado por la jurisprudencia constitucional.

## **2. La definitiva configuración de la imposición societaria como materia tributaria infranqueable por el Decreto-Ley**

Las SSTC 73/2017 y 78/2020 configuran, para el Impuesto sobre Sociedades, un espacio de intangibilidad material impermeable al Decreto-Ley. En efecto, el art 86.1 CE delimita un ámbito material negativo en el que el Decreto-Ley no puede penetrar. En particular, y en cuanto aquí nos interesa, la legislación de urgencia no podrá “afectar” a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, entre los que se incardina el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad (art 31.1 CE).

Una interpretación literalista del término “afectar”, conllevaría la expulsión del Decreto-Ley del ámbito jurídico-tributario; tesis maximalista que sería desechada por el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias. Sin embargo, la relación umbilical existente entre el principio de legalidad y la materia tributaria, y su excepcional derogación por la legislación de urgencia emanada del Poder Ejecutivo, supuso la inicial identificación, o asimilación, del ámbito material excluido, con la reserva material de ley tributaria. Nótese que el art 133.1 CE proclama que la potestad originaria para establecer tributos corresponde al Estado mediante Ley, que bien podía entenderse como Ley en sentido formal, y que el art 31.3 CE, ubicado sistemáticamente en el Título I, prevé que sólo podrán establecerse prestaciones patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley. Ciertamente no se trataría de una reserva absoluta de Ley, repelente de cualquier género de normación reglamenta-

ria, pero sí de una reserva relativa que cubriría la creación *ex novo* del tributo, y la determinación de los elementos esenciales o configuradores de la obligación tributaria.

Esta tesis, que, podríamos denominar “*doctrina de la coextensión*”, supone la identificación entre reserva relativa de ley tributaria y el ámbito material excluido del Decreto-Ley, y se explica por la confusión que anida en la textura híbrida de esta excepcional forma de producción normativa. Su más primitiva formulación la encontramos en la STC 6/83 (FD 4), y se mantendría incólume en las posteriores SSTC 41/1983 y 51/1983, hasta que con la STC 182/97 se procede a “*matizar explícitamente la doctrina de este Tribunal sobre el sentido y alcance de los límites del Decreto-Ley cuando recae sobre materia tributaria*” (FD 8). En síntesis, la matización consiste en vincular el ámbito material excluido del Decreto-Ley no tanto con la reserva relativa de ley tributaria (art 31.3 CE), como con el deber constitucional de contribuir al levantamiento de las cargas públicas (art 31.1 CE).

En particular, la STC 182/97 sostiene que:

*“Conforme a la propia literalidad del art. 31.1 CE queda claro, pues, que el Decreto-Ley no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo. Lo que no significa otra cosa que dar cumplimiento a la finalidad última del límite constitucional de asegurar el principio democrático y la supremacía financiera de las Cortes mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario, de modo que ‘la regulación de un determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes’, como se afirmó en la STC 19/1987, fundamento jurídico 4º.*

*De manera que vulnerará el art. 86 CE cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario”.*

De esta forma, el cambio de orientación jurisprudencial, no es más que una “*matización*”, que viene a conectar la alteración, –o “*afectación*”–, del régimen general o de los elementos esenciales del tributo, cubiertos por la reserva de ley (artículo 31.3 de la CE), con el deber constitucional de contribuir (artículo 31.1 de la CE). A este planteamiento se añade un tercer elemento que es la consideración al tributo “*afectado*”, a su naturaleza, estructura y función en el entero sistema tributario, y su propia permeabilidad al principio de capacidad económica (FD 7 de la STC 182/97 in fine).

Por ende, la imbricación del deber constitucional de contribuir requiere un examen de cada concreta figura tributaria “*afectada*”, su relación con el principio de capacidad económica, su función redistributiva, su carácter general o su reflejo en la presión fiscal global que soportan los ciudadanos. Así, en la STC 137/2003 de 3 de julio, al enjuiciar la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 12/1995, en la STC 108/2004, de 30 de junio, al enjuiciar la modificación de los tipos de gravamen operada en el impuesto sobre el alcohol y bebidas derivadas operada por el Real Decreto-Ley 12/1996 de 26 de julio, o en la STC 189/2005 en relación al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En cuanto aquí nos interesa, el Alto Tribunal considera que cualquier alteración de un elemento esencial del IRPF afecta al deber constitucional de contribuir, y constituye materia vedada al Decreto-Ley, porque como declaraba la misma STC 189/2005, en relación a la modificación operada en tratamiento tributario de los incrementos y disminuciones de patrimoniales, los preceptos impugnados “*han afectado a la esencia del de-*

ber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE, pues al modificar el régimen tributario de los incrementos y disminuciones patrimoniales en un tributo que, como el impuesto sobre la renta de las personas físicas constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario, se ha alterado el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes, en unos términos que, conforme a la doctrina de este Tribunal (SSTC 182/1997 (RTC 1997, 182), 137/2003 (RTC 2003, 137), y 108/2004 (RTC 2004, 108), ya citadas), están prohibido por el art. 86. 1 CE”.

Esta doctrina, ha sido seguida por la STC 73/2017, de 8 de junio de 2017, que al declarar la inconstitucionalidad de la llamada Declaración Tributaria Especial, —la mal llamada amnistía fiscal—, extendería su tesis sobre el IRPF al Impuesto sobre Sociedades, razonando en su FD 3 en los siguientes términos:

*“Por otra parte, al IS se le puede considerar, junto con el IRPF, como otra de las piezas básicas del sistema tributario y, concretamente, de la imposición directa en España. Se trata de otro tributo global sobre la renta, aunque en este caso de las personas jurídicas, que, con su integración con el IRPF, complementa el gravamen de uno los de índices de capacidad económica más importantes: la renta. De esta manera, sirve también al objetivo de personalizar el reparto de la carga fiscal según los criterios de capacidad económica y de igualdad, coadyuvando al cumplimiento de los principios de justicia tributaria y los objetivos de redistribución de la renta. Por tanto, la alteración sustancial de sus elementos esenciales podría afectar también al modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de las personas jurídicas que pongan de manifiesto una capacidad económica gravable”.*

Esa conexión íntima del IS con el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art 31.1 CE y, por ende, la afectación directa

de un deber constitucional ubicado sistemáticamente en el Título I de la Norma Fundamental, que funciona como límite negativo infranqueable por el Decreto-Ley (art 86.1 CE), así como la depuración técnica del canon de constitucionalidad, se confirman plenamente con la reciente STC 78/2020, que se erige en un valioso precedente para enjuiciar la constitucionalidad del Decreto-Ley 3/2016. Esa depuración técnica del canon de constitucionalidad acometida por esta sentencia, pero anunciada ya por la STC 73/2017, impone un enfoque analítico tridimensional adoptado para dibujar el perímetro material intangible por Decreto-Ley, y exige detenerse en: i) el tributo afectado, naturaleza, estructura y función que cumple en el sistema tributario, y grado de imbricación del principio de capacidad económica; ii) la alteración de los elementos esenciales del impuesto; y iii) naturaleza y alcance de la regulación introducida.

### **3. El Auto de 23 de marzo de 2021 de la Audiencia Nacional de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad**

El precitado Auto de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2021, en su FD Segundo, realiza una remisión expresa a la granítica jurisprudencia constitucional en la materia y, en particular a la STC 78/2020, por la que se declara la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 2/2016 que reformaba el sistema de Pagos Fraccionados del Impuesto sobre Sociedades (IS), de una evidente proximidad teórica con el Real Decreto-Ley 3/2016, y en mérito a esa sentencia, alberga serias fundadas dudas de constitucionalidad del artículo 3 Primero del RD-Ley 3/2016, en base de las siguientes argumentos:

*“Siguiendo la doctrina declarada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 78/2020, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad muy semejante a la que ahora se plantea, delimitamos la duda de inconstitucionalidad del artículo 3 Primero del Real Decreto-Ley 3/2016,*

*en cuanto a su posible incompatibilidad con los arts. 86.1 y 31.1, ambos de la Constitución, por haberse aprobado mediante un instrumento normativo —el Decreto-Ley— que no puede afectar al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado.*

*Esta valoración sobre la posible inconstitucionalidad de la norma, como se desprende de la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional, ha de realizarse atendiendo a su posible validez o invalidez, sin consideración a su vigencia o derogación en el momento en que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad.*

*Pues bien, en relación al uso del decreto-ley en materia tributaria, la anterior Sentencia declara: ‘(...) de la misma manera que la Constitución ha sometido al imperio de la ley, con carácter general, el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, cuando tienen naturaleza tributaria, ha condicionado los instrumentos normativos a través de los cuales se puede cumplir con aquella reserva, pues no solo limita el uso del decreto-ley a aquellos supuestos en los que no se afecte a los deberes de los ciudadanos regulados en el título I (art. 86.1 CE) y, concretamente, al deber de contribuir de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), sino que impide la utilización de la Ley de presupuestos como instrumento a través del cual ‘crear tributos’ (art. 134.7 CE) y excluye la materia tributaria de la iniciativa popular (art. 87.3 CE)’ (SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5; 139/2016, de 21 de julio, FJ 6, y 73/2017, FJ 2). (...) el decreto-ley ‘no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo’. Así, vulneraría el art. 86.1 CE ‘cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la*

posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario' (SSTC 182/1997, FJ 7; 100/2012, FJ 9; 139/2016, FJ 6; 35/2017, FJ 5, y 73/2017, FJ 2)".

La Sala Contenciosa analiza de forma detallada la aplicación de la doctrina plasmada en la STC 78/2020, y la proyecta en relación con las medidas introducidas con el RD-Ley 3/2016 en los siguientes términos:

*"Veamos la aplicación de esta doctrina al supuesto que examinamos:*

*1. El tributo en el que ha incidido el precepto controvertido:*

*Lo es el Impuesto de Sociedades, el cual 'constituye un pilar básico de la imposición directa en España junto con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, encontrando ambas figuras su razón de ser en el artículo 31 de la Constitución, que exige la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente' (ya citada Sentencia 78/2020).*

*2. Los elementos del tributo que han resultado alterados por el precepto controvertido:*

- *Los límites para la compensación de bases imponibles negativas aplicables a grandes empresas (Disposición Adicional Decimoquinta de la LIS).*
- *Los límites para la compensación de bases imponibles negativas y activos por impuestos diferidos (Disposición transitoria Trigésima Sexta de la LIS).*
- *La imputación de rentas negativas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o fondos propios de entidades participadas (artículo 10.11 de la LIS).*
- *La no deducibilidad de pérdidas por deterioro de inmovilizado material, valores representativos de la participación o de deuda pública (artículos 13.2 y 15 de la LIS).*
- *Efectos fiscales de las variaciones de valor por aplicación del criterio de valor razonable (artículo 17.1 de*

*la LIS)*

- *La exención de dividendos y rentas derivadas de transmisión de valores.*
- *Eliminación en base de doble imposición (artículos 21, 22, 31, 32 y 88 de la LIS)*

*3. La naturaleza y el alcance de la concreta regulación de que se trate.*

*Estos preceptos inciden directamente sobre la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, elemento estructural del tributo, que constituye la base de cálculo sobre el que se aplica el tipo impositivo, del que deriva la cuantificación de la cuota tributaria. Es por ello evidente, que la regulación de la determinación de la base imponible del Impuesto, afecta a un elemento esencial del tributo.*

*Regulan, asimismo, la limitación de la deducción por doble imposición, una vez aplicado el tipo impositivo, incidiendo sobre otro elemento esencial de cuantificación de la cuota tributaria.*

*Establecen el régimen transitorio establecido para las reversiones de los deterioros de cartera (Disposición Transitoria Decimosexta de la LIS); puesto que la nueva norma fija la posibilidad de una reversión automática del 20% de los ajustes practicados en el pasado en concepto de deterioro fiscal de cartera de las entidades participadas, por un periodo de 5 años, con independencia de que se haya producido una recuperación patrimonial en la entidad participada que provocó tal deterioro.*

*Entendemos, por tanto, que existen dudas fundadas de constitucionalidad del artículo 3 Primero del Real Decreto Ley 3/2016."*

En definitiva, a juicio de la Audiencia Nacional, existen serias dudas de constitucionalidad en relación al RD-Ley 3/2016 que justifican la necesidad de elevar cuestión de inconstitucionalidad, concluyendo que:

*"La regulación de dicha norma incide de manera directa en un Impuesto, el de Sociedades, que constituye un pilar básico de la imposición directa en España,*

*afecta a elementos esenciales del tributo y lo hace en una forma que modifica sustancialmente la regulación anterior.*

*Por todo ello, nos surge duda fundada, sobre la vulneración por el Real Decreto-Ley 3/2016, del artículo. 86.1 en relación con el 31.1, ambos de la Constitución".*

#### **4. Valoración crítica**

Las SSTC 73/2017 y 78/2020 configuran, para el Impuesto sobre Sociedades, un espacio de intangibilidad material impermeable al Decreto-Ley, que sombrea la constitucionalidad del vigente Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social. Casi nos atreveríamos a decir que su futura declaración de inconstitucionalidad puede haber sido inducida por los mismos Autos de 14 y 19 de diciembre de 2018 de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad del Decreto-Ley 2/2016. Y si no fue así, es porque no constituía el objeto de aquel proceso, ni orbitaba la contienda litigiosa, directa o indirectamente, sobre la legitimidad constitucional de este Decreto-Ley. Sin embargo, si el Decreto-Ley 2/2016 es inconstitucional por regular la obligación tributaria de pago a cuenta, a *fortiori* lo es el Decreto-Ley 3/2016 que emprende una reforma integral de la base imponible de la obligación tributaria principal del Impuesto sobre Sociedades.

Por el contrario, si esta inconstitucionalidad se nos antoja de una claridad meridiana para el RD-Ley 3/2016, admitiría alguna sombra de duda con el Decreto-Ley 2/2016 ya sentenciado. Nótese que, aun aplicando el canon de constitucionalidad decantado por la jurisprudencia constitucional, concurría una doble circunstancia que podría haber enturbiado su inconstitucionalidad declarada, y es que no estábamos aquí ante una obligación tributaria principal, sino ante un pago fraccionado a cuenta, y que, por la



propia mecánica liquidatoria del IS, iba a minorar la cuota tributaria final de la autoliquidación anual, dando lugar a la correspondiente devolución tributaria si el pago a cuenta había sido excesivo. O podría haberse contraargumentado que el Decreto-Ley no afectaba a un elemento esencial de la obligación tributaria principal, sino a un pago a cuenta que posteriormente se tomaba en consideración en la cuota tributaria anual. Con todo, este innegable efecto meramente temporal producía también un inexorable efecto financiero nocivo para el sujeto pasivo, que debía resarcirse con el interés de demora del pago a cuenta excesivo, y eso sólo podía conseguirse previa declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, esta razonable penumbra de constitucionalidad era esclarecida por la propia Audiencia Nacional, al denunciar la desconexión del sistema de cálculo del pago fraccionado con la base imponible definida por el impuesto que, no lo olvidemos, constituye la magnitud de la riqueza gravada con el hecho imponible que revela la capacidad económica puesta de manifiesto por el sujeto pasivo. Ese es, a nuestro juicio, el punto crítico del reformado sistema de cálculo del pago fraccionado, y sobre el que, lamentablemente, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado. Como tampoco lo hizo la STC 73/2017, que agotó su argumentación de inconstitucionalidad en la ilegítima utilización del Decreto-Ley, dejando imprejuizada la espinosa cuestión,—que bien merecía ser esclarecida desde la perspectiva constitucional—, de si la amnistía fiscal contraviene los principios de igualdad ( art 14 CE) o el deber constitucional de contribuir de acuerdo con la capacidad económica ( art 31.1 CE). El TC se deja llevar por el argumento procesalista de que estimada la inconstitucionalidad por un motivo formal, deviene innecesario entrar en el fondo del asunto, aun cuando su especial posición jurídica como supremo intérprete de la Norma Fundamental, y la extraordinaria relevancia de los asuntos sometidos a su jurisdicción concentra-

da, exclusiva y excluyente, harían conveniente un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

La STC 78/2020 nos deja una doctrina clara, —si es que no lo estaba ya—, y es el sombrío futuro que pacientemente espera al Real Decreto-Ley 3/2016, en la medida en que la utilización de este excepcional instrumento normativo está vedada para regular elementos esenciales del Impuesto sobre Sociedades. Aunque, una vez más, y siguiendo el precedente de las SSTC 73/2017 y 78/2020, es muy probable que el Tribunal Constitucional no entre en el fondo del asunto. Apreciada la incompatibilidad sustancial entre el Decreto-Ley y el Impuesto sobre Sociedades, el TC se abstendrá de entrar en la inconstitucionalidad que incuba el Decreto-Ley 3/2016 con su indolente displicencia hacia la capacidad económica gravada por el tributo. El pasivo rol como legislador negativo que le atribuye el modelo kelseniano de justicia constitucional, le permite hacer dejación de esa función nomofiláctica, hoy tan querida por nuestro Tribunal Supremo. Pero sería, sin duda, encomiable que perforara el óbice formal que envuelve el debate sobre el principio constitucional de capacidad económica, coadyuvando, también en este punto, y sin tener que separarse del modelo kelseniano que lo inspira, a establecer la eventual incompatibilidad lógica de la norma cuestionada con el art 31.1 CE. Nótese que el conjunto heterogéneo de medidas implementadas por el Decreto-Ley 3/2016 constituyen un auténtico *impuesto sobre las pérdidas*, que plantean el problema de su relación dialéctica con el principio constitucional de capacidad económica, y que sólo el Tribunal Constitucional puede resolver. O la vulneración del postulado constitucional de seguridad jurídica que supone la derogación *ex tunc*, con retroactividad de grado máximo, del régimen transitorio de la reversión fiscal de cartera, que integra una suerte de expropiación legislativa. Tampoco tendremos un pronunciamiento constitucional sobre la novedosa restricción de la

deducción por doble imposición económica, que suscita también su compatibilidad constitucional con el principio de capacidad económica, amén de otras consideraciones de Derecho de la UE o de la red de convenios de doble imposición suscritos por España.

La propia Audiencia Nacional, con carácter previo a elevar la cuestión de constitucionalidad, en el trámite del art 35 LOTC, ya había solicitado del Ministerio Fiscal que se pronunciara sobre los vicios constitucionales de fondo que suscita la norma cuestionada; requerimiento que resultó infructuoso, pero que la propia Sala remitente podría haber colmado aportando un indiciario juicio negativo de constitucionalidad.

Por último, hemos de apuntar un aspecto estrictamente procesal y es la excesiva amplitud del Auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, que se proyecta sobre todas las

medidas fiscales que se incardinan en el cuestionado art 3 Primero del Real Decreto-Ley 3/2016 (límite de compensación de BINS, de integración de “*monetizables*”, limitación a la deducción por doble imposición, integración de rentas negativas afloradas en la transmisión de participadas, o reversiones de cartera, entre otras), cuando en el proceso principal tan sólo se discute la constitucionalidad de las reversiones fiscales de cartera deteriorada. En este sentido se ha producido una extralimitación en la norma cuestionada, probablemente alimentada por un cierto confucionismo en la demanda, que habrá que corregir en el trámite de alegaciones ante el Tribunal Constitucional. Nótese que, en efecto, una cuestión de inconstitucionalidad no es otra cosa que una cuestión prejudicial devolutiva, provocada por el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción constitucional para depurar el vicio

de inconstitucionalidad detectado que impone nuestro modelo constitucional de jurisdicción concentrada. Sólo cuando el órgano judicial no puede superar el juicio positivo de constitucionalidad de una medida legal aplicable *ad casum* de cuya constitucionalidad dependa el fallo, y ostentando el Tribunal Constitucional el monopolio jurisdiccional del control de constitucionalidad, se verá abocado inexorablemente a plantear la cuestión de constitucionalidad. Luego, existe una obvia dependencia funcional respecto de la disposición con rango y fuerza de Ley aplicable en el proceso principal. Naturalmente, esta necesaria depuración del ámbito objetivo de la disposición legal cuestionada, debe entenderse sin perjuicio de que otro recurrente pueda suscitar la cuestión de constitucionalidad sobre otras medidas fiscales del Real Decreto-Ley 3/2016, también afectadas de inconstitucionalidad. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# La cooperación administrativa entre Estados miembros en materia fiscal

**Rosario Silva de Lapuerta**

Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

*“La cooperación administrativa en materia fiscal tiene dos pilares en el Derecho de la Unión. Por un lado, la cooperación relativa al intercambio de información regulada en la Directiva 2011/16 del Consejo, y por otro la cooperación en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas que está prevista en la Directiva 2010/24 del Consejo”*

### **1. El principio de cooperación leal**

La cooperación administrativa entre Estados miembros en materia fiscal no es más que la plasmación, en el ámbito fiscal, del principio general de Derecho de la Unión de cooperación leal, recogido en el artículo 4, párrafo 3 TUE.

Este principio obliga a los Estados miembros y a las Instituciones de la Unión a respetarse y asistirse mutuamente en la realización de las misiones que se derivan de los Tratados y se aplica, como ha reconocido el Tribunal de Justicia (ver por ejemplo C-457/18 Eslovenia/Croacia, Sentencia de 3 de enero de 2020, punto 109), no sólo en las relaciones entre los Estados miembros e Instituciones, o entre Instituciones entre sí, sino también entre Estados miembros en sus relaciones recíprocas.

La cooperación administrativa en materia fiscal tiene dos pilares en el Derecho de la Unión. Por un lado, la cooperación relativa al intercambio de información, que se encuentra regulada en la actualidad en la Directiva 2011/16 del Consejo, de 15 de febrero de 2011, que derogó a la anterior Directiva 77/799, junto con su Reglamento de ejecución 1189/2011 de la Comisión, de 18 de noviembre de 2011.

Por otro lado, la cooperación en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas que está prevista en la Directiva 2010/24 del Consejo, de 16 de marzo de 2010, que sustituye a la anterior Directiva 2008/55 del Consejo, de 26 de mayo de 2008.

A continuación, voy a proceder al análisis de estos dos tipos de cooperación, haciendo especial hincapié en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha interpretado las Directivas mencionadas anteriormente.

### **2. La cooperación administrativa en materia fiscal relativa al intercambio de información**

La Directiva 2011/16 tiene por objeto establecer las normas y procedimientos con arreglo a los cuales los Estados miembros cooperarán entre sí con

vistas a intercambiar información que, previsiblemente, guarde relación con la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros en relación con todo tipo de impuestos percibidos por un Estado miembro o sus subdivisiones territoriales o administrativas, incluidas las autoridades locales. Sólo quedan fuera el IVA, los derechos de aduana y los impuestos especiales que tienen su propia regulación.

El objetivo de esta Directiva es, como lo ha reconocido el Tribunal en el asunto C-184/05 *Twoh International*, Sentencia del 27 de septiembre de 2007, luchar contra el fraude y la evasión fiscales y permitir a los Estados miembros comprobar con exactitud la cuantía del impuesto que debe recaudarse.

El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este sistema de intercambio de información entre Estados miembros en cuatro ocasiones (asuntos C-184/05 *Twoh International*, C-276/12 *Sabou*, C-682/15 *Berlioz Investment Fund* y C-245/19 y C-246/19 *Estado Luxemburgués*) y en estos momentos se encuentra pendiente de Sentencia un quinto asunto (C-437/19 *Estado Luxemburgués*).

De esta jurisprudencia podemos deducir tres tipos de cuestiones.

### **2.1. Naturaleza de la obligación de intercambio de información**

En primer lugar, el Tribunal se ha pronunciado sobre la naturaleza de la obligación impuesta a los Estados miembros, estableciendo que la Directiva sobre asistencia mutua prevé, para prevenir el fraude fiscal, la facultad para las Administraciones fiscales nacionales de pedir las informaciones que no pueden obtener por ellas mismas. Se trata, por tanto, de una mera facultad, no de una obligación y corresponde a cada Estado miembro apreciar los supuestos específicos en los que carecen de información sobre las transacciones efectuadas por los sujetos pasivos establecidos en su territorio y decidir si está justificada la presentación de una solicitud de información a

otro Estado miembro.

Por otro lado, según el Tribunal, el número y la naturaleza de las solicitudes de información efectuadas durante un período determinado no puede imponer cargas administrativas desproporcionadas a las autoridades del Estado miembro requerido.

Por último, las autoridades requeridas no están obligadas a suministrar la información solicitada cuando aparezca que la autoridad competente del Estado requirente no ha agotado sus propias fuentes habituales de información.

## 2.2. Pertinencia de la información solicitada

En segundo lugar, el Tribunal ha analizado la pertinencia de la información solicitada, interpretando los términos contenidos en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2011/16, “información que, previsiblemente, guarde relación con la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros en relación con los impuestos”.

El Tribunal entiende que del tenor literal de esta disposición resulta que los términos “previsiblemente pertinente” designan la cualidad que debe ostentar la información solicitada y que la obligación que incumbe a la autoridad requerida de cooperar con la autoridad requirente, conforme al artículo 5 de la Directiva 2011/16, no se extiende a la comunicación de información que no posea esa cualidad. Así pues, la cualidad de “pertinencia previsible” de la información solicitada constituye un requisito de la solicitud atinente a la misma.

Para el Tribunal, el objetivo de este requisito es facilitar, en la mayor medida posible, el intercambio de información en materia fiscal y, al mismo tiempo, aclarar que los Estados miembros no están facultados a emprender investigaciones aleatorias o solicitar informaciones que probablemente no sean pertinentes para las investigaciones fiscales de un contribuyente dado.

Este concepto de pertinencia previsible refleja el utilizado en el artículo

26 del modelo de convenio fiscal de la OCDE que tiene por objeto evitar que los Estados contratantes vayan “a la caza de información” o soliciten informaciones que no sean pertinentes para esclarecer los asuntos fiscales de un contribuyente determinado.

En definitiva, el objetivo del concepto de pertinencia previsible es permitir a la autoridad requirente obtener toda información que considere justificada para su investigación, sin autorizarla a sobrepasar manifiestamente el marco de esa investigación, ni a imponer una carga excesiva a la autoridad requerida.

Corresponde a la autoridad requirente, que es quien dirige la investigación que da lugar a la solicitud de información, apreciar, según las circunstancias del asunto, la pertinencia previsible de la información solicitada, en función del procedimiento y del agotamiento de las fuentes habituales de información que haya podido utilizar. A este respecto, el Tribunal reconoce a la autoridad requirente un cierto margen de discrecionalidad.

Por otro lado, dado que el mecanismo de cooperación que establece la Directiva 2011/16 se basa en normas destinadas a instaurar la confianza entre los Estados miembros que permitan una cooperación eficaz y rápida, la autoridad requerida debe, en principio, confiar en la autoridad requirente y presumir que la solicitud de información que se ha presentado es, al mismo tiempo, conforme al Derecho nacional de la autoridad requirente y necesaria para su investigación. En cualquier caso, la autoridad requerida no puede sustituir la apreciación de la eventual utilidad de la información solicitada, efectuada por la autoridad requirente, por su propia apreciación.

Ahora bien, lo que sí puede hacer la autoridad requerida es solicitar toda la información necesaria para poder efectuar un control de la pertinencia de la información, que no debe limitarse a una comprobación sumaria y formal de la regularidad de la solicitud de información.

Por último, si un administrado interpone un recurso alegando la ilegalidad

de la decisión de requerimiento, el juez debe verificar únicamente que la decisión se basa en una solicitud suficientemente motivada y que no aparece, manifiestamente, carente de toda pertinencia previsible, habida cuenta, por un lado, del contribuyente de que se trate y, por otro lado, del objetivo fiscal perseguido.

En aplicación de estos criterios, el Tribunal ha considerado que una información no carece manifiestamente de toda pertinencia previsible, si en la solicitud se indica la identidad de la persona que posee la información de que se trata, la del contribuyente sometido a la investigación, el periodo al que se extiende la investigación y si se refiere a contratos, facturas o pagos, aunque no se identifiquen con precisión, se delimitan mediante criterios basados, en primer lugar, en el hecho de que fueron celebrados o efectuados por la persona que posee la información, en segundo lugar, se formalizaron durante el periodo al que se refiere la investigación y en tercer lugar, en su relación con el contribuyente investigado.

## 2.3. Derechos de los contribuyentes

La tercera y última cuestión abordada por el Tribunal son los derechos de los contribuyentes o de las personas a las que se solicita la información, sobretudo en relación con el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva.

### 2.3.1. Contribuyentes

Por lo que se refiere, en primer lugar, al contribuyente investigado, el Tribunal de Justicia ha establecido los siguientes principios:

- 1º No es necesario que, a fin de que su causa sea oída de manera equitativa en relación con el requisito de pertinencia previsible, al que nos referíamos anteriormente, el contribuyente tenga acceso a la totalidad de la solicitud de información. Basta con que tenga acceso a la información relativa a la identidad del contribuyente y el objetivo fiscal para el que se pide la información.

- 2º El respeto del derecho de defensa del contribuyente no exige que éste participe en la solicitud de información. Tampoco exige que el contribuyente sea oído en el momento en que en el Estado miembro requerido se lleven a cabo actuaciones inspectoras que puedan incluir el examen de testigos, ni que sea oído antes de que dicho Estado miembro transmita información al Estado miembro requirente.
- 3º Las Directivas 77/799 y 2011/16 no contemplan el derecho del contribuyente a cuestionar la exactitud de la información transmitida. Incumbe al Derecho nacional de cada Estado miembro establecer las normas pertinentes, pudiendo el contribuyente cuestionar la información que le concierne transmitida a la Administración tributaria del Estado miembro requirente según las normas y procedimientos aplicables en dicho Estado.
- Y 4º en la medida en que la comunicación a la autoridad nacional competente de información relativa a una persona física puede vulnerar el derecho al respeto de la vida privada de la persona de que se trate, así como su derecho a la protección de los datos de carácter personal, debe reconocerse al contribuyente el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 de la Carta, contra una decisión de requerimiento de información.

Ahora bien, este derecho puede verse limitado conforme a las exigencias del artículo 52 de la Carta, en la medida en que el contribuyente no es el destinatario de la decisión de solicitud de información, esta decisión se adopta en la fase preliminar de la investigación referida al contribuyente que no tiene carácter contradictorio y que puede dar lugar a una decisión de corrección o de regularización que constituye el acto contra el cual el contribuyente investigado debe

tener un derecho de recurso, pudiendo exigir que se controle que las pruebas utilizadas no se han obtenido conculcando sus derechos.

Además, el objetivo perseguido, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, es un objetivo de interés general y la medida, es decir, la exclusión de la posibilidad de interponer un recurso directo contra la solicitud de información, es apta y necesaria para alcanzar dicho objetivo.

Por último, la prohibición no resulta desproporcionada toda vez que, por un lado, la solicitud de información no somete al contribuyente investigado a ninguna obligación jurídica, ni a ningún riesgo de sanción y, por otro lado, este contribuyente tendrá la posibilidad de impugnar, de manera incidental, tal solicitud en el marco del recurso contra la decisión final de la Administración tributaria.

### **2.3.2. Terceras personas afectadas**

El Tribunal reconoce también el derecho a la tutela judicial efectiva de las terceras personas afectadas por el requerimiento, es decir, aquellas con las que el contribuyente sometido a investigación mantiene o puede mantener relaciones jurídicas, bancarias, financieras o, en un sentido más amplio económicas.

Sin embargo, el Tribunal también reconoce que puede limitarse ese derecho, en la medida en que el respeto del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva no exige que las terceras personas a las que concierne la información en cuestión sin estar sometidas a una obligación de comunicar esa información, ni por tanto, al riesgo de ser sancionadas en caso de incumplimiento, tengan la posibilidad de interponer un recurso directo contra la decisión de requerimiento de tal información.

### **2.3.3. Derechos de los administrados obligados a suministrar la información requerida**

Por último, en relación con la persona física o jurídica a la que se requiere que

entregue la información solicitada por el Estado miembro requirente, en base a la Directiva 2011/16 y en caso de no hacerlo es objeto de una sanción pecuniaria, el Tribunal ha reconocido que tiene derecho a impugnar dicha decisión.

En efecto, según reiterada jurisprudencia, la protección frente a las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de las personas que sean arbitrarias o desproporcionadas constituye un principio general de Derecho de la Unión y esta protección puede ser invocada por un administrado contra un acto lesivo, como puede ser el requerimiento y la medida sancionadora, de modo que tal administrado puede ampararse en el Derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 de la Carta.

## **3. La cooperación administrativa en materia de cobro de impuestos y otros derechos**

La cooperación administrativa en materia de cobro fue regulada por primera vez por la Directiva 76/308 del Consejo, de 15 de marzo de 1976, pero en un ámbito limitado a los créditos resultantes de operaciones del FEOGA, de exacciones reguladoras agrícolas y de derechos de aduana.

Esta Directiva y sus posteriores modificaciones fueron codificadas, mediante la Directiva 2008/55 del Consejo, de 26 de mayo de 2008 y finalmente la Directiva 2010/24 del Consejo, de 16 de marzo de 2010, actualmente en vigor, ha hecho extensivo el ámbito de aplicación de las Directivas anteriores a los créditos que no estaban comprendidos en aquel, a fin de salvaguardar mejor los intereses financieros de los Estados miembros y la neutralidad del mercado interior, así como hacer más eficaz la asistencia mutua en materia de cobro y facilitarla en la práctica para poder hacer frente al creciente número de peticiones de asistencia.

Por tanto, en la actualidad, la asistencia mutua en materia de cobro cubre el conjunto de impuestos y derechos

de todo tipo recaudados por un Estado miembro, sus subdivisiones territoriales o administrativas, incluidas las entidades locales, en su nombre o por cuenta de la Unión.

Le Tribunal de Justicia ha interpretado numerosas veces estos textos normativos, estableciendo una serie de principios que voy a proceder a examinar, basándome sobretodo en los asuntos C-233/08 Kyrian, C-34/17 Donnellan, C-420/19 Maksu- ja Tolliamet, C-695/17 Metirato y C-109/19 État belge.

### 3.1. Principio de confianza mutua

En primer lugar, el Tribunal se ha referido al principio de confianza mutua entre los Estados miembros, al afirmar que tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores.

El Tribunal ha reconocido que, aunque la Directiva 2010/24 pertenece al ámbito del mercado interior y no al espacio de libertad, seguridad y justicia, esta Directiva se basa también en el principio de confianza mutua, dado que, la puesta en práctica del régimen de asistencia mutua establecido en la misma depende de la existencia de tal confianza entre las autoridades nacionales.

La consecuencia de este principio de confianza mutua es que el documento, que se denomina “instrumento uniforme”, por el que la autoridad requirente transmite a la autoridad requerida los datos que permiten la adopción de medidas de ejecución en el Estado miembro requerido, no puede estar sujeto a acto alguno de reconocimiento, adición o sustitución en dicho Estado.

Por tanto, en el supuesto que se interponga en el Estado miembro requerido un recurso contra la solicitud de pago, el juez del Estado miembro requerido no puede controlar la legalidad del crédito.

Solamente, con carácter excepcional, el Tribunal ha reconocido que la autoridad requerida puede estar facultada para denegar la asistencia solicitada. Esto ocurre cuando dicha ejecución fue-

se contraria al orden público del Estado miembro requerido.

Ahora bien, corresponde al Tribunal de Justicia controlar los límites dentro de los cuales las autoridades de un Estado miembro pueden recurrir a conceptos nacionales, como los relativos al orden público, para denegar su asistencia a otro Estado miembro en el marco de un régimen de cooperación establecido por el legislador de la Unión.

### 3.2. Medidas

En segundo lugar, el Tribunal ha abordado la cuestión de las medidas a adoptar por el Estado requerido a efecto del cobro. En cuanto a estas medidas, el Tribunal ha afirmado que deberá hacer uso de todas las competencias y procedimientos establecidos de conformidad con las disposiciones de su ordenamiento jurídico, ya que cualquier crédito objeto de esa petición debe tramitarse como un crédito del Estado miembro requerido, salvo disposición en contrario de la propia Directiva.

Ahora bien, el crédito que es objeto de una solicitud de cobro no adquiere la condición de crédito del Estado miembro requerido, sino que simplemente es considerado como un crédito de dicho Estado miembro a efectos exclusivos de su cobro por parte de este.

### 3.3. Reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros

En tercer lugar, el Tribunal ha abordado el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A este respecto, de conformidad con el artículo 14 de la Directiva 2010/24, toda impugnación del crédito, del título de ejecución inicial en el Estado miembro requirente, del título uniforme o de una notificación efectuada por una autoridad competente del Estado miembro requirente, deberá realizarse ante los tribunales de dicho Estado miembro.

En cambio, en los litigios referentes a las medidas de ejecución tomadas en el Estado miembro requerido o a la validez

de una notificación efectuada por la autoridad requerida, la acción deberá ejercitarse ante el órgano judicial competente de dicho Estado miembro.

### 3.4. Notificación

En cuarto lugar, el Tribunal se ha referido a las notificaciones, dado que el régimen de asistencia mutua en materia de cobro de créditos exige la comunicación efectiva de las notificaciones de todos los actos y decisiones relativas a un crédito o a su cobro, que proceden del Estado miembro en el que tiene su sede la autoridad requirente.

El artículo 8 de la Directiva 2010/24 establece a este respecto, la posibilidad de que la autoridad que haya emitido el requerimiento solicite a la autoridad competente del Estado miembro de residencia del interesado asistencia para la notificación de los documentos relativos al crédito.

Como ha afirmado el Tribunal, la función de la notificación, efectuada con tiempo suficiente, es que el destinatario pueda comprender el objeto y la causa del acto notificado y ejercer sus derechos, dado que, en el marco de esta asistencia mutua, el destinatario del título ejecutivo debe estar en condiciones de identificar con certeza, al menos, el objeto y la causa de la petición.

Así, el Tribunal entiende que una situación en la que la autoridad requirente pide el cobro de un crédito basado en una resolución que no ha sido notificada al interesado no cumple la condición que rige las solicitudes de cobro, enunciada en el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2010/24, habida cuenta de que, según dicha disposición, una petición de cobro no puede presentarse mientras que el crédito o el instrumento que permite la ejecución de su cobro en el Estado miembro de origen sean impugnados, tal petición tampoco puede presentarse mientras que el interesado no haya sido informado de la existencia de ese mismo crédito, al constituir dicha información un requisito previo para impugnar el crédito.

### 3.5. Trato privilegiado

En quinto lugar, el Tribunal ha analizado la noción de trato privilegiado. En efecto, conforme al artículo 13, apartado 1, tercer párrafo de la Directiva 2010/24, el Estado miembro requerido no estará obligado a conceder a los créditos de los demás Estados miembros preferencias concedidas a créditos similares originados en este Estado miembro, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados miembros afectados o siempre que se contemple en la legislación del Estado miembro requerido.

El Tribunal ha interpretado el término “preferencias” o “trato privilegiado”, utilizado en este precepto, de manera amplia, incluyendo el conjunto de los mecanismos que permiten al Estado miembro requerido obtener, en caso de recurso, el pago preferente o privilegiado de sus créditos, como excepción al principio de igualdad entre los acreedores.

Examinando, en concreto, un sistema de compensación de créditos vigente en Bélgica en favor de la Administración, el Tribunal declaró que, si dicha compensación era un mecanismo de Derecho común, destinado a simplificar el procedimiento de cobro, sin otorgar al Estado belga un derecho de preferencia o prelación a efectos del pago de sus créditos,

ni privilegio alguno que suponga una excepción al principio de igualdad entre los acreedores, este debería ser utilizado también para cobrar los créditos de otro Estado miembro.

### 3.6. Medidas cautelares

En sexto y último lugar, el Tribunal se ha referido a las medidas cautelares, basándose en el artículo 16 de la Directiva 2010/24 que preceptúa que, a petición de la autoridad requirente, la autoridad requerida adoptará medidas cautelares siempre que lo permita su legislación nacional y con arreglo a sus prácticas administrativas, para garantizar el cobro cuando un crédito o el instrumento que permita la ejecución sea impugnado o cuando el crédito no esté aún sujeto a un instrumento que permita la ejecución.

Conforme a lo declarado por el Tribunal de Justicia, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido los competentes para conocer de la conformidad del procedimiento de adopción de medidas cautelares con las disposiciones legislativas y las prácticas administrativas de dicho Estado miembro, pero no de la concurrencia de los requisitos materiales para la adopción de las citadas medidas.

Así, los órganos jurisdiccionales del

Estado miembro requerido están vinculados por la apreciación realizada por las autoridades del Estado miembro requirente sobre el cumplimiento de los requisitos de aplicación de las medidas cautelares.

### 4. Conclusión

De todo lo expuesto anteriormente se deduce que el legislador de la Unión, a fin de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, proteger adecuadamente los intereses financieros de los Estados miembros y luchar contra el fraude y la evasión fiscales, ha concretizado el principio de cooperación leal entre Estados miembros, así como el principio de confianza mutua en el ámbito de la cooperación administrativa en materia fiscal a través de dos instrumentos normativos, la Directiva 2011/16 y la Directiva 2010/24 que garantizan respectivamente, el intercambio de información entre los Estados miembros y la asistencia mutua en materia de cobro.

El Tribunal de Justicia ha interpretado estas disposiciones estableciendo los contornos de las obligaciones y derechos reconocidos a los Estados miembros, teniendo siempre en mente la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los contribuyentes. ■

---

*“El legislador de la Unión ha concretizado el principio de cooperación leal entre Estados miembros, así como el principio de confianza mutua en el ámbito de la cooperación administrativa en materia fiscal a través de la Directiva 2011/16 y la Directiva 2010/24, que garantizan el intercambio de información entre los Estados miembros y la asistencia mutua en materia de cobro”*

---