



IMPUESTOS y LEGISLACION FISCAL

El binomio ideal en materia tributaria



Porque IMPUESTOS y LEGISLACION FISCAL son unas publicaciones elaboradas por expertos de primera categoría para hacer llegar a sus manos la información jurídica más actual del mundo de la fiscalidad.

IMPUESTOS

pone en práctica lo que a usted más le interesa mediante secciones dedicadas a casos de práctica tributaria resueltos, explicaciones de procedimiento y consultas de los suscriptores.

LEGISLACION FISCAL

aporta cada quince días toda la legislación comunitaria, estatal, autonómica y foral en materia tributaria, así como comentarios a las leyes y disposiciones más relevantes.

SI, deseo recibir más información sobre **IMPUESTOS y LEGISLACION FISCAL**

NOMBRE Y APELLIDOS _____

EMPRESA _____ PROFESION _____ ESPECIALIDAD _____

DIRECCION _____ POBLACION _____

PROVINCIA _____ C.P. _____ TELEFONO _____ FAX _____



Edificio LA LEY-ACTUALIDAD c/ Monterrey, 1. Ctra. de La Coruña, Km. 17,200
28230 Las Rozas (MADRID) (91) 634 63 05/04 49 (91) 634 65 61

Año V - N.º 19 - Mayo / Junio 1996

Economist & Jurist

LA HIPOTECA PERSISTENTE

LAS MEDIDAS CAUTELARES
EN LA LEY DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA
Y DE COMPETENCIA DESLEAL

¿SOCIEDAD ANONIMA O LIMITADA?:
VENTAJAS E INGOVENIENTES

¿ES OBLIGATORIO EL TIMBRADO
DE RECIBOS DESCONTADOS
O ENTREGADOS EN GESTION
DE COBRO A ENTIDADES
BANCARIAS?

ANALISIS
DEL REGLAMENTO
DE EXTRANJERIA

RESPONSABILIDAD
PENAL DE LOS
ADMINISTRADORES

LEY DE
ASISTENCIA
JURIDICA
GRATUITA

INDICE JURIDICO

- Novedades legislativas. **5**

SUBVENCIONES OFICIALES

- Índice de subvenciones oficiales. **10**

SECCION AL DIA

- La modificación, novedad y alijación legislativa-jurisprudencial del amplio campo del Derecho, en forma de flash. **12**

DERECHO CIVIL

• Novedad Legislativa:

El eje de una pequeña reforma: Reflexiones sobre la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. **18**

Análisis detallado del Reglamento de Extranjería. **24**

• Doctrina Jurídica:

Medidas Cautelares Especiales:
Medidas Cautelares previstas en la Ley de defensa de la competencia y Medidas Cautelares en materia de competencia desleal. **32**

Medidas Cautelares indeterminadas: discusión en torno al posible contenido anticipatorio-satisfactivo de las mismas. Especial referencia a la audiencia del demandado en el procedimiento de adopción. **40**

La Hipoteca Persistente: Breve análisis práctico de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (Hipoteca que al ejecutarse no se cancela sino que subsiste). **44**

Derecho a la información del paciente: El consentimiento. **47**

DERECHO COMUNITARIO

• Novedad Legislativa:

Novedades en Derecho Comunitario. **57**

• Doctrina Jurídica:

Comentarios en torno a la Sentencia Factortame III que establece el principio de responsabilidad del legislador frente al ciudadano por incumplimiento del Derecho comunitario. **62**

DERECHO CONSTITUCIONAL

• Doctrina Jurídica:

Tribunales ordinarios y protección de los derechos fundamentales. La jurisdicción Militar. **65**

La inconstitucionalidad del art. 58.2 de la Ley General Tributaria. **70**

DERECHO TRIBUTARIO Y FISCAL

• Novedad Legislativa:

La delegación administrativa de auxilio a la justicia: art. 113 de la Nueva Ley General Tributaria (Ley 25/95 de 20 julio). **73**

DERECHO MERCANTIL

• Doctrina Jurídica:

¿Anónima o Limitada? Ventajas e inconvenientes. **75**

La permanencia de las sociedades disueltas por aplicación de la D.T. 6.ª L.S.A. 1989: Alternativas a la desaparición radical de las S.A. que no han adaptado su capital social. **82**

¿Es obligatorio el timbrado de recibos descontados o entregados en gestión de cobro a entidades bancarias? **86**

DERECHO PENAL

• Doctrina Jurídica:

Responsabilidad penal de los administradores de sociedades. **91**

ADMINISTRACION, GESTION Y MARKETING DE LOS ABOGADOS

Los mercados financieros y los sistemas de medición. Una aproximación a los principales conceptos financieros: cómo calcular la rentabilidad de una inversión. **93**

NOTICIAS DEL MUNDO JURIDICO Y ECONOMICO

97

Indice novedades legislativas

Publicadas en el B.O.E. hasta el 13 de abril de 1996



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

ADMINISTRATIVO

Resolución 28 febrero 1996 SECRETARIA DE ESTADO PARA LA ADMINISTRACION PUBLICA ENTIDADES LOCALES. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros 23 febrero 1996 para la formalización, con las entidades que integran la Administración local, de los convenios previstos en el artículo 38.4 b) de la Ley 30/1992, de 26 noviembre (RCL 1992, 2512, 2775, y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. **B.O.E. 13 marzo (Núm. 63)**

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 405/1996. MINISTERIO PARA ADMINISTRACIONES PUBLICAS. INTERVENCION GENERAL DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO. Reorganización. **B.O.E. 19 marzo 1996 (Núm. 68)**

Real Decreto 19 enero 1996, Núm. 44/1996. MINISTERIO PRESIDENCIA. CONSUMO. Medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor. **B.O.E. 22 febrero 1996 (Núm. 46)**

Real Decreto 16 febrero 1996, Núm. 263/1996. MINISTERIO PARA ADMINISTRACIONES PUBLICAS. ADMINISTRACION DEL ESTADO-INFORMATICA. Regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado. **B.O.E. 29 febrero 1996 (Núm. 52)**

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 390/1996. MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA. CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES

PUBLICAS. Desarrollo (parcial) de la Ley 13/1995, de 18 mayo (RCL 1995, 1485 y 1648), de Contratos de las Administraciones Públicas. **B.O.E. 21 marzo 1996 (Núm. 70)**

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 391/1996. MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA. PROCEDIMIENTO ECONOMICO-ADMINISTRATIVO. Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas. **B.O.E. 23 marzo 1996 (Núm. 70)**

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 397/1996. MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL-REGISTRO DE PRESTACIONES SOCIALES PUBLICAS. Regulación. **B.O.E. 2 abril 1996 (Núm. 80)**

CIVIL

Real Decreto 23 febrero 1996, Núm. 297/1996. MINISTERIO JUSTICIA E INTERIOR. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Inscripción en el registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamiento Urbanos. **B.O.E. 14 marzo (Núm. 64)**

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 392/1996. MINISTERIO OBRAS PUBLICAS TRANSPORTES Y MEDIO AMBIENTE REGISTRO ESPECIAL DE BUQUES Y EMPRESAS NAVIERAS. Autoriza la inscripción de empresas y buques destinados al tráfico de cabotaje de mercancías de interés estratégico. **B.O.E. 15 marzo 1996 (Núm. 65)**

Real Decreto 23 febrero 1996, Núm. 316/1996. MINISTERIO PRESIDENCIA. FUNDACIONES. Reglamento de las de competencia estatal. **B.O.E. 6 marzo 1996 (Núm. 57)**

Editor: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. Director: Alexandre Pintó Sala. Dirección Ejecutiva: Margarita Gimesta de Puig. Colaboradores Jurídicos: García de Enterría, J. Jordana Rosell, Sastre Papiol, Hernández Gil, Jorge Vives Martínez, Cuatrecasas, Marroquín Sagalés, Miguel Montoro Puerto, Chuecaudín, Iberlora, Piqué Vidal, José Juan Pintó Ruiz, Carlos García de Cera, García Fernández, Antonio Pérez Ramos, J. y A. Garrigues, Córdoba Roda/Gonzalo Rodríguez Merullo, Angel Bonet Navarro, Manuel J. Silva, Rafael Jiménez de Parga, Tulio Rosemberg, Agustí Jausàs, AGM Lawoip, Gómez-Acebo & Pombo, Juan Manuel Perillos Moreno, Alfonso Hernández Moreno, Manuel Delgado Rodríguez, Fernando P. Méndez González, Francisco Muebuenda, Carlos González Oliver, J. Martrat Sahuquillo, Eliot García Martínez, Jaime Rodrigo de Larucea, Carlos de la Mata y Luis Cosme de Palma. Colaboradores Económicos: Angel Sáez, Pedro Estefanell Coira y Alfonso López Peláez. Consejo de Redacción: Tulio Rosemberg, Jaime Alonso-Coevilas Seynot, Francisco de Quinto, Myriam J. Silva, Esther Ortín, Margarita Gimesta de Puig, Juan Francisco Corona Ramón, Juan Ros Patró, Jesús Blanco Campaña y Luis Usón Duch. Consejo Asesor: Carlos Ferrer Salat, Antonio Negro Villavechia, María Pifarré Riera, José Juan Pintó Ruiz, Juan Piquel Vidal, Rafael Jiménez de Parga, Agustí Jausàs, Fernando Casado Juan y Juan Ros Patró. Publicación: Bit Publicidad, Josep Tardellias, 155. 08029 Barcelona. Redacción y Administración: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. Freixa, 42 - 08021 Barcelona. Tel. (93) 414 17 40. Fax (93) 414 09 16. NIF A59888172. Depósito Legal: B-12590-93. Realización gráfica: Anglófori, S.A. No está permitida la reproducción de esta revista ni su transmisión en forma o medio alguno, sea electrónico, mecánico, fotocopia, registro o de cualquier otro tipo, sin el permiso previo y por escrito del editor.

Real Decreto 2 febrero 1996, Núm. 155/1996.
 MINISTERIO PRESIDENCIA.
 EXTRANJEROS. Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio (RCL 1985, 1591), sobre derechos y libertades en España.
 B.O.E. 23 febrero 1996 (Núm. 47)

Resolución 15 febrero 1996.
 DIRECCION GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO.
REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Informatización del libro diario.
 B.O.E. 24 febrero 1996 (Núm. 49)

Real Decreto 19 enero 1996, Núm. 39/1996.
 MINISTERIO JUSTICIA E INTERIOR.
 NACIONALIDAD. Concesión de la española a los combatientes de las Brigadas Internacionales en la guerra civil española.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 384/1996.
 MINISTERIO JUSTICIA E INTERIOR.
 REGISTRO DE FUNDACIONES. Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal.
 B.O.E. 29 marzo (Núm. 77)

Real Decreto 2 febrero 1996, Núm. 155/1996.
 MINISTERIO PRESIDENCIA.
 EXTRANJEROS. Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio (RCL 1985, 1591), sobre derechos y libertades en España.
 B.O.E. 2 abril 1996 (Núm. 80)

C.A. ANDALUCIA

Ley 10 enero 1996, Núm. 1/1996.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA.
 ANDALUCIA-COMERCIO. Ordenación del comercio interior.
 B.O.E. 16 febrero 1996 (Núm. 41)

C.A. BALEARES

Ley 21 diciembre 1995, Núm. 9/1995.
 PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES.
 BALEARES-PRESUPUESTOS. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1996.
 B.O.E. 20 marzo 1996 (Núm. 69)

Ley 20 diciembre 1995, Núm. 10/1995.
 PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES.
 BALEARES-REFORMA TRIBUTARIA, FUNCION PUBLICA Y PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. Modifica normas reguladoras.
 B.O.E. 20 marzo 1996 (Núm. 69)

C.A. CASTILLA-LA MANCHA

Ley 2 marzo 1995, Núm. 1/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA-DEPORTES. Normas reguladoras.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 2 marzo 1995, Núm. 2/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA BEBIDAS ALCOHOLICAS. Prohibición de venta y publicidad de bebidas alcohólicas a menores.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 9 marzo 1995, Núm. 3/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA CONSUMO. Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 16 marzo 1995, Núm. 4/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA VOLUNTARIADO. Normas reguladoras.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 23 marzo 1995, Núm. 5/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA SOLIDARIIDAD. Normas reguladoras.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 14 diciembre 1995, Núm. 6/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA PRESUPUESTOS. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1996.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 21 diciembre 1995, Núm. 7/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA ENTIDADES LOCALES. Modifica el Título VII de la

Ley 3/1991, de 14 marzo (RCL 1991/1096), reguladora.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 26 diciembre 1995, Núm. 8/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA. Régimen del Gobierno y del Consejo Consultivo.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Ley 26 diciembre 1995, Núm. 9/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.
 CASTILLA-LA MANCHA SENADO. Reforma la Ley 4/1985, de 26 junio (RCL 1985, 2111), de designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
 B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

C.A. CASTILLA LEON

Ley 28 diciembre 1995, Núm. 4/1995.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON.
 CASTILLA Y LEON - PRESUPUESTOS. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1996.
 B.O.E. 4 marzo 1996 (Núm. 55)

C.A. EXTREMADURA

Ley 30 enero 1996, Núm. 1/1996.
 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE EXTREMADURA.
 EXTREMADURA-PRESUPUESTOS. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1996.
 B.O.E. 25 marzo 1996 (Núm. 73)

C.A. MADRID

Ley 22 diciembre 1995, Núm. 20/1995.
 PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.
 COMUNIDAD DE MADRID - PRESUPUESTOS. Presupuestos Generales de la Comunidad para 1996.
 B.O.E. 6 abril 1996 (Núm. 84)

C.A. NAVARRA

Ley 11 marzo 1996, Núm. 1/1996.
 PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE NAVARRA.
 NAVARRA-MEDIO AMBIENTE. Modificación del Consejo Navarro de Medio Ambiente.
 B.O.E. 5 abril 1996 (Núm. 83)

Ley foral 14 noviembre 1995, Núm. 10/1995.
 PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE NAVARRA.
 NAVARRA-CONTABILIDAD. Cuentas Generales de 1993.
 B.O.E. 10 abril 1996 (Núm. 87)

Ley foral 29 diciembre 1995, Núm. 14/1995.
 PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE NAVARRA.
 NAVARRA-MEDIDAS DISCALES. Modificación de diversos impuestos.
 B.O.E. 10 abril 1996 (Núm. 87)

Ley foral 29 diciembre 1995, Núm. 15/1995.
 PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE NAVARRA.
 NAVARRA-CONTABILIDAD. Cuentas Generales de 1994.
 B.O.E. 10 abril 1996 (Núm. 87)

Ley foral 11 marzo 1996, Núm. 2/1996.
 PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE NAVARRA.
 NAVARRA-CONTABILIDAD. Cuentas Generales de 1994.
 B.O.E. 10 abril 1996 (Núm. 87)

C.A. VALENCIA

Ley 29 diciembre 1995, Núm. 8/1995.
 PRESIDENCIA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA.
 COMUNIDAD VALENCIANA-ORDENACION ECONOMICA. Medidas fiscales, administrativas y de organización de la Generalidad.
 B.O.E. 13 marzo 1996 (Núm. 63)

FISCAL Y TRIBUTARIO

Orden 23 febrero 1996.
 MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.
 IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. Aprueba los modelos de declaración-liquidación del Impuesto sobre Sociedades para los ejercicios iniciales entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1995 y de pagos fraccionados del ejercicio 1996 y dicta instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso.
 B.O.E. 2 febrero 1996 (Núm. 51)

Orden 23 febrero 1996.
 MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.
 IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. Aprueba el nuevo modelo 349 de declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.
 B.O.E. 28 febrero 1996 (Núm. 51)

Orden 27 febrero 1996.
 MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.
 IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Fija los signos, índices y módulos aplicables en 1995 y 1996 para determinar el rendimiento neto derivado de la transmisión de determinados activos fijos inmateriales.
 B.O.E. 29 febrero 1996 (Núm. 52)

Sentencia 1 febrero 1996, Núm. 16/1996. Recurso de inconstitucionalidad 2280/1990.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos y partidas presupuestarias de la Ley 4/1990, de 29 junio (RCL 1990, 1336 y 1627), de Presupuestos Generales del Estado para 1990.
 B.O.E. 4 marzo 1996 (Núm. 55)

Orden 15 junio 1995.
 MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA.
 RECAUDACION DE TRIBUTOS. Desarrolla el Reglamento General de Recaudación (RCL 1991, 6 y 284), en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 448/1995, de 24 marzo 1995 (RCL 1995, 988 y 1283), en relación a las entidades de depósito que prestan servicio de colaboración en la gestión recaudatoria.
 B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Resolución 22 febrero 1996.
 DIRECCION GENERAL TRIBUTOS.
 IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. Tributación de los transportes marítimos y aéreos de los viajeros y sus equipajes en 1996.
 B.O.E. 8 marzo 1996 (Núm. 59)

Real Decreto 23 febrero 1996, Núm. 298/1996.
 MINISTERIO JUSTICIA E INTERIOR.
 MINISTERIO FISCAL. Plantilla Orgánica.
 B.O.E. 15 marzo 1996 (Núm. 65)

Orden 12 marzo 1996.
 MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA.
 IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO. Relación de valores negociados en Bolsa y cambio medio correspondiente al cuarto trimestre de 1995.
 B.O.E. 26 marzo 1996 (Núm. 74)

Orden 22 marzo 1996.
 MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA.
IMPUESTOS SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS Y SOBRE

EL PATRIMONIO. Aprueba los modelos de declaración para el ejercicio 1995 y determina el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos.
 B.O.E. 28 marzo 1996 (Núm. 76)

INTERNACIONAL

Acuerdo 17 noviembre 1994.
 MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.
 PERU. Promoción y protección recíproca de inversiones.
 B.O.E. 6 marzo 1996 (Núm. 59)

Acuerdo 4 abril 1995.
 MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.
 MALASIA. Promoción y protección recíproca de inversiones.
 B.O.E. 6 marzo (Núm. 59)

Acuerdo 23 diciembre 1994.
 MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.
 ARGELIA. Promoción y protección recíproca de inversiones.
 B.O.E. 6 marzo (Núm. 59)

Canje de notas 18 enero 1996.
 MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.
 ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Retiro de España de la Estación Meteorológica y Sísmológica de Sonseca.
 B.O.E. 6 marzo (Núm. 59)

Protocolo 28 agosto 1952, al que se adhirió España por instrumento 26 julio 1995.
 JEFATURA DEL ESTADO.
 ORGANIZACION DEL TRATADO DEL ATLANTICO NORTE (OTAN). Estatuto de los Cuarteleros Generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte (RCL 1982, 1337 y ApNDI. 13547).
 B.O.E. 9 marzo (Núm. 60)

Circular 27 febrero 1996, Núm. 1/1996.
 BANCO DE ESPAÑA.
 ENTIDADES DE CREDITO. Modifica la Circular 8/1990, de 7 septiembre (RCL 1990, 1994), sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
 B.O.E. 13 marzo 1996 (Núm. 63)

Convenio 25 enero 1995.
 MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.
 RUMANIA. Cooperación cultural y educativa.
 B.O.E. 25 marzo 1996 (Núm. 65)

Anuncio 19 febrero 1996.
 SECRETARIA GENERAL TECNICA MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES ALI-



MENTOS. Tratados anexas 1 y 2 del Acuerdo 1 septiembre 1970 (RCL 1976, 2174 y ApNDL 24825 DS), sobre transporte internacional de mercancías perecederas.
B.O.E. 6 marzo 1996 (Núm. 57)

Resolución 25 enero 1996.
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES. TRATADOS INTERNACIONALES. Actuaciones de terceros Estados en relación con los de que España es parte.
B.O.E. 21 febrero 1996 (Núm. 45)

Convenio 11 abril 1994, ratificado por instrumento 17 noviembre 1995, y acuerdo administrativo 12 mayo 1995. JEFATURA DEL ESTADO. RUSIA. Seguridad Social.
B.O.E. 24 febrero 1996 (Núm. 48)

LABORAL

Resolución 13 febrero 1996
DIRECCION GENERAL INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO. EMPLEO. Aplicación y desarrollo de la Orden 10 octubre 1995 (RCL 1995, 2833, 2963, 3040 y 3149), que regula en desarrollo del tit. II del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo (RCL 1995, 1380), sobre agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, los Planes de Servicios Integrados para el Empleo y los convenios con las entidades asociativas de los servicios integrados para el empleo.
B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Resolución 23 febrero 1996.
DIRECCION GENERAL DE ORDENACION JURIDICA Y ENTIDADES COLABORADORAS DE SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL-SEGUROS PRIVADOS. Instrucciones en orden a la aplicación de las previsiones en materia de Seguridad Social, contenidas en la disp. adic. 15 y disp. transi. 5.º 3 de la Ley 307/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3046), de ordenación y supervisión de los seguros privados.
B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Instrucción 26 febrero 1996.
SECRETARÍA DE ESTADO PARA LA ADMINISTRACION PUBLICA. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO-ADMINISTRACION DEL ESTADO. Aplicación de la Ley 31/1995, de 8 noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales, en la Administración del Estado.
B.O.E. 8 marzo 1996 (Núm. 59)

Resolución 1 febrero 1996.
INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO. EMPLEO. Modifica la Resolución 5 diciembre 1995 (RCL 1995, 3405 y RCL 1996, 487) que especifica las condiciones del INEM en relación con las acciones contempladas en las letras c), d), e), f) y i) de la letra B) del art. 5 de la Orden 10 octubre 1995 (RCL 1995, 2833, 2963 y 3040), que regula los Planes de servicios integrados para el Empleo y los convenios con las entidades asociadas a dichos servicios.
B.O.E. 15 marzo 1996 (Núm. 65)

Resolución 1 marzo 1996.
DIRECCION GENERAL TESORERIA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Reserva y determinación de funciones en materia de gestión recaudatoria.
B.O.E. 18 marzo 1996 (Núm. 67)

Real Decreto 19 enero 1996, Núm. 42/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. Amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada.
B.O.E. 17 febrero 1996 (Núm. 42)

Real Decreto 19 enero 1996, Núm. 43/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. EMPLEO. Aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.
B.O.E. 20 febrero 1996 (Núm. 44)

Real Decreto 5 febrero 1996, Núm. 148/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.
B.O.E. 20 febrero 1996 (Núm. 44)

Resolución 1 febrero 1996.
INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO. EMPLEO. Modifica la Resolución 5 diciembre 1995 (RCL 1995, 3405, y RCL 1996, 487), que especifica las condiciones del INEM en relación con las acciones contempladas en las letras c), d), e), f) y i) de la letra B) del artículo 5 de la Orden 10 octubre 1995 (RCL 1995, 2833, 2963 y 3040), que regula los Pla-

nes de Servicios Integrados para el Empleo y los convenios con las entidades asociadas de dichos Servicios.
B.O.E. 20 febrero 1996 (Núm. 44)

Real Decreto 22 diciembre 1995, Núm. 2064/1995.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.
B.O.E. 22 febrero 1996 (Núm. 46)

Resolución 8 febrero 1996.
SECRETARÍA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL. MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Establece el modelo de «documento de adhesión» para la formalización con éstas de la cobertura del subsidio de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y de los trabajadores por Cuenta Propia incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.
B.O.E. 22 febrero 1996 (Núm. 46)

Orden 21 febrero 1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. NOTARIADO-SEGURIDAD SOCIAL. Integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal que cumple percibiendo la acción protectora a través de la Mutualidad de Empleados de Notarías.
B.O.E. 24 febrero 1996 (Núm. 48)

Real Decreto 26 enero 1996, Núm. 84/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Reglamento General sobre inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de datos de Trabajadores en la Seguridad Social.
B.O.E. 27 febrero 1996 (Núm. 50)

Orden 22 febrero 1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Aplicación y desarrollo del Reglamento General de la Gestión Financiera aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 agosto (RCL 1995, 2332).
B.O.E. 29 febrero 1996 (Núm. 52)

Real Decreto 15 enero 1996, Núm. 2/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Revalorización de pensiones para 1996.
B.O.E. 29 febrero 1996 (Núm. 52)

Orden 22 febrero 1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 octubre (RCL 1995, 2891, 3179 y RCL 1996, 502).
B.O.E. 29 febrero 1996 (Núm. 52)

Real Decreto 19 enero 1996, Núm. 43/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. EMPLEO. Aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.
B.O.E. 1 abril 1996 (Núm. 79)

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 396/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social.
B.O.E. 2 abril 1996 (Núm. 80)

Real Decreto 121 abril 1996, Núm. 605/1996.
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. EMPLEO RURAL. Plan para 1996.
B.O.E. 13 abril 1996 (Núm. 90)

MERCANTIL

Resolución 26 febrero 1996.
DIRECCION GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO. REGISTRO MERCANTIL. Coordinación con el Registro de Asociaciones deportivas.
B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Resolución 26 febrero 1996.
DIRECCION GENERAL INFRAESTRUCTURAS DEPORTIVAS Y SERVICIOS. REGISTRO DE ASOCIACIONES DEPORTIVAS. Coordinación con el Registro Mercantil Central.
B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Ley 15 enero 1996, Núm. 7/1996.
JEFATURA DEL ESTADO. COMERCIO. Ordenación del comercio minorista.
B.O.E. 17 febrero 1996 (Núm. 42)

Circular 30 enero 1996, Núm. /1996.
BANCO DE ESPAÑA. ENTIDADES DE CREDITO. Modifica la Circular 4/1991, de 14 junio (RCL 1991, 1682), sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros.
B.O.E. 19 febrero 1996 (Núm. 43)

Resolución 19 febrero 1996.
DIRECCION GENERAL TESORO Y POLITICA FINANCIERA. MERCADO HIPOTECARIO. Índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.
B.O.E. 23 febrero 1996 (Núm. 47)

Circular 6 abril 1995, Núm. 1/1995.
FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. SUSPENSION DE PAGOS. Intervención del Ministerio Fiscal.
B.O.E. 1 febrero 1996 (Núm. 78) - B. Inf. M.ª Justicia.

Circular 27 marzo 1996, Núm. 1/1996.
COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. MERCADO DE VALORES. Normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones.
B.O.E. 9 abril 1996 (Núm. 86)

PENAL

Real Decreto 1 marzo 1996, Núm. 385/1996.
MINISTERIO JUSTICIA E INTERIOR. JURADO. Régimen retributivo de indemnizaciones del desempeño de las funciones del jurado.
B.O.E. 14 marzo 1996 (Núm. 64)

Real Decreto 9 febrero 1996, Núm. 190/1996.
MINISTERIO JUSTICIA E INTERIOR. PRISIONES. Reglamento Penitenciario.
B.O.E. 15 febrero 1996 (Núm. 40)

Ley Orgánica 23 noviembre 1995, Núm. 10/1995.
JEFATURA DEL ESTADO. CODIGO PENAL. Texto.
B.O.E. 2 marzo 1996 (Núm. 54)

Convenio Europeo 28 mayo 1970, Núm. 70, ratificado por instrumento 9 agosto 1996.
JEFATURA DEL ESTADO. ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Validez internacional de sentencias penales.
B.O.E. 30 marzo 1996 (Núm. 78)

Circular 22 noviembre 1995, Núm. 2/1995.
FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. PRISION PREVENTIVA. Nuevo régimen procesal. BB especial de marzo. B. Inf. M.ª Justicia.

Circular 27 diciembre 1995, Núm. 3/1995.
FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. JURADO. Criterios de actuación del Ministerio Fiscal en el proceso ante el Tribunal del Jurado. BB especial de marzo. B. Inf. M.ª Justicia.

Circular 29 diciembre 1995, Núm. 4/1995.
FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. JURADO. Actuaciones en el Juzgado de Instrucción durante el proceso ante el Tribunal del Jurado. BB especial de marzo. B. Inf. M.ª Justicia.

Instrucción 29 diciembre 1995, Núm. 1/1995.
FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. MINISTERIO FISCAL. Atribuciones y competencias de los fiscales especiales antidroga en los diferentes territorios. BB especial de marzo. B. Inf. M.ª Justicia.



Subvenciones

Publicadas en el B.O.E. hasta el 13 de abril de 1996

Resolución 5 diciembre 1995
INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO
EMPLEO. Especifica las condiciones del INEM en relación con las acciones contempladas en las letras c), d) e), f) e) j) de la letra B) del artículo 5 de la Orden de 10 octubre 1995 (RCL 1995, 2833, 2963 y 3040), que regula los Planes de Servicios Integrados para el Empleo y los convenios con las entidades asociadas de dichos servicios.
B.O.E. 13 febrero 1996 (Núm. 38)

Real Decreto 9 febrero 1996, Núm. 206/1996
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION
AGRICULTURA-COMUNIDAD EUROPEA. Régimen de ayudas para el fomento de la diversificación de la actividad económica y la creación de empleo en el medio rural.
B.O.E. 13 febrero 1996 (Núm. 38)

Orden 1 marzo 1996
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
CENTRALES SINDICALES. Bases reguladoras de concesión de subvenciones dispuestas en la Ley 41/1994, de 30 Diciembre (RCL 1994, 3569 y RCL 1995, 467), de presupuestos Generales del Estado para 1995, prorrogados para 1996, para la realización de actividades de carácter formativo y otras, dentro de los fines propios de las centrales sindicales.
B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Orden 29 febrero 1996
MINISTERIO INDUSTRIA Y ENERGIA
CARBÓN MINERAL. Ayudas destinadas a la cobertura de los costes financieros de los «stocks» de carbón que se produzcan en las centrales térmicas que excedan de los definidos como estratégicos.
B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Orden 1 marzo 1996
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION
AGRICULTURA-COMUNIDAD EUROPEA. Normas para cofinanciar los

programas comarcales de innovación rural acogidos a la iniciativa comunitaria LEADER II.
B.O.E. 7 marzo 1996 (Núm. 58)

Orden 1 marzo 1996
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION
COOPERATIVAS DEL CAMPO Y SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACION. Ayudas económicas para la integración.
B.O.E. 8 marzo 1996 (Núm. 59)

Resolución 8 febrero 1996
SECRETARIA DE ESTADO DE MEDIO AMBIENTE Y VIVIENDA
VIVIENDA Y SUELO. Condiciones de los préstamos para financiación de las actuaciones protegibles durante 1996.
B.O.E. 8 marzo 1996 (Núm. 59)

Resolución 26 febrero 1996
PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR
ENERGIA NUCLEAR. Bases reguladoras de la concesión de subvenciones en ayudas en materias relacionadas con la seguridad nuclear y la protección radiológica.
B.O.E. 15 marzo 1996 (Núm. 63)

Real Decreto-Ley 1 marzo 1996, Núm. 4/1996
JEFATURA DEL ESTADO
CATASTROFES. Medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes inundaciones y temporales.
B.O.E. 16 marzo 1996 (Núm. 60)

Orden 1 marzo 1996
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION
AGRICULTURA Y GANADERIA. Amplía el plazo para presentación de las solicitudes de ayuda a los productores de determinados cultivos herbáceos en la campaña de comercialización 1996-1997 y de las primas en beneficio de los productores de carne de ovino y caprino, de los productores de carne de vacuno y de los que mantengan vacas nodrizas para 1996.
B.O.E. 6 marzo 1996 (Núm. 57)

Orden 27 febrero 1996
MINISTERIO PRESIDENCIA
SEGUROS DEL CAMPO. Regula la concesión de subvenciones, por parte de la Administración General del Estado, a la suscripción de los incluidos en el Plan de Seguros Agrarios combinados de 1996 (RCL 1996, 465).
B.O.E. 6 marzo 1996 (Núm. 57)

Orden 29 febrero 1996
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION
AGRICULTURA-ALIMENTOS. Establece las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de subvenciones a entidades asociativas representativas del sector agrario y alimentario, para el fomento de actividades de colaboración y representación durante 1996.
B.O.E. 5 marzo 1996 (Núm. 56)

Orden 15 febrero 1996
MINISTERIO PRESIDENCIA
CEUTA-DEPORTES. Regula la concesión de subvenciones por la Delegación del Gobierno en Ceuta con cargo a los ingresos de las Apostas Mutuas Deportivas del Estado.
B.O.E. 5 febrero 1996 (Núm. 56)

Orden 16 enero 1996
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION
AGRICULTURA. Fija para 1996 el importe de las ayudas destinadas a fomentar

SUBVENCIONES

el uso anticipado de la actividad agraria.
B.O.E. 14 febrero 1996 (Núm. 39)

Orden 8 febrero 1996
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION
AGRICULTURA. Normas para la concesión de subvenciones a entidades, empresas y profesionales relacionados con la producción y la comercialización en el sector agrario, que faciliten datos estadísticos, contables y de precios agrarios.

Orden 7 febrero 1996
MINISTERIO PARA ADMINISTRACIONES PUBLICAS
SINDICATOS. Regula la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Administración Pública a las centrales sindicales más representativas para la realización de actividades formativas dirigidas a empleados públicos.
B.O.E. 17 febrero 1996 (Núm. 42)

Ley 10 enero 1996, Núm. 2/1996
JEFATURA DE ESTADO
INUNDACIONES. Medidas urgentes para reparar daños causados por las recientes inundaciones en la provincia de Guadalajara.
B.O.E. 23 febrero 1996 (Núm. 46)

Orden 20 febrero 1996
MINISTERIO INDUSTRIA Y ENERGIA

CARBÓN MINERAL. Regula las ayudas a la cobertura de cargas excepcionales.
B.O.E. 23 febrero 1996 (Núm. 47)

Resolución 25 marzo 1996
DIPUTACION PERMANENTE DEL CONGRESO DIPUTADOS
CATASTROFES. Convalidación del Real Decreto-Ley 4/1996, de 1 marzo (RCL 1996, 1001), sobre medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes inundaciones y temporales.
B.O.E. 28 marzo 1996 (Núm. 76)

Orden 26 marzo 1996
MINISTERIO PRESIDENCIA
MINUSVALIDOS. Determina los tipos de ayuda a conceder a personas con minusvalías para el ejercicio 1996 y cuantías de las mismas.
B.O.E. 29 marzo 1996 (Núm. 77)

Orden 21 marzo 1996
MINISTERIO JUSTICIA E INTERIOR
CATASTROFES. Determina los municipios a los que son de aplicación las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 4/1996, de 1 marzo (RCL 1996, 1001), por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes inundaciones y temporales.
B.O.E. 1 abril 1996 (Núm. 79)

JB J. M. BOSCH EDITOR, S.A.
Rosellón, 22
08029 BARCELONA
Tel. 419 77 50 - 419 63 14
Fax 419 93 52

LB LIBRERIA BOSCH
Ronda Universidad, 17
08007 BARCELONA
☎ 917 53 58 - 317 53 08 - Fax: 412 27 84

BOSCH LLIBRES
Gran Via de les Corts Catalanes, 600
08007 BARCELONA
☎ 318 57 15 - Fax: 318 58 72

NOVEDADES

BADIA, ANA. LA CUESTION DE TIMOR ORIENTAL Colección de Cuadernos de Cátedra nº 5.	875 PTAS.	FUENTES LUJO, J.V. NOVISIMA SUMA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. 3 tomos más carpeta archivadora para puestas al día *65.385 PTAS. *Incluye gastos de envío y 4 actualizaciones gratuitas para 1.996	
BADENES GASSET, R. EL ORDENAMIENTO LEGAL DE LAS FUNDACIONES. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA. 2ª EDICION. 2 tomos. Enc. en gualfax.	3.665 PTAS. 27.700 PTAS.	HOMER SANZ DE LA GARZA, J. TRANSITORIO MENTAL TRANSITORIO Y DROGAS. QUE INCIDEN EN LA IMPUTABILIDAD.	7.212 PTAS.
CASTAÑO, J.; GONZALEZ, J.J. MANUAL DE CONSTITUCION Y FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS.	5.085 PTAS.	PEREZ DALÍO, V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE PROMEDAD INDUSTRIAL.	4.625 PTAS.
FALGUERA BARG, M.; SEVRA BIEDMA, E. ELECCIONES SINDICALES: NUEVO MARCO NORMATIVO. Don las Sentencias de los Juzgados de lo Social y laudos arbitrales	4.425 PTAS.	SOLA ROLD, V. LOS SEMESTROS Y LAS AVERIAS, EN EL RAMO DEL TRANSPORTE	4.615 PTAS.
FONT REBS, G. ATLAS DE MEDICINA LEGAL Y FORENSE	12.000 PTAS.		PRECIOS SIN IVA.



LA LEY-AGUARDIA

ESTE AL DIA CON LA LEY-ACTUALIDAD

IMPORTANTE

De entre las novedades legislativas y jurisprudenciales que reseñamos a continuación interesa destacar por su especial interés: 1) De una parte, la supresión de preaviso para la consignación de las rentas que vayan venciendo durante la sustanciación de la apelación en el desahucio por falta de pago (AL DIA CIVIL, LEGISLACION, reseña n.º 2), 2) De otra parte, la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de las CCEE, de 5 de marzo de 1996 en relación a la responsabilidad de los estados miembros de la unión por infracción de la normativa comunitaria (AL DIA COMUNITARIO, JURISPRUDENCIA, reseña n.º 1), y 3) Los contratos de arrendamiento ya pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad (AL DIA CIVIL, LEGISLACION, reseña n.º 1).

AL DIA ADMINISTRATIVO

JURISPRUDENCIA

1. La vigencia indefinida de los Planes de Ordenación Urbana no impide su modificación

La vigencia indefinida de los Planes de ordenación urbana, prevista en el art. 45 TRLR, debe ser entendida como una garantía de estabilidad, pero sin cerrar el paso a su revisión si el interés público lo requiere. Así, según la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995**, debe reconocerse un *ius vivendi* en favor de la Administración para adecuar el ordenamiento urbanístico a las nuevas circunstancias que demandan una alteración de éste.

2. Necesidad de motivar la concesión de subvenciones por ser potestad discrecional de la administración

La Sentencia de la sección 1.ª de la Sala 3.ª del TS de 18 de enero de 1996 confirma y resalta el carácter de potestad discrecional de la concesión de subvenciones, por lo que dicha concesión deberá ser adecuadamente motivada. La adecuada motivación del acto posibilitará a la jurisdicción realizar su función fiscalizadora.

3. El Tribunal Supremo recuerda que los principios inspiradores del orden penal, y en concreto el principio de presunción de inocencia, son aplicables plenamente al procedimiento administrativo sancionador

Conviene recordarlo de tanto en tanto, y tenerlo muy presente, con la claridad con que lo declara la **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1996**: no puede considerarse responsable de una infracción administrativa a un ciudadano sin desplegar la Administración, previamente, la necesaria actividad probatoria a tal efecto. Si la prueba es insuficiente, el resultado debe ser absolutorio.

AL DIA CIVIL

LEGISLACION

1. Ya pueden acceder al Registro de la Propiedad, sin necesidad del convenio expreso entre las partes para su inscripción que exigía el art. 2.5 de la Ley Hipotecaria, los contratos de arrendamiento celebrados a partir del día 1 de enero de 1995.

El R.D. n.º 297/1996 de 23 de febrero regula la inscripción en el registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos (de vivienda y de uso distinto del de vivienda) celebrados a partir del 1 de enero de 1995. A partir de ahora, en el Registro podrán hacerse constar la duración y renta pactadas, y todas las demás cláusulas libremente pactadas, así como los subarrendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y demás modificaciones posteriores. Se contempla la cancelación de oficio por el Registrador, si no consta la prórroga del contrato, en los de duración inferior a cinco años cuando transcurran ocho años desde la fecha del contrato sin que conste la prórroga, así como todas las inscripciones de contratos cuya prórroga no conste una vez expirado el término pactado.

2. La modificación de los arts. 1.566 y 1.567 de la LEC por la nueva LAU y la trampa escondida que contiene la nueva regulación.

La disposición adicional 5.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha producido la supresión del preaviso para consignar las rentas que vayan venciendo durante la sustanciación de la apelación, en el desahucio por falta de pago, y su sustitución por la facultad de consignar por adelantado el recurrente las rentas que desee. Esta modificación establece una gran y escondida trampa. Si bien es cierto que al inter-

poner el recurso, si uno se olvida de consignar las rentas hay un plazo de 5 días para subsanar —5 días que cuentan a partir del requerimiento del Juez o Tribunal— y de ahora en adelante también es cierto que **sin aviso ni requerimiento ni plazo subsanatorio de sentencia quedará firme si no se pagan las nuevas y sucesivas rentas a su vencimiento o no se pagan adelantadas las que el contrato manda adelantar**. La trampa consiste en que **respecto de las rentas que venzan después de interponer el recurso, se ha sustituido el aviso del Tribunal por la posibilidad que tiene el arrendatario de consignar por adelantado la que quiera**. En cambio, repetimos no hay preaviso. Consecuencia práctica: luego de admitido el recurso, podemos consignar un año de rentas y apuntarnos en el finquero con 5 días de antelación al vencimiento del año, la necesidad de anticipar de nuevo otro año, y así sucesivamente.

3. Aprobado el Reglamento de Fundaciones que ejerzan principalmente sus funciones en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

El R.D. n.º 316/1996, de 23 de febrero desarrolla el Título I de la **Ley 30/1994**, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en lo que se refiere a las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de más de una Comunidad Autónoma (fundaciones de competencia estatal), regulándose todo lo relativo a su patrimonio y funcionamiento.

4. La D.G.R.N. aprueba el nuevo modelo de Libro Diario del Registro de la Propiedad, como primer paso para la informatización de dicho Libro Diario, según el mandato del Reglamento de colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad.

La Resolución de la D.G.R.N. de 15 de febrero de 1996 **aprueba el nuevo modelo de Libro Diario** de operaciones del Registro de la Propiedad. Se contiene un mandato dirigido al Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad para que realice las modificaciones pertinentes, en el plazo de un año desde el 26 de febrero de 1996 (publicación de la resolución), **en aras al cumplimiento de los objetivos establecidos en el R.D. 2537/1994, de colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad**, entre los que destaca el poder reflejar en las certificaciones y notas simples que se expidan los asientos del diario y las solicitudes notariales de información pendientes de expedición o remitidas en los nueve días naturales anteriores.

JURISPRUDENCIA

1. Las acciones de resolución de contrato de arrendamiento y de actualización de la renta pueden acumularse en un mismo proceso al amparo de la nueva LAU, si bien una de ellas debe tener carácter subsidiario.

La incompatibilidad existente entre la acción de resolución de arrendamiento y la de elevación de la renta pactada, que deben ser ventiladas en juicio de naturaleza diferente, no impide su acumulación al amparo del art. 40 de la nueva LAU, si son ejercitadas **una de forma principal y otra de forma subsidiaria**, como establece la Audiencia Provincial de Lleida en **Sentencia de 20 de diciembre de 1995**.

2. La reclamación del I.V.A. derivado de una compraventa debe ser objeto de conocimiento por la jurisdicción civil

El Tribunal Supremo, en **Sentencia de 27 de enero de 1996** afirma que la facultad que tiene el vendedor de repercutir el I.V.A. de una compraventa sobre la parte adquirente, así como del derecho de repetición por haberlo abonado el vendedor previamente, a pesar de tener su apoyo en preceptos fiscales, es materia enjuiciable por los Tribunales civiles, ya que la cuestión deriva del contrato privado de compraventa, y no se discute la obligación o no del abono del tributo.

3. El ofrecimiento de regalos para captar asistentes a la promoción de un producto no vicia la compraventa de dicho producto.

La Sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de febrero de 1996 afirma que en los supuestos de ofrecimiento de un regalo por la asistencia a una charla, como atracción para formalizar una compraventa, la falta de conocimiento del objeto sobre el que versará la compraventa no es un vicio para su formalización, siempre que la oferta se realice objetivamente y respetando la libertad del comprador.

4. No retroactividad de la declaración de incapacidad

Para la declaración de incapacidad de una persona, se debe valorar el estado del enfermo en el momento de la celebración del pleito (mediante reconocimiento judicial y prueba pericial) sin que proceda que se retrotraigan las deficiencias desde una época posterior (**Sentencia Sala 1.ª TS de 19 de febrero de 1996**).

5. El Tribunal Supremo confirma la posibilidad de constituir subcomunidades en las comunidades en propiedad horizontal

La Sentencia del TS de fecha 18 de diciembre de 1995 aunque no las regula con precisión (en art. 6 y 9.5 LPH) ha confirmado la posibilidad de la existencia legal de las subcomunidades de propietarios, que ya afirmó la Sentencia del TS de fecha 16 de febrero de 1971, en un caso en que el Reglamento de la Comunidad otorgaba, con constancia registral, la facultad de crear dichas subcomunidades (de garajes, de sótanos...), al entender que aunque la LPH en las reglas expresamente tampoco las prohíbe (arts. 6 y 9.5 LPH).

6. La absorción por la renta actualizada de las cantidades asimiladas a la renta (DT 2.ª, D, 11, 3.ª LAU'94) no impide que puedan seguir exigiéndose al arrendatario dichas cantidades, una vez actualizada la renta.

La Sentencia de la AP de Zaragoza de 25 de marzo de 1996 entiende que la absorción de las cantidades asimiladas por la renta actualizada (DT 2.ª, D, 11, 3.ª LAU'94) es una aceleración del sistema progresivo de actualización de la renta, pero no incompatible con la facultad de seguir repercutiendo al arrendatario el importe del coste de los servicios y suministros (DT 2.ª, C, 10.5 LAU'94), pues es este un sistema transitorio a la nueva regulación contenida en el art. 20 de la nueva Ley (dichos conceptos son de cargo del arrendado, salvo pacto en contrario y por escrito).

AL DIA COMUNITARIO

JURISPRUDENCIA

1. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoce el derecho de los particulares europeos de reclamar indemnizaciones de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, por daños sufridos como consecuencia de infracción de la normativa comunitaria por parte de los Estados miembros

La Sentencia de 5 de marzo de 1996 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido el derecho de las empresas y de los ciudadanos europeos a reclamar indemnizaciones a los estados miembros por los daños que se les sigan de las infracciones de la normativa comunitaria cometidas por las administraciones europeas, siempre que se demuestre la **relación de causalidad entre la infracción y el daño**.

(Vide artículo sección Derecho Comunitario (sobre este tema))

ESTE AL DIA CON LA LEY-ACTUALIDAD

2. Las directivas comunitarias no desarrolladas no pueden ser invocadas entre particulares

Así lo ha establecido la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 7 de marzo de 1996, que tan sólo reconoce la invocabilidad de las directivas no desarrolladas en un Estado miembro determinado frente a los Estados miembros de la Unión Europea, pero no frente a otro particular.

AL DIA FISCAL

LEGISLACION

1. La Sentencia n.º 10/1996 de 1 de febrero del Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales determinados preceptos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio).

La mencionada Sentencia, publicada en el BOE de 4 de marzo de 1996 (núm. 55), ha declarado inconstitucionales la disposición adicional vigesima segunda de la Ley 4/1990, y determinadas partidas presupuestarias incluídas en dicha Ley, que resultar inválidas el ámbito competencial de la Generalitat de Cataluña.

2. Se aprueban los modelos de declaración de la renta para el ejercicio 1995, así como la forma, plazos y lugar de presentación de los mismos.

Tal es el contenido de la Orden de 22 de marzo de 1996, que además determina los supuestos en que se incidirán las tres modalidades de declaración (abreviada, simplificada y ordinaria), y establece los plazos de presentación de la declaración (entre el 1 de mayo y el 20 de junio de 1996, inclusive, o hasta el 1 de julio de 1996 con derecho a devolución). Asimismo, se establece la posibilidad de fraccionar el pago de la cuota diferencial en dos partes (la primera, del 60 por 100, en el momento de presentar la declaración; y la segunda, por el 40 por 100 restante, hasta el 5 de noviembre de 1996).

JURISPRUDENCIA

1. El incremento de valor de terrenos de naturaleza urbana está sujeto al impuesto, con independencia del origen de dicho incremento.

El impuesto de plusvalía municipal encuentra su justificación en el incremento de valor de los terrenos, independientemente de que la plusvalía obedezca o no a obras o actuaciones municipales. En consecuencia, también los incrementos producidos por las urbanizaciones reali-

zadas por particulares e incluso los producidos por evolución natural del terreno, son gravados por dicho impuesto, como sostiene reiterada jurisprudencia y resuelve la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en Sentencia del 12 de enero de 1996.

2. La conformidad con un acto de inspección tributaria lo es en relación a los hechos en ella expuestos, pero no respecto de las calificaciones jurídicas, juicios de valor ni opiniones consignadas por la inspección en el acto.

Así lo sentaron la Sentencia del TC de 26 de abril de 1990 y la del TS de fecha 24 de junio de 1968, entre otras, viéndolo a corroborarlo la Sentencia del TSJ de La Rioja de 29 de diciembre de 1995, que además nos recuerda la necesidad de que la Administración tributaria despliegue la actividad probatoria en relación a los hechos que haga constar en el Acta.

3. Carácter de deuda tributaria de las retenciones no ingresadas dentro de plazo, y consecuente posibilidad de regularización ex art. 61.2 LGT

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 30 de enero de 1996 considera aplicable el proceso de regularización establecido en el art. 61.2 LGT a las retenciones tributarias no ingresadas dentro del plazo legal, precisamente por atribuir la Ley al sustituto (obligado a practicar la retención y a ingresarla) la condición legal de sujeto pasivo.

AL DIA LABORAL

LEGISLACION

1. Desarrollado reglamentariamente el art. 40.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social, permitiéndose que las entidades gestoras descuenten a los preceptores de prestaciones económicas para la compensación de prestaciones indebidamente percibidas por éstos con anterioridad.

El R.D. n.º 148/1996, de 5 de febrero ha venido a desarrollar el mandato contenido en el art. 40.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social, estableciendo un procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas, mediante descuentos efectuados por las entidades gestoras en aquellos supuestos en que el deador por prestaciones

indebidamente percibidas es, imputablemente, acreedor de prestaciones económicas que dichas entidades gestionen.

2. Unificada en un solo texto reglamentario toda la normativa relativa al régimen de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social

El R.D. n.º 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de datos de Trabajadores en la Seguridad Social, unifica la normativa preexistente y dispersa en punto a las citadas inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variaciones de datos de unos y otros. (Véase su importante disposición derogatoria única, en cuya virtud no llegará a entrar en vigor el RD 3258/1987, que regula la misma materia).

3. Aprobado el reglamento regulador del nuevo procedimiento administrativo sancionador por infracciones en el orden social

El R.D. n.º 396/1996, de 1 de marzo, aprueba el reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social previsto en la disposición final segunda de la LISOS (Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social).

JURISPRUDENCIA

1. La enseñanza teórica debe formar parte de los contratos de trabajo para la formación anteriores al RDL 18/93 ya que en caso contrario adquirirán la naturaleza de contratos laborales indefinidos.

El Tribunal Supremo en sentencia de 19 de febrero de 1996, establece que el contrato de trabajo para la formación anterior al RDL 18/93 (sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación), no debe limitarse a la formación práctica del trabajador, sino que debe darse además una enseñanza teórica. De no ser así, se desnaturaliza el vínculo contractual de este tipo de contrato, perdiendo su condición de temporal, y debiéndose calificarse de contrato indefinido.

2. Los denominados complementos retributivos por un puesto de trabajo concreto no se mantienen en el supuesto de movilidad funcional del trabajador si no son referidos al status profesional del trabajador en la empresa.

La Sentencia de la Sala 4.ª del TS de 5 de febrero de 1996 dispone que la movilidad funcional se efectuará sin perjuicio de los derechos económicos del trabajador que son los referidos al status profesional del trabajador en la empresa (categoría y condiciones personales del trabajador). Pero ello, en el supuesto de movilidad funcional, no supone el mantenimiento de los denominados complementos retributivos por puestos de trabajo que están ligados al desempeño de un concreto puesto de trabajo, y no forman parte del status profesional del trabajador.

3. Admisión de Concurrencia de Convenios Colectivos de distinta eficacia en un mismo sector.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 14 de febrero de 1996 estableciendo que, la firma por un sindicato de un Convenio de eficacia limitada no le priva de intervenir en la negociación de otro, incluso temporalmente superpuesto, deviendo de eficacia general, siempre que tal sindicato goce de las condiciones requeridas para ostentar legitimación inicial al respecto, conclusión, contraria podría conllevar al sector afectado la imposibilidad de lograr un convenio de eficacia «erga omnes».

AL DIA MERCANTIL

JURISPRUDENCIA

1. Aplicación del artículo 1124 del C.C. al contrato de arrendamiento financiero (Leasing), por defectos en los bienes adquiridos

El Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de febrero de 1996, dice que, acreditados los muy numerosos defectos de los equipos informáticos vendidos y luego recibidos que los harían totalmente inhabilitados para el fin para el que fueron adquiridos, existía un claro incumplimiento del contrato por parte de la entidad vendedora, por entrega de cosa distinta, aún pro alio, dada su referida y total idoneidad, por lo que, conforme al artículo 1124 del C.C., procede estimar la acción resolutoria del contrato de compraventa.

2. Transformación de S.A. en S.L.: no es necesario que el balance que debe acompañarse a la escritura de transformación se ajuste en su estructura formal a lo dispuesto en el art. 175 LSA

Los argumentos dados para entenderlo así por la Resolución de la D.G.R.N. de fecha 2 de febrero de 1996 estriban en que la finalidad del balance es primordialmente la protección de los socios (que,

en cuanto a los referidos, subsiste la personalidad jurídica de la sociedad transformada) y, en cuanto a aquéllos, al contrario que lo establecido para la transformación en colectiva o comunitaria, no existe derecho de separación, sino el derecho a transmitir libremente los títulos, por lo que «el alcance del balance queda más diluido».

3. Denegada la inscripción de dos escrituras de ampliación de capital para haber sido presentadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1995, después de haber caducado el primer asiento de presentación efectuado con anterioridad a dicha fecha

La Resolución de la D.G.R.N. de fecha 5 de marzo de 1996 confirma el acuerdo y la nota del Registrador que denegó la inscripción de dos ampliaciones de capital en una S.A. hasta la cifra mínima legal de 10.000.000 ptas., al considerarse que las escrituras se presentaron después del 31 de diciembre de 1995, aunque ya habían sido presentadas antes, puesto que los asientos de presentación anteriores a la fecha indicada habían caducado y, en consecuencia, «carecen de todo efecto jurídico», produciéndose la disolución de pleno derecho de la sociedad por mor de la D.F.6.2 de la LSA.

AL DIA PENAL

LEGISLACION

1. Ratificado por España el Convenio Europeo del Consejo de Europa n.º 70, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, sobre la validez internacional de las sentencias penales, que permite la ejecución de las condenas penales en otros Estados distintos al en que recayó la resolución

El instrumento de ratificación es de fecha 9 de agosto de 1994, publicado en el BOE de 20 de marzo de 1996. El Convenio entrará en vigor para España a los tres meses del depósito del instrumento de ratificación en el Secretario General del Consejo de Europa. A partir de entonces, a España podrá solicitarse y ésta a su vez quedará igualmente facultada para ello, la ejecución de una condena penal en aquellos casos en que el condenado tenga su residencia habitual en el país requerido, o se halle cumpliendo condena en el mismo, o se estime mejor para su probable rehabilitación, o en casos en que se halle solicitada la extradición, aunque la misma sea requerida por el estado requerente, etc.

JURISPRUDENCIA

1. Se excluye el terreno público fácilmente accesible y exterior a las viviendas del concepto protección domiciliar

El terreno público fácilmente accesible y exterior de las viviendas, no puede integrar el concepto de protección domiciliar, por lo que no podrán requerirse para su registro las precauciones que se establecen en la ley para evitar la violación de domicilios (Sentencia de la Sala 2.ª del TS de 6 de febrero de 1996). Los límites para excluir de la zona espacial o zonas perimetrales a la autoridad pública, deben consistir de forma inequívoca signos fácilmente comprensibles para cualquier persona.

2. Admisión de la prueba de grabación videográfica con carácter accesorio a la identificación directa de los acusados

La Sentencia de la Sala 2.ª del TS de 27 de febrero de 1996 dispone que se admiten este tipo de pruebas siempre que se constata su veracidad y la ausencia de montaje o manipulación. Si en el juicio oral se identifica a los acusados de forma directa, esta prueba no hace más que perpetuar la percepción visual de la persona identificada.

3. Distinción Jurisprudencial entre Alzamiento de bienes y Malversación Impropia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1996 declaró un caso en que el acusado, gerente de la empresa demandada en juicio ejecutivo, hizo desaparecer la maquinaria embargada, que la prueba había no acredita la comisión del delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del C.P., ya que al constar en las actuaciones la designación de un depositario para los bienes que se embargaron, no puede llegarse sino, en todo caso, al delito de malversación impropia.

4. Para que se repeta la existencia de delito contra la seguridad del tráfico debe apreciarse la conducción bajo la influencia del alcohol

La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 30 de diciembre de 1995 absuelve del delito contra la seguridad del tráfico, al considerarse que no ha quedado suficientemente acreditada la influencia alcohólica en la conducción de la acusada ya que los agentes de tráfico sólo apreciaron una deambulación ligeramente vacilante, mirada brillante y una actitud arrogante cuando aquélla fue detenida en un control rutinario en el que se usó a su favor un aparato alcoholímtrico.

5. No constituye falsedad en documento mercantil (art. 303 CP) la omisión de una factura mendaz (o por conceptos inexistentes).

Así lo declara el Auto de TS de fecha 22 de diciembre de 1995 (auto de apertura del juicio oral en el caso FLESA), haciendo un lógico y riguroso análisis de los requisitos que deben concurrir para apreciar el delito de falsedad en documento mercantil, a saber, «que se atribuya una declaración de voluntad a quien no la hizo o que se altere el contenido de la voluntad declarada» en el documento. Pero «el carácter mendaz de la declaración no se debe confundir con la falsedad del documento mercantil», aunque, afirma el TS, la mendacidad de la factura pueda ser constitutiva de un engaño relevante a efectos de estafa o de otros tipos penales, como el delito fiscal.

6. Delito fiscal: carácter objetivo de la regularización fiscal contenida en el art. 62.1 LGT, y sus efectos excluyentes de la responsabilidad criminal

Las regularizaciones fiscales contenidas en el art. 61.2 LGT (pago fuera de plazo,

sin requerimiento previo de la Administración Tributaria, con el recargo correspondiente y exoneración de la sanción) son de carácter objetivo y producen efectos exonerativos en el orden penal, según el auto del TS de fecha 22 de diciembre de 1995 (caso FLESA), por lo que el Tribunal puede apreciar dicho efecto exculpativo en cualquier momento (ello ya fue recogido así en la L.O. 6/1995, de 29 de junio, que da nueva redacción al art. 349 CP —ausencia de responsabilidad penal para las conductas regularizadoras— siempre que se realicen de forma espontánea», dice su E.A.M.).

AL DIA PROCESAL

JURISPRUDENCIA

1. Concurrencia de embargos administrativo y judicial: aplicación del principio «prior tempore»

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de fecha 21 de diciembre de 1995 declara que, en los casos de concurrencia de embargos, administrativo y judicial sobre unos mismos bienes, se ha reconocido siempre la prefe-

rencia para la ejecución a la autoridad que se adelantó a trabar el embargo, por disposición expresa del artículo 129.3 a) de la L.G.T.

2. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al confirmarse en segunda instancia la sentencia apelada en base a la inasistencia del letrado apelante al acto de la vista

[La Sentencia n.º 3/1996, de 15 de enero, del Tribunal Constitucional ha considerado infringido el derecho a la tutela judicial efectiva al confirmarse en la apelación de un procedimiento judicial la sentencia apelada, por la mera incomparecencia del letrado al acto de la vista. Los argumentos: la vista ha perdido su carácter esencial tras la reforma procesal operada por la Ley 10/92, que ha trasladado el momento de la fundamentación del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los juicios verbales y de cognición, de la vista a los escritos de interposición e impugnación, con lo que la vista no será necesaria, aunque sea obligada si se practica pósteum en segunda instancia (tal como sucedió en el caso).

Economist & Jurist

NOTA ACLARATORIA:

En relación al artículo publicado en las páginas 47-52 del último número de nuestra revista «ECONOMIST & JURIST», titulado «Impago de pensiones» (2.ª parte), ponemos en conocimiento de los suscriptores y lectores en general, una modificación sobre el mismo, que se produce necesariamente con la entrada en vigor del nuevo Código Penal.

Efectivamente, la redacción del art. 227.1 del nuevo Código Penal, aplicable a la materia que tratamos, es la siguiente:

«El que dejare de pagar durante 2 meses consecutivos o 4 meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de sus cónyuges o hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con pena de arresto de ocho a veinte fines de semana».

La novedad de este artículo, radica en que los plazos previstos, para que concurra el delito de abandono de familia, se acortan: es decir, pasan de tres a dos meses consecutivos, y de seis a cuatro meses no consecutivos.

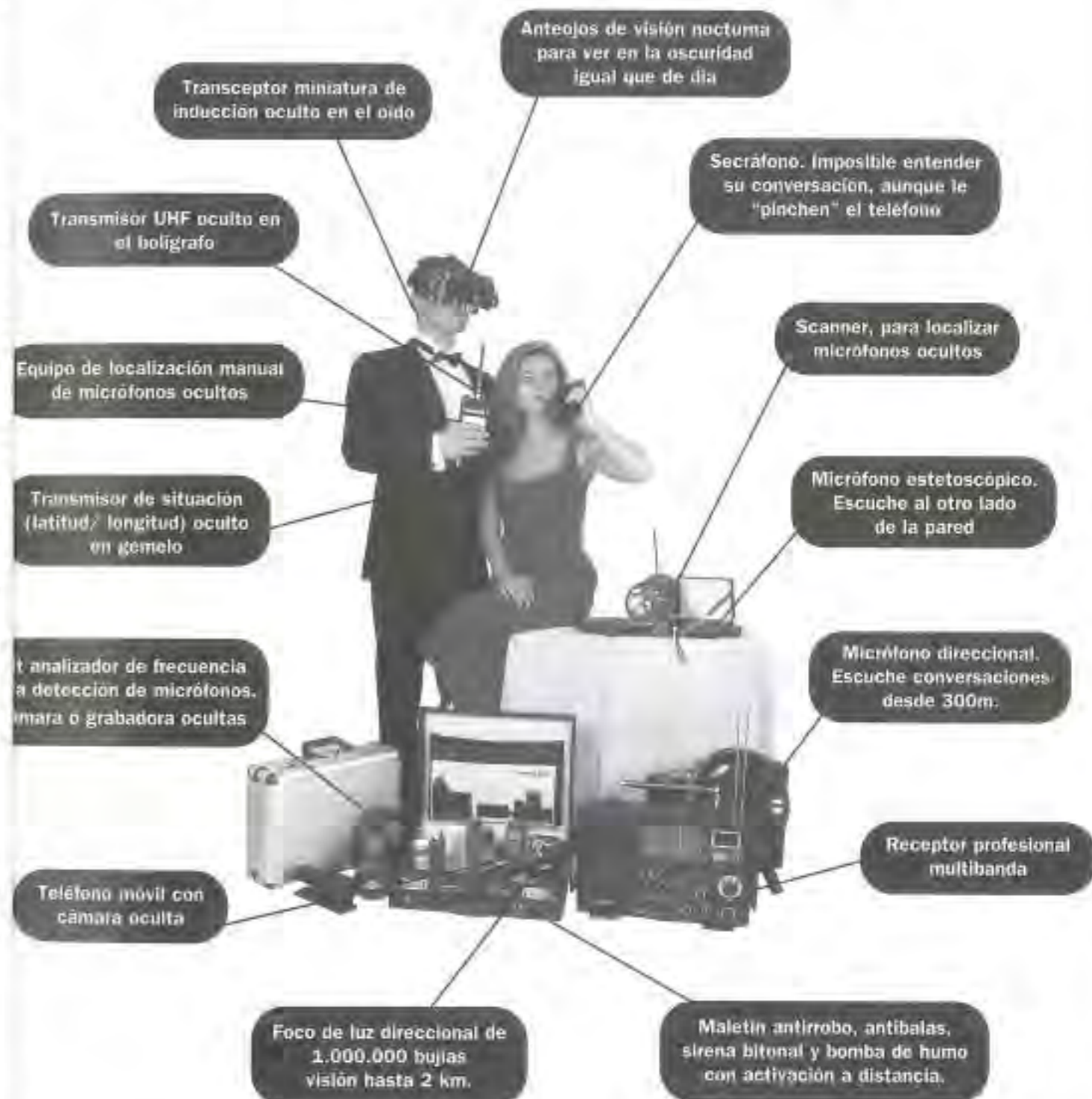
Por tanto, y aplicando el art. 227 del nuevo Código Penal al artículo publicado en nuestra revista, hay que sustituir los plazos establecidos en el antiguo Código, y que indicábamos como primer requisito para iniciar la reclamación por la vía penal (pág. 47), por los previstos en el nuevo Código Penal (recordemos dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos).

Finalmente, en los formularios de «Denuncia» y «Querrela» que reproducimos (págs. 48-52) del artículo de referencia, cabe sustituir siempre que aparezca la cita del art. 487 bis del anterior Código Penal, por la cita del art. 227 del nuevo Código Penal.

El grueso del artículo publicado y que no ha sido citado en esta nota queda plenamente vigente.

EN EL PROXIMO NUMERO SE PUBLICARA EN LA SECCION DE ADMINISTRACION, GESTION Y MARKETING DE LOS ABOGADOS, EL ARTICULO «MODELOS DE REGULACION DE UN DESPACHO DE ABOGADOS CONSTITUIDOS EN S.L. Y EN S.C.P.»

¿Le espian...?



VISITE NUESTRA EXPOSICIÓN PRIVADA

NITSPY®
DEFENSA Y CONTRAESPIONAJE

COMTE BORRELL, 115
TEL: (93) 423 97 88

08015 BARCELONA
FAX: (93) 426 77 76

El eje de una pequeña reforma: reflexiones sobre la ley de Asistencia Jurídica Gratuita

José M.º Fernández Seljo*
José M.º Bernat Freixas*

INDICE

- A. Comentarios generales a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
- B. Esquema de la Ley
 - b.1) Contenido del Derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita.
 - b.2) Competencia y procedimiento para el reconocimiento del Derecho.
 - b.3) Organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuita.
 - b.4) Efectos de la designación de abogado y procurador de oficio.
 - b.5) Subvención y supervisión de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

A. Comentarios generales a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

El acceso de los ciudadanos a la administración de justicia en condiciones de igualdad ha sido una de las grandes asignaturas pendientes del legislador; la declaración programática del artículo 119 de la Constitución, que declara que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», debe vincularse a los principios generales de igualdad (artículo 14 de la Constitución), y de tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión (artículo 24); pero no bastaba esta declaración de «buenas intenciones», era imprescindible en cuerpo legal que, dando cobertura al mandato Constitucional, articulara un sistema efectivo que evitara situaciones de abuso o disfunciones en el sistema judicial.

La reforma operada en la ley de Enjuiciamiento Civil en agosto de 1984 (Ley 34/84, que modificó entre otros, los artículos 13 y siguientes de dicho texto legal), enseguida se manifestó insuficiente, ya que los problemas no se en-

contraban tanto en los módulos económicos para reconocer el derecho a la gratuidad de la justicia, como en la determinación de un cauce eficaz para garantizar el reconocimiento del derecho.

La ley 1/96, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, ofrece instrumentos más adecuados para el desarrollo de este derecho constitucional sin afectar a los parámetros y factores que determinan la concesión del beneficio de justicia gratuita, convirtiendo a los Colegios de Abogados en eje fundamental del reconocimiento, a cada ciudadano particular que así lo solicite, del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En cierto sentido, la nueva Ley evidencia la confianza del legislador en los Colegios Profesionales y concretamente en la abogacía, a quien históricamente ya había reconocido el derecho/obligación de organizar los turnos de oficio y asistencia, así como el control y gestión de dichos turnos a través de las comisiones de deontología y de turno de oficio.

La ley de Asistencia Jurídica Gratuita de una vuelta más de tuerca para atribuir a los colegios la concesión, en un primer estadio, del beneficio a los ci-

UN FOLLETO,
UNA "BROCHURE"
O UN PEQUEÑO ANUNCIO



DICEN MÁS DE USTED
QUE SU PROPIA CORBATA.

Si busca un gran diseño y una buena presentación para su material gráfico y/o publicitario. Si quiere reflejar la calidad y la profesionalidad de sus servicios. Si desea cuidar su imagen, confíe en BIT Comunicación: somos especialistas y se alegrará de habernos conocido.

BIT
COMUNICACION

Bicomunicación S.A.
Josep Terradellas, 155 08029 Barcelona
Tel. 410 45 55 Fax 430 99 75

Propuesta per Mirta Mico.

Novedades jurídicas

NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995

Con el Debate Parlamentario, comentarios, concordancias legales y legislación comparada.
Ramón Macià Gómez
Marina Roig Altozano
1 vol. 1.300 págs. Ed. 1996 - 10.800,- ptas.

CURSO DE DERECHO PENITENCIARIO

Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996
J.M. Tamarit Sumalla
F. Sapena Grau
R. García Albero
1 vol. 385 págs. Ed. 1996 - 4.850,- ptas.

CURSO DE DERECHO PENAL - Parte General

Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995.
Gonzalo Quintero Olivares
Fermín Morales Prats
Miguel Prats Canut
1 vol. 624 págs. Ed. 1996 - 7.700,- ptas.

COMENTARIOS A LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Francisco Sosa Wagner
Leopoldo Tolivar Alas
Tomás Quintana López
Mercedes Fuertes López
Rufina Sánchez Marín
Ed. 1995 - 280 págs. - 3.950,- ptas.

LA REFORMA DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA. Análisis de la Ley 25/1995, de 20 de julio.

Luis Manuel Alonso González
Emilio Aragón Beltrán
Mª Dolores Arias Abellán
Ernesto Eséverri Martínez
José Ant. Sánchez Galiana
Jordi Sapena Gil
Ed. 1995 - 490 págs. - 5.600,- ptas.

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: MATERIALES

Juan Manuel Trayter Jiménez
Vicenç Aguado Cudolá
Ed. 1995 - 800 págs. - 13.520,- ptas.

LA FINANCIACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA LOCAL A TRAVÉS DE CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y CUOTAS DE URBANIZACIÓN

José Luis González Leal
Ed. 1995 - 302 págs. - 4.400,- ptas.

POLÍTICA ECONÓMICA DEL MEDIO AMBIENTE

Análisis de la degradación de los recursos naturales
Luis Franco Sala
Ed. 1995 - 240 págs. - 3.500,- ptas.

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN ESPAÑA Y ALEMANIA

Análisis de Derecho Comparado.
Perspectiva Comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual.
Cristina Busch
Ed. 1995 - 450 págs. - 7.300,- ptas.

NON BIS IN IDEM MATERIAL Y CONCURSO DE LEYES PENALES

Ramón García Albero
Ed. 1995 - 450 págs. - 6.990,- ptas.

LA QUIEBRA*

Legislación y jurisprudencia sistematizadas.
Antonio Baró Casals

"HOMO STULTUS, HOMO SAPIENS"*

Los humanos vistos por un economista.
Juan Francisco Corona Ramón

LAS ÉLITES POLÍTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Los altos cargos de la Generalitat de Cataluña
Jordi Matas Dalmases

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO*

Esther Martín Núñez

EL IMPUESTO GENERAL INDIRECTO Y EL RÉGIMEN FISCAL EN CANARIAS*

Guillermo G. Nuñez Pérez

DESIGUALDAD Y POLÍTICA REDISTRIBUTIVA*

Una estimación de la incidencia de los gastos sociales en a partir de la Encuesta de Presupuestos Familiares (1990).
Alejandro Estruch Manjón

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO*

Manuel González Labrada

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES*

Susana Torrente Garí

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS*

Juan José Fernández Domínguez
Susana Rodríguez Escanciano

DERECHO DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO*

Jaime Lluís i Navas

LES RELACIONS DE LLOCS DE TREBALL DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES*

Josep Aldomá Buixadé

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y ESTADO AUTONÓMICO*

Javier Oliván del Cacho

LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN*

Mariano López Benítez

* Libros de próxima aparición.

dadanos que así lo solicitaren; esta nueva competencia lleva aparejadas dos importantes consecuencias:

1.º) Los ciudadanos habrán de acudir directamente a los Servicios de orientación y Asistencia de los Colegios para realizar la petición de abogado de oficio. Cuando el ciudadano acuda al Juzgado o Tribunal (artículo 12 de la LAJG) se dará traslado de la petición al Colegio territorialmente competente. Esta situación, a su vez planteará dos retos:

a) Los Colegios habrán de crear o reformar los servicios de orientación jurídica para asumir la gestión directa,

b) habrán de organizarse oficinas de consulta para examinar si las reclamaciones, muchas veces abstractas, de los ciudadanos tienen su reflejo y cabida en las normas y procedimientos; encauzando muchas de las reclamaciones a otros entes públicos o privados de resolución de conflictos (sindicatos, asociaciones de consumidores, Ayuntamientos, Asistencia Social...)

2.º) Los Colegios asumen una función asimilable a la jurisdiccional.

a) Habrán de requerir al ciudadano para que cumplimente cuestionarios y facilite datos y documentos referidos a la situación económica y patrimonial personal y familiar. Ha de tenerse en cuenta que quien no satisfaga estos requisitos o no aporte la documentación en forma (artículo 14) será denegada la solicitud;

b) habrá de dictarse una resolución en la que se designe o deniegue la petición del solicitante (artículo 15).

C I V I L



Asumen los Colegios de Abogados también una función de enlace con los Colegios de Procuradores, a quienes comunicarán inmediatamente las designaciones provisionales para que, a su vez éstos designen al procurador (art. 15); y con la recién creada Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, un organismo de naturaleza administrativa y de configuración mixta entre la administración, los Colegios profesionales y el Ministerio Fiscal, Comisión que toma las funciones de segunda instancia administrativa que revisa las decisiones iniciales de los Colegios en el caso:

- 1.º) De denegación de la designación por falta de documentación;
- 2.º) De denegación por suficiencia de recursos;
- 3.º) Insostenibilidad o falta de fundamento de la pretensión.

El mero competencial asumido por los Colegios no es con carácter exclusivo, ya que a requerimiento judicial directo (art. 21) se puede solicitar de los Colegios el nombramiento inmediato de Abogado y Procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad; por otra parte se estructura un sistema de triple instancia, con una fase Colegial inicial, una segunda fase revisora ante un órgano administrativo de composición mixta (La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita) y una tercera instancia judicial (artículo 20) que resolverá, vía impugnación, las resoluciones dictadas por la comisión de Asistencia.

Se trata de una Ley audaz, que introduce algunos elementos novedosos en

el ámbito del derecho y que van mucho más allá de la simple «desjudicialización» de los expedientes de Justicia gratuita; se limita el acceso de las personas jurídicas al beneficio de la Justicia Gratuita (en especial de aquellas entidades con ánimo de lucro), se incluye dentro del beneficio el asesoramiento y orientación previa al proceso o cuyo objeto sea evitar el conflicto procesal (art. 6), se establecen nuevos parámetros para asegurar la efectiva gratuidad en pruebas penales y aportación de documentación a los procedimientos, se permite que la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita acuda directamente a la Administración Tributaria para recabar información (art. 17) ... Todas estas novedades van a exigir un fortalecimiento interno y externo de los Colegios, que habrán de comprometerse de modo definitivo a la creación de servicios de asistencia y orientación, y, a su vez, convertir los negociados del turno de oficio de los Colegios en órganos con plena capacidad de gestión, deslindando los fondos propios de los Colegios, de aquellos cuyo origen se encuentra en las subvenciones marcadas por la ley, obligando a llevar cuentas y gestiones separadas contable y presupuestariamente.

La Ley de asistencia jurídica delega de modo claro e inequívoco el control de la «calidad» de la asistencia en los Colegios de Abogados, debiendo las Juntas de Gobierno establecer los criterios que permitan la calidad del servicio, estableciendo sistemas de listas e incluso de especializaciones que mejoren la preparación de los Abogados y que redunde en beneficio del ciudadano; la Ley apuesta de modo inequívoco por los Colegios lo que hará que las Juntas de los Colegios deban

asumir las responsabilidades derivadas de la ley.

El título de este artículo hacía referencia a una «pequeña» reforma, pequeña porque la Ley ha preferido no abordar cuestiones trascendentes y así ha decidido mantener los mismos parámetros económicos que la Ley de Enjuiciamiento Civil fijaba para la concesión del beneficio (doble o cuadrúplo del salario mínimo interprofesional), en su cómputo anual, artículos 3 y 5), cuando tal vez hubiera sido ocasión de imponer un sistema progresivo de contribución, proporcional a los ingresos del ciudadano; **no se ha reformado expresamente la Ley de Procedimiento Laboral en lo referido al beneficio absoluto de «pobreza» a todo trabajador, sin tener en cuenta el derecho del letrado a cobrar cuando se reconozcan indemnizaciones y atrasos a veces millonarios, y sin tener en cuenta que bajo el manto del concepto «trabajador», aparecen profesionales con sueldos astronómicos y cláusulas de blindaje; aunque debe decirse que el artículo 36.3 de la Nueva Ley permite para todo procedimiento, y aunque no haya condena en costas, el cobro de honorarios por el abogado designado, siempre que estos no superen más de 1/3 de lo obtenido.**

La Ley no afronta un sistema de financiación equiparable al cúmulo de obligaciones y responsabilidades que traslada a los Colegios, ya que la Ley opta por un sistema igualitarista en la financiación de los costes de los nuevos servicios que habrán de facilitar los Colegios, estableciéndose una cantidad máxima correspondiente al 0,8 % de lo entregado en concepto de subvención, sin distinguir los grandes Colegios (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla...), de los pequeños. La Ley no distingue la financiación de los gastos referidos a la gestión del Colegio (letrados que dictaminan sobre la concesión o no de los beneficios, administrativos y personal de atención al Ciudadano, programas informáticos para la organización de los turnos, Locales adecuados dentro de las Sedes judiciales...), de aquellos otros servicios como el de orientación, que la Ley prevé y que van mucho más allá del ámbito objetivo de la misma.

No deben olvidarse las deficiencias detectadas en materia de derechos de extranjeros, cuestión que ha sido planteada por el Defensor del Pueblo; y tampoco los problemas de indefensión que generará la no interrupción automática

(artículo 16) de los plazos y términos procesales; e incluso los de prescripción.

En cualquier caso la Ley debe ser recibida con esperanza ya que ofrece a los Colegios instrumentos suficientes como para superar las disfunciones por todos denunciadas con el sistema vigente: supone una apuesta importante por una mayor implicación de los Colegios en responsabilidades públicas. Sin duda se trata de un serio reto para el futuro, reto que exigirá un esfuerzo de medios materiales y humanos, ya que implanta un modelo de gestión de un derecho fundamental inédito hasta la fecha.

B. Esquema de la Ley (Ley 1/96, de 10 de enero)

b.1) Contenido del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita

• **Ámbito objetivo de la Ley.** Todo tipo de procesos judiciales. Incluido el amparo ante el Tribunal Constitucional y el asesoramiento previo (art. 1).

• **Ámbito subjetivo.** Tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita:

- 1) Acreditando insuficiencia de recursos para litigar:
 - A) Personas físicas:
 - a) Ciudadanos españoles,
 - b) Ciudadanos de países de la Unión Europea,
 - c) Extranjeros que residan legalmente en España,
 - d) En el orden social. Para defensa en juicio:
 - Trabajadores,
 - Beneficiarios de S. Social,
 - e) Orden penal. Extranjeros sin residencia legal,
 - f) Orden Contencioso-Administrativo. Extranjeros sin residencia legal. En procedimientos de asilo.
 - B) Personas jurídicas:
 - a) Asociaciones de utilidad pública,
 - b) Fundaciones inscritas,
 - c) Cruz Roja,
 - d) Asociaciones de Consumidores y usuarios.
- 2) En todo caso.

Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

• **Parámetros para el reconocimiento del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita.** Personas que en el momento de la solicitud tengan unos recursos e ingresos económicos computados anualmente por todos los conceptos de la unidad familiar no superen el

doble del salario mínimo interprofesional; teniendo en cuenta:

- 1) Rentas e ingresos,
 - 2) Bienes patrimoniales,
 - 3) Otros signos externos que manifiesten una capacidad económica real,
 - 4) El hecho de tener vivienda en propiedad no constituye por sí mismo obstáculo para obtener el beneficio. Salvo que fuera sustruaria.
- Reconocimiento excepcional.** E supuestos en los que los ingresos sean inferiores a cuatro veces el salario mínimo. La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita podrá conceder el beneficio excepcionalmente y de forma motivada, limitando el contenido material.
- Por circunstancias familiares,
 - Número de hijos o de familiares a cargo,
 - Estado de salud,
 - Obligaciones económicas.

Unidad familiar:

- 1) Cónyuges no separados legalmente e hijos menores no emancipados,
- 2) Padre o madre e hijos menores emancipados.

No se aplica el criterio de la unidad familiar. Si hay intereses familiares contrapuestos en el litigio.

Debe tratarse de procedimiento en defensa de derechos e intereses propios:

En detenidos o presos. No hace falta acreditar previamente la falta de recursos.

Asociaciones y fundaciones. Ba imponible del Impuesto de Sociedad inferior al triple del salario mínimo interprofesional anual.

Insuficiencia económica sobrevenida.

- Una vez entablada la demanda o su caso, contestación,
- Debe acreditarse ante la Comisión de las circunstancias son sobrevenidas,
- El mismo criterio se aplicará cuando la solicitud se haga en las segundas instancias o en ulteriores recursos.

• **Contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita:**

- 1) Asesoramiento y orientación gratuita previa al proceso. Para evitar conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión.
- 2) Asistencia al detenido o preso:
 - a) En diligencia policial. Que no tenga consecuencia de un procedimiento penal en curso,
 - b) Primera comparecencia ante el juez jurisdiccional,
 - c) Supuestos de exilio judicial. Si hay designa de letrado en el lugar donde se preste.



Defensa y representación de abogado y procurador en procedimientos judiciales de intervención preceptiva. En los que no lo sea debe requerirse el juez o Tribunal de modo expreso y motivado.

Exención gratuita de anuncios o edictos preceptivos en periódicos oficiales.

Exención de pago de depósitos necesarios para recursos.

Asistencia pericial. Por técnicos adscritos a los organismos públicos o dependientes de la administración. Excepcionalmente. Por no funcionarios. Si no hay cuerpo de peritos dependientes de la administración. Debe acordarse motivadamente.

Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales. Art. 130 Rgimto. Notarial. Reducción del 80 % en el resto de documentos sujetos a derechos arancelarios de notarios y Registradores. Si tienen relación directa con procedimiento, se reclaman de oficio o sirven para fundamentar la pretensión del beneficio de justicia gratuita. Serán totalmente gratuitos para quien acredite ingresos por debajo del salario mínimo.

Extensión temporal

En el transcurso de una misma instancia. Todo trámite, incidencia y la ejecución. No puede aplicarse a proceso distinto.

Intervención y tramitación de recursos (salvo que sean insostenibles [art. 32]).

Intervención de designa de oficio para aquellos recursos cuyo conocimiento



sean de órganos con sede fuera del ámbito de los Colegios. Se oficiará al colegio territorial correspondiente.

b.2) Competencia y procedimiento para el reconocimiento del Derecho

• **La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.**

- a) **Ámbito territorial.**
 - Capitales de provincia,
 - Ceuta y Melilla,
 - Islas con uno o más partidos judiciales,
 - Cabe crearse delegaciones de la Comisión provincial.
- b) **Competencia.**
 - Reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- c) **Composición:**
 - Presidida, Ministro Fiscal,
 - Decanos del Colegio de Abogados y procuradores,
 - Dos miembros de las administraciones públicas. En las que dependan de la Admón. central del Estado:
 - Abogado del Estado,
 - Funcionario del Ministerio de Escala A.
- d) **Funcionamiento.** Se ajusta a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común para órganos colegiados (L. 30/92, de 26 de noviembre).
 - La Administración competente presta el soporte administrativo y el apoyo técnico,
 - Los Colegios pondrán a disposición de la Comisión la lista de ejesicantes adscritos a los servi-

cios de justicia gratuita con indicación, en su caso, de las especializaciones.

Tramitación:

- 1.º) **Solicitud:**
 - a) Ante el colegio de Abogados en el que se encuentre el juzgado o Tribunal que conozca el procedimiento principal,
 - b) Ante el juzgado del domicilio del solicitante. Dará traslado al Colegio de Abogadas competentes.
- 2.º) **Varios litigantes.** Solicitudes individuales de cada uno de ellos.
 - Si actúan bajo una sola dirección. Se computan los ingresos de todos ellos,
 - Si no sobrepasan cada uno el doble del Salario mínimo. Se nombra,
 - Si están entre el doble y el cuadrúplo. Se modula el derecho.
- 3.º) **Requisitos de la solicitud:**
 - a) Acompañar los documentos que reglamentariamente se necesiten,
 - b) Aportar datos sobre situación económica del interesado y la unidad familiar,
 - c) Aportar datos y circunstancias personales y familiares,
 - d) Señalar la pretensión que se hace valer y las partes contrarias.

Efectos.

- a) No suspende la petición el curso del proceso salvo que el juez de oficio o a petición de las partes así lo acuerde en supuestos de:
 - preclusión de trámites,
 - producción de indefensión.
- b) Prescripción de acciones. Se interrumpe la prescripción siempre que dentro de los plazos previstos por la ley no sea posible nombrar abogado y procurador de oficio. El plazo se renueva:
 - Al notificarse la designa,
 - En todo caso a los dos meses desde la solicitud.
- c) Si la petición fuese abusiva y preordenada a dilatar plazos. El órgano judicial podrá computar los plazos en los estrictos términos legalmente previstos, con todas sus consecuencias.
- d) Si se ocultan datos determinantes, se falsean o inducen a error. La Comisión puede revocar y revisar de oficio la concesión. Dando lugar a la obligación de pago (sin perjuicio de las acciones correspondientes).



- 4.º) Subsanción de defectos en la solicitud. Deben señalarse con precisión las deficiencias advertidas y las consecuencias de la falta de subsanción. Plazo de 10 días hábiles para completar datos y documentos. Si no se aportan. ARCHIVO.
- 5.º) Clases de Designas:
 - (1) Ordinarias provisionales. Las realiza el Colegio de Abogados tras la solicitud. Una vez comprobada cumplimentación de la solicitud y que el solicitante se encuentra dentro de uno de los supuestos legales. En 15 días desde la recepción de la solicitud (o desde que se subsanaron los defectos). Se hace la designa que se comunica de inmediato al Colegio de Procuradores. Que tiene 3 días para hacer su designa.
 - (2) Por la Comisión. Si el Colegio no contesta en 15 días. El solicitante puede reproducir la petición ante la Comisión. Que recaerá el expediente del Colegio y ordenará la designa provisional.
 - (3) Por requerimiento judicial. Caso de urgencia o en garantía de derechos de defensa y representación de las partes.
 - Requerimiento motivado de nombramiento provisional.
- 6.º) Rechazo de la solicitud:
 - a) Si no cumplen las condiciones legales.
 - b) Pretensión principal insostenible o carente de fundamento. En 5 días comunica al solicitante la negativa de designa ordinaria y se traslada a la Comisión.
 - c) La Comisión verifica y resuelve en 3 días.
- 7.º) Resolución por la Comisión:
 - La Comisión puede recabar de oficio los datos e informaciones necesarios. Especialmente a Administración Tributaria.
 - Se posibilita un trámite de audiencia al interesado y al contrario. Realizadas comprobaciones. 5 días para resolver. Si no resuelve. El silencio ratifica inicialmente lo acordado por los Colegios.
- 8.º) Notificación de la resolución de la Comisión. En plazo de 3 días:
 - Al solicitante,
 - A los Colegios,
 - A las partes interesadas,
 - Juez o Tribunal competente, o decano.

- 9.º) Designa Judicial. El silencio del Colegio de Abogados unido al de la Comisión tiene efecto positivo. El interesado puede acudir al juez o Tribunal competente en el procedimiento, o al decano, para que requiera a los Colegios la designa provisional. Sin perjuicio de las ulteriores impugnaciones.
- 10.º) Si la Comisión desestima las pretensiones de reconocimiento del derecho. Las designas quedan sin efecto y surge la obligación del interesado de pagar los honorarios conforme a las prácticas habituales.
- 11.º) Impugnación de las resoluciones:
 - Fase de formalización. Ante la Comisión.
 - Por titulares de un derecho o interés legítimo.
 - Impugnación de toda resolución (Colegial o de la Comisión).
 - No es preceptivo abogado. Basta escrito motivado.
 - Plazo. 5 días desde la notificación o conocimiento.
 - Ante el Secretario de la Comisión. Que lo remite al juez o Tribunal competente, o, en su caso Decano para reparto.
 - fase de resolución. Ante juez o Tribunal:
 - 1) Comparecencia de los interesados y letrado del Estado (8 días).
 - 2) Prueba (5 días).
 - 3) Auto (5 días). Sin recurso alguno.
 - Cabe imponer sanción de 5.000 a 50.000 pesetas por temeridad o abuso.

b.3) Organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas
Competencia. Tanto en la organización como en la regulación. Los Co-

legios por medio de las Juntas de Gobierno:
Principios rectores. Garantía del:
 — Prestación continuada,
 — Criterio de funcionalidad,
 — Eficacia en la aplicación de fondos públicos,
 — Autonomía, libertad e independencia de los profesionales inscritos,
 — Normas deontológicas y disciplinarias de los servicios colegiales.
Creación de Servicios de Asesoramiento. Gratuitos, para orientar encauzar sus pretensiones, así como formular sobre el modo de solicitar el derecho a la asistencia gratuita.
Organización. Sistema de turnos distribución objetiva y equitativa que difundirán entre todos los colegiados.
 — Salvo en Colegios de reducida actividad. Guardia permanente para atención letrada al detenido.
Formación y especialización. Requisitos generales establecidos por Ministerio. Para garantizar mínimos formación y especialización y asegurar niveles de calidad y competencia profesional. Son obligatorios y pueden complementarios las Comarcas Autónomas nomas que tengan transferencias sobre materia.
b.4) Efectos de la designa de abogado y procurador de oficio
 El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita lleva consigo designa de oficio de abogado y procurador (si fuere preceptivo). No es posible que un profesional sea de oficio y otro no.
Renuncia a la designa por el solicitante. Debe ser simultánea a algado y procurador y hacerlo constar presuntamente en la solicitud de renuncia. Que se comunicará expresamente:
 • A la Comisión,
 • A los Colegios,
 — No implica la pérdida de las prestaciones reconocidas en la ot-

cesión del derecho a litigar gratuitamente.
Retribución. La intervención de abogado y procurador de oficio sólo será retribuida con fondos públicos si existe reconocimiento expreso al derecho a la asistencia jurídica en los términos legales.
Obligaciones de los profesionales designados.
 a) Representación y asistencia efectiva y real hasta terminar el procedimiento en la instancia correspondiente y, en su caso, ejecución de la sentencia. Si ésta se produce dentro de los 2 años siguientes a la sentencia en la instancia.
 Sólo cabe la excusa en el orden penal. Ha de ser personal y justa. Ante el Colegio. En plazo de 3 días desde la designa (el Colegio resuelve en los 5 días siguientes).
 Insostenibilidad de la pretensión: Dentro de los 5 días siguientes a la designa. Exposición jurídicamente motivada ante la Comisión:
 — La Comisión recaba informe al Colegio de Abogados (6 días).
 — Informe del Ministerio Fiscal (Si coinciden el del letrado y el del Colegio (6 días)).
 — Si el Colegio o el Fiscal dictaminan defendibilidad. Designa de nuevo abogado. Que asume obligatoriamente la defensa.
 Petición de suspensión de plazos para aceptar la designa por falta de documentación. Ante la Comisión. Que requerirá al interesado (Plazo de 10 días para aportar documentos). Si no se aportan archivo.
Costas. La determinación se hace conforme a los aranceles y honorarios complementarios las Comarcas Autónomas:
 Si la sentencia reconoce costas a quien tiene reconocido el derecho a la justicia gratuita. Quien perdió en costas debe abonar las causadas al contrario.
 Si la sentencia condena en costas a quien tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Habrá de pagar las costas propias y contrarias a quien en los tres años siguientes vengan a mejor fortuna:
 1) Por tener ingresos superiores al cuádruple a octuple del salario mínimo.
 2) Alteración de las circunstancias que sirvieron para reconocer el derecho a la asistencia gratuita.
 Si no hay condena en costas pertenece el beneficiario del derecho a la justicia gratuita. Debe pagarse las

costas propias siempre que no excedan de 1/3 de lo obtenido. Si exceden, se reduce en proporción.
 D) Si la sentencia condena a litis expensas. El abogado y procurador pueden exigir a su defendido la totalidad de la partida aprobada judicialmente por ese concepto.
 • **Obtenido por el profesional cualquier pago.** Debe devolver lo percibido de fondos públicos:
 — Si los dictámenes coinciden en la indefendibilidad. La Comisión desestima la petición.
Procedimientos penales. Art. 121 LECrim.
 — Todos los que sean parte en una causa. Si no tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Tienen la obligación de satisfacer honorarios e indemnizaciones. Si así se reclaman al Juzgado o Tribunal y este lo estimare;
 — El resto de las costas se pagarán si hay condena expresa en costas;
 — El Procurador que haya aceptado la representación, una vez nombrado, tiene obligación de pagar los honorarios de los letrados de los que se valiesen los clientes para la defensa;
 — Quien tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá valerse de abogado y procurador de su elección. A quienes habrá de abonar sus honorarios. Salvo renuncia expresa;
 — El insolvente o quien tenga reconocido el derecho a la asistencia gratuita queda obligado a pagar si viniere a mejor fortuna.
Régimen disciplinario
 1.º) Las Comisiones centralizan las quejas y denuncias por actuaciones de profesionales encargados de los servicios. Darán cuenta a los Colegios que habrán de comunicar a la Comisión las resoluciones y medidas adoptadas por estas quejas. La Comisión está legitimada para recurrir las decisiones del Colegio;
 2.º) El régimen disciplinario de Abogados y procuradores de estos servicios es el general de los Colegios pero con las especialidades siguientes:
 a) la percepción indebida de honorarios, derechos o beneficios económicos siempre se considerará falta muy grave;
 b) Las sanciones por falta grave o muy grave en la materia llevan aparejada la exclusión profesional de los servicios de asistencia.

- c) Cabe suspensión cautelar durante la tramitación del expediente en supuestos de especial gravedad. Plazo de duración máximo, 6 meses.
- b.5) Subvención y supervisión de los servicios de asistencia jurídica gratuita**
 1) Por el Ministerio. Para todos los destinatarios.
 2) Los colegios sólo podrán aplicar un máximo de un 8 % de la subvención a atender el funcionamiento y servicios de información y orientación.
 3) La subvención la reparten los Consejos Generales. Sometidos a la Ley General Presupuestaria.
 4) Retribución por módulos y baremos.
Reglamentos de desarrollo. En seis meses:
 a) Normas de organización y funcionamiento de las Comisiones.
 b) Normalización de los documentos a presentar con la solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita.
 c) Procedimiento para aplicar subvenciones.
 d) Sistema de módulos y bases para fondos públicos.
 e) Sistema de provisión de la asistencia pericial.

*Magistrado
*Abogado

- Notas**
1. Entrará en vigor el día 12 de julio de 1996.
 2. Delegable.
 3. Si alguna de ellas manifiesta la carencia de recursos.
 4. Previo informe de los Colegios Profesionales.
 5. Salvo que el profesional de libre elección renuncie por escrito a percibir honorarios y derechos ante el juez letrado y ante el Colegio.
 6. El mismo criterio se aplica en los recursos. Salvo en los penales y respecto a los condenados. Donde no cabe formular insostenibilidad de la pretensión.

Análisis detallado del reglamento de extranjería

Gerardo Buena Salinero*

INDICE

INTRODUCCIÓN (referencia a la regularización)

ASPECTOS GENERALES DEL REGLAMENTO (ámbito, plazos, etc.)

CONTENIDO DEL REGLAMENTO:

- I. Derechos y libertades.
- II. Menores.
- III. Entrada y salida de los extranjeros.
 1. Pasaportes y documentos de viaje.
 2. Visados: clases, solicitud.
 3. Entrada: requisitos y prohibiciones.
- IV. Permanencia de los extranjeros en España: estancia, estudiantes, residencia (clases), reagrupación familiar.
- V. Solicitud de estancia o residencia.
- VI. Concesión y denegación. Competencia.
- VII. Renovaciones.
- VIII. Identificación y registro: Extranjeros indocumentados.
- IX. Registro Central de Extranjeros.
- X. Comunicación de cambios de situación.
- XI. Medidas de seguridad.
- XII. Trabajo y establecimiento:
 1. Establecimiento de un contingente.
 2. Permiso de trabajo.
 3. Tipos de permisos de trabajo.
- XIII. Concesión y renovación de los permisos:
 1. Preferencias para la concesión inicial.
 2. Renovación de los permisos.
 3. Denegación de los permisos.
 4. Extinción de los permisos.
- XIV. Tramitación de los permisos:
 1. Legitimación y documentación.
 2. Lugar, plazos, forma y efectos de la presentación.
 3. Tramitación.
- XV. Infracciones y sanciones:
 1. Infracciones.
 2. Sanciones.
 3. Procedimiento sancionador.
- XVI. Centros de internamiento:
 1. Ingreso.
 2. Régimen interno de los centros.
- XVII. Otras infracciones y sanciones.
- XVIII. Salidas y devoluciones:
 1. Salidas voluntarias y prohibición de salida.
 2. Salidas obligatorias y devoluciones.

Introducción

El nuevo reglamento de ejecución de la L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, se publicó el día 23 de febrero

de 1996, y, como entra en vigor a dos meses de su publicación, esto es, a partir del día 24 de abril.

Dicho reglamento tiene bastantes novedades, aunque por lo que se refiere a la entrada y permanencia de los

extranjeros en España, no supone en absoluto una mayor facilidad, dejando las cosas como estaban.

Regularización

La novedad más relevante, y a la vez más agaz, es el período de regularización, que establece en su disposición transitoria tercera, para todos aquellos extranjeros que se encuentren en España en situación irregular antes del día 1 de enero de 1996. Los requisitos que deben cumplir esos extranjeros para poder beneficiarse de la regularización son dos:

• Haber sido titulares de un permiso de trabajo y/o residencia con posterioridad a julio de 1986.

• Y no estar incurso en causa de expulsión, ni tener prohibida la entrada en España.

También podrán ser documentados por esta vía ciertos familiares de esos extranjeros que se encontraran en España antes de 1996 y no estuvieran incurso en causa de expulsión o tuvieran prohibida la entrada.

Esta posibilidad de regularizarse sólo dura cuatro meses a partir de la entrada en vigor, por lo que finalizará el día 23 de agosto.

Aspectos generales del reglamento

Antes de entrar en la exposición de su contenido más relevante, quiero resaltar algunos aspectos generales que tienen de ser tenidos en cuenta para su aplicación.

1. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, así como los familiares y los familiares de españoles, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos.

2. Se establece, en consonancia con el procedimiento administrativo común, el plazo general máximo para resolver las solicitudes que se presenten, que se fija en tres meses, a partir de los cuales, si no hubiera resolución expresa, se entenderá desestimada la petición.

Las peticiones de permisos de residencia por reagrupación familiar y de permisos de trabajo de temporada se resolverán en la mitad de tiempo.

3. Las resoluciones que dicten los órganos competentes sobre concesión, renovación o extensión de visados, prórrogas de estancia o permiso de residencia y de trabajo, así como de sanciones de expulsión, ponen fin a la vía administrativa.

Se exceptúan las resoluciones sobre renovación de permisos de trabajo y residencia, en las que cabe recurso administrativo ordinario previo a la vía jurisdiccional.

Contenido del reglamento

Puesto que se trata de un nuevo reglamento que en muchas cosas repite la regulación del anterior, voy a hacer hincapié solamente en aquellos puntos que suponen una novedad interesante o son de especial utilidad aunque no cambien sustancialmente.

I. Derechos y libertades

Comienza la Ley con un capítulo dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros en España, distinguiendo entre los derechos y libertades de todos los extranjeros, y los derechos y libertades de los extranjeros que se encuentran legalmente en territorio español.

A los primeros se les reconoce, como no podía ser de otra manera, los derechos que son inherentes a las personas, como por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad física, a la dignidad humana, a la libertad... y a la educación aunque esto no pasa de ser una enunciación retórica fuertemente matizada por la realidad. También se les reconoce el derecho a la asistencia letrada y de intérprete en caso de detención, que ya se venían cumpliendo.

A los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español se les reconoce muchos más derechos, éstos ya menos teóricos, como son el derecho de residencia y libre circulación, reunión y asociación, sindicación y huelga, educación y libertad de enseñanza, asistencia y prestaciones sociales, protección a la salud, fundación y libertad de empresa...

II. Menores

En este mismo capítulo se incluye una regulación específica sobre los menores extranjeros, con especial referencia a los menores en situación de desamparo, el traslado temporal a España de menores extranjeros y el traslado a España con fines de adopción de menores extranjeros procedentes de zona de conflicto.

Se parte del principio de que los menores serán tratados conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

Tienen derecho a la educación, a la asistencia sanitaria y a las demás prestaciones sociales.

Cuando un menor se halle en situación de desamparo será encomendado al servicio de Protección de Menores, y en ningún caso será objeto de medidas de expulsión.

III. Entrada y salida de los extranjeros: puestos, visados y requisitos

Las modificaciones introducidas en estos apartados se deben a la necesidad de adecuar nuestra normativa al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, estableciendo la circulación de personas entre Alemania, Bélgica, España, Francia, Holanda, Luxemburgo y Portugal.

1. Pasaportes y documentos de viaje

El extranjero para entrar en España deberá poseer uno de los siguientes documentos:

a) Pasaporte en vigor. Los menores de dieciséis años podrán figurar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor.

b) Título de viaje.

c) Documento nacional de identidad u otros documentos en casos de convenio especial.

2. Visados

Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán ir provistos del correspondiente visado extendido en sus pasaportes, documentos de viaje o en documento aparte.

Para estancias de menos de tres meses en un período de seis o para tránsitos de menos de cinco días, el reglamento contempla muchas excepciones a esta exigencia de visado.

a) Clases de visados.

— Visados de tránsito, para estancias limitadas en general no más de cinco días.

— Visados de estancia, para los extranjeros que deseen permanecer en España hasta tres meses por semestre.

— Visados de residencia, para los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España. Tienen a su vez diversas modalidades: para reagrupación familiar, para trabajo, para asilo, para residencia no lucrativa...

La obtención del visado no vincula a las autoridades que tienen que conceder el correspondiente permiso de residencia.

b) Solicitud de visados.

Se hace en modelo oficial, adjuntando tres fotografías y presentando pasaporte o documento de viaje ante la misión diplomática u oficina consular española.

Si es de tránsito o estancia habrá que acreditar el objeto del viaje, la disposi-

ción de medios de subsistencia, la disposición de alojamiento, y las garantías de retorno al país de procedencia o de admisión en el país de destino.

Si es de *residencia* deberá aportar el pasaporte o documento de viaje con vigencia mínima de cuatro meses, certificado de antecedentes penales si es mayor de edad y certificado sanitario.

En ambos casos se puede requerir la presentación de documentación adicional. También existe documentación adicional específica para supuestos concretos como por ejemplo un proyecto de explotación si se desea ejercer una actividad por cuenta propia, o una oferta de trabajo si se va a ejercer una actividad por cuenta ajena.

Estas solicitudes se tramitan por la oficina consular o diplomática, se envían al Ministerio de Asuntos Exteriores para su autorización, el cual podrá reclamar informes de otros órganos, y devolverá el expediente a la oficina consular, la cual resolverá.

En el plazo de dos meses desde la notificación de la concesión, el extranjero deberá recoger su visado que se extenderá en el pasaporte o documento de viaje, o en documento aparte. La vigencia del visado siempre será inferior a la del pasaporte o título de viaje.

3. Entrada: requisitos y prohibiciones

Los funcionarios encargados de controlar la entrada podrán exigir la acreditación de los recursos económicos suficientes para el sostenimiento durante el período de permanencia en España, pudiendo reducir el tiempo de estancia en proporción a la cuantía de los recursos.

A los extranjeros que no reúnan la documentación necesaria o tengan la entrada prohibida, les será denegada la entrada, salvo que excepcionalmente, por motivos humanitarios o derivados de compromisos internacionales se autorice, con las medidas cautelares precisas.

Se considera *prohibida* la entrada a los que:

- a) Hayan sido expulsados de España dentro del plazo que se hubiere determinado.
- b) Se hallen incurso en supuestos de expulsión por realizar actividades contrarias al orden público o por haber sido condenados por actividad dolosa con pena de más de un año de privación de libertad.
- c) Se encuentren reclamados por causas criminales por otros países.

La *denegación de la entrada*, en todo caso deberá verificarse por resolución

motivada, que será notificada al extranjero, con referencia a los recursos que contra la misma pudieran interponerse.

Si se le niega la entrada, el extranjero que lo hubiere traído a la frontera estará obligado a hacerse cargo de él inmediatamente.

Cuando el extranjero entre por su estado con el que se haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos, o llegue a España por un puerto en el que no exista puesto policial fronterizo, tiene *obligación de declarar su entrada* en el puesto policial más cercano, en el plazo máximo de 72 horas a partir de su entrada.

IV. Permanencia de los extranjeros en España

Los aspectos a destacar del nuevo reglamento, en esta materia son los siguientes:

- 1. El régimen de estancia, para los extranjeros que permanecen en España por un período máximo de tres meses.
- 2. La situación de los *estudiantes* extranjeros, que presenta como principal novedad la posibilidad de que puedan ser autorizados a realizar determinados trabajos durante su estancia, siempre que sean compatibles con sus estudios y no supongan la única fuente de obtención de recursos. La contrapartida a esta ventaja está en que ahora, para la renovación del permiso de estudiante, debe acreditarse el aprovechamiento de los estudios mediante certificación.

Los que desean acogerse al régimen de estudiantes deben solicitar el correspondiente visado antes de venir a España, y obtener la tarjeta de estudiante una vez que se encuentren en territorio español, acreditando que han sido admitidos como alumnos en centros públicos o privados autorizados, con un horario que implique asistencia y duración prevista no inferior a tres meses. Si fuesen menores se requiere la autorización de los padres o tutores. En todo caso deben tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar el coste de sus estudios, los gastos de estancia y regreso a su país.

3. El régimen de *residencia*, que supone la creación del estatuto del residente permanente, de cara a la integración y seguridad jurídica del extranjero, así como la simplificación de los procedimientos para la obtención de los correspondientes permisos, estableciendo el siguiente sistema:

a) *Permiso inicial*: es el que se concede inicialmente y su duración es de

un año, pudiendo renovarse por dicho período más.

b) *Permiso ordinario*: se concede tras tres años de residencia continuada y su duración máxima, incluidas las renovaciones, será de tres años.

c) *Permiso permanente*: se concede a los extranjeros que acrediten seis años de residencia continuada. Tiene vigencia indefinida, debiendo renovarse la tarjeta que lo documenta cada cinco años. Este permiso viene a constituir un documento ya definitivo que sólo se renueva a efectos burocráticos como sucede, por ejemplo, con nuestro D.N.I.

d) *Permiso excepcional*: se puede conceder cuando concurren razones excepcionales, conforme a la legislación vigente en materia de asilo, razones humanitarias, de interés público, o de seguridad nacional.

4. Nueva regulación de la *reagrupación familiar*, concretando conforme las normas adoptadas en el seno de la Unión Europea, los familiares que pueden acogerse a este régimen (cónyuges, hijos menores de edad no casados, hijos incapacitados y menores cuyo representante sea el residente, ascendientes que dependan económicamente de él).

En algunos casos el cónyuge, y los hijos cuando alcanzan la mayoría de edad pueden obtener un permiso de residencia independiente del reagrupante.

Los hijos, nacidos en España, de extranjero residente legal, adquieren automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del que sea titular su progenitor.

V. Solicitud de estancia o residencia. Requisitos y documentación

Las solicitudes se presentan en las Oficinas de Extranjeros o Comisaría de Policía, en el impreso oficial oportuno al que se acompañará:

- Pasaporte o documento válido para la entrada en España en vigor.
- Visado de residencia en vigor, en su caso.
- Cualquier documento que acredite el tiempo previsto de residencia legal continuada en España, en su caso.
- Certificado de antecedentes penales de su país, o en su caso de las autoridades españolas.
- Tres fotografías tamaño carné.
- Certificado médico oficial.

Además deberá acreditarse *medios económicos suficientes* para el período de residencia que solicita, así como tener

garantizada la *asistencia sanitaria*, que en caso de tener familiares a su cargo deberá cubrir a todos ellos.

El extranjero que solicite permiso de estancia y carezca del correspondiente visado deberá acreditar que ha sido eximido de la obligación de visado.

Concesión y denegación. Competencia

Con carácter general serán competentes para resolver de las solicitudes de permisos de residencia, los Gobernadores Civiles.

Esta resolución habrá de ser motivada y se notificará formalmente al interesado, advirtiéndole en ella, si es denegada, la obligación que tiene de abandonar el territorio español.

Una vez concedida la residencia se extenderá una tarjeta a su titular, que deberá recogerla personalmente, previo abono de las tasas establecidas.

Este reglamento crea un documento común para todos los extranjeros residentes, simplificando la situación actual, en la que existen alrededor de veinte documentos distintos.

VI. Renovaciones

Los permisos de residencia se renovan siempre que no hayan variado las circunstancias que justificaron su otorgamiento, o las nuevas lo permitan.

La solicitud de renovación debe presentarse al menos un mes de antelación a la fecha de caducidad del documento. No obstante podrá renovarse el mismo siempre que se solicite durante tres meses posteriores a la fecha de caducidad, aunque en este caso con una prórroga.

El resguardo de solicitud de renovación prórroga la validez del permiso mientras.

Para solicitar la renovación el interesado deberá acompañar el pasaporte o documento similar, tres fotografías, y acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones fiscales en España. Si se trata de la renovación del permiso de residencia permanente bastará presentar el pasaporte y las tres fotografías.

El permiso de residencia se *extingue* continuada durante más de seis meses. También se extingue por resolución motivada de la autoridad, cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión o se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular.

VIII. Identificación y registro

Los extranjeros están obligados a llevar consigo el pasaporte o documento de viaje, y en su caso la tarjeta de estancia o residencia, así como a exhibirlos cuando fueran requeridos para ello.

Extranjeros indocumentados

Los extranjeros indocumentados y los apátridas, podrán ser documentados con una *cédula de inscripción*, cuando acrediten que no pueden ser documentados por otro país o que son apátridas. Una vez obtenida la cédula, podrán acceder a un permiso de residencia.

La mecánica es la siguiente:

a) Tan pronto como se hubiera producido la indocumentación o la caducidad de la documentación anterior, deben pedir la documentación presentándose personalmente en la comisaría.

b) El interesado exhibirá los documentos de cualquier clase que posea que puedan constituir indicios de identidad, procedencia o nacionalidad (por ejemplo una partida de nacimiento), y acreditará que no puede ser documentado por la Oficina Consular correspondiente, por cualquier medio que permita dejar constancia del requerimiento efectuado (normalmente se usará el requerimiento o el acta notarial).

c) Una vez realizada la información inicial, y siempre que el extranjero no esté incurso en ninguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión, si desea permanecer en territorio español se le otorgará por el Gobernador Civil un documento de identificación provisional que le habilita para permanecer en España durante tres meses, período en el cual la Comisaría completará la información sobre sus antecedentes.

d) Completada la información y previo abono de las tasas, el Gobernador dispondrá su inscripción en una sección especial del registro de extranjeros y le dotará de una *Cédula de Inscripción* en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente.

e) En caso de denegación de la solicitud, se procederá a su devolución al país de procedencia.

f) El extranjero que haya obtenido Cédula de Inscripción podrá solicitar el correspondiente permiso de residencia conforme a las reglas generales.

g) La Cédula de Inscripción perderá vigencia cuando el extranjero sea documentado por algún país o este adquiera la nacionalidad española o otra distinta.

Cuando un extranjero indocumentado tenga la necesidad de salir del terri-

torio español, y no pueda proveerse de pasaporte propio, se le podrá expedir un *título de viaje* con destino a los países que se especifiquen y con la vigencia que se señale, una vez practicados los trámites descritos anteriormente.

IX. Registro Central de Extranjeros

En la Dirección General de la Policía existe un Registro Central de Extranjeros en el que se anotan absolutamente todos los trámites relevantes que se llevan a cabo con extranjeros. Estos datos están a disposición de otros órganos de las Administraciones Públicas, así como de los interesados.

X. Comunicación de cambios de situación

Todos los extranjeros que permanezcan legalmente en España están obligados, en el plazo de un mes, a poner en conocimiento de la Oficina de Extranjeros o Comisaría de Policía, los cambios de nacionalidad y domicilio, así como las modificaciones de las circunstancias familiares o de su situación laboral. También deberán hacerlo, en un plazo de quince días, cuando sean requeridos para ello.

XI. Medidas de seguridad

El Reglamento prevé diversas medidas de seguridad que se pueden adoptar en distintos supuestos, entre ellas las más importantes son las detenciones e internamientos, las comparencias, las prohibiciones de entrada o de salida y las devoluciones en casos de entradas ilegales.

XII. Trabajo y establecimiento

1. Establecimiento de un contingente

El Gobierno, a propuesta de la Comisión Interministerial de Extranjería, puede establecer un contingente de trabajadores extranjeros para la cobertura de ofertas de trabajo no cubiertas por el mercado nacional de trabajo.

2. Permiso de trabajo

Los extranjeros que deseen ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener el correspondiente permiso de trabajo.

Ningún empresario podrá contratar a un extranjero que no esté autorizado para trabajar, salvo que esté exceptuado de esa obligación, en cuyo caso el período así trabajado no será tenido en cuenta para la concesión de permisos de trabajo.

La autorización para trabajar no sólo se obtiene con la tarjeta de trabajo. Hay otros documentos que también autorizan para trabajar:

a) El documento de identidad de los refugiados, que autoriza a éstos y a los familiares a los que se extiende.

b) Los extranjeros con tarjeta de estudiante, que pueden ser excepcionalmente autorizados para trabajar, siempre que ese trabajo sea compatible con los estudios, y en su caso documentos que justifiquen la solvencia y capacidad del empleador.

c) Hay además otros documentos como las autorizaciones colectivas o los permisos de residencia a refugiados en situaciones excepcionales.

3. Tipos de permiso de trabajo

El Reglamento crea un nuevo sistema de permisos que implica una simplificación de los trámites para su obtención. Se contemplan las siguientes modalidades:

a) Permisos de trabajo por cuenta ajena:

— Tipo A: Se concede para actividades por cuenta ajena de temporada o para trabajos de duración limitada. La duración coincidirá con la del contrato que lo sustenta, con un máximo de nueve meses.

— Tipo B (inicial): Permite trabajar por cuenta ajena en una profesión, actividad o ámbito geográfico determinados y su vigencia se limitará a la duración del contrato, con un máximo de un año.

— Tipo C (renovado): Igual que el anterior, pero para varias profesiones o actividades, y de dos años de duración. Se obtiene cuando se ha sido titular de un permiso tipo B.

— Tipo D: Habilita para realizar cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio nacional y tiene una validez máxima de tres años. Se puede obtener al finalizar la vigencia del permiso B.

b) Permisos de trabajo por cuenta propia:

— Tipo E (inicial): Se otorga para ejercer una determinada actividad por cuenta propia y con una validez máxima de un año, pudiendo limitarse su vigencia a un ámbito geográfico.

— Tipo F (renovado): Habilita para ejercer varias actividades por cuenta propia durante un período máximo de dos años, pudiendo limitarse a un ámbito geográfico o a una actividad concre-

ta. Se puede obtener al finalizar la vigencia de un permiso tipo E.

— Tipo G: Autoriza para desarrollar cualquier actividad por cuenta propia, sin limitación geográfica y por un tiempo máximo de tres años. Se puede obtener al finalizar la vigencia del permiso D.

c) Permisos por cuenta propia o ajena para trabajadores fronterizos:

— Tipo F: Permite realizar actividades por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español a extranjeros que regresan diariamente a la zona fronteriza de un país vecino en el que residen. Su duración será de cinco años y podrá ser renovado.

d) Permiso permanente: Permite realizar cualquier tipo de actividad, tanto por cuenta propia como ajena. Se puede obtener al finalizar la vigencia del permiso C o E y tiene validez indefinida, debiendo renovarse cada cinco años la tarjeta que lo documenta.

e) Permiso extraordinario: Los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico o cultural de España podrán obtener este tipo de permiso, con validez para todo el territorio español y para actividades por cuenta propia o ajena. No tendrá limitación en cuanto a su vigencia, aunque la tarjeta que lo documenta se deberá renovar cada cinco años.

XIII. Concesión y renovación de los permisos

Hay que distinguir aquí también según sean por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los criterios que se toman en cuenta para conceder un permiso de trabajo por cuenta ajena son:

a) Insuficiencia o escasez de mano de obra para la actividad para la que se solicita.

b) Inexistencia de trabajadores españoles, comunitarios o extranjeros residentes inscritos como demandantes de empleo para esas actividades.

c) Y el régimen de reciprocidad con el país de origen.

La autoridad competente puede exigir al empresario que solicite previamente demandantes de empleo a los servicios públicos de colocación, y puede también exigir del empresario y futuro trabajador extranjero que se comprometan a formar a un español en la actividad profesional que vaya a desarrollar el extranjero, contratándose a la vez que a éste.

Si el permiso que se solicita es por cuenta propia los criterios son distintos:

a) La incidencia a la actividad a realizar en la creación de empleo, aportación de capital, nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción.

b) Que se reúna la cualificación profesional exigible y que se han solicitado todas las licencias y autorizaciones para comenzar la actividad.

c) El régimen de reciprocidad.

1. Preferencias para la concesión inicial

La preferencia se traduce en que no tendrán en cuenta los criterios de la legislación nacional de empleo o su incidencia en el mercado de trabajo, y se compone de una larga lista de la que podemos resaltar los siguientes:

a) Ser hijo o nieto de español de origen.

b) Tener a su cargo ascendientes descendientes de nacionalidad española.

c) Hallarse ligado por parentesco de primer grado con el empresario contratante, salvo empleados de hogar.

d) Haber nacido y residir legalmente en España.

e) Ser cónyuge o hijo de trabajador extranjero con permiso no inicial de trabajo.

f) Tener permiso de residencia permanente en España.

g) Haber solicitado asilo, o haber sido asilado o refugiado, etc.

También hay otros grupos que gozan de cierta preferencia como los iberoamericanos, filipinos, guineanos, andorranos, judíos sefardíes, residentes legales, familiares de residentes, etc.

2. Renovación de los permisos

Es renovación tanto la prórroga de un permiso anterior, como la concesión del permiso siguiente en el tiempo aunque sea de distinto tipo.

Los criterios usados para conceder renovación son la ocupación regular estable durante el permiso anterior, cumplimiento de las obligaciones fiscales y de seguridad social especialmente en los trabajadores por cuenta propia o su representante en España, o el cumplimiento de la continuidad laboral o nueva oferta de empleo y como siempre el régimen de reciprocidad.

La renovación se produce en todo caso cuando el extranjero esté de baja laboral derivada de accidente de trabajo, enfermedad profesional o maternidad.

Hay una serie de grupos preferentes a la hora de conseguir los permisos tipo A o E. La preferencia consiste en reducir

los años de titularidad de un permiso tipo A o E. Son los siguientes:

a) Los nacionales de países iberoamericanos, Guineas Ecuatorial, Filipinas, Andorra o de origen sefardí.

b) Los originarios de Gibraltar.

c) Los nacidos en España y los que hayan sido españoles.

d) Los hijos o nietos de españoles de origen.

e) Los que hayan residido en España los últimos cinco años.

f) Los cónyuges o hijos de trabajador extranjero con permiso tipo C, E o permanente.

g) Los que tengan a su cargo ascendientes o descendientes españoles.

3. Denegación de los permisos

La autoridad competente denegará el permiso de trabajo tipo A y B en varios supuestos. Los más importantes son:

a) Cuando la aconseje la situación nacional de empleo.

b) Cuando las condiciones del contrato sean inferiores a las legales.

c) Cuando el empleador solicitante haya incumplido de forma notoria la legislación social.

d) Cuando la oferta de empleo sea demandada por empresario aparente, con dudas razonables sobre su solvencia.

e) Cuando la oferta de empleo sea demandada por empresario aparente, con dudas razonables sobre su solvencia.

f) Tener permiso de residencia permanente en España.

Denegará el permiso tipo A cuando se considere que la actividad proyectada no favorece la creación de empleo, la autonomía nacional, o afecte a la competencia en el sector.

Extinción de los permisos

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución motivada cuando se compruebe que no eran ciertas las alegaciones presentadas, o que las condiciones impuestas para su concesión no han cumplido.

oficial), tres fotografías, y documentos que justifiquen las preferencias en su caso.

b) En relación con la empresa: C.I.F., oferta de trabajo, memoria de actividad, y en su caso documentos que justifiquen la solvencia y capacidad del empleador.

Para un permiso por cuenta propia además de los documentos del apartado a), se requerirá un proyecto del establecimiento o actividad a realizar y la acreditación de que se han solicitado las autorizaciones y licencias necesarias.

Para la concesión de los permisos permanentes o extraordinarios, junto al modelo oficial, solamente hay que aportar copia de pasaporte, del permiso anterior, tres fotografías y acreditación de que se continúa en activo (como trabajador o como demandante de empleo).

Para la renovación los requisitos se simplifican.

2. Lugar, plazos, forma y efectos de la presentación

Cuando el sujeto se encuentra en España la solicitud se presentará en la Dirección de Trabajo, oficinas de extranjeros o comisarías de policía, además de los lugares previstos para cualquier escrito dirigido a la Administración con carácter general (Art. 38.4 LRJAP). Si el sujeto se encuentra fuera de España, ante la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación reside.

La solicitud se presentará siempre antes de comenzar la actividad. La renovación se solicita con un mes de antelación a su caducidad, aunque se puede realizar hasta pasados tres meses de su vencimiento, sin perjuicio de la sanción.

Los interesados pueden presentar la solicitud por sí, o por representante.

Una vez presentada, se le expide un resguardo, que si es de renovación, prórroga la validez del permiso anterior.

3. Tramitación

La autoridad receptora instruye el procedimiento y eleva a la autoridad competente la propuesta de resolución, para lo cual puede solicitar los informes que considere oportunos sin que le sean vinculantes.

La autoridad competente para resolver sobre los diferentes permisos de trabajo es la Dirección de Trabajo, sin perjuicio de la competencia de la Dirección General de Migraciones en algunos casos.

Concluida la instrucción, y con el informe favorable de la autoridad gu-

bernativa, se resolverá de forma motivada, notificando la resolución al interesado.

Si la resolución ha sido favorable, se remitirá copia a la autoridad gubernativa para la concesión, si procede, del permiso de residencia.

Si ha sido negativa, ello implicará la denegación del permiso de residencia solicitado conjuntamente, sin perjuicio del que se pueda pedir por separado.

KV. Infracciones y sanciones

El nuevo reglamento concreta los supuestos previstos en la L.O. 7/1985 en cuanto a la imposición de la sanción de expulsión.

La expulsión no podrá imponerse, salvo infracciones de especial gravedad, a extranjeros que se encuentren íntimamente vinculados con nuestro país.

Se hace una referencia específica a la expulsión de extranjeros encartados en procedimientos judiciales por la comisión de delitos menos graves, a instancia del Ministerio Fiscal.

Se adecúa el procedimiento sancionador a la Ley 30/1992, en especial en lo relativo al establecimiento de un plazo de prescripción de las infracciones y sanciones. Las infracciones prescriben a los tres años (1), dos años (2-10) o seis meses (11-12). Las sanciones prescriben respectivamente a los tres, dos o un año.

1. Infracciones

Son infracciones a la L.O. 7/1985 las siguientes:

1. Estar implicado en actividades gravemente contrarias al orden público o a los intereses españoles.

2. Encontrarse ilegalmente en territorio español.

3. Encontrarse trabajando sin permiso de trabajo.

4. Haber sido condenado, dentro o fuera de España, por conducta dolosa, con pena privativa de libertad superior a un año, salvo rehabilitación.

5. Ocultación dolosa o falsedad grave en las alegaciones.

6. Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

7. La entrada en España careciendo de documentación o de los requisitos exigibles.

8. El incumplimiento de las medidas cautelares fijadas.

9. Las salidas de España por puestos no habilitados.

10. Promover la situación ilegal de extranjeros en España.

11. La omisión o el retraso en la comunicación de los cambios de circunstancias.

12. El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de permisos.

2. Sanciones

Las sanciones posibles son:

a) Expulsión, con prohibición de entrada de tres a cinco años.

b) Multa de hasta 2.000.000 de pesetas.

La expulsión sólo se impone a las infracciones de los números 1 a 6. Para los residentes legales permanentes con cinco años de residencia o pensionistas de incapacidad por accidente de trabajo o enfermedad profesional y sus hijos y cónyuge la expulsión sólo será por el número 1 o la reincidencia en los otros.

La multa vale para cualquier número de los señalados, pero distinguiendo tres escalas:

1. Hasta 50.000 pesetas en los números 1) y 12).

2. Hasta 500.000 pesetas en los números 2 al 10).

3. Hasta 2.000.000 de pesetas en el número 1).

En todo caso se tendrá en cuenta la capacidad económica y el grado de voluntariedad del infractor, así como si es o no reincidente.

Son competentes para sancionar los gobernadores civiles.

3. Procedimiento sancionador

Se remite el Reglamento a la L.O. 7/1985 para la expulsión y a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y al Reglamento de ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Con carácter general ordenará la incoación del expediente el Comisario de policía o el Gobernador civil. En ese acto se nombrará instructor y Secretario y se comunicará la incoación a la Oficina Consular correspondiente.

El Reglamento se detiene en la ejecución de la expulsión.

Se prevé la expulsión como sustitutiva de la pena e incluso del juicio, cuando ésta es por delito menos grave.

La orden de salida, sea gubernativa o judicial, será notificada al interesado, dándole un plazo prudencial no inferior a setenta y dos horas para salir. Transcurrido el plazo sin que haya salido se le podrá detener y conducir a la frontera, puerto o aeropuerto correspondiente.

Cuando no se pueda ejecutar la expulsión por no poder devolver el ex-

tranjero a su país, se podrá autorizar su estancia o residencia.

XVI. Centros de internamiento

Dentro del capítulo que trata las infracciones y sanciones, se incluye una sección dedicada a los Centros de internamiento de extranjeros, de carácter no penitenciario, que supone una novedad respecto al anterior reglamento, detallando aspectos relacionados con ellos como los de la competencia, el ingreso de extranjeros, su régimen interno y la asistencia sanitaria y social.

Para asegurar la sustentación del expediente administrativo y la ejecución de la expulsión, el juez de Instrucción podrá autorizar que el detenido sea ingresado en un centro de este tipo, en los supuestos de los apartados a), e) y f) del art. 26.1 de L.O. 7/1985.

La detención será comunicada al Consulado y, si así lo solicita el extranjero, a sus familiares residentes en España.

Los menores extranjeros no pueden ser ingresados en estos centros, a no ser que sus padres o tutores lo estén, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen su unidad e intimidad.

El Ministerio de Justicia e Interior dirige estos centros, que son custodiados por la Policía. La asistencia sanitaria y los servicios sociales puede ser concertada con organizaciones no gubernamentales o entidades sin ánimo de lucro con cargo a los programas de ayuda correspondientes.

1. Ingreso

Cuando un extranjero ingrese en un centro de este tipo se exige su *historial personal*, que contendrá los motivos de la detención, los antecedentes, circunstancias personales, la autoridad judicial a cuya disposición se encuentra y el letrado que le asiste. Serán sometidos a un examen médico y recibirán información escrita y en su idioma del régimen del centro y las normas de convivencia.

Los internos dispondrán de módulos independientes para separar los internos por su sexo, por enfermedades y otros motivos.

2. Régimen interno de los centros

Los internos están obligados a cumplir las normas de convivencia, régimen interno, sanidad e higiene, y conservar las instalaciones.

La junta, compuesta por el director, el facultativo y un trabajador social, tiene la misión de asesorar a aquél en la toma de medidas frente a los internos.

Los internos pueden recibir y enviar correspondencia y realizar llamadas telefónicas, mientras no se les restrinja por resolución judicial. Asimismo pueden comunicarse con sus abogados, amigos y representantes diplomáticos dentro del horario que se marque.

XVII. Otras infracciones y sanciones

El Reglamento se refiere a las infracciones de orden social y confiere la vigilancia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a los Controladores Laborales. También alude a las infracciones en materia de establecimientos comerciales, disciplina de mercado y versiones extranjeras.

Se establece la obligación de autoridades gubernativas y judiciales y penitenciarias de comunicarse entre sí todos los datos relativos a extranjeros que puedan ser de interés.

XVIII. Salidas y devoluciones

1. Salidas voluntarias y prohibición de salida

Los extranjeros legales tienen libertad para salir voluntariamente del territorio español. La salida debe efectuarse por los puestos habilitados y con la documentación oportuna, donde se estampará el sello o marca de control tabeado.

Se puede prohibir la salida de los extranjeros incurso en un procedimiento judicial o ya condenados, de los reclusos y detenidos para extradición, los que padezcan enfermedad contagiosa que exija inmovilización y cuando sea necesario para la protección de derechos y libertades de los españoles.

La prohibición debe ser acordada por el Ministerio de Justicia e Interior.

2. Salidas obligatorias y devoluciones

En los supuestos de caducidad de plazos de permanencia y siempre que deniegue cualquier documento necesario para la permanencia, se advertirá a los interesados de la obligatoriedad de su salida del país.

No es necesario expediente para devolución cuando se trate de extranjeros expulsados que contravengan prohibición de entrada o que hubieran entrado ilegalmente excepto los solicitantes de asilo.

En estos casos basta la orden del gobernador civil, sin que puedan ser ingresados en centros de carácter no penitenciario.

Últimas disposiciones sobre la materia

Con fecha 17 de abril se ha publicado en el B.O.E. el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de abril, por el que se desarrolla el *proceso de documentación de extranjeros en situación irregular*, previsto en el Reglamento: es decir el proceso de regularización a que hemos aludido al inicio de este trabajo y que se regula en la disposición transitoria tercera del mismo.

Las matricaciones relevantes que hace este Acuerdo sobre lo ya dicho por el Reglamento, son las siguientes:

1. Incluye expresamente dentro de su ámbito, no sólo a los que hayan tenido permisos de trabajo y residencia o permisos de residencia, sino también a las *personas beneficiarias de una resolución favorable de la autoridad competente sobre una solicitud de permiso de trabajo y residencia, cuando no hubieran obtenido el permiso por circunstancias no imputables al interesado.*

2. En consonancia con el punto anterior, dentro de la documentación a aportar con la solicitud, prevé que se presente copia del permiso de trabajo y/o residencia, cédula de inscripción, o declaración de los datos identificativos y características de los mismos que permitan determinar la existencia del permiso anterior.

3. El certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades españolas se aportará de oficio a los expedientes, luego no hay que aportarlo.

4. Para la concesión de los permisos de trabajo y residencia por esta vía no se tendrá en consideración la situación nacional de empleo, o su incidencia en el mercado de trabajo, es decir que tienen preferencia.

5. Una declaración interesante es que *en los casos en que el solicitante haya sido expulsado por alguna de las causas previstas en los apartados a), b) y d) del artículo 26.1 de la L.O. 7/1985, de 1 de julio, y tenga prohibida la entrada en territorio español, la autoridad gubernativa que dicta en su día la expulsión acordará, a instancia del órgano competente para renovar el permiso de residencia, la revocación de la misma, como paso previo a la concesión del oportuno*

permiso de trabajo y/o residencia. Recordemos que si la causa de expulsión era cualquiera de las previstas en los apartados c) y d) del art. 26.1 L.O., no tendrá lugar la regularización a no ser que la expulsión haya prescrito.

6. Establece una especie de equivalencias entre los permisos que se disfrutaron en su día, que dan lugar a la regularización, y los que se concederán ahora en cada caso.

7. Por último y aunque no suponga aportación alguna, puntualiza que el plazo de presentación de solicitudes comienza el 23 de abril de 1996 y finalizará, a las veinticuatro horas del día 23 de agosto de 1996.

También con fecha 17 de abril de 1996 se ha publicado la ORDEN de 11 de abril de 1996 sobre exenciones de visado, que fija los términos en que las autoridades competentes podrán conceder exención de visado ya sea en régimen general o comunitario.

Dicha orden deja claro que en ningún caso podrá exigirse la presentación de visado o exención de visado a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Lo más importante de esta Orden es que hace una enumeración de las razones excepcionales que pueden servir de base para la concesión de la exención de visado, que el reglamento circunscribe de modo genérico a motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria. Los supuestos son los siguientes, siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante:

a) Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público (investigadores de prestigio, deportistas de élite, religiosos, etc.).

b) Extranjeros que no puedan aportar visado por proceder de una zona en conflicto bélico, político, étnico, religioso de otra naturaleza, cuya magnitud impida su obtención, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos aún perduren.

c) Cuando el traslado del extranjero a su país de procedencia supusiera

un peligro para su seguridad o la de su familia o carezcan de vínculos personales con dicho país.

d) Extranjeros a los que les ha sido admitida a trámite o denegada una solicitud de asilo, pero a los que, previo informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, se ha autorizado su permanencia en España.

e) Extranjeros menores de edad que sean hijos, o hayan sido acogidos bajo la tutela, de españoles o de extranjeros residentes legales en España.

f) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, siempre que no se encuentren separados y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.

g) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos de un menor español residente en España que vive a sus expensas.

h) Extranjeros que hayan resido previamente de forma legal de España durante un período mínimo de dos años ininterrumpidos en los diez años anteriores.

i) Extranjeros que hayan sido españoles de origen.

j) Extranjeros que colaboren o hayan colaborado con las autoridades en procedimientos administrativos o judiciales.

k) Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado.

Toda esta enumeración supone una ampliación de los casos que hasta ahora eran merecedores del trato especial que supone la exención de visado, lo cual manifiesta sin duda una mayor sensibilidad por el fenómeno extranjero.

Desde la notificación de la concesión de la exención del visado hasta la resolución que recaiga sobre la solicitud del permiso de trabajo y/o residencia el extranjero no será objeto de actuaciones sancionadoras por estancia ilegal.

La presente Orden entra en vigor en la misma fecha que el Reglamento.

LAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES

Medidas Cautelares previstas en la Ley de defensa de la competencia y Medidas Cautelares en materia de competencia desleal

J. J. Pintó Ruiz*

INDICE	
I. Medidas cautelares previstas en la Ley de defensa de la competencia	
1. Previo	
2. Medidas de comprobación	
A. Concepto	
1. Previo	
2. Medidas de comprobación. Diligencias preliminares.	
B. Para qué sirven	
C. Cómo se piden	
D. Procedimiento	
II. Medidas cautelares en materia de competencia desleal	
A. Concepto	
B. Cómo se piden	
C. Para qué sirven	
D. Procedimiento	

Aun cayendo en cierta distorsión sistemática nos vamos a referir ahora, para terminar, a ciertas figuras que podrían desempeñar útilmente la función de medidas cautelares. Poco utilizadas en la práctica, soportan al intentar aplicarlas, ciertas dificultades que debidamente obviadas no privan a aquéllas de su utilidad.

I. Medidas cautelares previstas en la Ley de defensa de la competencia

1. Previo. La Ley de defensa de la competencia, establece dos clases de prevenciones. De un lado, las típicas medidas cautelares, con remisión específica al art. 1.428 de la LEC y de otra, otra serie de medidas llamadas de comprobación que vienen a desempeñar

una función previa a la interposición del pleito, y que propiamente no son medidas cautelares pero pueden producir efectos que, al menos en parte, asimilan a los que se pretenden con medidas cautelares típicas.

Vamos pues a distinguir, dos grandes apartados, a saber: las medidas de comprobación, y las cautelares propiamente dichas.

2. Medidas de comprobación

A. Concepto

1. Previo. La Ley de 10 de enero de 1991 (Ley 31/91) de Competencia desleal, en los artículos 5 a 17 —aparte la cláusula general según la cual se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe— describe

los actos reprochables agrupándolos en varias categorías, tales como actos de **confusión** (vide art. 6, se refiere a la creación de confusión con la actividad, prestaciones, o establecimientos ajenos), **engaño** (vide art. 7, se refiere a inducir a error, en general sobre las ventajas realmente ofrecidas, y las demás que menciona) **ofrecimiento de obsequios, primas y supuestos análogos** (art. 8 cuando pongan al consumidor en el «compromiso» de contratar la prestación principal, o induzcan a error acerca del valor efectivo de la oferta en comparación con otras análogas, etc.); **actos de denigración** (susceptibles de menoscabar el crédito de un tercero, en un mercado, salvo que la imputación fuera exacta, verdadera y pertinente, art. 9); **actos de comparación** por los que se haga comparación pública, de la actividad, prestaciones, o el establecimiento propio o ajenos con los de un tercero, cuando la comparación se refiere a extremos que no fueran análogos, relevantes ni comprobables, art. 10); **acto de imitación** (art. 11, en donde tras advertir que «la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales es libre, salvo derecho de exclusividad reconocido por la ley» señala por excepción dos situaciones que por su generalidad son susceptibles de generar dificultades al momento de su aplicación: cuando comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno, la imitación sistemática, (b); **explotación de la reputación ajena** (art. 12, en beneficio propio o de un tercero); **violación de secretos** (art. 13, sin autorización de la víctima, en beneficio propio o ajeno, y con ánimo de perjudicar a aquélla); **inducción a la infracción contractual** (art. 14, dirigida a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, que tenga por objeto deberes contractuales básicos, con las limitaciones que se explican en el párrafo segundo); **violación de normas** (art. 15, obteniendo ventajas a la infracción una ventaja significativa, o si la infracción es de normas que tengan por objeto la actividad concurrential); **discriminación** cuando tal tratamiento afecta al precio y demás condiciones de venta, o cuando se produzca la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse su empresa, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad; art. 16) o **venta a pérdida** (art. 17, pues pese a que el precio —y así



se proclama— es de fijación libre, cuando el bajo precio se establezca para dañar la imagen de un producto o establecimiento ajenos, o para eliminar a un competidor o grupo de competidores —que no puedan, por ejemplo, resistir económicamente igualarse al más bajo precio dispuesto por el infractor— o para inducir a error a los consumidores que partiendo de este bajo precio dispuesto por el infractor—, puedan imaginarse que el nivel de **todos** los precios del establecimiento del infractor son así de reducidos —art. 17 apartado a).

Puesto que la Ley, considera tales actos de incompetencia desleal, como actos ilegales, contrarios a derecho, y la conducta del agente como conducta irregular, es claro que le serían aplicables las consecuencias de la infracción aquiliana (art. 1902 del CC) con todo su magnífico desenvolvimiento actual, doctrinal y jurisprudencial. Pero, la ley de competencia desleal, proporciona la clara **facilidad**, de establecer en el artículo 18, hasta seis clases de acciones que alejar toda duda al respecto. Desde la mera **declarativa de la deslealtad**, (1.º) siguiendo la acción de **cesación del acto** (2.º), de **remoción de efectos producidos por el acto desleal** (3.º) de **rectificación de informaciones engañosas** incorrectas o falsas (4.º) de **resarcimiento de los daños y perjuicios** (5.º) hasta terminar con una muy limitada de **enriquecimiento injusto** (7.º), puesto que la ley clarifica así muy clara y casuísticamente las opciones del perjudicado, quiere también darle las máximas posibilidades para que pueda **anticipadamente** constatar la ejecución del acto desleal o reprochable, para facilitarle

el cumplimiento de su carga de **probarlo**.

2. Las medidas de comprobación, llamadas **diligencias preliminares**, tienen por objeto la constatación anticipada de los elementos de la infracción, y requerirán para acceder a ellas los siguientes **requisitos**:

a) Que la comprobación que se pretenda, resulte indispensable para preparar el juicio. (art. 24.1 de la Ley; sic art. 129.3, de la Ley de patentes de 20 de marzo de 1986 aplicable por remisión dispuesta por el artículo 24 de la Ley de Competencia Desleal).

b) Que quien lo solicite esté legitimado para ejercitar, en su día, cualquiera de las acciones que se han mencionado al final del «previo» precedente (art. 18 de la Ley, y art. 129.1 de la citada Ley de patentes).

c) Cuando los hechos que se relacionan y que en su totalidad o en cuanto a parte de ellos se someten a comprobación hagan presumir la existencia de la deslealtad («bonum fimum iuris») según artículo 129.1.3 y 5 de la citada Ley de patentes, aplicable por remisión (art. 24 Ley de Comp. desleal ya citada).

Estas comprobaciones, tienen a su vez las siguientes características:

1.º No están, con carácter absoluto, sometidas al principio de rogación, pues el juez —antes de resolver sobre la petición formulada (o sea, decidir si se accede o no a la práctica de las solicitadas medidas de comprobación) podrá requerir los informes y ordenar las investigaciones que estime oportunas.

Por el contrario, es perceptible la posibilidad de que el juez, inquisitivamente pueda, antes de resolver, pedir informes, u ordenar investigaciones, todas ellas, encaminadas a averiguar

portas un cierto retroceso definitivo a la primera. En efecto; no obstante que el juez haya dictado resolución estimatoria en la primera fase, de tal manera que se acuerde la práctica de las diligencias de comprobación, no obstante esto, si al iniciar la diligencia el juez considera que el objeto de la inspección comprobación no sea instrumento, medio, o elemento integrante de la infracción concurrencial (competencia desleal), interrumpirá la diligencia, la dará por terminada y ordenará, que se forme pieza separada, en la que se incluirán las actuaciones ordenando asimismo que tal pieza se mantenga secreta, y **notificará al peticionario** o solicitante de las diligencias de comprobación que no procede darle a conocer el resultado de las diligencias realizadas.

Más simplemente, ello significa que si el juez, en trance de iniciar la práctica de las diligencias se da cuenta de que su práctica es inútil para la persecución de la competencia desleal, entonces hay que sobreser la actuación y evitar que, sin finalidad justificante, el solicitante conozca interioridades del inspeccionado.

4. Si por el contrario, no se produce el incidente dicho en el número 3 anterior, el juez, con intervención de aquellos peritos que al efecto haya designado (véase como en el escrito inicial se pide tal nombramiento—vide supra como se pide—) y oídas las manifestaciones—si es que las hace— de la persona con quien se entiende, la diligencia determinará los elementos objeto de la comprobación que inciden en la infracción concurrencial (competencia desleal).

Hay que notar lo siguiente: 1.º La diligencia habrá sido solicitada con el carácter de **urgente**, y se trata de evitar que una rápida reacción del demandado, frustre la comprobación. Por esta razón no vemos un previo trámite de audiencia de la parte demandada, quedando simplemente la constancia y audiencia no de la parte «sino de la persona con la que se entienda la diligencia» sin perjuicio de que casualmente de hallarse allí, pueda ser la parte o su legal representante. 2.º En el mismo acto de efectuarse la diligencia con el concurso de los peritos, el juez hace una previa determinación de aquellos elementos que son interesantes para la comprobación. Sólo si no halla ninguno con tal nota, da por terminada la diligencia.

5. El juez efectuará una detallada descripción de todo lo que estime incidente en la infracción concurrencial, con intervención de los peritos.

Y de las diligencias de comprobación no podrán expedirse otras copias y certificaciones que las destinadas a la parte instante para que pueda ejercer la acción u acciones mencionadas en el art. 18 de la Ley de competencia desleal, ya antes mencionadas.

Y el solicitante queda obligado (art. 131 Ley de Patentes) a no divulgar dicha certificación ni su contenido pudiendo sólo utilizar aquella y su contenido en el proceso instado en ejercicio de las acciones mencionadas.

6. Con tales expediciones de certificación y copias termina definitivamente el procedimiento, ya que contra la decisión del juez sobre el resultado de la diligencia no se dará recurso alguno (art. 130.5 Ley de patentes).

La decisión del juez a que nos referimos, consiste en la determinación de lo que es incidente en la infracción concurrencial, del contenido de la diligencia, de la descripción de aquellos elementos incidentes, etc.

Estas certificaciones pues, en fin, contienen la **comprobación** de la existencia y autoridad de aquellos actos reprochables de competencia desleal.

Es fácil pues comprender la importancia de este procedimiento, y la trascendencia que en la práctica tiene la buena preparación general y específica de los peritos intervinientes, así como la idoneidad que es para evitar una ocultación que dificulte la comprobación de los actos reprochables, y en fin, lo decisivo que es, preparar las diligencias y pedir las después de haber tenido una completa y cuidada información.

7. Finalmente las medidas de comprobación quedan sin efecto, no producen efecto alguno si, en el plazo de dos meses a partir de la práctica de la diligencia de comprobación no se hubiera presentado la correspondiente demanda ejercitando la acción u acciones judiciales (precisamente las reseñadas en el art. 18 de la Ley de Competencia Desleal). Claro está que esta claudicación por caducidad, dará al sujeto pasivo de las diligencias derecho a las **acciones de resarcimiento indemnizatorias**, que se mencionan en el art. 132 de la Ley de Competencia desleal.

II. Medidas cautelares en materia de competencia desleal

A. Concepto

Esta medida cautelar, como todas las medidas cautelares tiende a asegurar la efectividad de la Sentencia que en su

día se dicte, de tal modo que cuando ésta gane firmeza, no resultara inútil la ejecución. Pero además de gozar de esta característica común, están teñidas de evidente especialidad por las razones siguientes:

1.º Como todas las medidas cautelares, tiene aquel contenido a determinar en cada caso, tal como prevé el artículo 1.428 de la LEC. Pero, aquí hay «plus» de eficacia, al disponer ciertos contenidos de la medida, que pese a su importancia se convierten en francamente alcanzables. Es decir, la posición de quien pide la medida cautelar es fuertemente reforzada. Así, se prevé especialmente lo siguiente:

a) Ordenar la cesación inmediata de un acto u actos mediante los cuales se ejerce la competencia desleal de que se trata (art. 25.1 Ley de Competencia desleal), bastando para ello la apreciación de la existencia de indicios de que está cometiendo.

b) Además, en el caso del apartado anterior, la medida allí descrita (cesación) y las demás pertinentes serán **tramitación preferente**, y por tanto, pudiendo el actor elegir, también el lugar donde se realice el acto de

comprobación de competencia desleal o el de aquel en probable fuera un peligro inminente que se produzcan sus efectos. Pues bien, con respecto al procedimiento para acordar la medida cautelar, **dentro de las 24 horas siguientes** (art. 25.3 de la Ley distingue entre, la presentación de la solicitud (art. Medidas solicitadas antes de iniciar el Ley de Competencia desleal).

2.º El procedimiento también es **urgente** de presentada la demanda, de especial. Pues el art. 1.428 de la LEC aludiéndose comprender en este supuesto llamado sólo como supletorio y, en fin, que no lo diga) las presentadas en función de la eficacia, prontitud y efecto propia demanda por Otrosí.

Y con respecto a las presentadas en cumplimiento de las reglas especiales:

a) Se facilita la posición del instante competente el juez del lugar donde de las medidas, en los casos antes expresos) art. de competencia desleal producidos de los arts. 7 (**actos de engaño**) o **pueda producir sus efectos**, 9 (**actos de denigración**), ó 10 (véase que, mientras en la regla general **tos de comparación**) de la Ley habla de lugar en donde produzca sus Competencia desleal, de tal modo **directos**, en la especial se cita como elemental principio—en el momento de **determinante** de la competencia dir el procedimiento a prueba—el **territorial electiva** por el actor, tanto el podrá requerir (inquisitivamente, lugar donde produzca sus efectos, como oficio) al demandado para que aporte **aquel** que «pueda» producir sus las pruebas relativas a la exactitud y efectos. Esto comporta pues, una mayor **mayor** capacidad de sus alegaciones; y si no **implícita** electiva del peticionario, aporta el juez podrá estimar que las **competente** para conocer del pleito (art. 26 Ley de competencia desleal) **principal** (y dentro del campo de elec-

b) En materia de competencia, **del actor** lo será aquel, que dentro de es que la regla general de **competencia** (art. 23 de la Ley de Competencia Desleal) según la cual, será **competente** para conocer de las medidas cautelares y atraerá el conocimiento del juez del lugar del establecimiento **dentro** pues tanto del pleito principal demandado, y en su defecto el de su **residencia** (art. 25 Ley de Competencia desleal, apartado



3, párrafo 2.º). Será absurdo que se dividiera la contienda de la causa.

B. Como se piden

Como cualquier otra medida cautelar, podrá pedirse, **antes** de interponer el pleito mediante escrito independiente, simultáneamente, por otrosí incluido en la demanda al interponer el pleito, o después de interpuesto el pleito.

1. Si se piden antes del pleito: escrito independiente

La persona legitimada (vide art. 19 Ley de competencia desleal) para ejercitar cualquiera de las acciones que menciona el artículo 18 de la misma Ley, puede solicitar anticipadamente la adopción de estas medidas cautelares especiales, pero no se **olvide la caducidad** que se prevé en el artículo 1.428 LEC, párrafo 3.º; si la demanda principal no se presenta dentro de los 6 días siguientes a que se acuerden.

El escrito después de la cabecera compareciendo el procurador en representación, y solicitar la devolución de la escritura de poderes, tras el «digo», expresará:

1.º Que existen indicios evidentes de que el demandado está cometiendo los actos de competencia desleal que se describirán minuciosamente. Se acompañarán los documentos (actas notariales, facturas, recibos, etc. según converga) y para el caso de que se hayan

efectuado diligencias preliminares de comprobación (art. 24 Ley de Competencia desleal) se acompañará certificación del resultado de ellas, añadiendo, glosando tal certificación, que lo que era indicio, ya se muestra como irrefragable evidencia de la efectiva comisión de tales actos reprochables.

2.º Que los actos generados de esta competencia desleal, como se ha dicho, se continuarán perpetrando de una manera ininterrumpida, por lo que, proceda ordenar la cesación provisional de tales actos, así como... (narrar aquí cualesquiera otras medidas idóneas que se crea conveniente pedir).

3.º Que se tiene el propósito de deducir, antes de los ocho días siguientes (nótese que este plazo de caducidad resulta del párrafo 3.º del artículo 1.428 de la LEC aplicable como supletorio según dispone el n.º 4 del artículo 25 de la Ley de Competencia desleal) demanda, contra (persona demandada) ejercitando las acciones del artículo 18 de la Ley de Competencia desleal que allí se mencionan de número..., ó números... por cuanto, el mencionado demandado está cometiendo los actos que se han descrito anteriormente, que comportan competencia desleal.

4.º Que estas medidas, por razón de su urgencia, tramitación preferente (art. 25.2 Ley de competencia desleal), y además (sólo en el caso de que sea así) como la actuación de la demandada está generando un peligro de (explicar el daño que pueda causar, por ejemplo daño a la salud pública, etc.) que es **inminente y grave**, interés de que acuerden «**inaudita parte**» sin audiencia de la parte contraria, y en el término de **24 horas** (según dispone el artículo 25.2 de la Ley de Competencia desleal) a partir de la presentación de este escrito.

5.º Las presentes medidas, se solicitarán bajo la responsabilidad del instante, que ofrece al efecto prestar la fianza que se previene en el artículo 1.428-2 de la LEC, si bien entiende salvo siempre lo que SS acuerde que debe ser reducida por... (explicar que la medida será a la postre inocua por el bonum fimum toris que ampara al solicitante y el hecho de que se ve con evidencia suma que no se va a causar sino evitar el daño).

Se invocarán los fundamentos procesales y substantivos correspondientes de la Ley de Competencia desleal, el 1.902 del CC y consiguiente jurisprudencia, etc.

Y finalmente se suplicará que se acuerden las medidas que efectivamente se soliciten, describiéndolas, para

que se acuerde inaudita parte, y dentro de las 24 horas mencionadas por razón de la inminencia y gravedad del daño que se va a causar sino se interrumpe de inmediato la acción ya descrita del demandado.

2. Si se pide en la demanda o después de ella

En la demanda, se pide mediante el oportuno OTROSÍ. La ventaja de pedirlo conjuntamente es evidente, pues una descripción más completa y convincente, con mayor lujo documental, produce una convicción más intensa. Hay pues solamente que decir sustancialmente lo mismo, referenciar o citar los documentos de interés al efecto, y poner especial énfasis en la peligrosidad, y en la gravedad e inminencia del daño, para conseguir la resolución pronta que antes hemos aludido.

Pero a veces, por rango de urgencia, queda justificado que se haga antes.

Menos interés tiene presentarlo después de la demanda y menos aún después del aplazamiento, cuando el demandado puede efectuar actos de maquillaje de su actuación, y de diversa índole para divulgar el éxito de la acción o la eficacia de la sentencia.

C. Para qué sirven

Estas medidas, tienen un poderoso efecto disuasorio. Permiten alcanzar la cesación de la actuación concurrential del demandado —e insistimos— en que esta posibilidad está expresamente incluida en la Ley (art. 25.1 Ley de Competencia Desleal), y si existe el peligro grave e inminente, puede conseguirse resolución, «inaudita parte», dentro de las 24 horas siguientes a la presentación. La gama de medidas a adoptar es, además de la aludida, amplísima y asegurará muy enérgicamente la posterior eficacia de la sentencia gracias a la ejecución anticipada que comportan.

D. Procedimiento

Ya hemos estudiado en los precedentes estudios prácticos sobre medidas cautelares el procedimiento del art. 1.428 de la LEC. Este es el procedimiento aplicable tal como dispone el n.º 4 del artículo 25 de la Ley de Competencia desleal, pero hay que notar una vez más:

1.º Que de una manera explícita y expresa se prevé en el artículo 25 de la Ley de Competencia desleal, que cuando existan indicios de que se están cometiendo actos de competencia desleal, la medida pueda acordarse con carácter

urgente por ser de tramitación preferente. Si al pedir la medida (sea en escrito anticipado, sea por medio de otrosí en la demanda principal) se justifica documental y verbalmente la existencia de tales indicios, y sobre todo si se ha obtenido, por haber promovido las diligencias preliminares de comprobación (art. 24 Ley de Competencia desleal) la certificación de tal comprobación, es prácticamente seguro que se consigue la adopción de la medida cautelar pronta por ser de tramitación preferente (art. 25.1 y 25.2 de la Ley de Competencia desleal) y además la orden de cesación en los actos reprochables (art. 25.1). Hay pues que cuidar muy especialmente, este complemento documental a que se he aludido.

2.º Pero, si además de esto, puede de algún modo razonarse convincentemente que mediante tales actos reprochables se está en trance de producir un peligro grave e inminente (aunque sea un dictamen de experto, práctico, o pericial documentado, del que se deduzca con claridad esta gravedad e incidencia del peligro, vale la pena acompañarlo) entonces puede conseguirse, además que se acuerde la medida inaudita parte, (antes de la comparecencia a que alude el artículo 1.492 LEC), y se produzca la resolución ejecutoria dentro de las 24 horas siguientes a la presentación del escrito (art. 25.2 Ley de Competencia desleal).

3.º Hay que prestar atención al supuesto de que una vez acordadas las medidas el demandado pidiera celebración de comparecencia (art. 1.428 LEC) para alzar las acordadas mediante la fijación de una fianza. No olvidarse que esta fianza, ha de procurar que sea alta, y por ello en esta comparecencia que acaso pidiera y se celebrara, el instante deberá justificar los gravísimos y cuantiosos daños que se seguirían de alzarse la medida dejando en libertad al demandado para que continúe efectuando los actos de competencia desleal; y por ello, además de aportar documental y estimaciones periciales, debe proponerse para su práctica una suma de medios probatorios suficientes al efecto.

4.º Atención también, finalmente, a la caducidad que se prevé en el párrafo tercero, al final, del artículo 1.428 cuando las medidas se piden mediante escrito anticipado, pues si la demanda no se presenta dentro de los ocho días siguientes, las medidas quedan sin efecto.

Almagul, Doctor en Derecho

NOTAS

1. No existe, con carácter general, la construcción legislativa del derecho de retención. Vide además del art. 453, ya citado (poseedor) los arts. 502 y 522 (usufructuario—reparaciones extraordinarias—). Sobre otras en bienes muebles, vide art. 1.600 y 211, que podría comportar la negación de este derecho al constructor en los inmuebles máxime al ser éste sólo un servidor de la posesión, y no un poseedor propiamente dicho. De todas formas conviene al propietario obligar al constructor (amendamiento servidumbre de obra) la renuncia al derecho de retención. Y al constructor le conviene, consagrar el derecho en el contrato. Vide también, el particular de la prenda en el párrafo 2.º y art. 1.866 pues aun pagado el crédito garantizado con la prenda, si se debe el impuesto, se puede prorrogar la retención hasta que este otro se pague. Vide también art. 2 Comp. D. Civil de Cataluña antiguo Usar «si quis in alienis») y RJC 1967, pág. 471.

2. Mientras en el suplico principal se pide una retención definitiva, hasta que se pague en el suplico del otrosí de medida cautelar pide que sólo mientras dura el proceso, deudas no haga nada (petición de la nulidad o desposesión) tendente a inutilizar la sentencia, privando de la posesión. Siempre hay que procurar —y destacar— la máxima diferencia posible entre lo que se pide en el suplico y lo que se pide en la medida cautelar.

3. El art. 278 Compilación Catalana (1) «pague, afianse, o consignee», como modo de enervar la retención. El 453 CC, respecto los útiles, permite optar al vencedor de la sesión entre pagar tales gastos o el aumento de valor que gracias a aquéllos haya adquirido la cosa.

4. El derecho de retención es absoluto y una garantía que descansa en la acción hecho: la retención como tal hecho. Y precisa de previa declaración del impo- tener. Por esto el 278 de la Compilación catalana, dice que podrá retener el vendido la posesión, si no se le paga afianza o cosa «la cantidad que el mismo deslino» sin perjuicio de las comprobaciones posteriores. Con el derecho de retención ha de actuar «que se» por eso, alcanza la cantidad que el reclamante «sin perjuicio de las comprobaciones posteriores». De ahí que como el derecho de retención ha de actuar de inmediata eficacia de sentido, toda exigencia de declaración previa.

5. O cualesquiera de ambas.

Novedad



La presente obra incluye el texto actualizado del Código Civil, incorporando las últimas modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañado de once mil sentencias del Tribunal Supremo transcritas o referenciadas.

El libro está organizado de forma que sistematiza, ordena y entrelaza la jurisprudencia incluida, de manera que se facilite tanto su manejo como el conocimiento de las interrelaciones y conexiones de todo el entramado jurisprudencial y legislativo.

La edición se completa con dos índices: cronológico de todas las sentencias transcritas o referenciadas, con indicación de los números marginales en que se encuentran y una breve especificación de su contenido, y analítico del articulado del Código.

1.ª edición (enero de 1996), 2.336 páginas, 18.600 pesetas



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO

Trafalgar, 29. 28071 MADRID
Teléfonos: Centralita: 538 21 00 / Información: 538 22 90
Anuncios: 538 22 94 / Librería: 538 22 95
Suscripciones: 538 22 97



Medidas cautelares indeterminadas: discusión en torno al posible contenido anticipatorio-satisfactivo de las mismas. Especial referencia a la audiencia del demandado en el procedimiento para su adopción.

M.^a Angeles Jové Pons*

1. Introducción

La Reforma Procesal de 1984, al disminuir el rigor documental exigido para la adopción de las medidas cautelares inominadas y facilitar su concesión incluso antes del inicio del proceso, ha propiciado un considerable incremento de dichas medidas. Al mismo tiempo, ha suscitado problemas de muy difícil solución en la práctica de nuestros Tribunales. Entre ellos destaca el relativo al carácter meramente asegurativo o innovativo de estas medidas, y el modo del que se sirvió la citada Reforma para introducir el principio de contradicción en el procedimiento de adopción de las medidas cautelares indeterminadas, a los que dedicaremos ahora nuestra atención. Si bien ha transcurrido ya más de una década desde la referida Reforma, no podemos olvidar que significó un cambio radical en la regulación de estas medidas que habrían permanecido inalteradas durante todo un siglo. Así pues, no está de más insistir en estas cuestiones no pacíficas, máxime teniendo en cuenta que la más reciente Ley de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992, en nada incide sobre el precepto objeto de estudio.

2. La indeterminación de este precepto

El art. 1.428 establece que cuando se presente un principio de prueba por

escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o de dar la clara división de la doctrina a las específicas, el juez podrá adoptar las medidas que, según las circunstancias fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere. Tras la lectura de este precepto no puede mantenerse que el juez podrá adoptar, en presencia de una posible situación, sino sólo de aquellas a las que se refiere de forma expresa se refiere el precepto. En este sentido, el art. 1.428 no trata de ser una norma que comprenda todos los supuestos necesitados de tutela cautelar, sino simplemente de cerrar el sistema ante una siempre posible insuficiencia de regulación típica. No obstante, disponemos de las condiciones para alcanzar, con su desarrollo efectivo de gran parte de la tutela cautelar que se presta en nuestros días.

De este modo, por su carácter de norma de clausura del sistema cautelar establecido, se muestra verdaderamente útil si se intenta asegurar situaciones jurídicas que las medidas cautelares típicas no prevén, se pretende hacer frente a peligros que su relación específica no contempla, o las mismas no pueden adoptarse. pues, en aras de evitar denegaciones de tutela judicial efectiva, este precepto debe ser la respuesta idónea para proteger situaciones jurídicas materiales y

circunstancias de peligro no previstas o contempladas en la regulación de medidas típicas. Porque siempre que no exista concurrencia de ambos presupuestos cautelares no podemos hablar de colisión con la norma específica, sino de que está cumpliendo correctamente su función integradora.

Alguno bien, si la indeterminación de su contenido permite una mayor adaptación a la realidad, posibilitando que el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud al espíritu que preconiza dicho artículo, presenta, a su vez, el inconveniente de la ausencia de especificación de las medidas cautelares que pueden adoptarse. Nos interesa hacer hincapié en que no disponemos en el precepto de una enumeración orientativa de cautelas, como por ejemplo, el art. 134 de la Ley de 20 de marzo de 1986 de Patentes. Tampoco de criterios jurisprudenciales dada la propia naturaleza de las resoluciones en esta materia. Es decir, las decisiones o resoluciones de Juzgados y Audiencias, en su caso, dificultan por razones cuantitativas, entre otras, la extracción o deducción de principios generales. Sin olvidar la clara división de la doctrina a la hora de delimitar el contenido de las medidas cautelares indeterminadas o típicas recogidas por esta norma.

Estamos afirmando tácitamente que la expresión recogida en el precepto «el juez podrá adoptar... las medidas que, según las circunstancias fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere», es la clave para informar la especificación de las medidas cautelares indeterminadas. Sin olvidar que también el punto de referencia del «periculum in re». Así, dicha expresión indeterminada permite englobar tanto el peligro de inductuósidad como el peligro de tardanza que han de combatirse con una medida específica.

Así pues, criterio para individualizar la medida permitida será su conformidad con la finalidad legalmente establecida: asegurar la verdadera efectividad de la sentencia. Se trata entonces de optar, a partir del binomio «asegurar la efectividad», no por la interpretación que podríamos denominar tradicional y restrictiva que pone el acento en el término «aseguran», sino por aquella más amplia e innovadora que centra su atención en la palabra «efectividad». Por lo tanto, prescindir de la interpretación restrictiva que llega a equiparar «efectividad» a «ejecución», es decir, al sistema de ejecución establecido por el legisla-

dor, la consecuencia final de dicho criterio posibilita indudablemente superar el *ámbito objetivo* (con relación a sentencias que no son de condena, es decir, cuando la acción ejercitada fuera únicamente declarativa o constitutiva), la *función*, y el *contenido* admitidos tradicionalmente para las medidas que recoge este artículo.

Asimismo, el art. 1.428 subordina la elección de la medida a la concreta concurrencia de las circunstancias que la hacen necesaria. En este sentido, no basta que sea conveniente para asegurar la efectividad de la sentencia que vaya a dictarse. Sin olvidar que la individualización última de la cautela precisará de la comparación de los intereses en conflicto, inclinándose por aquella que responda a la injerencia mínima posible. En este sentido, el criterio de la necesidad y el de la mínima injerencia obligan a que el contenido asegurativo prevalezca sobre el contenido satisfactivo siempre que el primero sea suficiente para asegurar la efectividad de la sentencia,

3. Discusión entorno al posible contenido anticipatorio-satisfactivo de las medidas cautelares indeterminadas

La exigencia establecida en el art. 24.1 de la Constitución Española permite concluir que las medidas cautelares de efectos meramente asegurativos que pudieran adoptarse al amparo del art. 1.428 no son suficientes, en todos los casos, para prestar tutela judicial efectiva. Es obvio que únicamente la tardanza en el pronunciamiento de la sentencia —aunque nada obste para que objetivamente pueda llevarse a cabo en sus propios términos puede significar ineffectividad. De ahí que afirmáramos que la expresión legal «asegurar la efectividad» permite ampliar el marco de este precepto posibilitando cautelas de carácter conservativo y de regulación e incluso de efectos anticipatorio-satisfactivos. Se justificarian entonces por ser la única forma de prestar tutela judicial efectiva. ¿Qué utilidad tiene para un empresario que se ha visto obligado a paralizar su actividad por el incumplimiento de un contrato de suministro, una resolución que obliga a su reanudación pero que llega con años de retraso?

Aceptada la idea de que ejecución y efectividad no son sinónimos, ni tienen exactamente el mismo contenido, las medidas cautelares de efectos provi-

sionalmente satisfactivos deben admitirse en la formulación del art. 1.428, aunque plantean objeciones que intentaremos exponer a continuación. Se trataría más bien de conjugar o compatibilizar función cautelar y contenido anticipatorio, ya que inadmitirlo de plano sería tanto como querer prescindir de la realidad de nuestros días en la que el Derecho se encuentra inmerso y, evidentemente, de los arts. 24.1 C.E. y 18.2 L.O.P.J.

La primera objeción que puede plantearse son las posibles interferencias entre medidas cautelares de estas características y procesos sumarios. Como se verá, se corre el riesgo de desvirtuar la naturaleza de las mismas hasta el punto de convertirlas en aquéllas. La tutela anticipatoria y consecuentemente satisfactiva que pudiera solicitarse al amparo de la indeterminación del art. 1.428, sería correcta en la medida en que se cumplan las notas de instrumentalidad y provisionalidad que conforman el concepto de medida cautelar.

Admitido que la relación instrumental pueda aparecer con mayor nitidez en medidas cautelares de carácter asegurativo, debe tenerse muy presente que si la medida anticipatoria no se acuerda en función de la sentencia del proceso principal, sino que se solicita con la intención de convertirse en definitiva, se estará utilizando incorrectamente el art. 1.428 y destruyendo el concepto de «medida cautelar». Es decir, se transformarían las medidas cautelares en procesos sumarios. En primer lugar, porque se incumple la relación instrumental, la medida no corre paralela al proceso principal y, en segundo, porque no nace con vocación de provisionalidad.

La tentación existe, sobre todo en la actualidad, porque el art. 1.428 permite las solicitudes anteriores a la presentación de la demanda. Lo normal es que la falta de interposición de la misma, en el plazo determinado por la ley, implique —a instancia del sujeto pasivo— el alzamiento de la cautela y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Pero, ¿qué ocurre si el demandado no inicia el proceso y el demandado se conforma con la solución dada?

Desde una perspectiva práctica la oportunidad de la medida se encuentra fácilmente en que las partes obtienen la solución a sus conflictos con independencia del largo y costoso proceso ordinario que ni siquiera se tiene en cuenta. Muchos demandantes no tienen interés en incoar un proceso si previamente no obtienen una medida cautelar que les



asegure el éxito de la ejecución futura. Pero tampoco debe olvidarse que, si como el riesgo de favorecer soluciones poco equitativas al permitir que una parte utilice esta técnica como posición antijudicial, obligando a otra más débil a aceptar dicha resolución como definitiva.

Se ha discutido la inadmisión de esta forma de resolver los conflictos desde el punto de vista del principio dispositivo, ya que no existen mecanismos para impedir este supuesto de desistimiento bilateral. No obstante, entendemos que, si bien lo habitual es que la parte interesada sea quien ponga de manifiesto la ausencia de relación instrumental, el órgano judicial está en la obligación de proceder al alzamiento de oficio de la medida que pudiera haberse concedido, si transcurrido el plazo señalado por la ley no se interpuso la correspondiente demanda.

Sin embargo, si el alzamiento de oficio resuelve algunos problemas, no se nos ocurre que tratándose de medidas cautelares de carácter anticipatorio que pueden satisfacer de modo instantáneo, es decir que no precisan mantenerse, de nada serviría una resolución de extinción de oficio de la cautela por falta de instrumentalidad, pues ya se habría obtenido la satisfacción de la pretensión y, tan sólo, quedaría la posibilidad de un resarcimiento económico.

A estos problemas cabe sumarle la delicada situación en la que se encuentran los jueces si tienen que resolver, antes de la tendencia del proceso ordinario, sobre este tipo de medidas sin prejuzgar el fondo del asunto, ni extralimitarse conociendo y decidiendo lo que sólo puede ser objeto de la causa principal. Es fácil comprender que si las medidas cautelares para ser eficaces deben limi-

tarse a un examen sumario, sería particularmente grave su adopción si conduce a una injerencia de efectos irreversibles.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta a la hora de configurar estas medidas de contenido anticipatorio sería la confusión que puede producirse con la institución de la ejecución provisional. En el intento de conseguir la satisfacción anticipada del pronunciamiento, puede existir el riesgo de equiparar el acreditamiento de un «*fumus boni iuris*», más la existencia de un «*periculum in mora*» (que en numerosos casos no debe demostrarse), y la prestación de una fianza, a un título judicial como es la sentencia sobre el fondo.

En realidad, lo que en ambos casos permitiría ejecutar, es la resolución judicial que concede la medida cautelar y la que resuelve sobre la ejecución provisional, aunque, en definitiva, lo que es cierto es que pueden conseguirse efectos ejecutivos muy similares a partir de presupuestos total y radicalmente diversos. Y, precisamente, esto es lo que debe evitarse y lo que, a nuestro juicio, desde un punto de vista dogmático no es correcto. No deja de ser, en cierto modo, paradójico que fuera la inexcusable presentación de título ejecutivo el mayor centro de críticas de la inefectividad del art. 1.428 con anterioridad a la reforma de 1984, principalmente, por su inadecuación a la esencia de las medidas cautelares; y que ahora no se dude en otorgar efectos equiparables a los ejecutivos con la sola acreditación de un «*fumus boni iuris*», lo que también es rechazable desde un punto de vista estricto de tutela cautelar.

Habíamos admitido que esta clase de medidas estaban justificadas en aras a una mejor prestación de tutela judicial efectiva, constituyendo en algunos supuestos, sin la menor duda, la única forma de otorgarla debidamente. Pero también es cierto que en un Estado de Derecho la tutela judicial debe venir referida a ambas partes, y consiguientemente la alegación de un «*fumus boni iuris*» debería conducir, cuando menos, al marcado carácter excepcional de este tipo de cautelares. Así, para que dicha anticipación sea posible, es indispensable que el «*fumus boni iuris*» necesario para la adopción de cualquier medida cautelar se encuentre reforzado, y que se preste fianza suficiente para hacer frente a una sentencia absolutoria. Ciertamente, la necesaria prestación de tutela a ambas partes consagrada con la introducción de la audiencia al demandado tras la reforma,

puede facilitar la asimilación de esta clase de medidas al amparo de este precepto, más no puede olvidarse que la audiencia viene referida, principalmente, al análisis de la concurrencia o ausencia de los presupuestos cautelares.

En conclusión, los razonamientos expuestos nos conducen tanto a recomendar la inadmisión de medidas cautelares ex 1.428 de contenido anticipatorio con anterioridad a la presentación de la demanda, como a señalar el marcado carácter excepcional con el que deben ser concedidas.

4. Especial referencia a la audiencia del demandado en el procedimiento para su adopción

Otro aspecto de sumo interés, que apuntábamos al comienzo, versa sobre el análisis del principio de contradicción en las medidas cautelares individuales. De este modo quedaría salvaguardada la posibilidad de dar audiencia a la parte o al «factor sorpresa», tan significativamente, ocasionó un giro importantísimo en esta materia. Incluso, podrían añadirse otros criterios tales como el de la naturaleza o contenido de la medida solicitada. Por lo tanto, se concedería la audiencia a la parte contraria cuando la medida consistiese en una verdadera anticipación de la ejecución, y se negaría la medida cautelar, ha de ser oída, cuando existiesen razones que justificasen u otro momento, es ya algo indeterminado la concesión inaudita parte, por ejemplo, si la medida es inocua y a todas las partes pueden ser calificadas como perjudicadas. Otro criterio podría ser el carácter urgente de la medida, es decir,

que la parte frente a la que se solicita la medida cautelar, ha de ser oída, cuando existiesen razones que justificasen u otro momento, es ya algo indeterminado la concesión inaudita parte, por ejemplo, si la medida es inocua y a todas las partes pueden ser calificadas como perjudicadas. Otro criterio podría ser el carácter urgente de la medida, es decir,

La situación problemática se deduce cuando para alcanzar la eficacia de la medida es imprescindible que ésta se conceda inmediatamente. Sin embargo, el legislador, lejos de intuir estas situaciones problemáticas, elvía establecer el procedimiento judicial sobre las medidas cautelares, segundo, «o pedir que se alcen las medidas», parece aludir a un modelo de contradicción diferida a instancia del sujeto pasivo de la medida.

Por lo tanto, lo que puede realmente cuestionarse, y de hecho es objeto de distintas consideraciones, es si la audiencia ha de ser previa, en todos los casos, o, por el contrario, nos remitimos únicamente a un momento posterior en el tiempo, estimando que procede siempre una contradicción *ex post*.

Igualmente, podríamos entender que la audiencia es simplemente una pre-

condición de la que puede o no hacer uso el demandado en distintos momentos procesales o bien, aunque resultaría absurdo, que la parte demandada puede oponerse previamente y de no ver estimada su postura, conserve la expectativa de una oposición posterior. Este doble juego de oposición significaría una tutela del derecho de audiencia patológica y un elemento intenso que abona su inmediato rechazo.

Una opción razonable consistiría en permitir que es el propio juez quien, discrecionalmente, debe decidir si adopta la medida y seguidamente da lugar a la audiencia, o bien concede la cautela y luego decide.

Asimismo, sería también lógico deducir la procedencia o no de la comparecencia del criterio del momento en que estas medidas se solicitan: denegando la audiencia si la petición es anterior a la presentación de la demanda, y concediéndola si es conjunta o posterior a esta. De este modo quedaría salvaguardada la posibilidad de dar audiencia a la parte o al «factor sorpresa», tan significativamente, ocasionó un giro importantísimo en esta materia. Incluso, podrían añadirse otros criterios tales como el de la naturaleza o contenido de la medida solicitada. Por lo tanto, se concedería la audiencia a la parte contraria cuando la medida consistiese en una verdadera anticipación de la ejecución, y se negaría la medida cautelar, ha de ser oída, cuando existiesen razones que justificasen u otro momento, es ya algo indeterminado la concesión inaudita parte, por ejemplo, si la medida es inocua y a todas las partes pueden ser calificadas como perjudicadas. Otro criterio podría ser el carácter urgente de la medida, es decir,

que la parte frente a la que se solicita la medida cautelar, ha de ser oída, cuando existiesen razones que justificasen u otro momento, es ya algo indeterminado la concesión inaudita parte, por ejemplo, si la medida es inocua y a todas las partes pueden ser calificadas como perjudicadas. Otro criterio podría ser el carácter urgente de la medida, es decir,

La situación problemática se deduce cuando para alcanzar la eficacia de la medida es imprescindible que ésta se conceda inmediatamente. Sin embargo, el legislador, lejos de intuir estas situaciones problemáticas, elvía establecer el procedimiento judicial sobre las medidas cautelares, segundo, «o pedir que se alcen las medidas», parece aludir a un modelo de contradicción diferida a instancia del sujeto pasivo de la medida.

Por lo tanto, lo que puede realmente cuestionarse, y de hecho es objeto de distintas consideraciones, es si la audiencia ha de ser previa, en todos los casos, o, por el contrario, nos remitimos únicamente a un momento posterior en el tiempo, estimando que procede siempre una contradicción *ex post*.

Igualmente, podríamos entender que la audiencia es simplemente una pre-

sa —en el art. 1.428—, de un procedimiento que prevé una comparecencia y con ella la posibilidad de que se escuche al demandado, el contradictorio previo y preceptivo es la solución interpretativa que cuenta con mayor apoyo legal aún siendo discrepante con la propia función de la institución. Refuerza nuestra posición la propia expresión del legislador —oponerse a las medidas solicitadas—, y la referencia a «pedir que se alcen las acordadas», no es obstáculo para mantener la comparecencia previa y preceptiva. Basta concederle un significado distinto a la contradicción «*ex post*», es decir, el reconocimiento expreso de la posibilidad de solicitar el alzamiento o modificación de la medida acordada por haber variado los presupuestos tenidos en cuenta para su adopción.

Ahora bien, si es loable el intento de protección del sujeto pasivo de la medida cautelar a través de la audiencia, máxime teniendo en cuenta la indeterminación de este precepto, la audiencia previa, lejos de prestar el servicio que pretende, puede suponer también un freno a la propia eficacia de la institución. Algo similar ocurre, por ejemplo, con las medidas reguladas en la Ley de Patentes de 20 de marzo, de 1986, que, rompen, sin lugar a dudas, con el reiterado elemento «sorpresa».

Lo realmente reprochable de la regulación que analizamos no es tanto el hecho de establecer un contradictorio previo —cuya necesidad puede ser defendida—, sino, como veníamos apuntando, el no haber tenido la precaución de indicar ciertas excepciones para supuestos de mayor urgencia, teniendo en cuenta los riesgos que pudieran derivarse de la demora en la adopción de las medidas. Ciertamente las razones que puedan ser aducidas en protección del demandado merecen toda la aprobación, pero no pueden convertirse en desprotección a la otra parte que ve como sus expectativas desaparecen ante un retraso en la concesión de la medida cautelar.

Excepciones que también podrían consistir en las solicitudes anteriores a la presentación de la demanda, porque el desconocimiento del proceso puede justificar el mantenimiento del factor sorpresa. Por lo tanto, uno de los mayores problemas que se pueden observar tras la adopción por el legislador del contradictorio previo preceptivo es la desarmonía existente entre las solicitudes anteriores a la demanda previstas por la actual redacción y la misma au-

diencia previa y preceptiva, ya que cuanto más se manifiesta la urgencia en la adopción de la medida más incoherente resulta la previa audiencia del demandado. Consecuentemente, imbatibles, es mucho más razonable una solución intermedia como la recogida en el art. 25.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991 de Competencia Desleal. En el citado precepto se establece que las medidas serán de tramitación preferente y, «en caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria...».

Esta previsión que excluye para ciertos supuestos cualificados y excepcionales la audiencia previa a la resolución cautelar es muy plausible, ya que, garantizando con carácter general el principio de audiencia queda salvaguardada la sorpresa que, en muchos supuestos, es requisito de eficacia de ciertas medidas cautelares. Es obvio que hubiera sido conveniente que una precisión similar se hubiese recogido también para las medidas cautelares innominadas del art. 1.428 de la Lec. Esta circunstancia pone de manifiesto que el art. 25 de la L.C.D. es, al menos desde este aspecto, mucho más perfecto que el art. 1.428.

Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

Favorable a una medida cautelar de contenido ejecutivo es el Auto de 14 de enero del 1994 del Juzgado de Familia n.º 10 de Barcelona. El órgano judicial, a falta de procedimiento específico sobre medidas respecto a los hijos extramatrimoniales cuando sus padres no obtuvieron custodia y están personalmente criados, estimó procedente la solicitud cautelar ex 1.428 de condena a abonar el derecho familiar para asegurar la efectividad de la sentencia que se dictara en el juicio declarativo de menor cuantía correspondiente. Es evidente, que lo realmente significativo de esta resolución es que gracias a una interpretación progresista de «asegurar la efectividad» de la sentencia que da custodia a medidas de carácter «autocautivo», soluciona el caso procesal para las medidas provisionales en el supuesto de las relaciones matrimoniales de hecho, resolución que no podría cobijarse desde una perspectiva tradicional-organizativa de la tutela cautelar ex 1.428 de la Lec.

Favorable a la entrega directa de la cosa es el Auto de 1 de marzo de 1994, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arenys de Mar. El juez permitió a la concesión de la medida de extracción y entrega de una embarcación para evitar su deterioro, fundado en el art. 1.428 de la Lec.

Favorable a la entrega de 2 vehículos, un ídolo, un tercer vehículo y un automóvil, es la Sentencia de 21 de enero de 1991 de la Sala I de la Audiencia de Barcelona (Rev. Jur. de Cat. Pág. 456), ya que restituido el contrato de representaciones musicales concertado entre ambas, dentro del procedimiento que una reclamando una importante cantidad dineraria, la otra parte no manifestó dichos objetos dudo que dicha representación haya finalizado.

La Hipoteca Persistente:

Breve análisis práctico de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas: (Hipoteca que al ejecutarse no se cancela sino que continúa subsistente)

En el ámbito jurídico son muchas las ocasiones en las que al alcanzar un acuerdo transaccional o simplemente en el marco de un acuerdo consensual en el que intervengan dos partes con intereses contrapuestos, puede convenir a los intereses de nuestro cliente pactar la percepción de unas rentas o de unas cantidades de forma periódica y prolongada durante un plazo de tiempo relativamente largo o incluso a título vitalicio. Sin embargo, en estos supuestos siempre se nos plantea una cierta problemática sobre la forma en que podemos garantizar el estricto cumplimiento de la obligación contraída por parte del deudor, que es inexistente en los supuestos en que el cumplimiento de las prestaciones contractuales de cada una de las partes se produce de forma simultánea, y ello por una razón muy simple, porque el transcurso del tiempo nos hace temer un incumplimiento de lo pactado como consecuencia de un cambio de fortuna en nuestro deudor o simplemente porque su voluntad cumplidora puede quedar debilitada por el mero transcurso del tiempo.

En estas líneas se pretende presentar una solución a este tipo de supuestos a través de un acercamiento práctico a la figura de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas prevista en el art. 157 de la L.H. y art. 248 R.H. que en estos casos constituye la institución jurídica idónea para garantizar el cumplimiento de esta clase de obligaciones de carácter dinerario que deben desarrollarse en el futuro de forma periódica. Así pues, esta hipoteca de renta, que nos permite facilitar a nuestro cliente la seguridad deseada en relación al cumplimiento por parte del deudor de la obligación asumida, es de gran utilidad para los supuestos en que no existe una deuda de capital pero sí un derecho

por parte del acreedor a la percepción de una prestación periódica.

La hipoteca de renta no se constituye para garantizar la entrega de un capital sino que tiene la finalidad de asegurar la obligación de satisfacer periódicamente una renta o pensión dineraria.

La constitución de una «hipoteca de renta» nos proporcionará las ventajas que a continuación expondremos:

- a) El pago de nuestro crédito en forma de prestación periódica quedará garantizado de una forma estable y duradera hasta su completa extinción.
- b) En caso de incumplimiento de obligación asumida por el deudor podremos conseguir el pago de lo adeudado y el estricto cumplimiento de lo pactado mediante la rápida ejecución de la hipoteca a través del procedimiento sumario previsto en los arts. 129 y siguientes de la L.H. o, incluso, por procedimiento extrajudicial si lo consideramos más conveniente, pero con la particularidad esencial de que dicha ejecución hipotecaria que conlleva todas las consecuencias propias de este tipo de procedimientos sumarios inclusive la adjudicación de la finca a un tercero por remate, no producirá la extinción de la hipoteca como es habitual sino que esta misma continuará vigente y gravando la finca en garantía del cumplimiento de la obligación en su día a medida y del pago de nuestro derecho crédito. De esta manera el tercero que adquiera la finca por remate quedará subrogado automáticamente en la posición deudora, «ope legis», y asumirá íntegramente a su costa la obligación de pago de la prestación periódica garantizada por la hipoteca en su día constituida, que continuará intacta.

En conclusión, en los supuestos de enajenación forzosa de la finca por ejecución hipotecaria, el tercer adquirente de la finca se subroga no sólo en la responsabilidad real derivada de la hipoteca, sino también en la obligación personal cuyo pago garantiza la hipoteca de renta. En caso de enajenación voluntaria de la finca a favor de otro el subrogación en la posición del deudor sería idéntica.

- c) No produce al deudor-obligado un excesivo coste económico como podría derivarse en el caso de exigir un aval bancario u otro tipo de garantía similar.
- d) Es posible establecer un valor de rescate o capital de redención, para que el deudor pueda redimir la hipoteca, sin embargo este derecho sólo podrá ejercerse a voluntad del titular de la finca hipotecada, sin que por tanto pueda ser exigible por el deudor.

Elementos esenciales que deben haberse constatado en el otorgamiento de escritura pública de constitución de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas y que deben quedar inscritos en el Registro de la Propiedad hasta su completa extinción:

1. El contrato o pacto consensual de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas y que deben quedar inscritos en el Registro de la Propiedad.
2. El plazo o modo en que deban satisfacerse dichas prestaciones.
3. La voluntad de las partes de constituir hipoteca en garantía de la obligación pactada en el antes mencionado contrato.
4. Plazo de vigencia de la hipoteca.
5. Todos los requisitos exigidos por el art. 133 de la L.H. para la ejecución de la hipoteca por la vía judicial sumaria (Valoración del inmueble que garantiza el pago de las prestaciones garantizadas, domicilio del deudor a efectos de notificaciones, concesión de la administración interina de la finca hipotecada etc.).
6. La cancelación de esta hipoteca, además de por las causas clásicas de extinción de los créditos hipotecarios, se

suscrito entre el deudor hipotecario y el acreedor del que trae causa la prestación de rentas o prestaciones periódicas si se ha otorgado en un documento independiente. Otra opción sería otorgar el contrato mencionado en la misma escritura pública de constitución de hipoteca.

7. Plazos de prescripción de la hipoteca: Respecto a la propia hipoteca, por el transcurso de 20 años a contar desde el último pago de renta o pensión y respecto a cada renta o pensión en particular por el transcurso de cinco años a contar desde su devengo.

extinguirá por la terminación de la renta o prestación periódica que garantiza, y a tal efecto el propio art. 157 L.H. establece que «salvo pacto en contrario de las partes, el titular de la finca hipotecada podrá solicitar directamente su cancelación transcurridos seis meses desde la fecha en que según el Registro de la Propiedad debiera haberse satisfecho la última prestación periódica».

Asimismo debemos citar como causas de extinción propias de esta hipoteca:

- El ejercicio por parte del deudor del derecho de redención de su deuda, si así estuviere previsto.
- Por «confusión de derechos» que se produciría al adjudicarse la finca hipotecada al mismo acreedor que reuniría en su persona la condición inicial de acreedor en virtud del contrato suscrito y la condición de deudor como titular de la finca.
- 7. Plazos de prescripción de la hipoteca: Respecto a la propia hipoteca, por el transcurso de 20 años a contar desde el último pago de renta o pensión y respecto a cada renta o pensión en particular por el transcurso de cinco años a contar desde su devengo.



FORMULARIO DE ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTIA DE PRESTACIONES PERIODICAS:

«Ante mí D. _____»

COMPARECEN:

D. _____

D. _____

Los conozco e interviniendo en su propio nombre y derecho, tienen a mi juicio capacidad legal suficiente para el presente otorgamiento, a cuyo efecto y como antecedentes:

EXPONEN:

I. Que D. _____ es dueño, en pleno dominio de la siguiente finca:

TITULO

CARGAS

II. Que con fecha _____ los comparecientes han suscrito contrato de _____ en virtud del cual D. _____ queda obligado a entregar en concepto de pensión alimenticia con carácter vitalicio a D.ª _____ la cantidad de _____ pesetas mensuales, sin perjuicio de las ulteriores revalorizaciones que cada uno de ellos sucesivamente se efectuaron por aplicación del Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya, habiendo decidido igualmente garantizar con hipoteca la obligación asumida por D. _____ y a tal efecto otorgan la presente escritura con arreglo a las siguientes ESTIPULACIONES:

PRIMERA. D. _____ y D.ª _____ reconocen y en su mérito ratifican el contrato de constitución de pensión vitalicia con carácter vitalicio de fecha _____

SEGUNDA. En garantía de las rentas o prestaciones periódicas a pagar, con sus revalorizaciones por toda la vida de la perceptora en la forma indicada en el contrato de _____, de sus intereses de demora, en su caso por plazo de un año, y de la cantidad de _____ que prudencialmente se fija para costas y gastos en perjuicio de tercero, D. _____ sin perjuicio de la responsabilidad personal ilimitada, CONSTITUYE HIPOTECA VOLUNTARIA sobre la finca descrita en el antecedente I de esta Escritura.

TERCERA. La obligación de pago de las pensiones debidamente revalorizadas en su caso, con el carácter mensual pactado, subsistirá y por tanto por el mismo plazo subsistirá la hipoteca, por toda la vida de la pensionista, siendo evento que determina la extinción el fallecimiento de D.ª _____ y ello sin perjuicio de la obligación de pago de la renta íntegra correspondiente al mes en que el fallecimiento tuviera lugar.

CUARTA. Por vía de convención, las partes acuerdan e incorporan a este contrato el contenido del párrafo tercero del art. 157 de la LH., así como también el íntegro contenido del párrafo cuarto del mismo

precepto, pactándose por tanto la posibilidad de solicitar la cancelación de la hipoteca en las condiciones citadas en dicho artículo por simple transcurso de los seis meses a que se refiere el indicado precepto.

QUINTA. Extensión de la garantía. Con la finca que se hipotecara entenderán hipotecados los frutos y rentas vencidas y no percibidas al tiempo de reclamarse judicialmente el pago, las obras hechas, haciendas y los bienes de naturaleza mueble que le estén incorporados de una manera permanente.

SEXTA. Las partes convienen que el deudor D. _____ podrá redimir la pensión alimenticia constituida a favor de D.ª _____ se fija en la cantidad de _____ Ptas.

SEPTIMA. Acción judicial. Si llegare el caso de que la acreedora, en su caso, un tercer poseedor tuviera que hacer efectiva por vía judicial la totalidad o parte de capital intereses y gastos garantizados con la finca que se hipoteca, podrá ejercitar a su elección o la acción ejecutiva ordinaria o el procedimiento judicial sumario que establece el art. 133 de la LH, o el extrajudicial previsto en el art. 129 del mismo cuerpo legal.

A tales efectos ejecutivos:

- a) Tasan el piso en _____ Ptas.
- b) Señalen como domicilio del deudor para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar el de la propia finca hipotecada, esto es, _____
- c) Para la aplicación, en su caso, del procedimiento extrajudicial el Sr. _____ designa como mandatario suyo para que le represente en la venta de la finca a la propia D.ª _____ o en su caso el tercer poseedor.
- d) Concede aquí a ésta, o, en su caso el tercer poseedor, la administración y posesión interina de la finca hipotecada en los casos previstos en las Leyes Hipotecarias y de Enjuiciamiento Civil, con obligación de cobrar las rentas vencidas y no satisfechas y las que fueren venciendo y con derecho, asimismo, a la percepción de los rendos.
- e) Se someten expresamente a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Barcelona, con renuncia de su propio fuero y domicilio, si fueren otros.

SEPTIMA. D. _____ se compromete a mantener asegurada la finca dada en garantía contra el riesgo de incendio en compañía de historia solvencia por una cantidad equivalente al valor de la finca hipotecada.

OCTAVA. Son de cuenta de la parte acreedora y deudora por mitad los gastos notariales, registrales y de gestión derivados de esta escritura y los de tipo fiscal de toda índole que a consecuencia de la misma se produjeran.

Por lo que respecta a los gastos que en su día produjere la cancelación de la hipoteca corresponderán íntegramente al deudor, sin excepción alguna.

Así lo dicen y otorgan los señores comparecientes, a los que he dado las advertencias y reservas legales pertinentes _____



Derecho a la información del paciente. El consentimiento

Nuria Gratacós*

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Marco constitucional.
- III. Ley General de Sanidad.
 - 1. Caracteres generales.
 - 2. Derecho a la información sobre los servicios sanitarios.
 - 3. Derecho a la confidencialidad.
 - A. Excepciones.
 - B. Incumplimiento.
 - 4. Derecho a la información médica.
 - A. Aceptaciones del término «información».
 - B. Modo en que debe darse la información.
 - C. Contenido, alcance, límites de la información.
 - D. Destinatarios, renuncia del destinatario.
 - 5. El consentimiento.
 - A. Forma.
 - B. Clausula de exoneración de responsabilidad.
 - C. Excepciones al principio del consentimiento.
 - D. Derecho a regirse al tratamiento.
- IV. Incidencia de la información y el consentimiento en las distintas fases de la actividad sanitaria.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía citada.

I. Introducción

El motivo del presente estudio es analizar desde la perspectiva de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986 de 25 de abril) el apartado correspondiente a los derechos y deberes en materia sanitaria y en concreto el derecho a la información del paciente y la necesidad del consentimiento. Ello no solamente porque sea el primer texto legal que reconoce los derechos citados sino porque son precisamente el consentimiento y la información, tanto desde la perspectiva legal como a nivel práctico, dos elementos que han condicionado la transformación de la relación médico-paciente. Transformación que ha supuesto el abandono de los viejos modelos anclados en el paternalismo (autoritarismo) y la beneficencia, para dar

plazo prioritario al derecho de autodeterminación. Un derecho de autodeterminación entendido como respeto a la voluntad del paciente, único capaz para decidir sobre la autodisposición de su cuerpo; único capaz de valorar su estado de salud (previa información continuada y correcta sobre ella dada por el médico) y así decidir libremente si asume o no los riesgos que supone el/los tratamientos/s indicado/s en aras de su bienestar (consentimiento informado). Pero previo a cualquier estudio legal es conveniente analizar sucintamente la incidencia de la CONSTITUCION ESPAÑOLA de 1978 en la materia objeto de tratamiento, por ser esta Norma Jurídica fundamental de obligado acatamiento por todos los ciudadanos y poderes públicos. Asimismo, norma que incorpora el sistema de valores esencia-



les que ha de constituir el orden de convivencia política informadora y fundamentadora de todo el Ordenamiento Jurídico.

Sólo conociendo los principios constitucionales informadores y fundamentadores de la Ley podremos entender más claramente la reforma sanitaria operada en 1986, y consecuentemente las transformaciones que se han producido en este ámbito, así como el contenido y alcance de la información al paciente y el consentimiento de éste.

II. Marco constitucional

Constituida España en un Estado Social y Democrático de Derecho se propugnan como valores superiores de todo el Ordenamiento Jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, siendo los poderes públicos los responsables de hacer efectivas y reales la libertad y la igualdad, de manera que los derechos de libertad inmediatos a la persona habrán de ser respetados en todo momento.

Son fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley, y los derechos de los demás.

El derecho a la protección de la salud es reconocido constitucionalmente: definiendo los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, estableciéndose por Ley los derechos y deberes de todos al respecto.

Es también competencia de los poderes públicos fomentar la educación

sanitaria, así como promover la información y la educación de los consumidores y usuarios.

La Ley es el instrumento técnico jurídico apto para determinar las obligaciones y responsabilidades del ciudadano en el ámbito de la sanidad, sin olvidar que el derecho y el deber a la salud están indisolublemente ligados a los derechos de la personalidad, rigiendo por encima de todo el respeto a la dignidad de la persona.

III. Ley General de Sanidad

1. Caracteres generales

La Ley General de Sanidad (en adelante L.G.S.) supone, en primer lugar, el cumplimiento del imperativo constitucional de extender la protección de la salud a todas las personas. En segundo lugar la adaptación al sistema autonómico de distribución bajo la coordinación básica del estado. En tercer lugar, pretende reformar la estructura organizativa del sistema sanitario público. Se da prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad, fomentando la participación comunitaria a través de las corporaciones territoriales y, por último, establece una tabla de derechos y obligaciones de los ciudadanos en materia sanitaria. Es la primera vez que un texto legal (en el sentido de ley emanada del Parlamento) recoge un catálogo de derechos y deberes en materia sanitaria (catálogo que fue recogido a instancias del Defensor del Pueblo). Nos interesan ahora los preceptos relacionados con el tema objeto de este trabajo, esto es, el derecho de información médica y el consentimiento, así

como aquellos preceptos que se relacionan con los mencionados derechos. En ello no me extenderé en todos y como uno de los derechos y deberes recogidos en la Ley sino en los que a continuación se transcriben:

Art. 9: «Los poderes públicos deben informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público o vinculados a él, de sus derechos y deberes.»

Art. 10: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:»

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su propia y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colacionen con el sistema público.

5. A que se le dé en terminos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y veraz sobre su procedimiento diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable de su caso, siendo preciso el consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando la intervención suponga un riesgo para la salud pública.
b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el consentimiento escrito del usuario correspondrá a sus familiares o personas allegadas a él.
c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 4 del artículo siguiente.

10. Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario:

(...) 4. Firmar el documento de consentimiento voluntario en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a la dirección del correspondiente servicio sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá darse alta.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario los derechos contemplados en los apartados (...) 5, 6 (...), 9 y 11 de este

artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

2. Derecho a la información sobre los servicios sanitarios

Este derecho, recogido en el art. 10.2, no ofrece dificultades interpretativas. La información va referida a los servicios susceptibles de utilización y a las condiciones para ser utilizados. La finalidad que persigue es asegurar que nadie puede ser el tratamiento que requiere por desconocimiento de los servicios existentes y disponibles.

3. Derecho a la confidencialidad

Parece claro que este derecho (art. 10.3) va referido al llamado «secreto médico». Quizás sea tan antiguo como la propia práctica de la medicina, pues sus orígenes ya se encuentran en el conocido Juramento Hipocrático: «Todo lo que vieres o oyes en el ejercicio de mi profesión o fuera de ella en la vida cotidiana, verbal y escrita sobre su procedimiento diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, donde con el reconocimiento de este derecho es salvaguardar la intimidad personal reconocida en nuestra Constitución (art. 20.1 C.E.).»

La confidencialidad debe versar sobre el siguiente: estado de salud del paciente, realización de cualquier intervención, todos aquellos datos obtenidos por el ejercicio de la actividad sanitaria; la propia estancia en la institución sanitaria, tanto si ésta es pública como privada. El secreto se extiende no sólo a los pacientes vivos, sino también a los ya fallecidos.

Los sujetos obligados a respetar la confidencialidad no solamente son los médicos sino que la L.G.S. lo amplía a todo el personal sanitario que haya tenido acceso a los datos en ejercicio de su actividad profesional, es decir que incluye también aquellas personas que compartan el secreto tanto si tienen trato directo con el paciente como si no (por ejemplo el personal administrativo que tiene acceso a la base de datos del centro). En definitiva, todo aquel que el profesional y personal sanitario haya conocido en razón de su profesión, garantizándose el secreto del mismo en el art. 61 de la L.G.S.

Las excepciones al deber de secreto profesional, son las que siguen:

• Por consentimiento expreso del propio paciente, pues así lo admite la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su art. 2.2). Dicho consentimiento es revocable en cualquier momento. Para los casos de menores o incapacitados, los padres o tutores deberán comunicarlo previamente al Ministerio Fiscal. En los casos de personas fallecidas, los familiares no podrán divulgar los datos, pues la Ley les concede acción para preservar el derecho a la intimidad y a la imagen del familiar fallecido pero no les autoriza a publicar o consentir las circunstancias de la enfermedad del difunto.

• En caso de riesgo para la salud pública. En estos casos habrá de tenerse en cuenta que este deber pretende salvaguardar la intimidad del paciente por lo que deberá ponderarse la salud pública y el derecho a la intimidad, ofreciéndose solamente aquellos datos que sean necesarios guardándose en la medida de lo posible aquellos otros que resulten irrelevantes para la salud pública.

• La Ley Orgánica del Poder Judicial impone a personas y entidades la obligación de prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los jueces en el curso de un proceso y en la ejecución de lo resuelto. En estos casos el médico se encuentra ante el dilema de traicionar el secreto debido al enfermo o bien faltar a la obligación de colaborar con la Justicia. Estamos ante un tema muy problemático en el que se reclama una ley reguladora del secreto profesional.

El análisis de esta problemática excedería los límites del presente trabajo por lo que me limito a mencionarlo.

• En los supuestos de divulgación científica o enseñanza podrán divulgarse datos relativos a la enfermedad, pero no deberán airearse los datos personales del enfermo salvo que éste consienta expresamente.

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su art. 2.2). Dicho consentimiento es revocable en cualquier momento. Para los casos de menores o incapacitados, los padres o tutores deberán comunicarlo previamente al Ministerio Fiscal. En los casos de personas fallecidas, los familiares no podrán divulgar los datos, pues la Ley les concede acción para preservar el derecho a la intimidad y a la imagen del familiar fallecido pero no les autoriza a publicar o consentir las circunstancias de la enfermedad del difunto.

• En caso de riesgo para la salud pública. En estos casos habrá de tenerse en cuenta que este deber pretende salvaguardar la intimidad del paciente por lo que deberá ponderarse la salud pública y el derecho a la intimidad, ofreciéndose solamente aquellos datos que sean necesarios guardándose en la medida de lo posible aquellos otros que resulten irrelevantes para la salud pública.

• La Ley Orgánica del Poder Judicial impone a personas y entidades la obligación de prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los jueces en el curso de un proceso y en la ejecución de lo resuelto. En estos casos el médico se encuentra ante el dilema de traicionar el secreto debido al enfermo o bien faltar a la obligación de colaborar con la Justicia. Estamos ante un tema muy problemático en el que se reclama una ley reguladora del secreto profesional.

El análisis de esta problemática excedería los límites del presente trabajo por lo que me limito a mencionarlo.

• En los supuestos de divulgación científica o enseñanza podrán divulgarse datos relativos a la enfermedad, pero no deberán airearse los datos personales del enfermo salvo que éste consienta expresamente.

B) Incumplimiento

En cuanto al incumplimiento del deber de secreto profesional, hay que diferenciar:

— En el ámbito civil, el paciente o sus familiares tienen acción legal al amparo de lo dispuesto en la ya citada Ley Orgánica 1/1982, pues se ha producido la vulneración del derecho al honor, a la intimidad, o a la propia imagen.

— En el ámbito administrativo y en los supuestos en que el profesional sea un funcionario, será susceptible de sanción por parte de la Administración pues así se desprende del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguri-

dad Social que tipifica como falta grave el «quebranto del sigilo profesional». Por la redacción del capítulo VI de la L.G.S. (regulador de las infracciones y sanciones) vemos que si se trata de una falta leve la sanción consistirá en una multa de hasta 500.000 pesetas, si la falta es grave la multa puede oscilar desde 500.001 a 2.500.000 pesetas y si se trata de una falta muy grave puede llegar a los 100.000.000 de pesetas. No está demás observar que la L.G.S. ha establecido un sistema sancionador que adolece de la necesaria claridad en cuanto a la perfilación de las infracciones así como de las consecuencias positivas, siendo por tanto susceptibles de impugnación las sanciones dispuestas al amparo de la mencionada Ley.

— También será susceptible de sanción disciplinaria por parte de los Colegios Médicos (art. 63 y ss. de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial). Deberá tenerse siempre en cuenta la inadmisibilidad constitucional de una doble sanción disciplinaria (non bis in idem) en aquellos supuestos en que el médico sea funcionario de la Administración sanitaria.

— En el ámbito penal puede constituir un delito de revelación de secretos recogido en el art. 368 del Código Penal todavía vigente. No obstante hay que tener en cuenta que el recién promulgado Código Penal (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre) que se espera entre en vigor el 24 de mayo de 1996, si que incrimina específicamente el incumplimiento del secreto profesional tal y como viene recogido en el art. 199.2 del mencionado Código Penal.

4. Derecho a la información médica

El texto legal preceptúa la información médica como un derecho del paciente, y en consecuencia como un deber del médico:

A) Acepciones del término

«Información»

Existen distintas ópticas para afianzar el concepto de información:

a) Como obligación típica que nace de la relación contractual entre médico y paciente cuando éste solicite sus servicios profesionales.

b) Como requisito que condicionará la validez del consentimiento previo que se otorgue para el sometimiento a un tratamiento (consentimiento informado), por lo que la información se convierte en lo que algunos autores han denominado «información para la autodeterminación» (ESER).

c) Como «derecho con entidad propia» (COBREROS MENDAZONA) aplicable tanto en las relaciones sanitarias de carácter público como en las relaciones médico-privadas (art. 10.15), debiéndose suministrar información en toda relación terapéutica entendida como el derecho que tiene el interesado a saber sobre su estado de salud tanto si ésta es susceptible de tratamiento (en cuyo caso se exige consentimiento para poder ser llevado a cabo) como si la situación no requiere tratamiento; se trata en definitiva de una «información continuada» de todo el proceso, es decir, que ésta no se agota cuando el paciente ha dado el consentimiento sino que la información debe plantearse en todo momento a lo largo de todo el proceso.

d) Como «información terapéutica» referida a dieta, posología, condicionamientos de la enfermedad, y forma de vida que debe seguir el interesado de acuerdo con su estado de salud, con el fin de lograr el restablecimiento o el no empeoramiento de su salud.

B) Modo en que debe darse la información

La ley prescribe que debe ofrecerse en «términos comprensibles», debiéndose evitar terminología de difícil entendimiento para los profanos de la medicina. Deberán, por tanto, valorarse los parámetros culturales del destinatario. No es suficiente la observancia meramente formal de tal deber, para que éste se entienda cumplido, deberá realizarse teniendo en cuenta la finalidad que persigue la Ley, esto es, que el paciente conozca claramente cuál es su estado de salud en todo momento y así poder valorar y decidir sobre las actuaciones que está dispuesto a consentir sobre su propio cuerpo, los riesgos que está dispuesto a asumir, y también, para poder adecuar sus condiciones de vida a su estado de salud.

La Ley General de Sanidad también dispone que la información debe ser «verbal y escrita». En principio no se desprende que se dé prioridad a una manera u otra; hay autores que entienden que la escrita sea necesaria cuando el paciente no considere suficiente la primera y que en estos casos la redacción suele ser en términos técnico-científicos para entender el médico que el informe va destinado a ser leído por otro facultativo (COBREROS MENDAZONA). A mi modo de ver, considero que en principio puede decirse que es suficiente la información verbal siempre y cuando se cumpla la finalidad de claro conocimiento de su situación; así

como creo conveniente que el médico se cerciore de que sus explicaciones han sido entendidas con toda claridad por parte del destinatario.

Existe otra cuestión ligada a la información que es conveniente considerar cuál es la «carga de la prueba de la información». La mayoría de autores (ROMEO CASABONA, ATÁZ, FERNÁNDEZ COSTALES, SANCHEZ CARO) opinan que la carga de la prueba recae sobre el médico por estar éste en una «situación de primacía». Del mismo parecer es la Sentencia de la Audiencia de Badajoz de abril 1991.

C) Contenido, alcance, límites de la información

La Ley formula un derecho a la información muy amplio que abarca «su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». En expresión de ROMEO CASABONA el contenido es el siguiente:

«Previo al consentimiento el facultativo tiene el deber de informar sobre los pormenores del tratamiento.

La información es un requisito previo para la validez del consentimiento. Hoy se habla también de la carga de la información, pues el médico no está obligado directamente, bajo amenaza penal (aunque puede generar en algunos casos penal o civil) a informar al paciente, pero debe tomar a su cargo la información cuando quiera efectuar la intervención. Esto parece lógico, pues el paciente debe saber sobre qué consiente. (...) Se ha dicho que la materia u objeto de la información estará constituida por la clase, gravedad y necesidad del tratamiento, así como las circunstancias a las que el paciente atribuya perceptiblemente importancia para su resolución o que puedan jugar un papel en su sensata consideración para la toma de su decisión. (...) «Cuando la intervención no tiene, en sentido estricto carácter curativo (por ejemplo, extracción de un órgano para trasplante, cirugía estética) la información habrá de ser exhaustiva (...)».

La información debe incluir el estado de salud del paciente o diagnóstico; el pronóstico en relación con su diagnóstico y posible evolución; los tratamientos (si existen) aconsejables, debiéndose explicar la forma en que se pueden llevar a cabo, así como las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos; sus aspectos positivos y negativos. En cuanto a los últimos (aspectos negativos o riesgos) los juristas proponen (ROMEO CASABONA) un concepto de

riesgos típicos y atípicos, estando su limitación en función de un porcentaje de frecuencia determinables en cada caso mediante criterios flexibles, siempre atípicas las complicaciones que se presentan por debajo de esos criterios.

Límites a la información: la Ley establece excepción alguna a este deber de informar, aunque unánimemente admiten supuestos en que éste puede quedar parcialmente atenuado en los términos que siguen:

- a) Situaciones de urgencia.
- b) Diagnóstico fatal.
- c) Situaciones en que la información pueda contribuir al resultado desfavorable del tratamiento.

Coinciden los autores en otorgar al médico discrecionalidad suficiente para que, atendidas las circunstancias de hecho y en el caso concreto, sea quien juzgue prudentemente cuál es el alcance de la información (ROMEO CASABONA y FERNÁNDEZ HERRERO), siempre que dicha discrecionalidad no sea utilizada como mecanismo para eludir la obligación de informar. — En los supuestos de urgencia, entendidos como casos excepcionales que el tiempo que se utilice para dar información pueda poner en peligro la integridad física o la vida del paciente, cederá dicho deber en torno de una rápida intervención. Pero en estos casos lo que se produce es el retraso de la información a un momento posterior (COBREROS MENDAZONA) en definitiva este levantamiento (temporal) del deber de informar va referida a la información cuando es parte integrante del consentimiento (información para autodeterminación) y no a la información continuada que debe darse a lo largo de todo el proceso.

— Situaciones de diagnóstico fatal ante una situación de esta naturaleza existen dos polos en tensión (COBREROS MENDAZONA): por un lado, la Ley General de Sanidad no contempla «verdad alguna al derecho de información del paciente ya que menciona expresamente que ésta sea completa por otro lado, hay una experiencia práctica médica favorable a no decir toda la verdad en según qué situaciones. Dicha experiencia está asimismo recogida por el Código de Deontología española cuando establece en su artículo la legitimidad de no comunicar al cliente el diagnóstico fatal. Por lo que como bien ha puesto de relieve COBREROS MENDAZONA, existe aquí una contradicción entre un derecho a la

Llega un momento en la vida en que es necesario tomar decisiones definitivas. Hasta ahora he invertido aquí y allá, tratando de encontrar las mejores opciones para mis ahorros.

Lo que necesito ahora es encontrar asesores que traten mi patrimonio financiero profesionalmente y de forma global, teniendo muy presente mi situación personal, las repercusiones futuras y especialmente los aspectos fiscales que me pueden afectar. ¿Dónde puedo encontrar lo que busco?



GESTIÓN PATRIMONIAL PERSONALIZADA

- Planes diseñados exclusivamente para usted.
- Donde se analizan sus necesidades particulares.
- Proporcionándole la mejor opción para que su patrimonio obtenga la máxima rentabilidad y seguridad.
- Con un estudio completo de su situación fiscal.
- Un equipo de profesionales especializados a su servicio donde su interlocutor será siempre el mismo asesor.

MODOS DE INVERSIÓN • MERCADO BURSÁTIL • GESTIÓN DE PATRIMONIO • PLANES DE PENSIONES • PLANES DE AHORRO • SEGURIDAD • CREDEFONDO • INVERSIONES EN DIVISAS • FONDO GARANTIZADO • MERCADO MONETARIO • FONDOS DE INVERSIÓN • ASesoramiento FINANCIERO FINC III



IBERAGENTES ACTIVOS S.A. A.V.
sus asesores de inversión

Información general
902 100 500

Bilbao Pº de Gascos, 26 1º 48007 Barcelona Tel. (93) 412 60 12	Bilbao Gran Vía, 8 7º Dcha. 48001 Bilbao Tel. (94) 423 67 58	Madrid 1003, 1 bajo izda. 28007 Madrid Tel. (91) 409 81 83	Pamplona Pº Sarasate, 16 31001 Pamplona Tel. (948) 22 90 17	Sevilla Rúa, 1 (esq. D. Sierpes) 41004 Sevilla Tel. (95) 421 12 50	Valencia Colón, 20 46004 Valencia Tel. (96) 352 93 02	Zaragoza Cerro, 43-45 50003 Zaragoza Tel. (976) 99 67 54	Zaragoza Pta. Constitución, 1 (I) 50008 Zaragoza Tel. (976) 21 05 97
--	--	--	---	--	---	--	--

MASTER EN ABOGACIA



DURACION 1 AÑO (FULL-TIME)

PLAZAS LIMITADAS



HOMOLOGADO POR EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA Y MADRID

El Máster en Abogacía del I.S.D.E. permite, por primera vez en España, a los recién licenciados en Derecho, adquirir un alto nivel de conocimiento práctico en la aplicación del derecho, así como de otras materias imprescindibles para acceder al mercado. Porque por primera vez, son las firmas de abogados de Madrid y Barcelona, quienes conjuntamente están al frente de la formación.

1) Ciclo:

Mañanas. Práctica Jurídica en el propio Centro. Tardes. Especialización en grupos de ocho alumnos. Clases en despachos de abogados, según especialidad: empresa, civil, fiscal, etc.

2) Ciclo:

Formación en prestigiosos despachos de abogados.

Prácticas garantizadas e integradas en asesorías jurídicas de algunas de las empresas líderes del país y en firmas de abogados de reconocido prestigio de Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla entre otras poblaciones.

- Departamento Jurídico de La Caixa de Pensions i Estalvis de Barcelona.
- Departamento Jurídico de El Corte Inglés.
- Departamento Jurídico de Damm, S.A.
- Departamento Jurídico de FECSA.
- Departamento Jurídico de Nissan Motor Ibérica.
- Relación Firmas de abogados. Información.

La formación es complementada por Magistrados, Registradores y Catedráticos, así como, por Presidentes y Directores de algunas de las principales Instituciones de derecho y economía del país.

Este máster de especialidad, parte del principio del conocimiento genérico para simultáneamente adquirir la especialidad con dos fases claramente diferenciadoras, cuyo programa ha sido

creado íntegramente por abogados, confeccionando a partir de un muestreo estadístico de los asuntos más habituales, que se trabaja sobre la base de casos reales y no simulados, y que sigue la misma metodología y evolución, que de hecho, sigue el abogado en un despacho.

En I.S.D.E. lo difícil es superar las pruebas de acceso, lo fácil abrir el camino de tu futuro profesional. Grupos por especialidad no superiores a los ocho alumnos.



Solicitudes: Además de presentar y cumplimentar la solicitud, los interesados deberán examinarse y mantener varias entrevistas con el Comité de Estudios.

Financiación por La Caixa de Pensions i Estalvis de Barcelona.
(Concesión de Becas por varias Instituciones)

Información e inscripciones: Secretaría del Instituto Superior de Derecho y Economía c/ Freixa, 42 • 08021 Barcelona • Tel. (93) 414 26 80 • Fax 414 18 15

Solicita tu reserva para poder acceder a las pruebas de acceso para el máster. Los exámenes podrán realizarse en Barcelona, Bilbao, Madrid, Sevilla y Valencia.



ISDE
Instituto Superior
de Derecho y Economía

Inmueble

Revista del Sector Inmobiliario

Año 1, N° 1, Abril/Junio 1996

CÓMO ACTUAR ANTE EL ACUERDO DE COMPRADOR Y VENDEDOR PARA SALTARSE LA COMISIÓN

Aspectos fiscales de la compraventa

Mercado. Qué es lo que hay que ofertar para tener más posibilidades de venta

LOS GASTOS DEDUCIBLES DEL PROFESIONAL DE LA INTERMEDIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Cómo preparar una compraventa: requisitos para que se firme el día previsto

Reunidos con Javier Prades Vicepresidente de Richard Ellis

Cómo plantear la promoción inmobiliaria

Análisis de los préstamos hipotecarios

Además en este número

CUANDO SE ACTUALIZA LA RENTA DE LAS VIVIENDAS.

COMPRAVENTAS EN LAS QUE INTERVIENEN EXTRANJEROS.

LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.

LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS.

EL SUBCONTRATISTA FRENTE AL IMPAGO DEL CONTRATISTA.

LOS MOROSOS COMUNITARIOS.

EL SUELO ANALIZADO COMO PRODUCTO.

INFORMACIÓN SOBRE EVOLUCIÓN DE LOS ALQUILERES DE OFICINAS EN DIVERSAS CIUDADES DEL MUNDO

Boletín de Suscripción

Deseo suscribirme a la revista especializada **Inmueble** por un periodo de un (1) año, al precio de 8.300 ptas. + al 3% de IVA

Apellidos		Nombre		NIF	
Calle/Plazo		Número		Teléfono	
Ciudad		Código Postal		Provincia	
				País	

Muy señores míos, ruego atiendan, hasta nuevo aviso, los recibos que **Difusión Jurídica y Temas de Actualidad** les pase en concepto de cuota anual de suscripción, con cargo a la cuenta n°

abierta a nombre de Sr./Sra. en esta sucursal

N° de identidad N° de oficina

..... de de 19..... Firma

DIFUSIÓN JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.A. Freixa, 42 - Tel. 414 17 40 - Fax 414 09 16 - 08021 Barcelona

formación legalmente establecido y una excepción a este deber regulada por el Código de Deontología médica y habitualmente practicada. La solución desde el punto de vista jurídico es clara. La Ley General de Sanidad por ser de rango superior jerárquico prima sobre el Código de Deontología lo que no obsta para que no se pueda sancionar por parte de los Colegios Profesionales al médico.

Existen razones de piedad, para no dar toda la información cuando ello suponga aumentar innecesariamente el sufrimiento del enfermo diagnosticado con una enfermedad irreversible. Existen también argumentos en favor de dar a conocer toda la verdad pues entonces el paciente puede conocer sus expectativas de vida y así prepararse.

La solución debe consistir en ponderar los intereses que están en juego, el derecho a la información no debe practicarse dando una información ilimitada a cualquier precio (ESER) sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias que rodean al caso, la carga psíquica que supone para el paciente; introduciendo por tanto una serie de correctivos. La persona que debe valorar la situación es el médico, que tiene facultades discrecionales para decidir sobre la extensión de la información y modo de darla, por lo que, para las situaciones de diagnóstico fatal así como para las situaciones en que la información pueda contribuir al resultado desfavorable, podrá obviar la información o dulcificada, teniendo en cuenta sin embargo que la Ley establece que la información deberá darse al interesado, familiares o allegados, por lo que, a menor información dada al paciente mayor habrá de ser la dada a sus familiares o allegados (ROMEO CASABONA).

D) Destinatarios. Renuncia del destinatario

Va se ha avanzado que la ley establece que la información se ofrezca «a él y a sus familiares o allegados» así en principio el destinatario será el paciente, aunque en los casos de menores o incapacitados se informará a sus representantes legales y, en su defecto, cabe interpretar la ampliación a los representantes de hecho dada la utilización del término genérico de familiares y allegados que hace la Ley. No obstante, si el menor o incapaz tiene el suficiente juicio deberá también ofrecérsele a él (se trata con mayor amplitud en el apartado dedicado al consentimiento).

C I V I L



En principio, no existe motivo para que el paciente no pueda renunciar a su derecho a ser informado dado el carácter dispositivo que tiene este derecho, ni siquiera cuando la información afecte al consentimiento pues entonces se entiende que renuncia sobre la base de la confianza depositada en el médico. Puede no obstante plantear problemas la renuncia tácita; siendo necesario entonces analizar cada caso concreto, por lo que es conveniente que los hechos que hagan presuponer la renuncia sean claros. Si existen dudas es preferible dar cumplimiento al deber de informar, pues ello implica que se haga efectivo el ejercicio de un derecho del paciente.

Puesto que la Ley contempla como destinatarios a los familiares y allegados se plantea entonces la cuestión de si éstos también están capacitados para renunciar. Entiendo que el único capacitado para renunciar a que se haga efectivo su derecho a ser informado es el interesado, dado que la información es un derecho del paciente a saber cuál es su estado de salud y las alternativas que la ciencia médica le ofrecen para así poder libremente decidir, puesto que el derecho a la información se ha configurado como un derecho en el que prima el principio de autodeterminación y éste a su vez es una manifestación de los derechos de la personalidad. En definitiva, el derecho a la información es un derecho personal en el que no cabe que otra persona distinta a la que ostenta la titularidad ejercite la facultad de renuncia.

Caso distinto sería aquella situación en que los familiares advirtieran al médico del efecto perjudicial y contraproducente que produciría la información en el enfermo, pero aquí, entiendo, que no se trata de una renuncia de los fami-

liares a que el interesado reciba la información sino simplemente que se está ofreciendo al médico datos que le ayuden a valorar como debe dar la información; y en caso de que se cerciore del perjuicio que supone para el paciente, ofrecérsela a la familia. En todo caso el médico seguirá estando obligado a dar la información.

Otra cuestión a tratar es la del alcance que debe tener la renuncia en cuanto a los destinatarios; dicho de otro modo, cuando el interesado renuncia a recibir la información ¿esa renuncia también alcanza a los demás destinatarios contemplados en la ley? Entiendo que así es, y ello sobre la base de los siguientes argumentos: primero, por tratarse de un derecho personal; segundo, porque debe hacerse prevalecer el derecho a la intimidad. Teniendo además en cuenta que puede crearse un conflicto con el derecho recogido en la ley como es el derecho a la confidencialidad (secreto médico).

Por último, la renuncia del destinatario a recibir información no eximirá al médico de su deber de informar cuando se trate de información terapéutica (ya que va dirigida a la educación del paciente en cuanto la forma de vida que debe llevar según sea su estado de salud). Dicha información es exigible al médico, caso contrario infringiría los deberes de cuidado que le impone el ejercicio de su profesión.

5. El consentimiento

La necesidad del consentimiento previo del paciente se halla recogido en la L.G.S. (art. 10.6) de forma amplia y con carácter general. Se reconoce también en el mismo artículo la posibilidad de negarse al tratamiento.

El fundamento debe buscarse en los principios rectores de la ley que, como ya se ha señalado, parten de preservar la dignidad del ser humano y la libertad del individuo; de manera que sea el paciente el único que pueda disponer libremente de su cuerpo y por tanto el único que pueda permitir la intervención sobre él mismo en aras de su bienestar. Así el consentimiento actúa como requisito de la licitud de la actuación de los médicos (ROMEO CASABONA y JORGE BARREIRO).

El consentimiento se recoge como un derecho del paciente a elegir libremente entre las distintas opciones que le presente el médico responsable de su caso; de aquí, se desprende la relevancia de la información, pues sobre ella gravita la validez del consentimiento.

Ha sido usual en la práctica médica entender que cuando una persona se ponía a disposición del médico o se hospitalizaba, ya estaba otorgando desde ese mismo momento su consentimiento a cualquier clase de intervención o tratamiento. «Se ponía en manos del médico» considerándose entonces que era a éste al que correspondía tomar todas las decisiones que afectaban a la salud del paciente. Con la L.G.S. se da un vuelco total al consentimiento, pues se traslada la decisión al enfermo y este debe consentir de forma escrita, fijándose por ley las excepciones tanto a la previa necesidad de consentimiento como a que éste deba ser escrito.

El consentimiento previo que debe otorgarse, no puede ser un consentimiento general e ilimitado de actuación sobre el propio cuerpo. Es un consentimiento concreto, que debe versar sobre el tratamiento o intervención quirúrgica que corresponde al caso de que se trata.

En principio, no se puede dar un criterio preciso y uniforme en cuanto a si la actuación del médico puede ir más allá de lo que el paciente ha consentido, o si por el contrario debe ceñirse únicamente su actuación al contenido del consentimiento. La solución no puede ser igual para todas las hipótesis; habrá situaciones en las que el consentimiento inicial podrá ser válidamente sobrepasado quedando a salvo de responsabilidades por invocación al estado de necesidad tratándose de situaciones de gravedad y urgencia (ROMEO CASABONA, BALTASAR GARZON) y habrá situaciones que no podrá ser válidamente sobrepasado el mencionado consentimiento. En realidad, lo que debe ponderarse es el plus de la interven-

ción y la situación de gravedad del momento.

A) Forma

En cuanto a la forma en que debe darse el consentimiento es habitual que se produzca de forma verbal. Pero la L.G.S. ha introducido el principio general de la forma escrita («previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención»).

Cabe aquí matizar en cuanto a la interpretación que debe dársele al término «cualquier intervención», es decir, si debe interpretarse ampliamente entendiéndola como cualquier actividad médica o si por el contrario, debe darse una interpretación restringida cifrando el término a intervención quirúrgica estrictamente. En favor de la interpretación estricta existen una serie de argumentos expuestos claramente por COBREROS MENDAZONA; uno de tipo práctico o de «realidad social» consistente en considerar que si para todos los actos médicos (averiguación, diagnóstico...) que se realizan (al día miles) se exige el previo consentimiento, una de dos, o se incumpliría constantemente la norma por imposibilidad material, o bien se convertiría en una mera firma al momento mismo de entrar en la consulta médica. Un segundo argumento es que en la mayoría de los casos los problemas con respecto al consentimiento se presentan en las intervenciones quirúrgicas en las que el médico-cirujano se convierte en el «vamo y señor» de la integridad física del enfermo, y el interesado una vez bajo los efectos de la anestesia no podrá tomar decisión alguna e ir otorgando sucesivamente consentimiento para las diversas actuaciones médicas. Por ello, en opinión de COBREROS «aun a sabiendas de que hay actos terapéuticos no quirúrgicos más graves e importantes que muchas intervenciones quirúrgicas, el previo consentimiento escrito de la L.G.S. debe entenderse reservado para las intervenciones quirúrgicas propiamente dichas».

La L.G.S. también preceptúa la forma escrita del consentimiento cuando se trate de tratamientos con fines docentes o de investigación. El paciente deberá «ser advertido de si los procedimientos de pronóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de su proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del

paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario».

B) Cláusula de exoneración de responsabilidad

Existe una práctica que se extiende entre los profesionales de la medicina en especial en centros hospitalarios consistente en hacer firmar al paciente usuario las llamadas cláusulas de exoneración de responsabilidad. Con respecto a estas cláusulas es unánime opinión de considerarlas ilícitas y nulas de pleno derecho, bien porque así lo declara expresamente una ley (ej. Ley general de consumidores y usuarios) bien porque se trata de un supuesto de ausencia de validez del consentimiento que el paciente se ha visto obligado a firmar para recibir el tratamiento, o cualquier manera, siempre que se pueda eludir la responsabilidad de los actos incorrectos del profesional. La pretensión no será eficaz. El paciente otorga su consentimiento para ser intervenido de forma correcta en la confianza que tiene en el profesional que actuará conforme a la lex artis y poniendo en práctica todo su buen saber como profesional, teniendo siempre presente que la relación entre médico y paciente es una relación de medios y no de resultados, lo que significa que acepta la eventualidad de un resultado negativo o consecuencias perjudiciales siempre y cuando no se haya vulnerado la obligación del deber de cuidado por parte del facultativo.

El consentimiento, para ser eficaz de ser válidamente emitido, esto es, «libre». Asimismo, el art. 162.1 del Código civil exceptúa de la representación legal de los padres «los actos relativamente revocable; si la revocación produce el médico deberá desistir de cualquier práctica curativa (ROMEO CASABONA) para que su conducta incurra en ilícito, salvo en los casos expresamente previstos en la ley.

C) Excepciones al principio del consentimiento

La ley establece tres excepciones:

1. En situaciones en que la no intervención suponga un riesgo o peligro para la salud de terceros.
2. Situaciones en que sea imposible tomar decisiones por no estar capacitado, en cuyo caso serán los familiares o personas a él allegadas las que deberán ejercer tal derecho.
3. Supuestos en que la urgencia permita demoras por poderse ocasionar

lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento».

1. Situaciones de riesgo para la salud de tercero: en estos casos en que exista un peligro o riesgos para la salud de terceros la voluntad del afectado pierde relevancia, de manera que aunque una persona se niegue a someterse a un tratamiento si la salud pública está en peligro la ley puede disponer su aplicación coactiva. Esta excepción debe completarse con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, en la que se establece que las autoridades sanitarias podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización (...) cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población (...). Por tanto, se impone coactivamente por razón de interés público y social un determinado tratamiento al paciente.

2. Capacidad para otorgar el consentimiento: en los casos de falta de capacidad lo que se produce es un desplazamiento en el sujeto que debe otorgar el consentimiento. La ley adopta un criterio flexible al contemplar a los allegados como susceptibles de otorgar dicho consentimiento. Con respecto a qué debe entenderse por incapaz hay autores que opinan (COBREROS, GARZON) que servirá el criterio por persona que tenga suficiente juicio, sin necesidad de que sea mayor de edad; esto lo hacen en base al propio Código civil que en su art. 154.3 establece que «si sus hijos no tienen suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten». Asimismo, el art. 162.1 del Código civil exceptúa de la representación legal de los padres «los actos relativamente revocable; si la revocación produce el médico deberá desistir de cualquier práctica curativa (ROMEO CASABONA) para que su conducta incurra en ilícito, salvo en los casos expresamente previstos en la ley.

La ley establece tres excepciones:

1. En situaciones en que la no intervención suponga un riesgo o peligro para la salud de terceros.
2. Situaciones en que sea imposible tomar decisiones por no estar capacitado, en cuyo caso serán los familiares o personas a él allegadas las que deberán ejercer tal derecho.
3. Supuestos en que la urgencia permita demoras por poderse ocasionar



tamientos alternativos que existen y de los riesgos que se corren en caso de no ser intervenido como de serlo. Por tanto, la madurez que se requiere deberá ser apreciada y valorada en cada caso concreto.

Por contra, existen opiniones tendientes a establecer unos criterios para que se determine cuándo puede considerarse la edad suficiente para otorgar el consentimiento, tal es el caso de lo propuesto por ROMEO CASABONA: «por regla general no podrá estimarse válido el consentimiento de un menor de catorce a dieciséis años, salvo que se compruebe lo contrario, y que podrá estimarse válido siempre a partir de esa edad, salvo que se evidencie una falta de capacidad de entendimiento y de juicio».

Personalmente, me inclino por lo propuesto por ROMEO CASABONA, pues aun manteniéndose un margen de modulación se están dando unas pautas mínimas a seguir de forma genérica y objetiva quedando las valoraciones subjetivas para cada caso concreto.

En el supuesto de que un familiar o allegado se opusiera a un tratamiento y esta negativa resultase perjudicial para el enfermo incapaz, el médico o la dirección del centro podrá dirigirse al juez y solicitar su autorización.

3. Situaciones de urgencia: en los supuestos en que la urgencia no permita demoras, pues ello significaría un desenlace fatal para el paciente, la ley permite la ausencia de consentimiento, pudiendo intervenir el médico sin incurrir en responsabilidad penal. Es decir, se mantiene la licitud de la actuación del médico pues éste actúa bajo la causa

de justificación del estado de necesidad (sobre ello vid. ROMEO CASABONA, y A. JORGE BARREIRO).

D) Derecho a negarse al tratamiento

Por último, analizaré el art. 10.9 en el que se recoge como un derecho del paciente la posibilidad de negarse al tratamiento excepto en los casos recogidos en el apartado 6 ya analizados. En este caso deberá solicitarse el alta voluntaria en los términos que señala el art. 11.4 (art. 11. «Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario: (...) Firmar el documento del alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente Centro sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta».)

Con carácter general, la negativa del paciente a someterse al tratamiento médico indicado implica necesariamente la abstención del médico, pues en caso de aplicar el tratamiento que considera indicado es contra de la voluntad del paciente podría incurrir el médico en un delito de coacciones (salvo los casos en que la propia Ley exceptúa la necesidad de consentimiento ya vistos anteriormente).

La incidencia de la negativa al tratamiento indicado por parte del paciente se debe analizar desde ópticas distintas, según se trate del ámbito de la medicina privada o de la medicina pública.

Con respecto al ámbito de la medicina privada, en principio se entiende que la negativa juega como causa de extinción del contrato de servicios médicos. Pero esta extinción no se produce necesariamente de forma automática,

va que puede darse el caso de negarse el paciente a un tratamiento determinado pero existir otros alternativos y que tanto el paciente como el médico estén dispuestos a asumir. Es decir, el hecho de que se niegue a someterse al tratamiento no implica que el paciente haya perdido la confianza en el médico al que ha contratado.

También puede darse el caso en que el enfermo se niegue a someterse al tratamiento indicado y el médico sea el único que haya en la zona (ej. médico rural). El facultativo no podrá abandonar al paciente a su suerte debiendo buscar otro tratamiento alternativo o, cuando menos, controlar y seguir la evolución del enfermo. El abandono del paciente podría ser constitutivo de un delito de omisión del deber de socorro. En definitiva, lo que se quiere decir es que el hecho de negarse al tratamiento indicado no implica que cesen, de forma automática, las obligaciones contractuales del médico.

En lo que atañe al ámbito de la medicina pública, la primera cuestión que surge es si la negativa lleva aparejada la pérdida de derechos del beneficiario de la Seguridad Social. En principio debe responderse que siempre y cuando la negativa esté justificada y sea razonable no hay motivo alguno para considerar la pérdida de derechos como beneficiario de la Seguridad Social; cuestión distinta es que ha de entenderse por razonable, debiéndose ponderar cada caso.

Hay que tener en cuenta que la Ley no está amparando negativas caprichosas e injustificadas, pues establece seguidamente la posibilidad de negarse al tratamiento que se deberá solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el art. 10.4 de la misma. Este artículo 10 es el que recoge las obligaciones de los pacientes, por lo que la firma del documento del alta voluntaria en los casos de no aceptación la Ley lo configura como una obligación de los usuarios. Ahora bien, a la negativa al tratamiento le seguirá el alta hospitalaria siempre y cuando no existan otros tratamientos alternativos que sí esté dispuesto a someterse.

En lo que se refiere a la negativa al tratamiento existe un supuesto que no puede dejarse de mencionar, como es el negarse por motivos o creencias religiosas. Tal es el caso concreto de los Testigos de Jehová y su negativa a aceptar transfusiones sanguíneas. Este tema ha sido y sigue siendo fuente innumerable de problemas, es un tema sobre los que se han escrito rios de tinta y en el que se

ha abordado el problema desde muy distintas ópticas, aunque principalmente desde la perspectiva penal. Es un tema que por su complejidad y extensión debe ser tratado específicamente y el hacerlo en estas páginas desbordaría sin lugar a dudas el objetivo del presente trabajo, por lo cual me limito a mencionar su existencia y a hacer una breve matización en cuanto a las soluciones jurídicas diametralmente opuestas. Estas se plantean según la negativa provenga del propio afectado o que sean los padres o tutores los que se nieguen a que a su representado sea sometido a la transfusión sanguínea. En este último caso la solución es clara y hay unanimidad en entender que el juez de otorgar la autorización para que la actuación médica se lleve a cabo (e incluso en casos de urgencia y necesidad sin autorización judicial) podrá licitamente actuar el médico; en estos casos los padres o tutores no pueden disponer de la libertad de conciencia del menor, pues una cosa es que resagan derecho a proporcionar la educación religiosa que ellos practican y consideren más conveniente, y otra imponer una decisión a alguien que no puede emitir válidamente su voluntad ni a favor de la creencia religiosa ni en contra del tratamiento indicado. Cuando se trata de negativa directamente emitida por el interesado las soluciones son totalmente distintas y ampliamente discutidas tanto doctrinal como jurisprudencialmente. (Vid. COBREROS MENDAZONA «Los tratamientos Sanitarios Obligatorios y el Derecho a la Salud», excelente exposición del problema recogiendo las posturas doctrinales, jurisprudencia comentada y toma de posición, pág. 295 y ss.)

IV. Incidencia de la información y el consentimiento en las distintas fases de la actividad sanitaria

Cabe, por último, analizar cómo debe darse la información en las distintas fases que integran la actividad sanitaria:

1. Anamnesis. Esta parte consiste en el examen clínico en el que se recogen todos los datos personales, hereditarios y familiares, del enfermo anteriores a la enfermedad; se refiere al historial clínico del paciente.

En esta primera fase el médico tiene el deber de *informarse* (deber de preparación e información previa A. JORGE BARRERO) para poder intervenir. Este deber de informarse del médico nada

tiene que ver con el deber de información que recoge la L.G.S.

El deber de informarse (preparación, información previa) del facultativo forma parte del contenido del deber de cuidado externo que todo médico debe observar en el ejercicio de su profesión. Este deber está absolutamente ligado con el diagnóstico (3.ª fase que se verá continuación) por lo que su inobservancia puede suponer la existencia e infracción del deber de cuidado. Si en la infracción del deber de cuidado uno de los elementos del tipo imprudente su concurrencia puede dar lugar a responsabilidad penal.

En lo que se refiere a la L.G.S., esta primera fase está conectada principalmente con dos derechos de los pacientes:

- Derecho a la confidencialidad (art. 10.3, visto anteriormente).
- Derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

2. Examen y reconocimiento del paciente. Esta segunda fase comprende no sólo el reconocimiento en sí, sino también todos los análisis, radiografías, ecografías que sean necesarias.

Aquí la información incide de la siguiente forma: se deberá explicar qué consiste la prueba que se va a realizar, el riesgo/s que ella conlleva y la necesidad de la misma.

El consentimiento debe darse y practicarse la prueba, que como ya se vio, en principio no hay necesidad de otorgarlo por escrito.

3. Diagnóstico. Es el acto médico que consiste en conocer la naturaleza de la enfermedad mediante la observación de los síntomas y signos. En esta fase debe darse la información integral, salvo los casos que supongan un perjuicio en la evolución favorable de la enfermedad del paciente y en los de riesgo vital donde las limitaciones operan según ya se ha visto. Es evidente que en esta fase la información juega un papel de todo punto relevante, y es sobre la base del conocimiento que tenga del diagnóstico (estado real de salud) sobre la que se consiente

4. Tratamiento o terapia vinculada al diagnóstico. Supone la elección de medios, procedimientos, medicación, etc., además de la preparación del enfermo para la intervención quirúrgica. Es éste el tratamiento recomendado al facultativo. En esta fase la información también debe ser clara y exhaustiva, no sólo en lo que respecta a los medios recomendados sino también

en lo que se refiere a los riesgos que implica el sometimiento al mismo. Es también importante explicar claramente las necesidades del tratamiento recomendado así como las posibilidades de éxito que entraña la realización del tratamiento aconsejado.

En los supuestos de la llamada medicina no estrictamente curativa como por ejemplo cirugía estética es básico dar la información lo más clara posible; y sobre todo en lo que haga referencia a las posibilidades de éxito del acto quirúrgico en sí, evitando en todo momento que el paciente se genere unas expectativas de resultados que no podrán llegar a alcanzarse. En estos casos la relación contractual no es de medios, sino de resultados, lo que significa que el paciente esperará y podrá exigir los resultados que el facultativo le ha dicho que obtendrá. Es por todos conocidos que cualquier intervención supone un riesgo, y éstos deben ser explicados siempre, pero cuando se trata de medicina y cirugía estética los riesgos no sólo deben explicarse exhaustivamente, sino que también deben ponderarse los beneficios que supone la intervención en comparación con los riesgos existentes.

En esta fase es donde el consentimiento juega su principal función y es donde el facultativo debe obtenerla para poder actuar legítimamente.

5. Ejecución. Fase en la que el facultativo debe cerciorarse de su conocimiento sobre los medios a emplear, de la capacidad de reacción del organismo del paciente, de la aplicación a tiempo de la terapia, del correcto funcionamiento de los aparatos técnicos a emplear, etc. En esta fase la incidencia de la información está en conexión con las fases anteriores, pues el facultativo lo que va a hacer es poner en práctica el tratamiento o terapia que él ha recomendado y el paciente ha consentido.

6. Posoperatorio. Fase consistente en la vigilancia del enfermo, que no termina con la finalización de la intervención sino que se prolonga hasta que se da el alta al paciente. En esta fase la información tampoco se agota con la alta para la intervención o tratamiento empleado, sino que ésta debe continuar, pues como ya se ha dicho, la información debe ser continuada durante todo el proceso. En estos casos también puede darse lo que ha venido a denominarse la información pre-quirúrgica, pues tras una intervención quirúrgica las condiciones de vida de-



ben ajustarse a condiciones determinadas que deben ser explicadas y recomendadas por el médico.

V. Conclusiones

El derecho a la información no ha sido un tema muy tratado por los juristas, *en nuestro país es este un aspecto dentro del amplio y variado campo del tratamiento médico quirúrgico que permanece totalmente desconocido en la literatura jurídica* (ROMEO-CASABONA). La denuncia reiterada de falta de información a los pacientes es considerada como uno de los deberes médicos más infringidos y al que los profesionales de la medicina otorgan menos importancia y trascendencia jurídica, tal y como quedó constatado por el Defensor del Pueblo en su Informe Anual (B.O.E.G. Congreso de los diputados de 15 de septiembre de 1986).

Varias son las causas esgrimidas por los distintos autores en cuanto a la reticencia de los médicos a informar, entre ellas se pueden destacar algunas por reflejar una opinión bastante generalizada, como son:

- la costumbre de los médicos a compartir únicamente sus saberes con los que pertenecen a su gremio, por poder comunicarse en un plano de igualdad, utilizando terminología científica sin necesidad de interpretarla para ser entendidos;
- la mezcla de desconfianza y pater-

nalismo hacia los sujetos que requieren sus servicios;

— la tendencia de los médicos a centrarse exclusivamente en la enfermedad olvidándose de considerar al sujeto enfermo en su totalidad.

Sin prescindir de las causas expuestas, creo que la cuestión debe analizarse desde una perspectiva global. Ciertamente, la medicina está en constante evolución, no sólo como ciencia o actividad científica sino también como actividad social; la medicina ha pasado de ser en la antigüedad una actividad mágica o religiosa a convertirse en una profesión liberal, en la que la posición del médico era de preeminencia frente a los demás, para socializarse después, caracterizándose actualmente por su politicismo, su tecnicismo y su psicologismo (MARTINEZ PEREDA). Los médicos, no cabe duda, han participado intensa, activa y directamente en la actividad médica como ciencia, su centro de interés ha sido precisamente éste. Pero, pese a ser parte integrante, no han participado por lo menos de una forma plenamente consciente, de la evolución de la medicina como fenómeno social, que ha sido tan vertiginoso o más que la propia ciencia y la tecnología. No ha sido un cambio lento y progresivo; los parámetros sobre los que giraban las relaciones de los médicos con los pacientes, basados principalmente en un concepto de la medicina como profesión liberal han variado radicalmente, que-

— la mezcla de desconfianza y pater-

dando abandonados la inmensa mayoría de ellos. Lo único que permanece firme e inamovible es la finalidad de la medicina, la finalidad curativa que mueve al médico a actuar como tal si-gue siendo exactamente igual ahora que hace cien años. Ha cambiado la forma de llevar a cabo la actividad médica, han cambiado los valores que imperan en nuestra sociedad, ha cambiado el nivel de exigencia de los ciudadanos, ha cambiado la regulación jurídica de la actividad médica.

Se ha dicho que es la primera vez que un texto legal recoge el derecho a la información del paciente y que éste, por tanto, se configura como un deber legal del médico. Ello ha derivado necesariamente en un mayor nivel de exigencia a los médicos. La información al paciente ha dejado de ser un mero acto de cortesía médica para ser un deber legal de obligado cumplimiento, pero también ha supuesto una mayor responsabilización por parte del paciente, que asumiendo un papel activo en su proceso curativo no debiéndose limitar a esperar pasivamente que sea el médico quien decida, sino que es el paciente el que decide sobre sí mismo.

En cuanto al consentimiento informado, como se ha visto, es uno de los ejes sobre los que pivota la actividad médica. La ausencia de consentimiento o el consentimiento otorgado con información defectuosa puede dar lugar a responsabilidades civiles y/o penales, siempre y cuando la ausencia no esté justificada y se hallan producido daños.

En el ámbito civil la ausencia de consentimiento entendida como aquella situación en que el facultativo actúa sin el consentimiento del paciente pudiendo y debiendo obtenerlo supondrá una actuación médica negligente, y por tanto susceptible de indemnización por los daños y perjuicios causados.

En el ámbito penal la actuación del médico sin el consentimiento del paciente o en contra de la voluntad de éste, supone una actuación arbitraria del médico que vulnera la libertad personal del paciente, y que puede dar lugar a que los hechos sean considerados como constitutivos de un delito de coacciones o incluso de detención ilegal (extensamente sobre ello ROMEO CASABONA, JORGE BARREIRO LOPEZ, BARRA DE QUIROGA).

No obstante lo expuesto, lo cierto es que una de las críticas que se hace a la L.G.S. es la de no haber incluido una regulación específica en caso de inobservancia de dichos deberes, como tam-

poen desde la Organización Médica Colegial ni desde el ámbito de la medicina pública existe un catálogo específico que sancione dicha inobservancia. La inexistencia de dicha regulación puede hacer pensar que el catálogo de derechos y deberes recogidos en la L.G.S. no es más que una mera declaración de principios o una declaración programática, cuando en realidad se han configurado como verdaderos derechos subjetivos de los pacientes —usuarios así como verdaderos deberes jurídicos de los médicos como prestadores de un servicio sanitario. Asimismo, lo cierto es que si se producen daños las consecuencias para los facultativos son graves.

Creo, por último, que la observancia de los mencionados deberes evitaría muchas de las denuncias formuladas contra los médicos. Debería ofrecerse una información clara y veraz, que insistir no tiene por qué consistir en una clase magistral con cada paciente sino sencillamente ver al paciente como una persona capaz de entender, valorar y decidir sobre algo tan personal como es su propia salud, su propia integridad física, en definitiva, su propia vida, para lo que no es necesario tener conocimientos médicos. Por baja que sea la formación cultural que se tenga siempre es posible entender lo que está sucediendo en nuestro organismo, entre otras cosas porque es el propio paciente el que está sufriendo todos y cada uno de los síntomas sobre sí mismo. Creo también, que si al cuerpo médico se le está exigiendo un esfuerzo importante para adecuar el ejercicio de su profesión a la realidad social existente, a los pacientes —enfermos— usuarios de los servicios sanitarios les corresponde, por su parte, entender que pese a que la medicina ha avanzado enormemente el médico sigue sin ser infalible, el médico sólo puede poner sus conocimientos al servicio de los enfermos de la mejor forma que sabe; el médico sólo es responsable de sus actos y no puede esperarse de él más de lo que la ciencia médica le ha enseñado y lo que la situación en concreto le permite; no es deber del médico tomar las decisiones sobre la vida de sus enfermos, pues son éstos los que deben responsabilizarse del mantenimiento de su salud, atendiendo a la información recibida por el profesional y permitiendo (consintiendo) si así lo desean la intervención de los profesionales. En definitiva, que el médico no es el único protagonista sino que en la relación el protagonista debe ser compor-

tado por todos los intervinientes, de manera que cada uno cumpla y se responsabilice del papel que le corresponde. Debe alejarse de la relación esa base de desconfianza mutua que ha surgido en los últimos tiempos, que provoca que cada parte vea a la otra como un amenaza, se debe dar paso a una relación basada en la confianza.

Tal vez la Ley General de Sanidad recoger estos derechos, no está más que desenterrando el viejo principio hupocrático de «tratar al enfermo como un mismo quisiera ser tratado».

VI. Bibliografía citada

- COMAROS MENDOZA, Eduardo. Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los Ordenamientos Italiano y Español). Instituto Vasco de Administración Pública (Herri-Administrazioaren Eusko Erakundea), Oriate, 1988.
- ELIA, Albin. «Problemas de justificación exculpación en la actividad médica». En *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Edición de Santiago Mir (Pa. Barcelona, 1988).
- GARCÍA BLAZQUEZ, Manuel - MORALES UROS, J. Juan. Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (aspectos jurídicos y médicos forenses). Comares. Granada, 1995.
- GARRÓN REAL, Baltasar. «Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria». La Ley, 1987-4, pp. 809 y ss.
- JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Tecnos. Madrid, 1995.
- LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, Jacobo. «El consentimiento informado». C.F.S., 1995, pp. 447 y ss.
- MARTÍNEZ-PEDRAJA RODRÍGUEZ, José María. La responsabilidad Penal del Médico del Sanitario. Colex, 2.ª edición. Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, Carlos M.:
— El Médico y el Derecho. Per. Bosch. Barcelona, 1981.
— «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo, Perspectivas». La Ley, 1993-4, pp. 479 y ss.
— El Médico ante el Derecho. 1995.
- SANCHA CAAO, Javier. «El Derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles». La Ley, 1993-3, pp. 941 y ss.

COMUNITARIO

Novedades en Derecho Comunitario

Gómez-Acebo & Pombo*

SUMARIO

- I. **Cuestiones institucionales:** Apertura de los trabajos de la CIG.
- II. **Competencia:** La Comisión Europea impone condiciones a España y a AT & T para dar luz verde a Unisource. La Comisión ha prohibido la fusión entre los productores de platino «Gencor» y «Lorbo».
- III. **Fondos comunitarios:** Convocatoria de propuestas en el marco del Programa Caleidoscopio.
- IV. **Relaciones exteriores:** La cuestión cubana.
- V. **Sectores de interés:**
 1. Propiedad intelectual: Aprobada la Directiva comunitaria sobre la protección jurídica de las bases de datos.
 2. Agricultura: La Comunidad Europea ante la crisis de las vacas locas.
 3. Telecomunicaciones: Aprobada la Directiva 96/13 de la Comisión sobre la liberalización completa de las telecomunicaciones en la UE. Comunicación de la Comisión sobre el concepto de servicio universal.
 4. Sector financiero: Publicación de la Directiva sobre el reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual.
 5. Fiscalidad: Los Ministros de Hacienda ante el problema de la fiscalidad en Europa.

I. Cuestiones institucionales

1. Apertura de los trabajos de la CIG

El pasado 29 de marzo se procedió en la ciudad italiana de Turín a la apertura de los trabajos de la Conferencia Intergubernamental para la reforma del Tratado de Maastricht. Tras largos meses de trabajos previos, destinados a lograr una aproximación entre las posturas de los diferentes Estados miembros, el Consejo Europeo ha dado paso a una negociación a nivel diplomático, que en principio deberá extenderse durante varios meses, y en el que España estará representada por D. Javier Elorza.

Los días previos a la reunión han estado marcados por dos cuestiones. En primer lugar, el informe de la comisión acerca de la reforma de los Tratados ha sido objeto de una recepción favorable, en términos globales. Junto a ello, el principal problema a dilucidarse fue el de los mecanismos de participación del Parlamento Europeo durante el desarrollo de unas negociaciones de carácter marcadamente intergubernamental. A estos efectos, la solución de compromiso alcanzada ha consistido en asegurar

la presencia del Presidente del Parlamento y de dos miembros del mismo en la apertura de la Conferencia, así como en asegurar un intercambio previo acerca del orden del día concreto de los asuntos a tratarse durante el desarrollo de la Conferencia.

Abordando en los resultados concretos de la cumbre, han de mencionarse especialmente las conclusiones emanadas de ésta, que articulan los trabajos sobre tres ejes principales: i) Desarrollo de una Unión más cercana a los ciudadanos; ii) Conseguir que las instituciones de la Unión sean más democráticas y eficaces; iii) Reforzar la capacidad de acción exterior de la Unión Europea.

Durante el mes de abril han comenzado los trabajos de los representantes de los Ministros de asuntos exteriores para la Conferencia Intergubernamental, sobre el primero de los tres grandes ejes de reflexión, y en concreto sobre los aspectos del empleo, la transparencia, así como en el ámbito del tercer pilar comunitario. España pretende adoptar un papel activo en la asunción de la lucha contra el terrorismo como una preocupación común a todos los Estados Miembros de la Unión Europea.

II. Competencia

1. La Comisión Europea impone condiciones a España y a AT & T para dar luz verde a Unisource

La Directiva 96/19 de la Comisión, aprobada el pasado 13 de marzo, culmina el proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones europeo, fijando la fecha del 1 de enero de 1998 para la instauración de plena competencia en todas las ramas de este sector. Sin embargo, España, junto a Portugal, Irlanda y Grecia, puede beneficiarse de una prórroga excepcional de hasta 3 años (es decir, hasta el año 2003) para hacer realidad este proceso.

Este proceso se enfrenta, en ocasiones, a serios obstáculos derivados de las reticencias de los gobiernos de los países miembros y de sus monopolios de telecomunicaciones, a la hora de aplicar las normas comunitarias liberalizadoras. La tendencia general de estas empresas es de demostrar una actitud conservadora y monopolística en sus mercados internos, y por el contrario, una actitud totalmente liberal cuando actúan a nivel internacional. En efecto, los grandes operadores europeos y americanos han llegado a importantes acuerdos para hacer frente a la nueva dimensión del mercado de forma competitiva.

La formación de estas alianzas, de acuerdo con las reglas de competencia europeas, está sujeta a la autorización preceptiva de la comisión. Ello supone una forma directa de presión a los Estados miembros para que implementen las directivas comunitarias de forma efectiva y en los plazos establecidos.

Si bien el ejecutivo comunitario ha recibido críticas por su actitud tolerante al autorizar algunos de estos acuerdos (por ejemplo en el caso de «Atlas», en el que intervienen France Télécom y Deutsche Telekom), sin establecer como contrapartida el compromiso formal por parte de los Estados de implementar estas directivas. Sin embargo, parece que su actitud va a ser otra con Unisource, el consorcio establecido entre Telefónica, la empresa sueca Telia, las PTT suizas, la KNP holandesa y el grupo americano AT & T.

En efecto, fuentes próximas al Comisario Europeo de Competencia, Karel Van Miert, ha señalado que la Comisión está dispuesta a conceder una exención a Unisource por su acuerdo contrario al artículo 85 del Tratado de la UE, pero para ello se van a establecer unas condiciones. La primera, que in-



combe a AT & T, exige que el mercado de las telecomunicaciones transatlánticas—dominado por el gigante americano—, se abra a la competencia. Con este objetivo, se ha enviado una carta al Departamento de Justicia americano para solicitar una mayor flexibilidad por parte de AT & T hacia las empresas que no forman parte de Unisource (o su brazo europeo, Unisource) con el fin de que éstas puedan acceder a sus infraestructuras.

La segunda condición se refiere a España. Telefónica, el número cinco del mercado europeo de las telecomunicaciones, constituye uno de los pilares del consorcio Unisource. Si bien—como ya hemos señalado—nuestro país puede prolongar la implementación de las directivas sobre telecomunicaciones hasta el año 2003, la Comisión no acepta la doble y diametralmente opuesta actitud de telefónica dentro y fuera de sus fronteras. Como consecuencia, Bruselas exige al Gobierno español la adopción de las medidas de liberalización de su mercado al mismo tiempo que sus socios europeos, incluyendo el propio contexto del acuerdo Unisource.

2. La Comisión ha prohibido la fusión entre los productores de platino «Gencor» y «Lorrho»

La Comisión Europea rechazó el pasado día 24 de abril, el proyecto de concentración de las actividades relacionadas con el platino entre el productor sudafricano Gencor Impafa Platinum Division Holding y el británico Lorrho Platinum Division.

Las autoridades de competencia, después de estudiar el caso, han estimado

que la operación constituye un serio riesgo de producir un duopolio dominante en los mercados mundiales de platino y de rodio. Como ha señalado el Comisario de competencia, Karel Van Miert, con la fusión de sus actividades, la nueva sociedad se hubiera igualado al grupo Angloamericano Platinum Corporation (Amplats) en este mercado con porcentajes respectivos del 28% y del 35%. Juntos, los dos productores controlarían el 90% de las reservas mundiales de platino, mientras que el 10% restante pertenece a Rusia, pero sus reservas de platino se están agotando y por lo tanto, su oferta del metal no podrá competir con el resto de grandes productores mundiales.

Las autoridades comunitarias han ofrecido a las partes la posibilidad de modificar el acuerdo antes de decretar su rechazo pero las partes no han aceptado esta posibilidad. El presente caso cobra importancia al constituir la quinta decisión negativa de la Comisión en el marco de la legislación comunitaria sobre concentraciones (Reglamento 4064/89). Los casos anteriores fueron casos en los sectores de aeronáutica y medios de comunicación.

III. Fondos comunitarios

1. Convocatoria de propuestas en el marco del Programa CALEIDOSCOPIO 2000

El proceso de integración europeo puede basarse en términos estrictamente económicos. Las instituciones comunitarias avanzan lentamente hacia una plena definición de la ciudadanía europea, dando una importancia cada vez

mayor al desarrollo de actuaciones en ámbitos como la cultura, la educación y la formación. Clásicos ejemplos de este empeño son los programas Sócrates (educación), Leonardo da Vinci (formación), y el recientemente publicado Caleidoscopio para el período 1996-2000, de apoyo a las actividades artísticas y culturales.

El objetivo principal de Caleidoscopio 2000 es ofrecer a los artistas y creadores europeos una vía para difundir sus obras más allá de los límites regionales y nacionales, con el fin de fomentar, en último término, un sentimiento de unión entre todos los ciudadanos europeos. Al mismo tiempo, se pretende preservar una diversidad cultural, que incite a todos los artistas, especialmente a los jóvenes, a mejorar la calidad de sus obras y a introducir aspectos innovativos en las mismas.

Para poner en práctica estas ambiciones, la Comisión ha lanzado ya una convocatoria para financiar la realización de proyectos que revistan una dimensión europea, esto es, sean fruto de una cooperación transfronteriza o de una organización a través de redes que impliquen a distintos Estados miembros. Las propuestas podrán desarrollar múltiples sectores, desde las artes del espectáculo (danza, música, teatro, ópera), las artes plásticas y visuales (pintura, escultura, grabado), y las artes aplicadas (arquitectura, fotografía y diseño), hasta aquellos proyectos que impliquen el multimedia como forma de expresión artística.

El programa se divide en dos acciones concretas:

Acción 1: Ayuda a acontecimientos y proyectos culturales realizados en cooperación o en forma de redes.

Acción 2: Acciones de cooperación europea de gran amplitud, cuyo impacto social y socioeconómico sea importante.

En términos generales, la contribución comunitaria para los proyectos que se enmarquen en la primera acción no podrá superar el 25% del coste total de cada uno de los mismos, y en ningún caso podrá superar la cantidad de 50.000 ECU (cerca de 8 millones de pesetas). Además, deberá contar con medios adicionales de financiación, sea pública o privada. En cuanto a las propuestas relativas a la segunda acción, si bien la Comunidad puede aportar una cantidad superior a 50.000 ECU, la subvención no superará el 25% del coste total de cada proyecto. En este caso, no se exige la existencia de fuentes adicio-

nales de financiación. La fecha límite para la presentación de candidaturas es el 14 de junio de 1996.

IV. Relaciones Exteriores

1. La cuestión cubana

El debate de la Ley «Helms Burton» en Estados Unidos, junto con el fracaso de las negociaciones entre la UE y Cuba para lograr un acuerdo de cooperación, han tenido un impacto importante en la actualidad comunitaria y pueden afectar gravemente las relaciones transatlánticas.

La ley «Helms Burton» o «Cuban Liberty and Democracy Solidarity Act of 1995», propuesta por el senador Jesse Helms, establece medidas contra las empresas que tengan negocios en Cuba y actualmente se debate en el Congreso de los Estados Unidos. Ante el grave efecto que puede tener en las relaciones transatlánticas, el Consejo de la UE no ha tardado en reaccionar y ha emitido una Declaración el pasado 24 de abril en la que expresa su profunda decepción y desacuerdo con esta ley, y la califica de «atentado contra el derecho internacional y contra las inversiones y el comercio de la UE».

Las autoridades comunitarias han pedido asimismo a sus expertos que pongan en marcha todos los posibles mecanismos legales, tanto en el marco de la OMC como en cualquier otro (incluyendo posibles medidas de sanción contra EEUU), para hacer frente a tan injustas medidas por parte de Estados Unidos.

En lo que se refiere a las relaciones entre la UE y Cuba, el Comisario español Manuel Marín, en unas declaraciones realizadas durante el encuentro en Bolivia entre la UE y el Grupo de Río a mediados del mes de abril, ha atribuido a Cuba la responsabilidad del fracaso de las negociaciones sobre el acuerdo de cooperación entre la UE y este país.

El Comisario ha señalado que la Comisión había realizado una oferta a Cuba para concluir un acuerdo de cooperación con la Unión, acompañado de una oferta adicional por parte del Grupo de Río para incluir a este país en su seno como observador. Sin embargo, el Gobierno Cubano no sólo ha rechazado la propuesta, sino que además ha agravado la situación con medidas políticas acogidas muy negativamente en la UE, como son, la prohibición del «Concilio Cubano» y el encarcelamiento de algunos de sus miembros por su oposi-

ción al régimen, sin olvidar el derribo de las avionetas provenientes de EEUU por parte del ejército cubano.

En conclusión, la UE se encuentra en una situación complicada, a causa del régimen cubano, así como de las conflictivas relaciones entre este país y los Estados Unidos. El debate y más aún la eventual aprobación de la Ley «Helms Burton», tienen una influencia muy negativa sobre el desarrollo armonioso del diálogo transoceánico y sobre las relaciones comerciales entre las dos riberas del atlántico. Por otra parte, estos hechos, junto a la actitud negativa del régimen cubano, llevan las relaciones entre Cuba y la UE a un callejón con difícil salida.

V. Sectores de interés

1. Propiedad intelectual: Aprobada la Directiva comunitaria sobre la protección jurídica de las bases de datos

Después de casi cuatro años de negociaciones, el pasado 28 de febrero fue aprobada la Directiva comunitaria sobre la protección jurídica de las bases de datos¹, cuyo plazo de transposición expira el 1 de enero de 1998. A partir de este momento, las bases de datos, definidas en la Directiva como *las recopilaciones de obras, datos o de otros elementos independientes dispuestas de manera sistemática o metódica y accesibles por medios electrónicos o de otra forma serán objeto de una doble protección:*

Por un lado, el autor gozará de la protección que mediante el *copyright* tradicional, se concederá a toda base de datos que por la selección o la disposición de su contenido represente una creación intelectual de su autor. Esta protección reconoce a su titular el derecho exclusivo de reproducción, representación y distribución. Se establecerá sin embargo una serie de excepciones a este derecho, reguladas por el artículo 6: en primer lugar, el usuario legítimo de una base de datos podrá efectuar, sin autorización del autor, los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la misma; en segundo lugar, los Estados miembros podrán, de acuerdo con las excepciones clásicas a los derechos de autor (reproducción con fines privados de una base de datos no electrónica, utilización con fines ilustrativos, de enseñanza o investigación científica, utilización con fines de seguridad pública o el buen desarrollo de un procedimiento administrativo o judicial, etc.), imponer limitaciones.



Però la novedad que introduce la Directiva, es que el fabricante de la base de datos se beneficiará durante 15 años de un derecho *sui generis*, mediante el cual podrá impedir la extracción o la reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. Este derecho, de carácter meramente económico, se aplica independientemente de que la base de datos o su contenido pueda acogerse o no a la protección mediante derechos de autor. El objetivo de este nuevo derecho es el de evitar que un tercero se apropie de los resultados obtenidos de la enorme inversión (en tiempo, dinero y esfuerzo) que supone la elaboración de una base, creando una nueva base a un coste claramente inferior. Este derecho sufre asimismo una serie de excepciones, en particular para permitir la copia de bases de datos con fines docentes y de investigación, de seguridad pública o de buen desarrollo de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, así como la copia de bases de datos no electrónicos con fines privados.

Esta nueva Directiva no se limita por tanto a definir un régimen armonizado de protección mediante «copyright» tradicional (hasta el momento, sólo algunos Estados miembros han establecido un régimen de protección específico de las bases de datos) sino que, además, introduce un concepto nuevo, por el momento desconocido en el Derecho continental: el llamado derecho *sui generis* que protege la inversión y el esfuerzo realizados para crear la base de datos.

2. Agricultura: La Comunidad Europea ante la enfermedad de las «vacas locas»

La afección de Creutzfeldt-Jacob (CEJ), más conocida como enfermedad de las «vacas locas» ha sumido al sector ganadero británico en una terrible crisis. La Organización Mundial de la Salud, a pesar de que no existe confirmación científica, ha declarado que es más probable que esta enfermedad sea transmisible al hombre y por lo tanto, considera esencial que los gobiernos sacrificquen las vacas afectadas por ella y pongan en marcha medidas de control que impidan la comercialización de cualquier parte de estos animales.

El pasado día 3 de abril, tras un largo y duro debate, el Consejo aprobó un

Plan de Acción contra la enfermedad con la abstención del Reino Unido. El Plan de Acción del Consejo contempla la prohibición de exportar productos bovinos del Reino Unido hacia ningún país (comunitario o no), así como el sacrificio de todo el ganado bovino que tenga más de 30 meses y la eliminación de toda la carne y productos derivados obtenidos de ganado de menos de 30 meses de edad. Además se sacrificarán todas aquellas vacas que «presenten un riesgo» de haber sido infectadas.

En términos financieros supone un precio muy alto a pagar por la U.E. ya que supondrá al menos unos 51.000 millones de pesetas al año, y ello solamente teniendo en cuenta las indemnizaciones para los ganaderos británicos cuyo ganado será sacrificado. La Comunidad abonará el 70% del precio de compra de los animales, siendo el estado británico el que deba pagar el restante 30% y el coste del sacrificio del ganado.

Ante esta situación, el Consejo ha tomado medidas estabilizadoras del mercado, decretando la no aplicación de las normas de intervención durante el mes de abril. Ello se traduce en una relajación de los requisitos de calidad en cuanto al peso, y en la ampliación inmediata de la intervención en 50.000 kilos para las carnes de vacuno de calidad europeas en condiciones muy beneficiosas para los interesados.

El Reino Unido no está de acuerdo con el embargo total decretado. A pesar de que la Comisión Europea revisará regularmente la procedencia de esta medida, el Gobierno Británico ha decidido presentar un recurso ante el Tribunal de Justicia de la UE al considerarlo una medida desproporcionada.

Sin embargo y a pesar de la gravedad del caso, no se puede negar que constituye al mismo tiempo para la Comunidad, una gran oportunidad de demostrar su eficacia y su razón de ser a los ciudadanos. Este hecho adquiere aún más relevancia al ser el Reino Unido el

principal afectado por las consecuencias de la epidemia, ya que en esta ocasión la opinión pública británica, tradicionalmente tan negativa ante el proceso de integración europea, es la beneficiaria de la solidaridad del resto de sus socios europeos.

3. Telecomunicaciones: La Comisión aprobó el pasado 13 de marzo la Directiva 96/19 que establece la liberalización completa de las telecomunicaciones en Europa

La última etapa del proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones ha sido finalmente alcanzada. La Comisión Europea aprobó el pasado 13 de marzo la Directiva 96/19 relativa a la liberalización completa de las telecomunicaciones sobre la base del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea.

La nueva Directiva ha sido criticada por varios Estados miembros —entre ellos España—, que se oponen a la liberalización anticipada de las infraestructuras conocidas como «alternativas», es decir, las redes de telecomunicaciones pertenecientes, por ejemplo, a las compañías de vías ferroviarias o a otras empresas de distribución de energía y de agua, hoy reservadas a sus necesidades propias.

Por lo que se refiere a su contenido, el texto aprobado fija el nuevo calendario que los Estados miembros deberán respetar con el fin de prepararse para la apertura completa del sector de las telecomunicaciones:

— se confirmó la fecha de 1 de enero de 1998 para la liberalización de los mercados e infraestructura de las redes públicas, incluyendo la telefonía vocal;

— el 1 de julio de 1997, a más tardar, los Estados miembros deben notificar a la Comisión las medidas que pretenden adoptar para asegurar el servicio universal;

— la utilización de todas las infraestructuras alternativas deberá liberalizarse; a más tardar, el 1 de julio de 1998

con el fin de permitir la entrada de servicios comerciales de telecomunicaciones. Esta norma no afecta, sin embargo, a los servicios de telefonía vocal pública, para los cuales el único límite obligatorio es el 1 de enero de 1998.

No obstante, la Comisión concede a los Estados miembros un aplazamiento de seis meses sobre la fecha prevista para suprimir las restricciones sobre las infraestructuras alternativas y establece una prórroga de hasta 5 años (es decir, hasta el año 2003) a la que algunos estados pertenecientes se pueden acoger y que ha sido ya concedido a España y otra de 2 años para los Estados pequeños como Luxemburgo.

La adopción de la Directiva se produce, curiosamente, cuatro semanas después de la adopción en Estados Unidos de la ley sobre las telecomunicaciones (1996 Telecommunications Act), disposición que moderniza por completo la regulación y la estructura del mercado de las telecomunicaciones en este último país. El motivo parece ser el interés de coordinar el conjunto de la sociedad mundial de la información.

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de servicio universal

La Comisión ha publicado una comunicación sobre el concepto de servicio universal con el fin de establecer un concepto unitario en toda la UE. La idea es que todo ciudadano tiene derecho a tener un acceso garantizado al servicio de telefonía vocal mediante una conexión fija, que permita a su vez la conexión de un fax y un modem en condiciones razonables de precio en todo el territorio. Este servicio debe además ir acompañado de los servicios de operación, emergencia e información, así como el establecimiento de teléfonos públicos.

El ejecutivo comunitario define el servicio universal en función de las circunstancias actuales de la sociedad y de la técnica. Ahora bien, la Comisión subraya, que teniendo en cuenta el desarrollo constante del sector de las telecomunicaciones, el contenido del servicio universal puede variar de acuerdo con la evolución de los servicios ofrecidos.

La Comunicación prevé la consolidación de este concepto a través de una serie de iniciativas como son la reforma de la Directiva sobre la telefonía vocal para precisar el marco del servicio universal y de sus límites «razonables» así como la creación de un Comité que represente y defienda los intereses de los

consumidores. Este órgano velará por la garantía del servicio universal y los sectores menos favorecidos de la sociedad y participará en la definición de los criterios de calidad.

4. Sector financiero: Publicación de la Directiva sobre el reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual

La Directiva sobre el reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual ha sido publicada el pasado 3 de abril, y sus normas deberán ser implementadas por los Estados miembros antes del próximo 30 de junio. Este texto era esperado con impaciencia por el sector bancario comunitario, ya que pondrá fin a la discriminación que éste ha sufrido hasta ahora con respecto a sus competidores de terceros países.

La directiva permite a los establecimientos de crédito de la UE poder competir con sus homólogos de otros países en condiciones de igualdad, ya que reduce los requisitos de capital. No obstante, mantiene un criterio realista para los riesgos de crédito producidos de los instrumentos derivados negociados individualmente. Estos instrumentos son por ejemplo los swaps sobre el tipo de interés y el tipo de cambio, las opciones, y los contratos a plazo. Al contrario que los instrumentos derivados ordinarios, que se negocian en bolsa, estos instrumentos son negociados entre los particulares (incluyendo a los organismos no bancarios competentes).

Las nuevas normas fomentan, además, la utilización de las convenciones de compensación por parte de las entidades de crédito y las sociedades de inversión, lo que producirá una reducción del riesgo de crédito y por lo tanto del riesgo sistemático en los mercados de los instrumentos derivados.

5. Fiscalidad: Los Ministros de Hacienda ante el problema de la fiscalidad en Europa

Los Ministros de Hacienda de los Quince han celebrado una reunión informal en Verona (Italia) en la que se abordaron los problemas de la fiscalidad en Europa puestos de manifiesto en el Documento que ha presentado ante ellos el profesor Mario Monti, Comisario europeo en cargo del mercado interior y de la fiscalidad.

El «Documento Monti» cubre distintos aspectos de la armonización fiscal

en Europa y subraya dos cuestiones fundamentales que tienen una relación muy directa con la problemática de la financiación del modelo europeo y la creación de empleo.

La primera cuestión es la actual competencia fiscal entre los estados miembros, que tratan de atraer al capital extranjero que ahora ya circula libremente por la Unión, y al mismo tiempo evitar la fuga del capital nacional. Como señala el Documento, los Estados deben lograr este objetivo sin rebajar sus ingresos fiscales y para ello, la solución está en gravar aquellos ingresos que son por naturaleza menos móviles, es decir, los del trabajo. De esta forma, en el período 1980-1993, los impuestos sobre el trabajo han aumentado un 20% de media, mientras que los impuestos sobre las rentas financieras y el trabajo independiente lo han disminuido un 10%. Como consecuencia, la alta imposición fiscal sobre el empleo es un obstáculo para la creación de nuevos puestos de trabajo.

La segunda cuestión que señala el Documento Monti, es que el problema no se puede solucionar a nivel nacional y que por lo tanto, una armonización a nivel de la UE, y más aún, a nivel internacional, es indispensable. Por ello, propone a corto plazo el aumento de los tipos de IVA entre 1 y 3 puntos para que los Estados puedan mantener sus ingresos y reducir las cargas sobre los rendimientos del trabajo. A medio plazo, sugiere la introducción de un sistema de votación por mayoría en las decisiones en materia fiscal y un debate en profundidad sobre los problemas de la UE en materia de fiscalidad.

El acuerdo ha sido prácticamente unánime entre todos los Ministros de Hacienda de la UE, que han decidido la creación de un grupo de alto nivel, formado por representantes personales de los Ministros, cuya misión consistirá en profundizar en los problemas señalados y asesorará la Comisión en sus acciones futuras.

Miguelo

1. Directiva 96/19 del 13 de marzo de 1996 (DOCE N.º 74/13. Ver el apartado de telecomunicaciones de la sección «Sector de Interés».

2. Directiva del 28 de febrero de 1996. Véase el artículo publicado.

3. ver [2].

4. COM 96 (73).

5. Directiva 96/10 de 21 de marzo de 1996. DOCE N.º 85/17.

Comentarios en torno a la sentencia Factortame III que establece el principio de responsabilidad del legislador por incumplimiento del Derecho comunitario:

Un paso decisivo para la protección judicial efectiva de los particulares

Eduardo Cobas Urcelay*

El pasado 5 de marzo de 1996, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha puesto fin a varios años de controversia en torno a las condiciones impuestas por la *Merchant Shipping Act*, denunciada en su día por diversos armadores gallegos. Esta ley supeditaba la matriculación en el registro de buques británicos, y el consiguiente acceso a las cuotas de pesca británicas, a determinados requisitos de nacionalidad, de residencia y de domicilio de los propietarios.

El Tribunal de Justicia había declarado en su día la suspensión de la aplicación concreta de esta ley¹ (lo que provocó un revuelo inusitado en la opinión pública británica, tradicionalmente celosa de la soberanía nacional), y más tarde, la incompatibilidad de la misma con el Tratado de Roma².

Sin embargo, durante el periodo en que dicha ley fue aplicada, los buques de pesca se vieron obligados a amarrar, lo que ocasionó un perjuicio económico importante a sus propietarios y, en algunos casos, obligó incluso a la venta y desguace de sus navíos ante la imposibilidad de ejercer cualquier actividad económica.

Más allá del reconocimiento de la obligación del Estado británico de reparar estos daños y perjuicios sufridos por los armadores, sin duda capital para los mismos, la Sentencia Factortame III supone unas consecuencias vitales en otras esferas. En concreto, el Tribu-

nal establece el principio de la responsabilidad del legislador por el incumplimiento del Derecho comunitario, reconocimiento éste que sin duda habrá de extenderse a otros ámbitos materiales. Por otro lado, el Tribunal acentúa la necesidad de que los Gobiernos nacionales actúen diligentemente a la hora de cumplir las obligaciones que impone la correcta aplicación del Derecho comunitario, en la medida en que la asunción de los daños y perjuicios que pudieran eventualmente derivarse se perfila como sanción a la inadecuada actuación de los poderes públicos.

La consagración de la responsabilidad de los organismos legislativos

A finales de los años setenta, el Tribunal de Justicia proclamó en su histórica Sentencia *Sinclair*³ las consecuencias derivadas de la primacía del Derecho comunitario. El Tribunal estableció la obligación por parte de los jueces nacionales de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicable toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, bien fuera esta anterior o posterior a la regla comunitaria.

En una segunda fase, la jurisprudencia comenzó a detallar las consecuen-



cias prácticas que de tal reconocimiento podía extraerse. En concreto, el Tribunal declaró que la exigencia de un control jurisdiccional de toda decisión de una autoridad nacional constituía un principio general del Derecho comunitario, y que la plena efectividad de éste se vería disminuida si una norma del ordenamiento nacional pudiese impedir a un juez acordar las medidas provisionales necesarias para garantizar la plena efectividad de la decisión jurisdiccional posterior acerca de la existencia de derechos invocados en base al Derecho comunitario.

Bien es cierto que nuestro Tribunal Constitucional ha operado, por vía de una jurisprudencia extensiva basada en el reconocimiento que el artículo 24 de la Constitución proclama de la tutela judicial efectiva de los particulares en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, una transformación radical en la relación entre los particulares y la Administración pública. No obstante, la evolución del reconocimiento de medidas cautelares por parte de las autoridades nacionales en muy diferentes esferas durante los últimos años no es sino consecuencia directa, en gran medida, de la postura inicialmente adoptada por el Tribunal de Luxemburgo. ¿Acaso no parece obvio en la actualidad que, por ejemplo, un recurso presentado contra una sanción como la clausura de un estadio para la celebración de un encuentro de fútbol no sea resuelto posteriormente a la aplicación de la misma, y se agoten previamente todas las vías procesales existentes, aun cuando ello demore la aplicación concreta de la sanción en uno o dos meses?

Mas junto a la garantía de los dere-

chos individuales, se imponía como corolario la eliminación de las consecuencias de la infracción del Derecho comunitario. Frente a la aparente facilidad que presenta la devolución de cantidades indebidamente percibidas por autoridades aduaneras o fiscales, la culminación de este proceso no radicaba sino en la proclamación de la necesaria reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares por la aplicación de disposiciones legislativas incompatibles con el Derecho comunitario.

La Sentencia Factortame III alinea que «todas las instancias del Estado, incluido el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que puedan regir directamente la situación de los particulares; el hecho de que el incumplimiento reprochado sea, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y, en el presente caso, el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales»⁴.

Es cierto que en España el artículo 9.3 de la Constitución proclama genéricamente que la responsabilidad de los poderes públicos, ya sean éstos pertenecientes al ejecutivo, al judicial o al legislativo, y que en su día el Tribunal Constitucional admitió que su falta de regulación concreta (el reconocimiento de la responsabilidad del legislador en la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado se limita exclusivamente a que así se establezca expresa-

mente en los actos legislativos) no podía derivarse la exención de responsabilidad para el Estado⁵.

En la práctica, no obstante, y en los diversos casos planteados por los funcionarios públicos jubilados anticipadamente, nuestro Tribunal Supremo parecía haber puesto fin a la disputa planteada al proclamar, en 1992, la inexistencia de responsabilidad del Estado Legislador en los sistemas con control de constitucionalidad de las leyes, como el nuestro⁶.

No obstante, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, respondiendo a alegaciones del Gobierno alemán que defendían la aplicación de un criterio análogo al de la eventual responsabilidad derivada de la incompatibilidad de una Ley Federal con la Constitución alemana, proclamó que «el requisito impuesto por el Derecho alemán en caso de infracción, por parte de una ley, de disposiciones nacionales de rango superior que supeditan la reparación al hecho de que el acto u omisión del legislador se refiera a una situación individual, haría prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación efectiva de los daños que resultarían de la violación del derecho Comunitario; en la medida que semejante requisito obstaculiza la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de garantizar la eficacia plena del Derecho Comunitario y de proporcionar una tutela efectiva de los derechos de los particulares, debe ser rechazado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario imputable al legislador nacional»⁷.

Con ello queda expedita una vía de reclamación ante la incompatibilidad de una disposición legislativa nacional con el tratado de Roma. Aunque es cierto que en modo alguno ha de de-

ducirse la extrapolación inmediata a situaciones internas análogas, cabe preguntarse si la no generación de mecanismos concretos de reparación de la responsabilidad en que puede incurrir el legislador nacional, en base a un precepto constitucional específico, no es un reconocimiento indirecto de un carácter supraconstitucional de los Tratados, afirmación ésta a la que tradicionalmente son reacios los constitucionalistas.

Recobrar la igualdad en cuanto a la gravedad de las consecuencias de la incompatibilidad de una disposición legislativa frente al Tratado y frente a la Constitución exigirá la creación de mecanismos internos tanto para solventar la problemática analizada por el Tribunal de Justicia, como para reparar los daños y perjuicios derivados de cualquier otro tipo de actuación del legislador nacional.

La materialización del principio

Una vez establecido el principio general, el Tribunal determina los requisitos que han de cumplirse para que el derecho a indemnización de los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables a un Estado miembro esté garantizado. En esta línea, el Tribunal recuerda que los requisitos necesarios para que la responsabilidad del Estado impuesta por el Derecho comunitario genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado.

En concreto, si bien el Tribunal reconoce que el legislador puede disponer de una amplia facultad de apreciación cuando actúa en un ámbito regido por el Derecho comunitario, «este puede imponerle obligaciones de resultado u obligaciones de actuar o de abstenerse que reduzcan, a veces considerablemente, su margen de apreciación».¹⁰

En esta línea, cuando el legislador nacional actúa en un ámbito en el que dispone de un margen de apreciación amplio para adoptar opciones normativas, los particulares lesionados tienen derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada (para lo que puede tener que considerarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades

nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, y la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al derecho comunitario, y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

No obstante, siempre y cuando la obligación impuesta por el Tratado sea de tal claridad que implique un deber de hacer o no hacer, la responsabilidad del Estado nace sin que haya que observarse ningún requisito adicional cuya justificación por contra sí es exigible en la situación anteriormente descrita.

Así, por ejemplo, puede admitirse un cierto margen de apreciación de los Estados Miembros a la hora de adoptar una normativa relativa a la calidad de la cerveza importada, en ausencia de armonización comunitaria. Por contra, una reglamentación estatal que discrimine fiscalmente a la cerveza importada de otro estado Miembro, no estaría sujeta a ningún margen de apreciación.

Análogamente, obligaciones relativas a la adecuación de los monopolios de carácter comercial, o la obligación referente a la no ejecución de ningún proyecto sobre ayudas públicas que no hayan sido previamente notificadas a la Comisión Europea, son ejemplos claros de obligaciones de acción y de omisión, de cuyo incumplimiento puede derivarse una acción de reclamación de daños y perjuicios en favor de los particulares perjudicados por el eventual incumplimiento del Estado.

Conviene hacer una precisión adicional de especial importancia. El Tribunal de Justicia señala que la reparación de los daños causados por los particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio causado; en particular procede precisar que, para determinar el perjuicio indemnizable, el juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia y, en especial, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían.¹¹

Lo cierto es que es la apertura por parte del Tribunal de Justicia de la posibilidad de obtener una reparación efectiva

de los daños y perjuicios sufridos incrementa sustancialmente el interés de los particulares de ejercitar acciones fundamentadas en las violaciones fundadas en el Derecho comunitario. Es la propia existencia de esta vía procesal la que sin duda fundamentará en el futuro un aumento de la diligencia de los particulares a la hora de hacer valer sus derechos. Así, por ejemplo, es evidente que una empresa a la que se reconoce la eventual satisfacción de los daños y perjuicios sufridos a costa de la reducción de precios que deba operar a causa de una ayuda concedida a un competidor, tendrá un motivo más que suficiente para hacer valer sus derechos, y en concreto, para denunciar la posible falta de notificación de la misma ante los órganos comunitarios competentes en la materia.

Más allá de las precisiones jurídicas inevitables, cuya traducción a las realidades palpables es siempre difícil, lo que es indudable es que el reconocimiento expreso de la sujeción de los Parlamentos Nacionales a posibles acciones de responsabilidad ante la vulneración por los mismos del Tratado de Roma es una afirmación cuasi-revolucionaria. Si a ello añadimos la sujeción estricta de los Estados miembros al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario y la amplitud de la esfera de derechos reconocidos a los particulares, *Factortame III* puede pasar a la historia como uno de los hitos claves en la evolución del equilibrio de poderes, en la que legislativo y ejecutivo se ven severamente limitados, tanto por parte del poder judicial como sobre todo, y especialmente, por el ciudadano y la sociedad civil en su conjunto.

- i) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1996. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.
- ii) Auto de 10 de octubre de 1989. Comisión/Reino Unido 246/89.
- iii) Sentencia de 4 de octubre de 1991. Comisión/Reino Unido C-246/89.
- iv) Sentencia de 9 de marzo de 1978 C-106/77.
- v) Considerandos 34 y 35.
- vi) Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987.
- vii) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1992.
- viii) Considerandos 71 y 72.
- ix) Considerando 46.
- x) Considerando 84.

10/Aggudi

CONSTITUCIONAL

Tribunales ordinarios y protección de los derechos fundamentales. La Jurisdicción Militar

Miguel Montoro Puerto*

Sentencias del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 113/1995, de 6 de julio, y n.º 161/1995, de 7 de noviembre

I. Derechos fundamentales y libertades públicas. Configuración constitucional y jurisprudencial

Uno de los elementos básicos y determinantes de la Constitución española de 1978 está integrado por el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. Podría incluso afirmarse con el *leit motiv* de nuestra norma fundamental:

De ellos ha dicho el Tribunal Constitucional, desde sus primeras resoluciones, que:

- responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que sirven a la Declaración Universal y a los diversos Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico...» (STC 21/1981 de 15 de junio)
- ...son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional...» (STC 25/1981, de 14 de julio)
- ...son los componentes estructurales básicos (tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran...)» (STC 53/1985, de 11 de abril)

afirmaciones que vendrá reiterando a lo largo de los años, recordando la

- ...pretensión prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento...» (STC 99/1994, de 11 de abril)

entre otras muchas, sirviendo las de cita como indicadores permanentes de la posición del Tribunal Constitucional.¹

La Constitución no define pero sí ofrece un listado de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce y consagra en el TÍTULO PRIMERO, en cuyo estudio pormenorizado no podemos entrar ahora si bien resulta imprescindible detenemos en el artículo 53 que en sus tres números procede a un escalonamiento y si se nos permite, gradación de derechos que resulta complementada a través de otros preceptos de la propia norma, como pueden ser los artículos 54 y 124.

Si el número 1 del art. 53 centra su atención en los «derechos y libertades» reconocidos en el capítulo segundo del citado TÍTULO de los que proclama «vinculan a todos los poderes públicos», en el n.º 2 configura específicos mecanismos de protección de concretos derechos: los reconocidos en el artículo 14 de la sección primera del capítulo segundo, es decir, artículos 15 a 29 inclusive. Los derechos mencionados en el n.º 2 vinculan también a todos los poderes públicos, pero, además, son objeto de especial protección. Vinculación y protección específica constituyen, a

nuestro modo de ver las cosas, los dos elementos que configuran los derechos y libertades fundamentales en sentido estricto.

La tesis no siempre es pacíficamente aceptada, pero es lo cierto que tiene consistencia no solamente práctica, sino deducible de la jurisprudencia del TC.

Es precisamente el segundo de los aspectos, la específica protección, el que anida en el seno de las Sentencias del Tribunal Constitucional objeto de comentario.

Digamos de entrada que, no obstante el mandato constitucional, el contenido del artículo 53.2 de la norma fundamental no ha sido, hasta el momento, atendido suficientemente por el legislador.

Dos mecanismos de protección se configuran en el precepto, pero no dos mecanismos alternativos, sino uno primario y otro subsidiario. Aquel pareció inicialmente preocupar al legislador hasta el punto de que incluso con fecha anterior a la que corresponde a la Constitución, promulgó la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, y se publica en el BOE de 3 de enero de 1979. La Constitución es sancionada por el Rey el día 27 de diciembre, publicada en el BOE del día 29 del mismo mes y en esta fecha entra en vigor.⁷

Por su parte, el mecanismo de protección subsidiario — el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional — es configurado cumpliendo las previsiones constitucionales, a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional — L.O. 2/1979, de 3 de octubre.

Si la Ley 62/1978 era una Ley provisional, no completa y necesitada hoy de sustitución perentoria dado los años transcurridos⁸ la LOTC ha cumplido su misión e incluso a través de su Disposición Transitoria Segunda, 2, procedió a extender los efectos de la Ley 62/1978 para, en la medida posible, armonizarla con las exigencias del texto constitucional, de una parte y con la propia LOTC de otra — artículos 53.2 de aquél y 43 y 44 de ésta, sin perjuicio de otros preceptos.

II. Los «Tribunales ordinarios» en la protección de los derechos y libertades fundamentales

De propio intento, en el epígrafe, hemos entrecorrido la expresión «Tribunales ordinarios». La razón que determina la atención especial que va a darse al tema se encuentra en el propio artículo 53.2 de la Constitución, desde el momento en que al reconocer el derecho de los ciudadanos para recabar la tutela de los derechos y libertades a los que el precepto se refiere, remite la protección de forma concreta a los «Tribunales ordinarios».

Por su parte, la Ley 62/1978, en sus tres secciones contempla los tres órdenes jurisdiccionales más arraigados en la estructura judicial: penal, contencioso-administrativo y civil, según la arquitectura de la propia norma. La prelación en el tiempo de la Ley 62/1978, respecto a la Constitución misma, aun cuando ésta entrara en vigor con anterioridad a aquélla, pudiera hacer pensar que solamente los órdenes jurisdiccionales mencionados en la primera, ostentaban competencia para conocer de la protección de los derechos fundamentales en debate.

Sin embargo resulta evidente que la Ley —preconstitucional— y aun cuando se entendiera otra cosa por su fecha de publicación en el BOE y su entrada en vigor —reiteramos posconstitucional— en modo alguno puede ni desconocer el mandato constitucional, ni mucho menos modificarlo admi-

tiendo distinciones que no aparecen en el art. 53.2 CE. Que la Ley 62/78 establezca unos mecanismos procesales para recabar la protección de los derechos, en tres órdenes jurisdiccionales concretos, mecanismos que atienden al mandato constitucional, configurar un «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaria» no importa por sí solo que resulten excluidos determinados órdenes jurisdiccionales.

A estos efectos y sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Constitución, art. 117.5, proclama que «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» para, seguidamente, contemplar la existencia de una jurisdicción militar, en los términos que el propio precepto señala, remitiendo al legislador la regulación del ejercicio de dicha jurisdicción.

Por su parte, el art. 123.1, afirma del Tribunal Supremo que es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes», consiguientemente, también de la jurisdicción militar.

Las Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989, sin perjuicio de otras normas, como la propia LOPJ, han venido a configurar la jurisdicción militar acorde con las exigencias y previsiones constitucionales.

Estas consideraciones nos llevan a la esencia del tema en examen centrado en dos aspectos: a) si la jurisdicción militar y por ende los tribunales que la integran merece la consideración de «ordinaria»; b) en su caso, si la protección de los derechos y libertades fundamentales puede ser postulada ante ellos, sin necesidad de residenciar la competencia en aquellos otros tribunales u órdenes jurisdiccionales a que se refiere la Ley 62/1978. Ambas cuestiones son objeto de estudio y resolución por la STC 113/1995, con tesis reforzada en la STC 161/1995, y a salvo otras decisiones del Alto Tribunal que directa o indirectamente ya se habían enfrentado con la interpretación que a la referencia a «Tribunales ordinarios» en el texto constitucional había de darse.

1. Objeto del proceso

La STC 113/1995, resuelve cuatro Cuestiones de Inconstitucionalidad planteadas por Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en torno a los artículos 453, apartado tercero y 518, de la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Conviene recordar los preceptos dubitados:

Art. 453.3. «Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el título V de este libro.»

Art. 518. «Contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el art. 453 de esta Ley, podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas para el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario con las siguientes modificaciones...»

modificaciones y procedimiento que no afectan al tema central.

En suma, las Leyes Orgánicas y en concreto la L.O. 2/1989, en los preceptos de referencia han tomado en consideración los mandatos constitucionales abriendo en un orden jurisdiccional concreto un mecanismo procedimental preferente y



sumario con planteamiento y resolución dentro de la propia jurisdicción militar, atribuyendo su competencia a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central y a los Tribunales Militares Territoriales.

No obstante, para el Tribunal que propone la Cuestión de Inconstitucionalidad, los preceptos debatidos suponen una vulneración del art. 53.2 de la CE al entender que este precepto atribuye la competencia exclusivamente a los Tribunales ordinarios, no teniendo por tales a los Tribunales Militares. En suma, que no obstante tratarse de un acto de la Administración Militar, lesivo de un derecho fundamental, su protección ha de residenciar en los Tribunales contencioso-administrativos, con aplicación, lógica consecuencia, del procedimiento configurado en la Ley 62/1978.

En el curso del proceso tanto el Abogado del Estado, como el Fiscal General del Estado, sin perjuicio de sus respectivas matizaciones e incluso reparos procesales por parte del primero, han sostenido la constitucionalidad de los preceptos atacados, pronunciándose en la dirección el TC que, en la parte dispositiva de la sentencia, proclama «no ser contrario al art. 53.2 de la Constitución» los preceptos cuestionados.

2. Argumentos del TC

La extensa STC, obliga a un resumen esquemático de sus fundamentos jurídicos en los términos siguientes:

a) La previsión del art. 53.2, con su referencia a los Tribunales ordinarios, no excluye la también previsión constitucional de la unidad jurisdiccional consagrada en el art. 117.5, ambos de la norma fundamental.

b) No cabe sostener que los Tribunales militares no pueden considerarse incluidos en la mención que de los Tribunales ordinarios hace el art. 53.2, puesto que si las vulneraciones de las libertades y de los derechos fundamentales previstas en el mismo se pueden producir en un ámbito que

la propia Constitución ha reservado a los Tribunales militares, en este aspecto y dentro de este ámbito sí pueden considerarse incluidos dichos Tribunales en la mención que a los ordinarios hace el art. 53.2 CE.

c) El art. 53.2 lo que impone es un mandato al legislador de regular una vía procesal rápida para la protección de los derechos y libertades señalados y no la de atribuir tal protección a una u otra jurisdicción y, menos aún, la de excluir a la jurisdicción militar de una protección que es inherente a todas ellas.

d) Que de la lectura del art. 53.2 lo que se obtiene es una diferenciación entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional en materia de protección de derechos y libertades fundamentales, asignando a los primeros con carácter general su tutela y especialmente a través de un procedimiento caracterizado por las notas que allí se especifican, lo que se ha denominado el «amparo judicial ordinario» de los derechos fundamentales —que todavía no ha sido plenamente regulado— (expresión literal de la STC que subrayamos), mientras que al TC se le otorga tal protección a través del recurso de amparo «en su caso» (art. 53.2 CE) o «en los casos y formas que la ley establezca» (art. 161.1.b CE), el «amparo constitucional» de dichos derechos y libertades.

e) Que la CE, tomando como base la STC 60/1991, muestra, entre otras, de las diversas ocasiones en que el TC ha tenido que pronunciarse acerca de la jurisdicción militar —art. 117.5— ha establecido límites y exigencias muy estrictos a la Ley reguladora de la jurisdicción militar, imponiendo al legislador una transformación radical de su configuración y la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, reduciendo a límites muy estrechos su posible ámbito competencial.

Las Leyes Orgánicas relativas a la jurisdicción militar, antes citadas, han proveído a la transformación constitucional-



mente exigida, no olvidando, por último, que «El vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el Tribunal Supremo en los términos y con la salvedad que señala el art. 123.1 de la Constitución».

f) Con anterioridad —SSTC— entre otras que cita la que ahora se examina, 194/1989, 44/1991 y 102/1992— el TC ha afirmado que la jurisdicción militar es competente para conocer de la vulneración de derechos fundamentales, por lo que ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 CE a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa o que la tutela que puedan prestar no puede ser tan efectiva como la de los restantes tribunales.

g) Tras la consideración de importantes extremos relativos a la configuración de la jurisdicción militar, el juego de su independencia e imparcialidad y la contemplación de sus límites, recordando la STC 204/1994, en la que respecto a la LO 4/1987 «proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces y Magistrados Militares, como parte que son de la jurisdicción militar, incorporando... específicas garantías al respecto», va a concluir en la STC que comentamos 113/1995 con las siguientes frases:

«...si esto es así y la jurisdicción militar, cumpliendo lo dispuesto en el art. 117.5 CE se ha adaptado legalmente a los principios constitucionales, carencia de sentido apartarla de la protección de las libertades y derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE, cuando esta protección se demande en el ámbito estrictamente castrense».

h) Conviene recordar que a la STC se acompañan 3 votos particulares, de los que el correspondiente al magistrado Sr. Vives Antón, con toda rotundidad, se opone a la decisión final de la Sentencia afirmando debió declararse la inconstitucionalidad de los preceptos dubitados.

El V.P. parte de la por él no aceptada tesis acerca del «ámbito

o estrictamente castrense» en que se está moviendo el objeto del proceso pues, a su modo de ver las cosas «...el recurso no tiene por objeto la disciplina (que, como tal, se enjuicia en el contencioso ordinario) sino los derechos fundamentales. La disciplina sólo entra aquí como ocasión que puede dar lugar a las presuntas vulneraciones de tales derechos sin que, en modo alguno, constituya el tema central del procedimiento».

Por otra parte, hay que dilucidar si los derechos fundamentales se atribuyen al militar en tanto militar o si, por el contrario, se atribuyen al militar en tanto ciudadano, afinándose en la segunda posición para entender que «los derechos fundamentales se les atribuyen en cuanto ciudadanos y no en aras de su especialización profesional». Obviamente, adoptada esta posición, la conclusión no puede ser otra que la adoptada en definitiva: la oposición de los artículos de la norma dubitada a las exigencias del art. 53.2 de la CE. Es más, en otro orden de cosas, sostendrá que los Tribunales que resuelven el proceso penal militar, o el contencioso ordinario sobre los actos dimanantes del ejercicio del poder disciplinario «dicen el derecho» de la postestad sancionadora (aunque resuelvan sobre la incidencia que en él tienen los derechos fundamentales); en cambio, los que resuelven el proceso de amparo judicial previsto en el art. 53.2 de la CE «dicen el derecho» de los derechos fundamentales aunque, en este caso, lo hagan sólo para determinar si, a consecuencia de la disciplina, resultan o no vulnerados. Esta distinta perspectiva formal hace que los supuestos no puedan asimilarse y obliga a entender, en el caso del proceso de amparo, que su atribución a la jurisdicción pugna con el ámbito que el art. 117.5 CE le asigna.

Los argumentos, aun cuando no se compartan y estemos más en favor de la decisión del Pleno, no dejan de tener entidad pero, el tema, tiene un trasfondo de mayor envergadura: la deficiente regulación del proceso previsto en el art. 53.2 de la CE; la disfunción del legislador al desatender el mandato constitucional aparentemente atendido, hasta el momento por una ley tan desfasada como es la Ley 62/78 que debió fijar de una vez por todas la competencia en las diversas esferas y niveles y el adecuado procedimiento de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, como apuntábamos al comienzo de estos comentarios y reiteradamente hemos puesto de manifiesto.

3. STC 161/1995

El objeto de estudio a través de estas líneas ni es superfluo —la diversidad de SSTC citadas confirma su interés—, ni resulta cuestión pasada dado el tiempo transcurrido desde la STC 113/1995. Es el replanteamiento del tema lo que nos ha movido a traerlo a las páginas de *ECONOMIST & JURIST*, pues si la STC 113/1995 parece decir de una vez por todas la cuestión, la vertencia de nuevos procesos, los argumentos de los V.V.PP. de que se ha hecho mención aquí cuando no hayan sido comentados y la persistencia en la no superación de la Ley 62/1978 hará que el tema vuelva nuevamente a la sede del TC no obstante el efecto que la LOTC, siguiendo los pasos del art. 164 de la CE asigna a los procesos de inconstitucionalidad y, en su caso a los relativos a cuestiones de inconstitucionalidad, en supuestos como en el contemplado en la última STC citada, cuando lo que se declara es la constitucionalidad de los preceptos debatidos.

Por ello, la posterior STC 161/1995, que tiene su asiento en la precedente 113/1995, merece específico comentario.

a) La decisión del Alto Tribunal se produce al resolver diversos recursos de amparo, acumulados que tienen su causa o **iter** procesal siguiente:

Impuesta una situación de pérdida de destino a un cabo de la Guardia Civil, como autor de una determinada falta grave al amparo de lo dispuesto en el art. 9, apartado 15, de la L.O. 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se interpone **demanda contencioso-administrativa al amparo de la Ley 62/1978**, ante la Sala de dicho orden de la Audiencia Territorial de Sevilla, que la admite a trámite.

El Tribunal Militar Central requiere de inhibición a la Audiencia la que, por su parte y previo el cumplimiento de los trámites procesales correspondientes, rechaza el requerimiento teniendo por **planteado conflicto de jurisdicción**.

La **Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo** —adviértase estamos subrayando determinados aspectos para llamar la atención acerca del ámbito en que se movió el proceso, por consiguiente en forma totalmente distinta a la que andó en el que termina por STC 113/1995— dicta Sentencia en 5 de julio de 1989 por la que **resuelve el conflicto en favor de la Jurisdicción Militar**, remitiendo todas las actuaciones a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, siendo contra esta decisión contra la que se interpone la demanda de amparo.

El punto esencial de la demanda de amparo no es otro que el de sostener que la jurisdicción militar es una jurisdicción especial y que, en todo caso, frente a la violación de los derechos fundamentales, corresponde, exclusivamente, a la jurisdicción ordinaria, sin que puedan ser excluidos de ella los miembros de la Guardia Civil.

De tal planteamiento, las demandas vienen a centrarse en un punto principal, o incluso en alguna de ellas, exclusivo, como señala la STC en su P.J. 7, que no es otro que el de lesión del derecho al **juez ordinario predeterminado por la ley**, que en su esencia supondría tanto como debatir si el juez militar, a los efectos del art. 53.2 es competente y ordinario para la protección de derechos fundamentales a través del procedimiento que en él mismo se fija y si, no siéndolo, se habría lesionado como precepto directamente susceptible de amparo —art. 24.2 CE— el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en el sentido en que la jurisprudencia constitucional lo ha venido interpretando.

Para el TC le es suficiente, en este caso, recordar que es conforme a la Constitución aplicar el régimen disciplinario militar a la Guardia Civil, en primer lugar y que, en segundo término, aun cuando vuelva a ser el punto principal del debate que «es conforme a la Constitución atribuir a determinados órganos de la jurisdicción militar la competencia para conocer de las reclamaciones por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito castrense y, concretamente, en la materia disciplinaria militar, lo que supone atribución de la tutela judicial prevista en el art. 53.2».

A tal efecto —parte de la STC 113/1995— cuyo proceso estaba en tramitación cuando se insta la demanda de amparo que finalizó por la STC 161/1995, para reiterar cuanto en ella se ha dicho si bien reforzando los argumentos justificativos de la competencia castrense en el ámbito en que el proceso de amparo se ha movido.

Así, en el P.J. 7, citado, en el último de sus párrafos, entre otras cosas, dice:

«...este Tribunal, en su Sentencia 194/1989, sentando una doctrina luego confirmada por las SSTC 44/1991 y 106/1992, ha declarado que, si bien no todo ilícito cometido por un guardia civil ha de quedar atribuido a la esfera

castrense, la naturaleza militar del Instituto, «si obliga a afirmar que las sanciones disciplinarias impuestas a un guardia civil, como en el caso que nos ocupa, por faltas tipificadas en el art. 9.15 de la L.O. 12/1985 sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y su coordinación de un Instituto armado de naturaleza militar y estructurado jurídicamente (art. 33 L.O. 2/1986) pertenece al ámbito castrense (art. 117.5 CE)».

La interpretación del TC, como se advierte, se produce en un sentido estricto de la apreciación del problema, y dentro del ámbito que en la misma decisión jurisdiccional se produce, y dentro de ese campo, y sólo dentro del mismo, el juego del precepto contemplado en la STC 113/1995 en relación con el 53.2 de la CE.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la previsión constitucional del art. 53.2 no entraña una necesaria correlación con la Ley 62/1978, sino que el legislador, atendiendo a los principios procesales que en el precepto se establecen, puede conferir la protección judicial allí postulada, a cualquiera de los órganos jurisdiccionales que la propia Constitución contempla, con el límite lógico derivado del propio art. 117.6, según el cual «Se prohíben los Tribunales de excepción» puesto que prohibidos, en modo alguno queda libertad de determinación para el legislador ni para crearlos, conformarlos, ni mucho menos atribuirles competencia alguna, particularmente tratándose de protección de derechos fundamentales. Lo que en modo alguno puede hacerse, por otro lado, es calificar a los tribunales del orden jurisdiccional militar como tribunales especiales —apreciación contraria al art. 117.5— ni en modo alguno entenderlos como tribunales de excepción.

Insistimos: en manos del legislador está, de una vez por todas, afrontar el problema, que parece temerse, de dar cumplimiento al imperativo constitucional que se consagra en el art. 53.2 CE.

**Ex-fiscal jefe ante el Tribunal Constitucional. Doctor en Derecho. Profesor de Universidad*

Notas

1. Vid. Mariano Puerto, M. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*. T. II, Madrid, 1991, pág. 22 y ss.

2. *Op. cit.* anterior, pág. 59 y ss. con amplio estudio de cuanto afecta a la Ley 62/1978, al que nos remitimos.

3. Vid. nuestros estudios «Reflexiones en torno a quince años de actuación del Tribunal Constitucional», en *ECONOMIST & JURIST*, enero-marzo 1995, pag. 50 y ss. y «Los riesgos de desprotección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas», en *ECONOMIST & JURIST*, julio-septiembre 1995, pág. 43 y ss., a través de los que se ponen de manifiesto los diversos problemas y situaciones conflictivas, por lo menos en principio, a que está conduciendo el no desarrollo normativo oportuno, de las previsiones y mandatos del art. 53.2 de la Constitución.

La inconstitucionalidad del art. 58.2 de la Ley General Tributaria

Tulio Rosemuj*

INDICE

1. El art. 58.2 e) LGT.
2. La potestad punitiva.
3. La potestad punitiva es única.
4. La vulneración de la presunción de inocencia.
5. La indefensión.
6. Los derechos humanos y la fiscalidad.
7. Conclusión.

1. El art. 58.2 e) LGT indica que, en su caso, forman parte de la deuda tributaria las sanciones pecuniarias. En Auto de 28 de febrero de 1996 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se advierte sobre la posible inconstitucionalidad del artículo mencionado en relación con el derecho constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24.1), presunción de inocencia (art. 24.2) y prohibición de indefensión (art. 24.1) «por cuanto en las normas cuestionadas» se incluyen las sanciones tributarias propias del Derecho Sancionador con conceptos típicos de Derecho Tributario».

2. La potestad punitiva

Uno de los temas más difíciles es el contenido dogmático de la potestad pública punitiva. Por un lado, hay quienes pretican la imposibilidad de establecer la unidad del concepto por falta de situación jurídica subjetiva activa o, mejor dicho, porque la dicha potestad es variable y son múltiples sus manifestaciones y comportamientos consentidos al que la ejerce¹. Por otro, y más persuasiva, se afirma que la potestad punitiva bien puede configurarse como situación jurídica subjetiva activa, una aptitud reconocida y habilitada en ciertos órganos o funciones por el ordenamiento jurídico para que actúe los comportamientos que la propia norma permite.

El surgimiento de una transgresión, cualquiera que sea, implica en el Estado la potestad pública de sanción, que siendo única, tiene manifestaciones plurales y diversas, y su contenido es libre, o sea, no aparece predeterminado como el derecho subjetivo².

La sanción expresa el «ius puniendi» cuya expresión puede transitar por la vía penal como por la administrativa (ex. art. 25 C.E.). La situación jurídica activa del «ius puniendi» del Estado es única y su ejercicio adorna y permea el ordenamiento jurídico en su conjunto, sin excepciones.

Ejemplo de esto es la Ley 30/92 de 26 de noviembre, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, donde, como bien se afirmó en el Auto, los principios de la potestad sancionadora derivan claramente del Derecho Penal, así como los principios del procedimiento sancionador.

El «ius puniendi» es una potestad pública, situación jurídica activa, que a consecuencia de algo que el ordenamiento jurídico fija como infracción, legitima la actividad sancionadora y penalizante; pero, siempre bajo los principios y caracteres que ilustran las garantías penales que tutelan los derechos de los ciudadanos, y las exigencias de justicia que encuentran su cobijo en valores de protección penal. Y esto, también, se aplica a la potestad sancionadora tributaria³.

3. La potestad punitiva es única

La punitión no es, entonces, derecho tributario en sentido estricto, salvo por materia, sino la proyección de la más genérica potestad punitiva del Estado en su ámbito de aplicación y conforme al objeto que le es propio.

La infracción tributaria es, con carácter general, un comportamiento o conducta ilegal. La infracción tributaria, en particular, es el comportamiento que viola la ley tributaria. La conducta legal trae como consecuencia la sanción, el reproche por el mal comportamiento fijado en la ley.

La sanción tributaria, como cualquier otra prevista en el ordenamiento jurídico implica alicción. No se trata de reparar el daño causado mediante indemnización o resarcimiento (v.g. intereses de demora). Al contrario se castiga al infractor como consecuencia de su conducta ilegal, sin el propósito de restablecer el derecho vulnerado o resarcir el daño que se provoca.

La infracción tributaria expresa el «ius puniendi» del Estado y en su disciplina no puede alejarse de los principios de garantía que se desprenden del dispositivo constitucional.

Esto significa exigir, como señala Pietro NUVOLEONE que, en cualquier campo, «del homicidio a la defraudación tributaria, las normas penales, no violen las garantías que en un Estado de Derecho, deben salvaguardar a los ciudadanos responsables de un delito...»⁴.

4. La vulneración de la presunción de inocencia

La sanción es, por definición, extraña a la cuota tributaria y, por tanto, difícil-

mente puede formar parte de la deuda tributaria. Los argumentos jurídicos contenidos en el Auto reseñado son claros y contundentes. La ejecución de la deuda tributaria, en caso de liquidación administrativa, conlleva, de acuerdo al artículo 58.2 LGT la simultánea ejecución de sus componentes, entre los que destaca la sanción tributaria. Y, por razón jurídica de garantía constitucional resulta que no puede confundirse lo inconfundible ni asimilarse lo que es ajeno: la sanción evidencia la actividad punitiva del Estado y la deuda tributaria resulta la consecuencia de la realización del hecho imponible y los deberes patrimoniales principales y accesorios que le siguen.

La falta de pago de la deuda tributaria supone la ejecución de la misma incluida la sanción. «Ello producirá una clara vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 24.2) pues, en este caso, la Administración tributaria establece una presunción de culpabilidad del sujeto pasivo a quien no se le ha reconocido la posibilidad de reaccionar contra la imposición de la sanción».

Es propio del Estado de Derecho y de las disposiciones constitucionales que le regulan que, hasta prueba en contrario, hay presunción de inocencia: es la culpa y no la inocencia la que debe ser demostrada y es la prueba en el procedimiento legal previsto lo que constituye el objeto del mismo⁵.

5. La indefensión

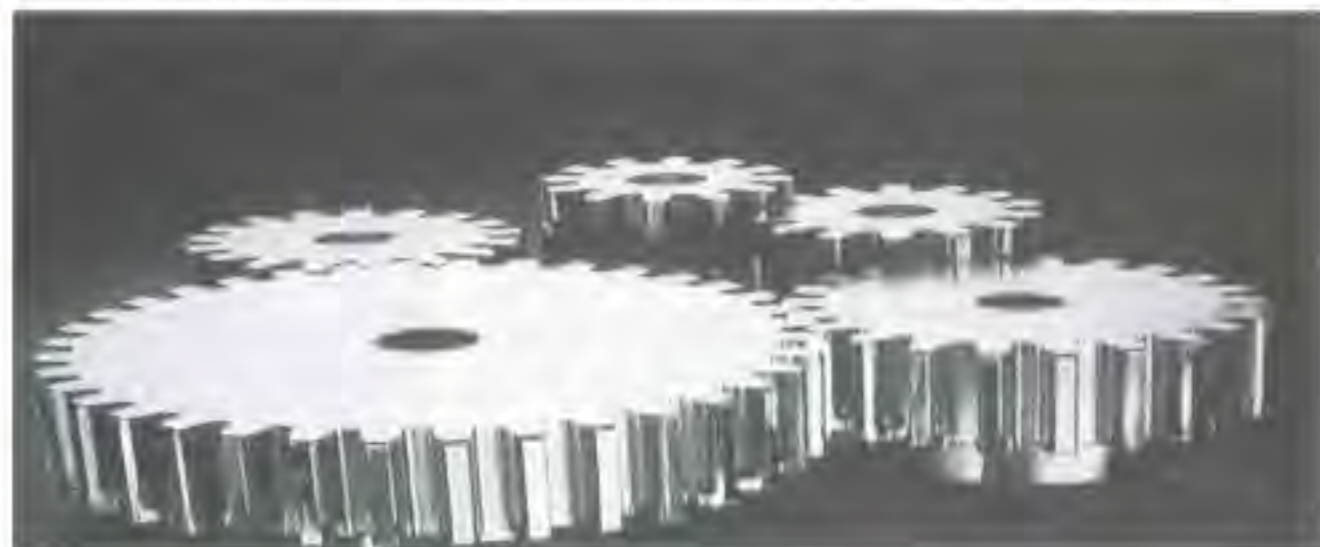
El Auto, que se señala, halla en el artículo 58.2 LGT no sólo evidencia de vulneración de la presunción de inocencia, sino, también de indefensión. En elec-

to, la propuesta de sanciones por el inspector actuante, en el mismo trámite procesal de regularización de la situación tributaria, «pues la sanción se impone a la misma velocidad de redacción del acta», desarma de licitud el principio acusatorio, que proclama la separación entre quien juzga y acusa y, también, el principio del contradictorio, o de defensa en juicio⁶.

Razonablemente, el Auto postula que la actuación inspectora pueda indicar la infracción; pero que sea mediante otro procedimiento distinto (y a cargo de otros órganos) donde se determine la sanción; la separación del procedimiento liquidador del procedimiento sancionador, como defiende la mejor doctrina⁷.

Por último, el Auto observa la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, en cuanto resulta posible que se ejercite la sanción —integrada en la deuda tributaria— antes que sea firme, ya que la Administración tiene, como autotutela, la ejecutoriedad del acto administrativo (incluida la sanción), con lo que impide al ciudadano su medio de defensa ante la jurisdicción contenciosa, porque, si hay ejecución, es global y total y no por conceptos.

Parece elemental admitir que no puede existir Derecho por si una de las partes carece de oportunidad de defensa y sus facultades aparecen minusválidas ante el despliegue de la Administración. Sin esta equiparación entre la acusación y el ciudadano y la tutela a éste para que pueda utilizar los medios y recursos legales disponibles, no puede hablarse de protección judicial efectiva, ya que el desequilibrio entre las partes denuncia el resultado final antes que se verifique la defensa en juicio.



Naturalmente, así no se toman en debida consideración los derechos fundamentales de las personas en la actuación punitiva del Estado, sea penal o administrativa; olvidando la norma fundamental o, por si acaso, la Convención Europea de los Derechos Humanos.

6. Los derechos humanos y la fiscalidad

El Auto de la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya coincide con la orientación que se impone en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, poco a poco, penetra en el núcleo duro de la arbitrariedad del ejercicio de la potestad de imposición en los Estados miembros. Vaya por delante que la Administración puede, y de hecho lo hace, valorar los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el desborde, la extralimitación y el abuso de poder de supremacía que ostenta conforme a la ley.

6.1. Sentencia FUNKE de 25-2-1993 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
El artículo 6.1 y 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos establecen:

1. Toda persona tiene derecho a que su juicio sea realizado equitativamente, públicamente y en un período de tiempo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá, sea sobre sus alegaciones sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.

La particularidad del caso «FUNKE» radica en que extiende el concepto de «acusado» al procedimiento administrativo aduanero, estableciendo que también le es aplicable el principio general de derecho sancionatorio, en cuya virtud nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni a colaborar a su acusación, por lo que se vulnera el artículo 6.1.

La potestad punitiva es única y su proyección pública sobre el ordenamiento jurídico implica, correlativamente, la de los principios materiales y formales que encaucen las garantías del ciudadano ante la pena aflictiva, sea penal o administrativa.



6.2. Sentencia BENEDEJUN de 24-2-1994 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal no se demora en la denotación de las normas, atendiendo, sobre todo a su finalidad punitiva y no meramente resarcitoria, y ello en el campo estrictamente tributario. La naturaleza sancionadora, preventiva y represiva, de las normas tributarias impugnadas, la tienen de «coloración penal», otorgando a la acusación administrativa un «carácter penal» y, por tanto, necesariamente sometida a las delimitaciones del artículo 6.1 que debe aplicarse, como argumentaba el contribuyente.

7. Conclusión

Un asterisco merece la STC 241/1991 porque la evolución de la jurisprudencia contentada indica que:

— Los principios inspiradores del orden penal son siempre de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador.

— La recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho Administrativo sancionador debe proceder de forma automática, porque las garantías del acusado o imputado son idénticas, si hay finalidad represiva y ejercicio del ordenamiento punitivo del Estado.

La cuestión de inconstitucionalidad del artículo 56.2 LGT que plantea la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en relación a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) y presunción de inocencia (art. 24.2 CE) representa un sólido paso adelante en el perfecciona-

miento técnico del derecho tributario, frecuentemente dominado por la tentación intimidatoria, aun cuando ello suponga anclarse en posiciones teóricas superadas y, a la postre, inconstitucionales. Pero, aún más, significan un estímulo a los ciudadanos para que no cedan ante la Administración cuando perciban que se atenta contra los derechos fundamentales. En este sentido, la resolución judicial cumple, además, una función didáctica cívica, digna de encomio.

1. GUARISO, *Provee giudiciale diritto soggettivo*, Rass. Dir. Pubbl., 1949, 243 y sigs.

2. VASSALLA, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

3. «Las normas sancionadoras del Derecho Penal Tributario no son parte del Derecho Tributario propiamente dicho; es un conjunto de disposiciones que se vinculan con el Derecho Tributario, pero, esencialmente, constituyen un derecho sancionatorio. Podríamos decir más: es un derecho penal y tiene peculiaridades propias. Véase JAVIER GARCÍA SERRA, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Buenos Aires, 1957, T.I., pág. 28.

4. *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, AA.VV.

5. Es el principio de jurisdiccionalidad: *nulla culpa sine iudicio*. FRAKTOU, *Derecho y Razón*, Madrid, 1993, pag. 549.

6. FERRARIS, *op. cit.*, pág. 93: «condición esencial de imparcialidad», que implicaría configurar el procedimiento de sanción como una relación triángulo, no bilateral como ahora, distinguiendo entre el acusado, el defensor y el tercero quien se coloca super partes.

7. SOLAZ BOIX, M.T., *Deberes Tributarios y Derechos Humanos*, Técnica Tributaria, n.º 30, 1995.

**Catálogo de Derecho Financiero y Tributario*

FISCAL

La denegación administrativa de auxilio a la justicia: art. 113 de la Nueva Ley General Tributaria (Ley 25/95 de 20 de julio)

Umberto Callieri Baquerizas*
Daniel Vallés Godla*

La promulgación por el legislador de la Ley 25/95 de 20 de julio, modificando parcialmente la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, va más allá de las expectativas que respecto al art. 113 podrían inicialmente pronosticarse, pues si bien, el meritado precepto, no niega la colaboración de la Administración Tributaria con los órganos jurisdiccionales, ésta queda limitada al ámbito de la investigación o persecución de los delitos públicos; esto es, *deniega sistemáticamente la colaboración con los jueces y Tribunales del ámbito civil, mercantil y laboral*.

El legislador, en esta ocasión, obviando el rango normativo constitucionalmente establecido, ha vulnerado nuevamente las normas constitucionales. Así, el art. 118 de la Norma Magna establece: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto»; precepto, entendemos, que queda desvirtuado a tenor del contenido literal y sobre todo de la práctica que están haciendo las Agencias Tributarias del art. 113 de la Ley 25/95 de 20 de julio.

Todo ello sin perjuicio del derecho fundamental de la persona recogido en el art. 18 de la Constitución, y por desarrollo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de «Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 7.4), cual es el derecho a la *intimidad personal*, pero que entendemos no quedaría vacío de contenido si el legislador hubiera precisado más su redacción en el art. 113, ya que la colaboración de la

Administración Tributaria con los órganos jurisdiccionales civiles y laborales no supone, en ningún caso, la cesión de datos que atenten a la intimidad personal de los contribuyentes. Así, el propio artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, autoriza la revelación de estos datos siempre que estén autorizadas debidamente (8.1. *No se reputarán, con carácter general, intrusiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley...*).

Del mismo modo, la Ley de Protección de Datos Informáticos (Ley Orgánica 5/992), que desarrollando el art. 18.4 de la Constitución, en su art. 11.2.d) establece que *los datos de carácter personal sólo podrán ser cedidos... con el previo consentimiento del afectado, salvo que la cesión tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los jueces o Tribunales*, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas.

Resulta sorprendente que la vigente Ley General Tributaria no autorice la entrega de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria cuando éstos sean solicitados por los juzgados y Tribunales de la jurisdicción civil y laboral, y sin embargo autorice la comunicación de los mismos a otras Administraciones tributarias, a la Tesorería General de la Seguridad Social e incluso a otras Administraciones públicas, evidenciando un trato discriminatorio respecto a la Administración de Justicia, que no existe respecto de las Administraciones dependientes del Poder Ejecutivo.

Si la fundamentación de este art. 113 es preservar el secreto de datos e infor-



mes tributarios del contribuyente, es evidente que los mismos no debieran cederse a ninguna Administración, o en cualquier caso, de cederse éstos, debería hacerse en favor de la Administración de Justicia, cuyos componentes (Jueces y Magistrados), están más capacitados para poder discernir acerca de la necesidad y conveniencia o no de revelar los datos del sujeto contribuyente. Pues, ¿quién nos asegura que un empleado público, más aún si es un contratado laboral, de la Administración Tributaria, no revelará los datos que pueda obtener de la base de datos de los ordenadores centrales de su Administración?

La vulneración que el citado art. 113 hace de la legalidad vigente, no se circunscribe únicamente al ámbito constitucional; puesto que el legislador, desatendiendo lo preceptuado en el art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jerarquía normativa constitucionalmente establecida, libera a la Administración Tributaria de sus obligaciones de colaboración con la jurisdicción civil.

La inconstitucionalidad del citado precepto, por quebranto de la normativa constitucional y del principio de jerarquía normativa es a nuestro entender difícilmente cuestionable, pero quizá más sangrante es la interpretación y aplicación que desde las Agencias Tributarias se está haciendo del art. 113 de la Ley 25/1995.

En efecto, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 25/1995 General Tributaria, las Agencias Tributarias, primero de Madrid, luego de Zaragoza y con posterioridad de toda España, seguramente movidas por un interés común, han procedido a negar sistemáticamente la colaboración con los Juzgados y Tribu-

nales de la jurisdicción civil y laboral, mediante el despacho de unos «modelos» dando contestación a los oficios librados por los Jueces solicitando auxilios judiciales; modelos que en ocasiones carecen de fundamentación alguna.

En los escasos modelos de contestación de las Agencias Tributarias en los que la denegación al auxilio judicial si es objeto de razonamiento jurídico, la no cooperación con la Administración de Justicia se fundamenta en «entender que una interpretación literal del artículo 113 L.G.T. conduce a una de las excepciones legales a que hace referencia el artículo 17 de la L.O.P.J.».

Ciertamente no compartimos dicha interpretación literal que, en cualquier caso, deberá ser restrictiva al limitar derechos constitucionales tales como el auxilio judicial y la tutela efectiva.

La aplicación literal que desde las Agencias Tributarias se está haciendo del cuestionado precepto vulnera sistemáticamente los derechos de los acreedores que intentan recuperar sus créditos morosos, los derechos de los trabajadores que intentan resarcirse de sus deudas laborales, los derechos a pensiones entre cónyuges y a favor de los hijos en sede de procesos matrimoniales tales como separaciones o divorcios, etc.

Pero, por contra, los privilegios de la Hacienda Pública, que no conocen límite alguno, no encuentran cortapisa en su afán recaudatorio.

Ya de por sí, la propia Administración de Justicia ha venido delimitando, al conceder en puntuales ocasiones, la eficacia de la facultad legal que la Ley de Ritos otorga en sede del último párrafo del art. 1.455, el literal del cual establece: «si el ejecutado no designare bienes

o derechos suficientes sobre los que hacer la traba, podrá el Juez, a petición del ejecutante, dirigirse a todo tipo de registros públicos, organismos públicos y entidades financieras, a fin de que faciliten la relación de bienes o derechos del deudor de que tengan constancia», conferida al acreedor embargante, facultad, que con la nueva redacción del art. 113 y la interpretación y aplicación que del mismo se está haciendo desde las Agencias Tributarias, queda en buena medida vacía de contenido.

Quizás hubiera sido más acorde a la legislación vigente y a la práctica procesal cotidiana, una redacción más precisa del art. 113 de la Ley 25/95, permitiendo la cesión de datos a la jurisdicción civil y laboral, y otorgando a los miembros de la judicatura la facultad de decisión sobre la pertinencia o no de aportar los datos cedidos a los Autos de su razón, o de limitar los datos a facilitar a las partes del proceso, todo ello con apercibimiento de las posibles sanciones que pudieran imponerse por el uso indebido de la información cedida por la Administración Tributaria.

Habida cuenta que parece insospechable, que el legislador modifique el contenido del meritado artículo 113 de la Ley 25/95, las Agencias Tributarias, desviándose de la línea seguida hasta la fecha, podrían dar solución a esta falta de cooperación con la Administración de Justicia exigiendo el detalle preciso de los datos del contribuyente en cuestión sin atender a los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente reconocidos.

*Abogado AUM - LAWTOP

MERCAANTIL

¿Anónima o Limitada?: Ventajas e Inconvenientes

Pedro Brosa Ballesteros*

1. En contra de la desregulación

La Ley 2/1995 de 23 de marzo aprobó la nueva configuración legal de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Este tipo de sociedades, bajo cuya forma jurídica se han amparado muchas pequeñas y medianas empresas españolas, tuvo un enorme incremento a partir de 1989, cuando el legislador español modificó la regulación de las Sociedades Anónimas para adaptarla a las Directrices Comunitarias, si bien sobrepasando con exigencias propias el rigor de las mismas.

En aquel momento, según datos del Registro Mercantil Central, la mitad de las Sociedades Anónimas existentes se transformaron en Limitadas. ¿Por qué? Sencillamente, el empresario cambiaba de forma social en busca de mayor oxígeno, en busca de la «desregulación» real, de la que hoy tanto se habla y preconiza.

En efecto, la nueva Ley de Sociedades Anónimas contaba con 310 artículos, mientras que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, entonces vigente, tenía sólo 32, con algunas pocas remisiones a la normativa de las Anónimas. No hubo otra razón práctica que justificara un número tan importante de transformaciones, a pesar de cuanto pudieran argumentar doctrinarios y legisladores.

Pero lo que después iba a ocurrir se veía venir, ya. Hoy la nueva Ley de Sociedades Limitadas tiene 129 artículos y, contando las remisiones directas a los preceptos de la Ley de Anónimas que completan su cuerpo legislativo, pasan largamente de 200 los artículos que les son aplicables. La desregulación y el oxígeno se han evaporado. La nueva «pequeña anónima», como la Ley, según su exposición de Motivos, no quiere que sea considerada, se aparta enormemente de su regulación anterior. Veamos como queda configurada.

2. Características de la nueva S.L.

De los primeros artículos del texto se desprende que la Sociedad Limitada es

«aquella en la que el capital, no inferior a 500.000 Ptas., y totalmente desembolsado, está dividido en participaciones sociales, que no pueden incorporarse a títulos valores, que se integra por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales y que, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil».

Según su Exposición de Motivos las principales características que la definen son:

a) Ser una sociedad híbrida. Deben convivir en armonía elementos capitalistas y personalistas. Pero de hecho, se basa en el patrón de las anónimas, trasladándole, íntegra o parcialmente, amplísimos aspectos de su normativa. Y para conseguir el carácter híbrido que la diferencia se le añaden artificialmente, elementos y responsabilidades personales, sin demasada justificación teórica ni práctica, con el fin de que resulte un producto distinto, el cual presumimos que va a ser problemático y difícil de digerir en algunos puntos tanto para los socios como para los administradores.

b) Es una sociedad cerrada. Porque, dada la importancia de la consideración personal que en ella tiene el socio, se considera esencial poder cerrar la entrada a socios nuevos no deseados, restringiendo la transmisibilidad de las participaciones y siendo nulos los pactos estatutarios que hagan prácticamente libre su transmisibilidad. Aunque tampoco este cierre personal a la entrada de terceros resulta un rasgo exclusivo y definitorio de este tipo de sociedades, desde el momento que en las Sociedades Anónimas se puede obtener el mismo resultado a través de pactos estatutarios de sindicación, siempre que las acciones sean nominativas.

c) El régimen jurídico de estas sociedades es más flexible que el de las anónimas, con el fin de dar más juego a la autonomía de la voluntad. Esto es cierto sólo en parte, cuando se trata de regular el régimen político de la

misma (Órganos Sociales, voto, derechos de separación y exclusión, etc.) en los que estatutariamente puede darse más preeminencia a la consideración personal del socio que al capital. Pero no lo es en el régimen económico (aportaciones, aumentos y reducción de capital, autocartera, operaciones financieras, etc.), el cual se ve sometido a muchas más limitaciones, condiciones y responsabilidades que las previstas para las anónimas. En cualquier caso, el ámbito de flexibilidad que otorga la nueva Ley resulta mucho menor que el que otorgaba hasta ahora la Ley de 1953.

Y es que, una vez más, comprobamos que, para desarrollar la sociedad liberal, el libre comercio y el Estado de las Libertades, es preciso regular, prohibir, legislar...

2. La actitud del legislador

El legislador, después de haber suprimido para estas sociedades los topes máximos de cincuenta millones de capital y cincuenta socios que imponía la Ley de 1953, se empeña en seguir mirando y

tratando a las Sociedades Limitadas sólo como la fórmula idónea para albergar modestas iniciativas empresariales. Se olvida que las limitadas pueden también ser sociedades de gran capital, con cifras superiores a los 1.000, 10.000 o 20.000 millones de pesetas de recursos propios. Se olvida, por ejemplo, de las grandes GmbH alemanas, verdaderas empresas familiares de ámbito multinacional, que nada obsta para que pudieran también desarrollarse en España bajo una legislación que les resultase idónea.

El legislador tiene miedo de una empresa a la que le ha permitido nacer con un capital de sólo 500.000 Ptas., y la configura claramente como una sociedad «tutelada» o, si se quiere, de «segundo grado», con posibilidades operativas inferiores a las de las sociedades anónimas: con prohibiciones o limitaciones a su actuación (por ejemplo prohibición de autocartera, de emisión de obligaciones, de créditos a los socios, etc.) cualquiera que fuere la cifra de patrimonio o de capital que tuviera, por el simple hecho de ser Sociedad Limitada. No alcanzamos a entender la razón de semejante absurdo: cuando lo razonable sería pen-

sar que toda esta gama de operaciones se condicionaran exclusivamente a razones de solvencia económica de la empresa, pero no al tipo de sociedad.

El legislador desconfía del socio y del administrador de estas sociedades. Es como si, por principio, tuvieran que ser menos capaces o menos responsables en su gestión que los correspondientes a la sociedad capitalista por autonomía. Y por ello, si bien les releva de ciertos trámites y formalidades, si bien prescinde de ciertos controles externos, como, es por ejemplo, el caso del Informe de experto para las aportaciones no dinerarias, lo hace a cambio de aumentar sus responsabilidades personales, conjunta o individualmente, o de imponerles obligaciones frente a los acreedores (por ejemplo, casos de aportaciones no dinerarias, de reembolso de participaciones, de liquidación social, etc.). El alcance de tales responsabilidades personales, sea a veces de forma absoluta, o en otras de modo temporal, transgrede abiertamente el principio fundamental de la limitación de responsabilidad por las deudas sociales, por aquello de que la limitada «tiene que tener conceptualmente rasgos de

sociedad personalista, pues de lo contrario ya no sería híbrida, ya no sería nada. Hasta tal punto esto es así que algún docto catedrático se está preguntando ya si se pueden seguir llamando, en verdad, «limitadas».

Todo este conjunto de prohibiciones operativas y de responsabilidades extemporáneas, plantearán serias dudas sobre la conveniencia de adoptar o mantener para el futuro esta forma social, por más que se empeñe el legislador en la Exposición de Motivos en justificar tal tratamiento jurídico como manifestación inherente a los caracteres personalistas de este tipo de sociedades. No crea que al empresario se le pueda convencer con doctrinarios trasnochados.

4. Las ventajas de la nueva Ley

Como contrapartida a este trato riguroso en el ámbito económico (ha ofrecido el legislador ventajas reales que puedan aportar aspectos atractivos a esta forma social?

A nuestro juicio, las principales ventajas de las Sociedades Limitadas a tener en cuenta en el momento de replantearse la elección de la forma social, se derivan de las siguientes consideraciones:

- Del amplio margen de su posible regulación estatutaria, que permite, a través de los Estatutos, escapar del régimen legal sustitutivo previsto en la Ley, adaptando su normativa reguladora a la voluntad expresada por los socios. En 66 ocasiones el legislador se remite a los Estatutos, bien otorgándoles libertad de previsión, bien permitiéndoles que organicen la sociedad de modo distinto a lo por él previsto.
- De la mayor simplificación de requisitos y formalidades para ciertos actos respecto a lo exigido para la anónima. Por ejemplo: un solo tipo de Juntas Generales, menor número de publicaciones, menor intervención de expertos independientes, supresión de quorums de asistencia o de segundas convocatorias para las Juntas, menos informes de administradores, etc.
- De la posibilidad de que en temas importantes se atienda más a consideraciones personales de los socios que a la proporcionalidad estricta de los derechos con el capital. Así, por ejemplo, cabe que los Estatutos regulen las participaciones con voto plural, que los Administradores no

se rijan por el sistema proporcional, que el derecho a los dividendos o a las cuotas de liquidación no sean proporcionales a las participaciones si así se acuerda, etc.

En general, puede decirse que en las nuevas sociedades limitadas el régimen económico será menos operativo, el de responsabilidades más severo y el régimen político más flexible.

5. La importancia de los Estatutos

De todo ello se desprende la enorme importancia que para la nueva Ley van a tener los Estatutos, el cuidado que habrá que poner en su redacción, adaptación o modificación y apurando al máximo la regulación propia las previsiones posibles.

En la nueva Ley aparecen superpuestos tres sistemas de regímenes de regulación distintos:

1.º Un régimen legal o «imperativo», que afecta a cuestiones definitivas de la forma jurídica o bien a temas importantes sumamente sensibles, que resultan de obligado cumplimiento y contra el cual nada valen las disposiciones estatutarias o los pactos sociales. Son por ejemplo, los que afectan a la imposibilidad absoluta de la libre transmisibilidad de las participaciones, a las interdicciones en el régimen económico, o a las responsabilidades de socios por aportaciones no dinerarias y por deudas sociales en casos de restitución de aportaciones con reducción de capital, separación o exclusión de socios (5 años) o por cuota de liquidación (indefinita).

2.º Un régimen «sustitutivo», amplio y diverso, regulado por la Ley, a veces de forma caprichosa o peligrosa (por ejemplo, el relativo a la transmisión de participaciones) que resultará de aplicación sólo cuando los Estatutos no hayan previsto otra cosa.

3.º Un régimen de «discrecionalidad», para todos aquellos aspectos no previstos por la Ley, y que no se opongan a la misma, los cuales podrán ser regulados libremente por los Estatutos. Se dan en supuestos variados y dispares. A título de ejemplo podemos citar: los quorums de asistencia a las Juntas, las ventajas de fundador, los dividendos o cuerdas, el nombramiento no proporcional de administradores, etc.

Finalmente digamos que, a diferencia de la Ley anterior, la actual prescinde de cualquier referencia a ningún régimen supletorio legal para llenar las lagunas de su regulación. Ni la Ley de Socie-

des Anónimas ni cualquier otra Ley mercantil especial tendrán este carácter. Sólo los preceptos generales sobre sociedades del Código de Comercio o del Código Civil, por su naturaleza, podrán aportar criterios interpretativos.

6. ¿Por qué forma social decidirse?

Como el lector puede imaginar, es dilema que nos planteamos al principio no da sólo para un artículo, sino para un libro entero. Pero las insalvables limitaciones de espacio obligan a concluir sin haber podido realizar un examen minucioso de todos los aspectos y problemas que va a suscitar la nueva Ley. En cuadros anexos a este trabajo se aportan esquemáticamente algunos detalles informativos más que pueden ayudar al lector a vislumbrar su alcance en una primera aproximación de urgencia.

La Ley ya entró en vigor el uno de junio de 1995 y se aplica ya a todas las Sociedades Limitadas, aunque no hayan modificado todavía sus Estatutos. Por tanto, éstos ya no serán válidos o se considerarán inexistentes en cuanto se opongan o contradigan a lo dispuesto en la misma, situación de la que conviene apartarse cuanto antes para evitar confusionismos y para modular en lo posible a nuestra conveniencia el régimen legal sustitutivo y el discrecional. Pero convengamos que la nueva Ley va a plantear nuevamente a muchísimos empresarios españoles la disyuntiva de qué opción jurídica elegir para su sociedad en el futuro: (Anónima o Limitada?)

La decisión no es fácil. Y así debió entenderlo el mismo legislador cuando ha dado un plazo sorprendentemente largo, de tres años, para adaptar los Estatutos de las actuales sociedades limitadas a los preceptos de la nueva Ley.

Y como siempre ocurre y, además, es lógico, no existe, ni puede haber, una respuesta (incuestionable a este dilema. Dependerá de un riguroso análisis de todos los aspectos que deben ser considerados y de la valoración de opciones que realice en cada caso el empresario. Aunque me temo que de nuevo, —tal vez obedeciendo a un inconsciente o secreto deseo del legislador—, el Registro Mercantil Central volverá a constatar otro importante movimiento migratorio. Esta vez desde la forma de Sociedades Limitadas hacia el cauce de las Anónimas, nominativas y sindicadas.

*Aguado

SU DINERO EN 10 MINUTOS A TODO EL MUNDO

MoneyGramSM

YOUR MONEY IN 10 MINUTES WORLDWIDE

MoneyGramSM es un servicio internacional de giros persona a persona para obtener efectivo con el fin de continuar unas vacaciones, apoyar a los hijos que están fuera o realizar negocios con el extranjero.

Con MoneyGramSM su dinero está disponible en su destino en tan sólo 10 minutos, sin la necesidad de poseer cuentas corrientes ni tarjetas de crédito. Más de 18.000 puntos MoneyGram en más de 80 países están a su servicio.

•U.S.A. •INGLATERRA •IRLANDA •AUSTRALIA •CANADÁ •JAPÓN •FRANCIA
•ALEMANIA •ITALIA •TAIWAN •SINGAPUR...

MONEYGRAM EN BARCELONA:

- Ramblas, 45 ☎ 412 54 78
Metro Drassanes frente Plaza Ivell
- Ramblas, 85 ☎ 412 29 02
Metro Liceu
- Ramblas, 130 ☎ 268 11 09
Metro Plaza de Catalunya
- Avd. de la Catedral, 1 ☎ 412 18 44
Frente Catedral esquina Capellans
- Estación de Sants ☎ 491 45 37
Junto salida nº7 a Joan Peiro



ATENDEMOS 7 DÍAS
A LA SEMANA
DE 9:00 A 22:00

INFÓRMESE 901 20 10 10

PRINCIPALES DIFERENCIAS EN EL REGIMEN ECONOMICO

Concepto	Sociedad Limitada	Sociedad Anónima	Est.
CAPITAL (4) Cuarta (4) Desembolso (4) Autorizada (4)	Participaciones no son títulos valores. 500.000. Integra. No es posible.	Acciones... Si lo son. Amortaciones en cuenta. 10.000.000. 2.500.000 + parciales. Si es posible.	
APORTACIONES NO DINERARIAS (20 y 21)	No precisa informe de experto independiente. Pero hay responsabilidad solidaria de todos los socios, exigible por Administradores, socios (5%), y acreedores en caso de insolvencia, salvo que se sometan voluntariamente a valoración pericial.	Informe de experto.	*
AUMENTO DE CAPITAL Contravalor: (74)			
* Compensación créditos.	* Líquidos y exigibles. * Informe Administrador. * Responsabilidad socios y Administradores.	* Sólo el 25% líquido y exigible. * Certificado auditor.	
* Aportaciones no dinerarias.	* Informe Administrador. * Responsabilidad socios y Administradores.	* Informe experto.	
* Con cargo a reservas.	* Todas.	La legal, no.	
Derecho de ascensión preferente (75), salvo absorción de sociedad o patrimonio escindido.	Proporcional a favor socios. Segunda vuelta entre socios. Adjudicación directa por los Administradores a terceros.	Proporcional a las acciones y a las obligaciones convertibles. Oferta pública.	
REDUCCION DE CAPITAL Por restitución de aportaciones (80 y 82)	Responsabilidad del socio por deudas sociales. 5 años. Hasta el importe de la restitución. Salvo const. de reserva indisponible. Potestad estatutaria de notificación personal a acreedores. 3 meses oposición. Devolución proporcional, salvo acuerdo unánime en contra.	Derecho de oposición de los acreedores.	*
Por compensación de pérdidas (82)	Sólo si no hay reservas de ningún tipo.	Devolución proporcional, salvo acuerdo de mayoría de los interesados cuando no afecte por igual a todas las acciones. * Cabe la posibilidad de regulación estatutaria en las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Sólo si no hay reservas voluntarias o si la legal, efectuada la reducción, no excede del 10%. No se precisa la fecha del balance.	*
	El balance dentro de los 6 meses anteriores. No hay reducción obligatoria por porcentaje de pérdidas. No se pronuncia sobre limitación al reparto de dividendos. Por tanto, puede haberlo sin volver a cubrir la reserva legal.	Es obligatorio reducir cuando el haber social es inferior a 2/3 del capital. No pueda repartir dividendos sin volver a cubrir la reserva legal.	*
AUTOCARTERA (40)	Voluntaria; no es posible ni propias ni de dominantes.	Posible de propias y de dominante con limitaciones hasta 10% capital. Constitución de reserva indisponible. El exceso debe enajenarse en el plazo de 3 años.	*
	Derivativas: posible al adquirir patrimonio por título universal, por título gratuito, por reducción de capital o por adjudicación judicial con derechos preferentes o no de los socios. Amortización inmediata, o enajenación en un año si son acciones o participaciones de la dominante.	Igual, pero tres años para enajenarlas.	*

Concepto	Sociedad Limitada	Sociedad Anónima	Est.
	Aceptación en prenda o garantía: no es posible. Asistencia financiera para la autocartera: no es posible en ningún caso.	Posible con las mismas limitaciones que para la autocartera. Es posible para facilitar la adquisición al personal.	
	Régimen sancionador por infracciones: multa a los Administradores, hasta el máximo del valor nominal de la infracción. Expediente Ministerio Economía y Hacienda.	Más duro, alcanza a Administradores y Directivos y apoderados con poder de representación. Comisión Nacional de Mercado de Valores.	
TRANSMISION DE PARTICIPACIONES (28 y 28 a 34)	Principio general: limitación a la libre transmisibilidad a terceros. Prohibidas las cláusulas que hagan la transmisión libre, o que obliguen a transmitir un número de participaciones distintas a las ofrecidas.	Principio general: libre transmisibilidad. Sólo podrán sindicarse las acciones por los Estatutos => son limitativas.	
	Si los Estatutos prevén el derecho de separación en cualquier momento, serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria inter vivos. También serán válidas las cláusulas Estatutarias que impidan la transmisión voluntaria durante un periodo de tiempo no superior a cinco años desde la constitución o aumento de capital. Transmisión voluntaria inter vivos: la regulación los Estatutos con las limitaciones anteriores.		
	En su defecto: régimen supletorio complejo basado en el consentimiento social con libertad entre socios, parientes y sociedades del mismo grupo.	Nulas las cláusulas que hagan intransmisible la acción. Sólo cabe la autorización previa social cuando los Estatutos mencionen las causas prohibitivas de la transmisión.	
DISTRIBUCION DE DIVIDENDOS (85)	Puede no ser proporcional a las participaciones si así lo establecen los Estatutos. Dividendos a cuenta. No se prevén. Entendemos que pueden preverlos los Estatutos.	Ha de ser proporcional. Se regulan ampliamente.	* *
EMISION DE OBLIGACIONES (9)	Se prohíbe absolutamente emitirlos o garantizarlos, de cualquier clase que sean.	Se permiten y regulan ampliamente.	
CREDITOS Y GARANTIAS A SOCIOS Y ADMINISTRADORES (101 y 52)	Pueden concederse a sociedades del mismo grupo. No a socios y Administradores, salvo acuerdo para cada caso de la Junta General, sin voto del interesado.	No se prevé. No existe tal prohibición.	
RESPONSABILIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SEPARACION Y EXCLUSION (103)	El socio responderá igual que en la reducción de capital con devolución de aportaciones.	No existe esta responsabilidad.	
CUOTA DE LIQUIDACION (119, 120 y 123)	Proporcional a la participación salvo Estatutos. Se paga en dinero, salvo acuerdo unánime de los socios. Restitución de las aportaciones no dinerarias si lo prevén los Estatutos. — Cesión global de activos y pasivos a socios o a terceros. Publicación en BORME. Derecho de oposición de acreedores durante un mes. — Bienes sobrevenidos, aumentan la cuota. Deudas sobrevenidas responsabilidad solidaria de los socios, hasta el importe de lo percibido.	Proporcional, salvo Estatutos. No se prevé la forma de pago ni la restitución de aportaciones no dinerarias. No se prevé.	*
SOCIOS FUNDADORES (12)	Pueden ser dos, salvo sociedad unipersonal.	Mínimo de tres, salvo unipersonal.	
PARTICIPACIONES SIN VOTO	No se prevé ni parecen posibles por el carácter personalista de la sociedad.	Se prevé y regulan (arts. 90 a 92 LSA).	
PARTICIPACIONES CON VOTO PLURAL (53.4)	Podrán preverlos los Estatutos.	No son posibles.	*

Concepto	Sociedad Limitada	Sociedad Anónima	Est.
JUNTA GENERAL (43 a 56)	— No distingue entre Ordinaria y Extraordinaria. — Competencia, igual que en la S.A. para las dos clases de Junta, más para la que prevean la Ley o los Estatutos.	Similar con competencia mínima obligatoria para la Ordinaria.	•
JUNTA UNIVERSAL (48)	Igual que en la S.A., pero aclara que puede celebrarse en cualquier lugar, incluso en el extranjero.	No dice nada sobre el lugar de la celebración.	•
JUNTA GENERAL Y JUNTA UNIVERSAL (49)	No son posibles las limitaciones al derecho de asistencia ni al derecho de voto.	Los Estatutos pueden exigir un mínimo de acciones para asistir y fijar un número máximo de votos de un mismo accionista o grupo.	•
	Quórum de asistencia: no se precisa. Los Estatutos podrán pedirlo.	Lo establece para primeras y segundas convocatorias.	•
	Quórum de votación: Principio de mayoría simple que representen al menos 1/3 del capital social.	Mayoría simple sin limitación en la 2.ª convocatoria.	•
	Mayorías cualificadas: Sólo para modificación de Estatutos, más del 50 %, salvo casos de 2/3. Los Estatutos pueden reforzar los quórums.	Modificación de Estatutos, en 2.ª convocatoria con asistencia inferior al 50 %: voto favorable de las 2/3 partes de capital presente o representado.	•
ADMINISTRADORES (57 a 70)	Número máximo de Consejeros: 11.	No hay número máximo de consejeros.	•
	Administradores suplentes: Previsto.	No previsto. Cabe la cooptación.	•
	Duración del cargo: Indefinida, salvo Estatutos. Cabe la reelección.	Máximo 5 años. Cabe la reelección. Estatutos.	•
	Nombramiento: Junta General. No se prevé el nombramiento proporcional. Pueden no ser socios, salvo Estatutos.	Igual, pero prevé la votación proporcional. • Cabe la posibilidad de regulación estatutaria en las Sociedades de Responsabilidad Limitada.	•
MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS (71 y 72)	No exige informe de los administradores, pero hay derecho a examinar previamente el texto de la modificación.	Informe de los administradores sobre la modificación.	•
	Si implica nuevas obligaciones para los socios o afecta sus derechos individuales, se requiere el consentimiento de los afectados.	Consentimiento de la mayoría de las acciones de la clase afectada.	•
EXAMEN DE LA CONTABILIDAD (86)	No sólo tienen derecho a examinar los documentos sometidos a aprobación en la Junta General, sino los soportes contables, salvo disposición en contrario de los Estatutos.	Sólo los documentos.	•
SEPARACION DE LOS SOCIOS (96 a 97)	Causas: a. Sustitución del objeto social. b. Traslado del domicilio al extranjero. c. Modificación de la transmisión de la participación. d. Prórroga o restitución social. e. Cambios en prestaciones accesorias, salvo Estatutos. f. Cualquier otro cambio estatutario.	a. Sustitución del objeto social. b. Traslado del domicilio al extranjero. c. Transformación en Colectiva o Comanditaria.	•
EXCLUSION (98 a 99)	Causas: a. Incumplimiento en las obligaciones de prestaciones accesorias. b. Infracción en la prohibición de competencia. c. Condena por sentencia firme por daños y perjuicios a la sociedad. d. Por causas establecidas en los Estatutos.	Sólo prevé el impago de dividendos pasivos que permite vender las acciones del moroso por su cuenta y riesgo.	•
EFFECTOS DE LA SEPARACION Y DE LA EXCLUSION (100, 101 y 103)	Reembolso de las participaciones. Plazo de dos meses desde la valoración.	Igual. No se pone plazo; pero si los acreedores han ejercitado su derecho de oposición por la reducción de capital, habrá que esperar hasta la presentación de garantías.	•

Concepto	Sociedad Limitada	Sociedad Anónima	Est.
EFFECTOS DE LA SEPARACION Y DE LA EXCLUSION (100, 101 y 103)	Reembolso de las participaciones. Plazo de dos meses desde la valoración.	Igual. No se pone plazo; pero si los acreedores han ejercitado su derecho de oposición por la reducción de capital, habrá que esperar hasta la presentación de garantías.	•
	Valoración de las participaciones: a. El acordado. b. En su defecto el fijado por el auditor.	Si cotizan en mercado secundario: la cotización media del último trimestre. Si no cotizan, el valor acordado o fijado por el auditor.	•
	Responsabilidad de los socios separados o excluidos: Por las deudas sociales, durante 5 años hasta el importe de lo recibido. Igual que la reducción. Igual trato al separado que al excluido.	No se prevé. Hay derecho de oposición de los acreedores.	•
DISOLUCION (104 a 108)	Causas: a. Cumplimiento del término. b. Acuerdo de la Junta General. c. Conclusión de la empresa. d. Falta ejercicio actividad durante tres años consecutivos. e. Reducción del capital por debajo del mínimo legal. f. Por otras causas estatutarias. g. Por la quiebra, si así se declara.	Las mismas, excepto la d), más: la fusión y la escisión de la sociedad.	•
	Reactivación de la sociedad disuelta: Prevé una incomprensible oposición de acreedores.	No la prevé.	•
LIQUIDACION (109 y 123)	Nombramiento de liquidadores: Según los Estatutos o por acuerdo de la Junta General. Subsidiariamente lo serán los mismos administradores. Regula especialmente la sustitución en caso de fallecimiento o cese y la designación judicial.	Regulación más simple. Deben ser número impar. Prevé el cargo de interventor, designado por mayoría de un 20 %.	•
	Cuentas: Inventario inicial a los tres meses.	Lo deben firmar con los administradores al inicio, sin determinación de plazo.	•
	Cuentas anuales, más informe anual sobre el estado de la liquidación.	Cuentas anuales, periódicamente informe sobre el estado de la liquidación.	•
	Balanza final con proyecto de división. Posible impugnación.	Prácticamente igual.	•

La permanencia de las sociedades disueltas por aplicación de D.T. 6.^a de la L.S.A 1989: Alternativas a la desaparición radical de las S.A. que no han adaptado su capital social

Francisco de Quinto Zumarraga*
Juan Carlos Piqué Hernández**

El párrafo segundo de la Disposición Transitoria sexta del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas dice textualmente: «Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumento de capital social hasta el mínimo legal (recordar que dicho mínimo está fijado en 10.000.000 ptas.), la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta...».

A pesar de que este texto y sus consecuencias eran conocidos desde 1989 y a pesar de que mucho ha llovido desde entonces, no sorprende excesivamente, conociendo la idiosincrasia imperante en el país, que a la fecha de entrada en vigor del castigo, existieran aproximadamente 250.000 sociedades que no habían cumplido los requisitos de ampliación, suscripción y desembolso de capital social en los términos arriba transcritos.

No debe cundir el pánico cuantitativo, por cuanto la mayoría de ellas son sociedades instrumentales que a buen seguro se encontraban vacías de contenido económico y carentes de voluntad jurídica de permanencia, por lo que la aparición del «ángel exterminador» en la figura de Registrador Mercantil no

ha hecho más que ayudarles a bien morir.

No obstante lo anterior, todos los profesionales estamos viviendo a partir del 1 de enero pasado la incómoda situación que plantea un pequeño número de sociedades anónimas cuyos balances presentan derechos (activos inmovilizados o cuentas a cobrar) y obligaciones (pasivos exigibles), para las que la «muerte súbita registral» no resulta más que un mero absurdo. En conjunto estas sociedades pueden representar entre 15.000 y 25.000 casos individuales, lo cual supone un volumen de «excepciones» suficiente como para vernos obligados a buscar entre todos soluciones prácticas, lógicas y con coherencia jurídica.

Un atisbo de solución «oficialista» se deduce de la resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 4 de marzo de 1996. Entre otras cosas en sus fundamentos jurídicos se dice: «La finalidad de la norma es clara: la desaparición de la sociedad anónima preexistente a la nueva Ley de Sociedades Anónimas que a partir del 31 de diciembre de 1995 no hubiesen ampliado su capital por encima del mínimo legal; ahora bien, es obvio que esta desaparición no puede imponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que la entidad puede estar interesada. Es por eso que la norma cuestionada no declara la extinción inmediata de la personalidad de las sociedades anóni-

OLVÍDESE DE SUS ANUNCIOS OFICIALES, DEL BOE, DEL BORME, Y TODOS LOS DIARIOS Y REVISTAS DE ESPAÑA. ACUÉRDESE DE BIT PUBLICIDAD

Más de 20 años de experiencia en la tramitación de anuncios oficiales nos permiten ofrecerle un servicio completo, sin fallos y de plena confianza, del que da fe nuestra cartera de clientes.

• Atención al cliente en todo el país, de la documentación del anuncio, mediante nuestro servicio de mensajeros.

• Disponibilidad por las 24 horas del día.

• Atención de anuncios especiales para Convocatorias de Juntas, Fusiones, Ampliación de Capital, etc. SIN CARGO.

• Admonestamos la omisión del coste del anuncio a publicar.

• Tramitación en Bitánit directamente en las oficinas del BOE-BORME, donde despachamos cada día personalmente.

• Tramitación de Bitánits de todas las Comunidades Autónomas.

• Consulta con toda la prensa y revistas del país.

• Seguimiento y control de su anuncio, desde su correcta fecha de publicación hasta el reposo del texto.

• Entrega gratuita del anuncio publicado, en su domicilio al día siguiente de su aparición.

• Archivos de BORME para cubrir cualquier necesidad de consulta o justificación de su publicación.

BIT
PUBLICIDAD

Josep Terradellas, 155 • 08029 Barcelona
Tel. 410 45 55 • Fax 430 39 75

Si aún no nos conoce, hágalo cuanto antes. Muy pronto podrá olvidarse de todos.

BAJO REGIMEN FISCAL ATRACTIVO

Bajo régimen Fiscal atractivo en la UE
Constituímos Sociedades Comerciales, Financieras,
Patrimoniales y Holding

Sin intervención de permisos fiscales
Servicios metódicos y asequibles

Documentación profesional disponible
únicamente para asesores

Gratuita - Edición en español - 45 págs.



FAX: 07 - 44 1 504 361 038
A.G.S. Ltd.

En Andorra, la seguridad

Servicios para sociedades

Creación con corresponsales en todo el mundo de sociedades off-shore.
Servicios administrativos, libros de actas, domiciliación. • Juntas de administradores y de accionistas.

Servicios para particulares

Asesoramiento económico privado, herencias complejas. • Donaciones fiduciarias, Andorran Trusts ®.
Fundaciones familiares y benéficas, herederos de confianza.

Introducción a otros profesionales

Bancos: todo tipo de cuentas, certificados de depósito, etc.
Abogados y notarios: asesoramiento jurídico local, codicilos. • Auditores, asesores de inversiones, etc.

Servicios efectuados por economistas

Diez años de experiencia. • Estricto secreto profesional protegido por la ley.
Español, catalán, francés, inglés.



AEDES, SL. Calle Bonaventura Armengol, 15. Andorra la Vieja. Tel.: (376) 829616. Fax: (376) 862174. Principado de Andorra



mas efectuadas a partir de la fecha señalada, sino, exclusivamente, su «disolución de pleno derecho», expresión ya acuñada por el legislador, que respeta la persistencia de esa personalidad jurídica, pero de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos e impone la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes».

Primera solución: La liquidación

En este párrafo abordamos la primera vía para desbloquear el absurdo jurídico en el que se encuentran un número no despreciable de sociedades; se trata de la liquidación. Este proceso es aplicable para las sociedades que no tengan vocación de continuidad pero que precisen de una «conclusión ordenada de sus relaciones jurídicas». Destacamos que se trata de la primera vía y consecuentemente queremos decir que no es la única y por descontado no es la mejor solución para aquellas sociedades que sí tengan una vocación de permanencia.

En esta hipótesis los pasos a desarrollar son los siguientes:

1. Realización de junta general de la sociedad mediante la fórmula de junta universal, si fuera posible, y en su defecto, convocatoria de junta judicial a petición del 5 % del capital social. En este último supuesto sería necesario adjuntar un certificado del Registro Mercantil acreditativo de la situación de la sociedad.

2. Levantamiento de acta de la Junta en la que deberán figurar entre otros acuerdos los siguientes:

— Nombramiento de liquidadores.

— Acuerdo de venta o adjudicación directa de bienes.

El acta puede ser extendida por el presidente o secretario de la junta o bien mediante la figura de acta notarial (más recomendable).

3. Proceso de liquidación. A desarrollar por los liquidadores mediante la realización de activos, la cancelación de deudas mediante el pago y posterior reparto del excedente si la hubiere. Se debe destacar que los bienes inmuebles se pueden vender mediante venta directa, si lo decide por unanimidad la junta general previa cancelación de la totalidad de la deuda. En caso contrario, se deberá recurrir inexcusablemente a la subasta pública.

4. Inscripción de las transmisiones de inmuebles en el Registro de la Propiedad.

Segunda solución: La fusión

El planteamiento anterior puede ser válido para algunas sociedades pero no para todas. En efecto, hay sociedades en situación de bloqueo del Registro Mercantil lo que imposibilita la realización de determinadas operaciones, principalmente en lo relativo a disposición de sus activos inmovilizados y a pesar de todo éstas manifiestan una clara, o necesaria, voluntad de continuidad de su efectiva actividad. En este supuesto y aplicando una interpretación analógica al texto reproducido anteriormente de los fundamentos jurídicos de la Resolución referida, cabe concluir que si es válida la junta general constituida para la liquidación, también cabe que dicha junta general concluya en otro tipo de acuerdos, entre los que cabe contem-

plar la fusión con otra sociedad. Esta alternativa permitiría la continuidad de las actividades de la sociedad sancionada sin tener que recurrir al pago previo de todas sus deudas, en contraste con lo requerido para la liquidación. Para ello se deberán respetar los trámites de todo proceso de fusión que detallaremos a continuación, previo cumplimiento de estos elementos:

— Consentimiento de los acreedores, mediante el no ejercicio de derecho a reclamar su deuda.

— Derecho de los socios discrepantes con la fusión a reclamar su parte y separarse de la sociedad.

El proceso de fusión, regulado por la Sección 2.ª del T.R. Ley de Sociedades Anónimas y artículos 193 a 204 y 209 a 212 del Reglamento del Registro Mercantil, no es excesivamente caro, pero sí complicado.

A modo de síntesis destacan los siguientes trámites exigidos: 1. Redacción del proyecto de fusión. 2. Depósito del proyecto en el Registro Mercantil. 3. Realización del balance de fusión, verificado por auditor independiente. 4. Informe de experto independiente, relativo a la situación económico-patrimonial de las sociedades. 5. Informe de los administradores de las dos sociedades que, a modo de memoria de la fusión, recoja sus motivos y sus peculiaridades económicas y jurídicas. 6. Acuerdos de las juntas generales de las dos sociedades aprobando los balances y la fusión. 7. Publicidad de los referidos acuerdos; en el BORME y en dos periódicos provinciales. 8. Oposición de los acreedores, si la hubiere, en cuyo caso los acreedores contrarios tienen derecho al cobro de su deuda. 9. Confección

del inventario de la sociedad absorbida, con detalle de los bienes y obligaciones que se traspasan. 10. Inscripción de la fusión en el Registro Mercantil, previo pago de los impuestos correspondientes. 11. Cancelación de la sociedad absorbida que en nuestro caso se produce de oficio.

A la vista de lo expuesto queda claro que el proceso de fusión no resulta excesivamente costoso, aunque puede ser útil en determinadas circunstancias.

La tercera alternativa: la transformación en sociedad limitada

A partir del texto antes transcrito de la Resolución de la Dirección General, queda claro que la aplicación de la disposición transitoria sexta que nos ocupa, no provoca la extinción inmediata de las sociedades afectadas (vid supra). A partir de esta realidad indubitable sería plantear un tercer camino alternativo a los dos anteriores, a los que aventaja por su sencillez y rapidez.

Consiste en celebrar junta general universal de la sociedad afectada (si es posible) ante Notario, previo cumpli-

miento del trámite de demostración de la titularidad del 100% del capital y aprobar la transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, para posterior inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil. Este sistema no debería presentar problemas en los casos en que no existan acreedores, aunque su validez no está tan clara en caso contrario.

Valoración de las alternativas

No hay duda de la validez de la primera alternativa, por cuanto coincide con la finalidad sancionadora de la disposición que comentamos. Por contra con el argumento anterior, parece que las otras dos están fuertemente contestadas desde los ámbitos registrales.

En defensa de la alternativa de fusión, cabe destacar que existe un antecedente no muy lejano, en que se permite la fusión de una empresa en liquidación. En este bucle del proceso cabe plantearse que el órgano de la sociedad absorbida sea el administrador en vez del liquidador.

Si se admitiera en la práctica la vali-

dez de la fusión en estos supuestos, se reforzaría a su vez lo expuesto en tercer lugar, como transformación en sociedad de responsabilidad limitada. Para saberlo tan sólo cabe probarlo y recurrir la probable denegación de inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil, ante la Dirección General.

La continuidad del nombre

En los supuestos en que la vocación de la sociedad afectada sea la de supervivencia, puede plantearse el problema de que además quiera mantener la continuidad de la denominación mercantil originaria. Esto será posible en el futuro previo paso por una situación transitoria, obligada por la asunción de un nombre distinto que podrá cambiarse por el antiguo una vez se haya concretado la «extinción formal» de la sociedad originaria. La transitoriedad tendrá como mínimo la duración de un año.

Almaguín
Suñer Pique Almaguín

L'ILLA

CLINICA
DENTAL

- ODONTOLOGIA PREVENTIVA
- REHABILITACION ORAL Y ESTETICA
- IMPLANTES
- PROTESIS
- PERIODONCIA
- ENDODONCIA
- ODONTOLOGIA INFANTIL
- ORTODONCIA
- HIGIENE DENTAL

ENTRADA APARCAMIENTO
METRO
REINA MARIA CRISTINA
LES CORTS
AUTOBUSES
LINEAS 6, 7, 33, 54, 66, 67, 69, TOMB BUS
TAXIS
PARADA C/ HUMANCIA - AVDA. DIAGONAL

HORARIO: De lunes a viernes, mañana y tarde. HORAS CONVENIDAS

Diagonal, 569, 2.º i.º. Edificio Lilla - 08029 BARCELONA - Tel. 430 98 84 - Fax 430 41 88

ANUNCIS/ANUNCIOS

Línea Directa

marthe®

Central de Publicidad

LA VANGUARDIA

☎ (93) 317.02.25 - 317.82.32 - 317.05.96 - 317.81.70
Fax (93) 318.15.27

ANUNCIOS OFICIALES/ANUNCIOS MERCANTILES
B.O.E., B.O.R.M.E., B.O.P., D.O.G.C.
✍ **REDACTAMOS LOS ANUNCIOS
PARA AHORRARLE TIEMPO Y DINERO**

LOS ANUNCIOS OFICIALES SON MUY CAROS EN FUNCION DE LA EXTENSION DEL TEXTO
EN MARTHE VOLVEMOS A REDACTAR SUS ANUNCIOS OFICIALES PARA CUMPLIR LOS
REQUISITOS LEGALES CON EL MINIMO TEXTO = MINIMO COSTE PARA VD.

Acceda directamente al
Banco de Publicidad de **LA VANGUARDIA**

Oficiales, Carteleras, Gulas Profesionales, Palabras, Empleo, Necrológicas,
El Mercadillo, Reclamos Comerciales, Módulos Motor

✓ Medio Siglo publicando Anuncios



Publicamos
anuncios en toda
**La Prensa
Nacional,
Española,
Europea
e Internacional**

Reparto diario de Documentación

¿Es obligatorio el timbrado de recibos descontados o entregados en gestión de cobro a entidades bancarias?

Examen de esta problemática tras la reforma de la normativa reguladora del impuesto

Luis M.^a Miralbell Guerin⁴

INDICE

- 1.º Planteamiento del problema
- 2.º Normativa anterior
- 3.º Normativa actual
- 4.º Criterio de la AEB
- 5.º El recibo no cumple función de giro
- 6.º La cláusula «A la orden» en los recibos
- 7.º Posibilidad de cesión del crédito representado por recibo, a las entidades bancarias que lo anticipan

1.º Planteamiento del problema

Con la normativa vigente hasta el pasado año (Ley del ITPAJD/80; Texto Refundido/80 y Reglamento/81) las entidades bancarias han venido reperciendo timbres, tanto en la gestión de cobro como en el descuento de recibos a sus clientes, en pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Uno de los factores que está produciendo la fuerte competencia en el mercado en los últimos años ha sido, sin duda, el agravamiento de las condiciones de pago, no sólo en cuanto a los plazos, sino también en los instrumentos utilizados, pasándose de un dominio generalizado de la letra de cambio cuya ejecutividad revelaba una notable dosis de confianza y, a la vez, permitía su utilización como instrumento de pago a terceros (bancos y proveedores) con base en la obligación abstracta del aceptante que sitúa al endosatario al margen de las vicisitudes de la relación entre li-

brador y librado. Hoy, es notable la disminución del protagonismo de la letra de cambio en el tráfico mercantil, que en el mejor de los casos es sustituida por el pagaté no a la orden, pero mayoritariamente, por simples facturas que después generan la expedición de un documento denominado **recibo** del acreedor hacia un pago, domiciliado bancariamente por el deudor.

El recibo, gestionado para su cobro por un banco es, pues, una de las formas de cobro más extendidas en el mercado nacional, y de ahí que la confusión acerca de su necesidad de timbrado hoy existente y la repercusión que al respecto pueda tener la nueva normativa sobre el particular, es un tema de candente actualidad.

Las entidades bancarias fueron autorizadas, mediante OM de 31 de marzo de 1983, 30 de enero de 1989 y 13 de junio de 1991, del Ministerio de Hacienda, a pagar en metálico el impuesto de Actos Jurídicos Documentados me-

dante su ingreso directo a la Hacienda Pública previo el cargo correspondiente en la cuenta de sus clientes, siendo relevadas del uso de timbres móviles de los efectos negociados en aras a la facilitación de la manipulación en masa de estos instrumentos de cobro.

Son pues las entidades bancarias receptoras de los documentos, ya sea para su gestión de cobro, ya sea para su anticipo por descuento, las que unilateralmente deciden si deben aplicar o no los timbres a los recibos facilitados por sus clientes, siendo responsable de su pago, como entidad que ha intervenido en su negociación o cobro (Art. 78 RITPAJD/95).

Es éste el primer problema práctico con que cliente y banco se encuentran en el momento de la entrega de documentos: que ambos tengan criterios dispares sobre la procedencia o no de la aplicación de los timbres a los mismos. Convendrá que en el momento de entregar la remesa este extremo quede claramente delimitado, tomando el banco las medidas oportunas de garantía respecto de aquel cliente, sujeto pasivo, que discrepe de su criterio. Decimos esto, porque el texto de la nueva Ley, a pesar de su notable evolución favorable en su último redactado, sigue dando lugar a confusión, confusión que se verá incrementada por el hecho de que se trata de un impuesto cuya gestión se ha

delegado en las diversas Comunidades Autónomas, por lo que los criterios de interpretación también podrán en el futuro ser diferentes.

La inclusión de los recibos como documentos expresamente sujetos a timbre viene de antiguo. Desde la propia Ley del Timbre del año 32, recogiendo una amplia definición el Reglamento del año 56.

2.º Normativa anterior

El Reglamento del ITPAJD del año 81 derogado con la entrada en vigor del Texto Refundido y Reglamento del año 95, recogía expresamente como documentos mercantiles sujetos al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, «Art. 44.º

c) Los recibos a la orden, los descontados por empresas bancarias o de crédito y los que, hayan sido o no descontados, sean cobrados por cualquier Entidad en plaza distinta de la del domicilio del expedidor o, en su caso, de la localidad donde se encuentre el establecimiento permanente que los expida.»

Con el texto transcrito hoy derogado, no había duda: los recibos descontados, y los entregados al cobro a un banco para su cobro en plaza bancaria distinta a la del domicilio del expedidor, debían ser timbrados.

3.º Normativa actual

Pues bien, y ahí está el punto clave de toda la cuestión, el nuevo Reglamento del año 95 (Rd. 828/1995 de 29 de mayo, BOE de 22 de junio de 1995), ha suprimido cualquier referencia expresa a los recibos como objeto del impuesto, indicando que no están sujetos al mismo los documentos «...que se expiden con el exclusivo objeto de probar el pago de una deuda», definición totalmente coincidente con la propia de lo que conocemos como recibo. Basta releer la definición que del mismo realizaba la Ley del Impuesto Sobre el Timbre del año 1932 en su Art. 190 para darse cuenta de la absoluta coincidencia. Así, dicha norma definía el recibo de la forma siguiente: «...todo escrito que el acreedor expida a favor del deudor por pago total o parcial, en metálico, compensación o abono en cuenta, o que anule una deuda existente...»

La nueva normativa menciona a las letras de cambio como es natural, los resguardos o certificados de depósito transmisibles, pagarés cambiarios, excepto los expedidos con «cláusula no a la orden», y los cheques a la orden o que sean objeto de endoso, pero no cita expresamente a los recibos —como se ha indicado—, por lo que su posible sujeción o no al impuesto,

Este formulario es un modelo para el timbrado de recibos. Incluye los siguientes campos:

- Lugar de timbrado (Lugar de expedición):** Campo para indicar el lugar donde se emite el documento.
- Fecha de timbrado (Fecha de expedición):** Campo para la fecha de emisión.
- Por esta LETRA DE CAMBIO (o pagaré) se cobra (o se cobra) la suma de...** Campo para el monto a cobrar.
- La cantidad (en palabras):** Campo para escribir el monto en letras.
- En el domicilio de (para)...** Campo para el domicilio del beneficiario o del expedidor.
- PERSONA O ENTIDAD A LA QUE SE DIRIGE:**
 - DIRECCION:** Dirección del destinatario.
 - N.º de identificación de compra:** Número de identificación del documento.
- Citacion (Cita en):** Campo para la cita en el documento.
- Nombre y apellidos del beneficiario (o nombre de la entidad):** Datos del destinatario.
- Nombre, apellidos y domicilio del expedidor (firma, sello y fecha del recibo):** Datos del emisor.

En la parte superior derecha se encuentra el sello de la Hacienda Pública con el número 080117885.

pasa por dificultades si encajan dentro de la definición de «documento que realiza función de giro» que con carácter general, y como cajón de sastre, la norma declara timbrable (Art. 76.3. c Reg.).

4.º Criterio de la AEB

Cabe indicar que el criterio aplicado por los Bancos, que deriva de la opinión marcada por la Comisión Fiscal de la Asociación Española de Banca Privada (AEB) en su Circular n.º 659, es interpretar la Ley en el sentido de que procede el cobro de timbres en los recibos entregados al descuento, y no cobrarlos en los recibos entregados a los bancos en gestión de cobro, argumento restrictivo que se basa en el no justificado argumento contenido en la Circular referida de que los recibos negociados producen función de giro.

Esta es la causa del porqué actualmente los Bancos ofrecen la gestión de cobro de recibos sin repercusión de timbres aunque sean pagaderos fuera de plaza. Lo que es concorde con la nueva normativa que a su vez, ya no distingue, como hacía la derogada, entre pagos dentro y fuera del lugar del domicilio del librador.

5.º El recibo no cumple función de giro

Sentado cuál es el criterio que se está llevando a la práctica desde los propios

bancos, añadamos por nuestra parte que no podemos compartir el criterio restrictivo de la AEB al considerar aplicables los timbres a los recibos que son negociados, por las razones que pasamos a desarrollar.

La definición genérica de cuando a su juicio, un documento realiza función de giro, la realiza la propia normativa del impuesto en los términos siguientes: «cuando «por sí mismos, acrediten literalmente y con carácter autónomo el derecho económico de su legítimo tenedor para cobrar de la persona que desiguen, y en el lugar y fecha, con independencia de los de emisión, que el propio documento señale, una cantidad determinada en dinero o signo que los represente (Art. 76 c) Regl. 95)».

A la vez, mantiene el nuevo Reglamento, la definición del art. 44.2 del Reglamento derogado, incluyendo como documentos mercantiles de los que se entenderá (sic) que cumplen función de giro a los efectos del impuesto, «cuando acrediten remisión de fondos o signo equivalente de un lugar a otro, o implique una orden de pago, aun en el mismo es que ésta se haya dado, o en el que figure la cláusula a la orden (Art. 76, 2.º Regl. 95).

¿Cuál es la causa del cambio de redacción y, en concreto, de la supresión de la referencia expresa a los recibos que se hacía en la normativa anterior? A nuestro juicio, la causa no es otra que el reco-

nocimiento explícito de la nueva norma, de la incorrección de la inclusión de los recibos como documentos sujetos al impuesto, que tiene su raíz en el concepto mismo de documento mercantil que cumple función de giro o acredita la remisión de fondos o signo equivalente de un lugar a otro, funciones que no ha cumplido nunca el recibo.

El concepto de documento mercantil a los efectos del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, se identifica con lo que denominamos títulos valores jurídico-obligacionales (Garrigues, Curso, Tom. I, pág. 730), es decir, títulos valores, en la medida en que su posesión física está indisolublemente ligada al ejercicio y transmisión del derecho que representan; y jurídico-obligacionales, porque el derecho que incorporan son créditos, sumas de dinero a satisfacer por el obligado según el título, a quien resulte ser último y legítimo tenedor del documento sin cuyo rescate en el momento del pago, éste, para el deudor, no es liberatorio.

El timbre quiere gravar ese «valor incorporado» que supone la eficacia del título como instrumento de pago, equivalente a un movimiento de dinero, es decir, transmisión de fondos que evita y sustituye la manipulación de efectivo, de un lugar a otro, función original de los principales títulos cambiarios (letra pagará y cheque). A ese aspecto se refiere la norma desde sus precedentes, cuando habla de «títulos que acreditan remisión de fondos de signo equivalente de un lugar a otro». Se trata de ese valor que adquiere el título en el comercio como instrumento de pago, equivalente al dinero efectivo que sustituye. Y en este aspecto, el documento cumple función de giro, tanto si el movimiento de dinero equivalente que opera con la entrega del título entre acreedor y deudor, se refiere a pagos fuera, o en el mismo lugar del domicilio del librador del documento. Por eso es técnicamente acertado, a nuestro juicio, la supresión en la actual normativa, de la diferencia entre recibos pagaderos en la misma, o en distinta plaza a la del domicilio del librador, ya que el efecto traslativo por equivalencia (realidad virtual de movimiento de dentro) surte el mismo efecto si deudor y acreedor residen en el mismo lugar, que si lo hacen en lugares distintos.

En segundo lugar, el impuesto quiere gravar la eficacia del documento como instrumento ágil y jurídicamente perfecto de circulación del crédito, es decir, transmisión de los derechos al cobro del crédito que genera la tenencia

del documento. El documento que según se ha comentado en el párrafo precedente cumple función de giro en la medida que sirve como instrumento de pago como si de efectivo se tratara, también cumple dicha función de giro cuando admite la circulación, el tráfico del derecho al crédito mediante su simple tradición. Es lo que la normativa del impuesto identifica con documento que «implique una orden de pago... o en él figure la cláusula a la orden».

Esas dos facetas como elementos definitorios de que el documento cumple función de giro y, por lo tanto está sujeto al impuesto son recogidas de nuevo por el Reglamento/95 Art. 76, 3.º c), cuando afirma que cumplen función de giro: «c) Los documentos expedidos en el tráfico mercantil que, por sí mismos, acrediten, literalmente y con carácter autónomo el derecho económico de su legítimo tenedor a cobrar de la persona que designen, y en el lugar y fecha que, con independencia de los de emisión, el propio documento señale una cantidad determinada de dinero o signo que los represente».

También lo ha entendido de esta manera nuestra Jurisprudencia. El TSJ de Madrid, S. 4 de junio de 1992, dejó dicho que la función de giro es aquella que conlleva la sustantividad del documento con referencia a las obligaciones que fueron causa de su emisión y que lo hace susceptible de endoso para que, mediante el mismo, alguien se sitúe en la posición crediticia del acreedor original... situándose como sujeto pasivo del impuesto la persona o entidad que haya expedido el documento, colorario lógico que hace recaer el tributo sobre quien emite un documento que contiene un valor en sí mismo por ser susceptible de realizar una función de giro».

Pues bien, *ni una ni otra función, se consigue ni se ha conseguido nunca, con el mal llamado endoso de los recibos normalizados*, pues jamás podrá decirse que con su entrega al Banco para su descuento, éste haya adquirido como si de una letra de cambio, pagaré o cheque se tratara, un derecho autónomo, pleno, sobre el crédito que supuestamente representa el derecho a cobrar directamente del obligado al pago que figura en el documento.

Cuando son cedidos en gestión de cobro al Banco, se trata de una mera cesión fiduciaria o de apoderamiento y por lo tanto obviamente, el Banco no adquiere ni el derecho sobre el título, ni el derecho sobre el crédito.

En suma, en palabras del actual Reglamento, *los recibos no constituyen apoderamientos que, por sí mismos, acrediten literalmente y con carácter autónomo el derecho económico de su legítimo tenedor para cobrar de la persona que designen*.

El Banco los toma al descuento con base en la confianza de su cliente descontante, o la de sus fiadores solidarios que al tiempo de aperturar la línea de descuento suscriben pólizas que permiten en el futuro su ejecutividad en caso de impago.

Tampoco puede el Banco transmitir el título a un tercero, de modo que pueda cumplir la misión circulatoria propia de todo título valor endosable, incorporando al cambio de posesión la transmisión del supuesto derecho de crédito que lleva inherente.

A nuestro entender, los recibos, ni con la normativa anterior ni mucho menos, con las definiciones contenidas en el Texto Refundido y el Reglamento de 1995, podían ni pueden ser conceptuados como documentos que cumplen función de giro, y no debieron ni deben bajo esa premisa, estar sometidos al impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Sólo su mención expresa en la anterior normativa como documento sujeto podía justificar el pago del impuesto.

6.º La cláusula «A la orden» en los recibos

Queda un único resorte que sirve de agarradera para seguir aplicando de forma generalizada el timbre a la manipulación de recibos por las entidades bancarias. Se trata de la presunción que la norma establece (Art. 76.2 Regl. 95) de considerar como documento que cumple función de giro y por lo tanto, sujeto al impuesto, aquellos que se extiendan con cláusula a la orden.

La expresión, «se entenderá», no puede tener otro alcance que el de una presunción destruyible con prueba en contrario, lo que podrá rebatirse con los argumentos que hasta ahora se han desarrollado. No obstante, las entidades bancarias al ver, como así ocurre, que la mayoría de los recibos incluyen dicha cláusula, innecesariamente de forma automática aplican el timbre correspondiente.

frente a tal comportamiento cabe oponer, en primer lugar, la conocida doctrina jurisprudencial de la prevalencia de la voluntad real sobre la nomenclatura que las partes ponen al

contrato: «los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes...» (STS 24 de marzo de 1972), entre muchas otras), de modo que, porque las partes hayan introducido la cláusula a la orden en un documento, no por eso le pueden dar alcance de título valor cambiario, que puede enajenarse por la forma simplificada de transmisión que es el endoso, de modo que, así, se produzca también la transmisión de un supuesto derecho que el título incorpora.

Pero es que, además, la práctica nos demuestra que existen numerosos títulos valores impropios a los que los particulares introducen la cláusula de endoso, y no por ello ostentan la condición de tal, como así lo ha declarado incluso nuestra Jurisprudencia. En este sentido, a ningún banco se le ocurre y la Administración no reclama, la imposición de timbres en las denominadas certificaciones de obras o servicios derivadas de contratos de obras o suministros con las Administraciones Públicas cuando son anticipadas por los bancos; a pesar de contener todas ellas cláusula de endoso. Han sido los Tribunales quienes expresamente han indicado que dichos documentos no realizan función de giro (TSJ Madrid, Sala de la Cont.-Adm., S. 4 de junio de 1992). Y así ha ocurrido con otros documentos como libretas de ahorro, resguardos o libretas de imposiciones a plazo fijo, resguardos atípicos de diversas clases, o más recientemente los denominados pagos certificados, etc., cuyo endoso se ha venido realizando impropia y no por eso han adquirido la categoría de títulos valores representativos por sí mismos de un derecho de crédito, y mucho menos puede decirse que cumplan función de giro.

Para nuestro TS, dichos endosos impropios, «constituyen meros apoderamientos o simples comisiones de cobranza a favor de quien se extienden, sin transmisión plena de la obligación que reflejan (STS 14 de noviembre de 1989)».

La nueva Ley y su Reglamento, sin embargo, no ha sido tan explícita como debía, manteniendo los términos confusos con definiciones genéricas sobre el concepto de documento que cumple función de giro, algo más delimitada que la anterior, valga decirlo, pero manteniendo la concepción como tales de aquellos que incorporen la cláusula a la orden.

Hasta ahora, los recibos se han venido expidiendo «a la orden», figurando



La exigencia de dolo o de culpa a que se refiere la exposición de motivos de la Ley, ha sido materia de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, algunos de ellos contradictorios, que la escasez de espacio no nos permite referir con la amplitud que merecen.

El Tribunal Constitucional en SS. 150/89, de 25 de septiembre y 253/93, de 20 de julio, se ha manifestado sobre el particular en el sentido de que **el obviar la impondad** en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica, se ha de entender siempre **sobre la base de quedar probadas**, en cada caso concreto, **tanto la real participación** del administrador en los hechos de referencia **como la culpabilidad** en relación con los mismos.

No se trata del establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva de juego directo, necesario y automático por cuanto ello sería contrario al principio de presunción de inocencia y al principio de responsabilidad por la culpabilidad personal.

Digamos, también que en el campo de la legislación penal especial encontramos un supuesto de responsabilidad

de administradores anterior en el tiempo al art. XV bis del Código Penal y es el contenido en el artículo octavo de la Ley 40/79, de 10 de diciembre, modificada por la L.O. 10/83, de 16 de agosto, en el que se sanciona a los administradores, directivos o empleados de las entidades financieras que, por negligencia en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los Tribunales, hayan facilitado la comisión de alguna de las conductas descritas en el artículo sexto que define los delitos monetarios.

Por lo que conozco, esta posible figura de delito monetario que se sancionaba con multa de dos millones de pesetas, nunca se aplicó.

El artículo 15 bis tiene su equivalente en el art. 31 del Código Penal del 95, según el cual, el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obra:

El nuevo art. 31 del Código Penal amplía los supuestos de responsabilidad penal contemplados en el precepto contenido en el antiguo art. 15 bis, en el sentido de comprender toda clase de actuación por cuenta de otro, sea una entidad o persona aquella en la que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente infracción exija para ser autor de la misma.

Finalmente, queda por añadir que al margen del régimen general de exigencia de responsabilidad penal a los administradores de Sociedades, el nuevo Código penal introduce en los arts. 290 y siguientes, los que denominará delitos societarios, en los que se tipifican de manera específica y concreta determinadas conductas relacionadas con la actividad de los administradores de hecho o de derecho de toda clase de entidades que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado.

En números sucesivos, nos ocuparemos de examinar y criticar cada uno de esos nuevos delitos societarios.

*Allegado

Eduardo García de Enterría
Antonio Tizzano
Ricardo Alonso García
**CODIGO
DE LA UNION
EUROPEA**

(1996) 1.180 págs., 18.500 ptas.

Una visión completa de la realidad de la Unión Europea, presentada a través de sus textos básicos (normativos y, en algún caso relevante, políticos) sin limitarse a transcribir los Tratados originarios sino exponiendo todo el aparato europeo en su estructura y funcionamiento. Incluye todos los textos jurídicos españoles relativos a la articulación de nuestro Estado en la Unión Europea.

Fernando Díez Moreno
**MANUAL
DE DERECHO DE LA
UNION
EUROPEA**

(1996) 672 págs., 8.800 ptas.

Apoyado en la estructura del Tratado de Maastricht, incluye un completo estudio de la totalidad de las cuestiones comunitarias europeas desde la perspectiva jurídica: las tres Comunidades Europeas (CEE, CECA y CEEA), la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), la Cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior (CAJAI), las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios, capitales y pagos, y cada una de las «políticas» comunitarias del Tratado.

Biblioteca de Legislación
Serie Menor

**TRATADO DE
LA UNION EUROPEA
ACTUALIZADO A JULIO 1995**

(4.ª ed., 1995) 440 págs., 1.100 ptas.

Incorpora, por lo que al texto del Tratado de la Unión se refiere, las modificaciones producidas por el Tratado de Adhesión de Austria, Suecia y Finlandia que entró en vigor el 1 de enero de 1995. Asimismo incluye el Acta Final de la Conferencia, firmada en Maastricht el 7 de enero de 1992, por la que se adoptó el texto y treinta y tres Declaraciones cuyo contenido se reproduce en dicha Acta.

EDITORIAL
CIVITAS



LIBRERIA
CIVITAS

General Edicions, 1a 28017 MADRID • TEL. 725 51 40/725 52 30
Fóculos 725 51 30 • Suscripciones 725 51 37 • Fax 725 24 72

General Edicions, 1a 28017 MADRID
Teléfono 725 51 30 • Fax 725 24 72

ADMINISTRACION Y MARKETING

Los mercados financieros y los sistemas de medición

Una aproximación a los principales conceptos financieros: como calcular la rentabilidad de una inversión

Francisco Carbonell Esteller*
Guillermo Vidal-Quadras Trias de Bes**

SUMARIO

I. Introducción. Función de los Mercados Financieros.

II. Los distintos Mercados Financieros.

1. Mercados Monetarios y de Capitales.
2. Mercados Primario y Secundario.

III. La decisión de invertir: aproximación a los sistemas de cálculo de rendimientos de las operaciones financieras.

1. Aproximación a las fórmulas TIR y TAE.
2. Ejemplo comparativo de los sistemas de medición del rendimiento.
 - 2.1. Interés o rendimiento simple.
 - 2.2. Interés o rendimiento compuesto.
 - 2.3. Interés o rendimiento efectivo.
 - 2.4. Interés o rendimiento real.
 - 2.5. Rentabilidad financiero-fiscal.

I. Introducción. Función de los Mercados Financieros

Con esta nueva serie de artículos sobre mercados financieros pretendemos poner al alcance de nuestros lectores los conocimientos básicos de los distintos Mercados Financieros y de las operaciones que en éstos se pueden realizar. Pretendemos explicar de forma práctica las principales clases de instrumentos o productos financieros, sus características, su clasificación, la medición de su rentabilidad, sus ventajas e inconvenientes, su fiscalidad, etc., todo ello encaminado a que el ahorrador disponga de la información necesaria para facilitar la toma de decisión en el momento de realizar sus operaciones financieras. Podemos definir los Mercados Financieros como el lugar en el que a través de determinados procedimientos y mecanismos se intercambian los activos financieros y se fijan sus precios. Sus funciones principales,

según el libro de Cuervo, Parejo y Rodríguez, *Manual de Sistema Financiera Española* (Ariel, Barcelona, 1990) son las siguientes:

1.ª Poner en contacto a los agentes que intervienen en los mismos: prestatarios y prestamistas, intermediarios financieros bancarios y no bancarios, brokers y dealers, etc.

2.ª Ser un mecanismo de fijación de precios de los activos financieros.

3.ª Proporcionar liquidez a los activos. Es decir, facilitar la conversión de los activos en dinero.

4.ª Reducir los plazos y los costes de intermediación.

Una clasificación exhaustiva de los Mercados Financieros resulta difícil de realizar, y nos hemos inclinado por la clasificación por el tipo de activos que en ellos se negocian, que serán a la vez los que expondremos en los próximos números de esta sección. Asimismo, combinaremos esta clasificación con la ordenación según su fase de negociación:

II. Los distintos Mercados Financieros

1. Mercados Monetarios y de Capitales

1.º Mercado Monetario. Es el mercado de los activos financieros a corto plazo, de reducido riesgo y alta liquidez. Los activos típicos de este mercado son los emitidos por el Tesoro Público, las letras del Tesoro.

2.º Mercado de Capitales. En él se negocian los activos financieros a medio y largo plazo, admitiéndose por convención que se consideran activos financieros a medio y largo plazo aquellos con vida superior a 1 año.

2.1. De valores. De renta fija (bonos y obligaciones) y de renta variable (acciones).

2.2. De créditos a largo plazo. Este es un mercado de búsqueda directa entre empresas e intermediarios financieros bancarios y no será tratado en esta exposición.

2. Mercados Primario y Secundario

1.º Mercado primario o de emisión. En él que los Agentes Económicos Demandantes, emiten activos de renta fija o variable nuevos, buscando financiación para proyectos económicos nuevos o bien, en caso del Tesoro, para financiar el déficit público.

2.º Mercado secundario o de negociación. En el que se negocian los activos emitidos en el mercado primario. Este mercado no aporta financiación a los emisores (empresas y Administraciones Públicas), pero da liquidez a los inversores, transformando los activos en medios de pago sin sufrir pérdidas en su valor.

La combinación de ambos criterios de clasificación es la que seguiremos en esta sección y, por lo tanto, nos referiremos al Mercado Monetario primario y secundario, y al Mercado de Capitales, también primario y secundario. Bajo este criterio, la Bolsa de Valores es el Mercado de Capitales secundario por excelencia.

III. La decisión de invertir: aproximación a los sistemas de cálculo de rendimientos de las operaciones financieras.

Después de esta somera introducción de lo que se entiende genéricamente por Mercados Financieros y su objetivo, entraremos en el objeto de este primer artículo.

Hemos querido comenzar por este tema, ya que no es exclusivo de los Mer-

cados Financieros, trasciende de su ámbito y es aplicable a toda operación financiera. Y es por eso que, antes de entrar en la enumeración y explicación de los mercados, sujetos y productos existentes en el mundo financiero, así como los innumerables métodos de valoración y previsión utilizables a la hora de tomar la decisión de invertir, creemos que es más importante conocer aquellos Sistemas de medición del rendimiento conocido, esperado o realizado fruto de la inversión a la que se ha destinado la liquidez.

Dentro de estos sistemas de medición, y a título meramente enunciativo, recogemos a continuación, algunos de los que nos encontramos a menudo en los medios de comunicación, documentos financieros y bancarios, así como elemento indisoluble del habitual argot financiero, empresarial y hasta coloquial. Quién no ha escuchado alguna vez, o peor, ha tenido que pelearse con:

TIR's, TAE's, intereses simples, compuestos, reales, acumulados, interanuales, netos o efectivos, rentabilidades financieras-fiscales y un largo etcétera.

Todos estos nombres hacen referencia a sistemas de medición del rendimiento y se suelen reflejar porcentualmente.

Por último, no deseamos ni es nuestra intención entrar en el desarrollo técnico de fórmulas interminables, sino entender cuál es la finalidad de cada uno de estos Sistemas, para que sepamos el significado de su resultado y su validez en cada caso. A pesar de ello, a modo de bibliografía (si existiese: *formulary*), recogemos al final del artículo cada una de las fórmulas de los conceptos que se mencionan.

1. Aproximación a las fórmulas TIR y TAE

La TIR (Tasa Interna de Rendimiento o Retorno) y la TAE (Tasa Anual Equivalente) se podrían definir como el sistema métrico decimal en la medición de rendimientos (o costes en caso de operaciones crediticias), además de ser las fórmulas homologadas explícitamente por el Banco de España. Es el metro para

las finanzas, es decir, lo que hace es medir y servir como lien de la balanza para que todos hablemos y entendamos lo mismo en vez de utilizar yardas, leguas o pies.

Como primera aproximación podríamos decir que ambas fórmulas reducen a año todo rendimiento obtenido en un período diferente: superior o inferior. Un primer ejemplo nos puede ayudar a comprender el significado de la definición inicial.

Ejemplo:

Supongamos la misma inversión, con los mismos resultados, al mismo plazo, pero con pagos en períodos diferentes.

Las diferencias entre un sistema y otro es debido justamente por la equiparación a año que realiza el cálculo de la TIR o TAE, es decir, como no podemos comparar peras con manzanas, vamos a reducirlo a peso de fruta, o a su valor energético o a su componente vitamínico. De esta manera, la TIR y la TAE calculan el rendimiento que en las mismas condiciones teóricas iniciales podríamos haber obtenido de invertir los pagos periódicos en el momento del cobro hasta la fecha final.

En base a esta premisa los rendimientos obtenidos en cada una de las inversiones sería el siguiente:

Estos serían los rendimientos teóricos si se consiguiesen las mismas condiciones por los importes cobrados antes del vencimiento, cuestión ésta que se ha de reconocer bastante utópica al igual que también es falaz decir que tardamos lo mismo en recorrer un kilómetro en llano que por montaña, y no por eso deja de ser un sistema válido y universalmente aceptado para medir distancias.

Una vez conocemos la herramienta correcta para medir los rendimientos de nuestra inversión o ahorro y para hallar el rendimiento efectivo correcto, se deberán de tener en cuenta otros elementos, tales como los costes o comisiones que gravan la operación, ya que varían el resultado final de nuestra inversión, así como los resultados extraordinarios que nos pueda reportar.

INVERSIÓN DE UN MILLÓN DE PESETAS A DOS AÑOS AL 10 % ANUAL				
Inversión inicial	Rendimiento	Cobros periódicos	Interés simple	TAE o TIR
1.000.000	200.000	Mensual	10 %	10,47 %
1.000.000	200.000	Annual	10 %	10,00 %
1.000.000	200.000	Al vencimiento	10 %	9,54 %



Cada vez que se introduce un nuevo elemento (es decir, si tenemos en cuenta los costes, la fiscalidad o la inflación) la misma fórmula recibe un apellido distinto (bruto, efectivo, real o fiscal), y en cada circunstancia, como se verá, el resultado es distinto.

2. Ejemplo comparativo de los sistemas de medición del rendimiento

Hasta ahora hemos definido el sistema de medición generalmente aceptado para poder comparar la rentabilidad final de cualquier inversión realizada, al plazo que sea y teniendo en cuenta toda la periodificación de los cobros (flujos). Y por tanto, es la que se deberá tener en cuenta a la hora de cuantificar el éxito de cualquier inversión. Pero, a la hora de enfrentarse a cualquier oferta o la valoración final de nuestra inversión el bombardeo de fórmulas es mucho más amplio. Para exponer gráficamente cada uno de los sistemas de medición existentes, nada más ilustrativo que seguir con uno de los tres ejemplos ya utilizados, el de rendimiento anual, aunque iremos añadiendo, según la fórmula de que se trate, algún dato más:

Gastos y comisiones de depósito: 0,5 % anual.

RENDIMIENTOS TEÓRICOS OBTENIDOS SEGUN LA TIR O TAE DE CADA OPERACIÓN			
Inversión inicial	Rendimiento	Cobros periódicos	TAE o TIR
1.000.000	220.362	Mensual	10,47 %
1.000.000	210.000	Annual	10,00 %
1.000.000	200.000	Al vencimiento	9,54 %

Valor amortización o venta: 1.000.000 ptas.
Inflación media anual: 4,5 %.
Tipo IRPF o I.S. del inversor: 35 %.

EJEMPLO:

A. Interés o rendimiento simple

Es el cálculo menos complejo y por ello más incompleto, es el único caso que es válido es en el que la inversión realizada y los flujos de los rendimientos (número de cobros existente en la vida de la inversión) son a un año, ya que no tiene en cuenta la reinversión de los rendimientos en el momento en que se producen. Como regla, coincide con la TAE o TIR cuando la inversión es a un año, es inferior cuando la inversión es por un período menor a un año y es superior cuando la inversión es superior a un año, justamente por despreñar la reinversión de los flujos periódicos.

B. Interés o rendimiento compuesto

Tiene en cuenta la reinversión de los intereses, pero sólo se utiliza para cuando los flujos (momento del cobro de los rendimientos) son periódicos, cuando

se utiliza esta fórmula no se suelen tener en cuenta los costes ni los gastos que puedan gravar la operación, ni los rendimientos extraordinarios que se produzcan. Lo podríamos definir como la TIR o TAE bruta.

C. Interés o rendimiento efectivo

Tiene en cuenta los gastos o pérdidas extraordinarias (por ejemplo los gastos de depósito mencionados en el ejemplo), así como las ganancias extraordinarias (en el caso expuesto: la plusvalía generada en la amortización). Este cálculo es aplicable a cualquiera de los anteriores, ya que simplemente significa añadir un componente más, de signo positivo o negativo, a la fórmula que se aplique. Para que se entienda la evolución del esquema que se halla al final de las definiciones, aplicaremos la TIR o TAE efectiva, es decir, teniendo en cuenta los gastos, comisiones e ingresos extraordinarios. A continuación detallamos los nuevos ingredientes a introducir:

A. Inversión de 1.000.000 de pesetas, al 10 %.

B. Al año se cobra el primer flujo de 100.000 ptas. y se descuentan 5.000 ptas. que nos cobran por el 0,5 % de depósito.

C. Se reinvierte el importe resultante: 1.095.000 al 10 %.

D. Al vencimiento cobramos otro flujo de 109.500 ptas., al que le restamos 5.000 en concepto de depósito y además tenemos una ganancia de 1.000 pesetas por la venta.

TECNOS

Título:
DERECHO ADMINISTRATIVO Y PODER JUDICIAL

Autor:
Leopoldo Tollívar Alas es catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo.

Índice:
La actividad administrativa / La administración ante el Poder Judicial / Fuentes reguladoras del Poder Judicial / Organos de gobierno y administración del Poder Judicial / Administración estatal, comunidades autónomas y administración de Justicia / Régimen jurídico y procedimiento administrativo aplicable al Poder Judicial / Responsabilidad patrimonial / Derecho patrimonial administrativo / La función pública en la administración de Justicia.

Contenido:
El creciente protagonismo de los órganos de gobierno y administración del Poder Judicial, la importancia de su potestad reglamentaria y la rica casuística generada con respecto a la función pública judicial, aconsejaban la redacción de una obra como esta, en la que de forma sistemática, se analiza la actividad materialmente administrativa desplegada por estos órganos. La obra ofrece, combinando rigor y utilidad práctica, un conjunto de temas que, habitualmente, han venido siendo abordados de forma separada pese a tratarse de actividad administrativa y no procesal.

Utilidad:
Departamentos de Derecho Administrativo y estudiosos de esta materia. Jurisprudencia.

Título:
EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria

Autor:
Francisco Alvedo García Frats es profesor de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Valencia.

Índice:
Introducción / Origen y antecedentes del establecimiento permanente / La cláusula general del establecimiento permanente / La realización de una actividad empresarial / La cláusula de la agencia / El principio de no discriminación / Atribución de rendimientos al establecimiento permanente / El criterio de empresa separada / Sistemas específicos de imputación de rendimientos al establecimiento permanente en nuestro ordenamiento interno / La función del establecimiento permanente. Replanteamiento / Incidencia del

ordenamiento comunitario / Resoluciones administrativas y jurisprudenciales.

Contenido:
El estudio engloba el análisis del concepto del establecimiento permanente y sus implicaciones tributarias, incidiendo de manera especial en la trascendencia tributaria de las operaciones internas realizadas entre establecimiento permanente y casa central, así como en la influencia del principio de no discriminación. Incorpora, asimismo la proyección del ordenamiento comunitario y la doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre el Instituto, por lo que constituye una aportación sin precedente en la doctrina tributaria internacional. Incluye las recientes modificaciones introducidas por la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, las implicaciones de todos los Convenios de Doble Imposición firmados por España hasta 1996 y los últimos pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos.

Utilidad:
Fiscalistas. Especialistas en Derecho Internacional Público. Mercantilistas.

Título:
LA INCAPACIDAD TEMPORAL (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

Autor:
En el VI Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Sevilla, los participantes rindieron sus asonias con estudios sobre la incapacidad temporal. Este libro recopila las ponencias más representativas presentadas por un nutrido grupo de especialistas en la materia. La obra ha sido coordinada por Antonio Ojeda Avilés, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

Índice:
La incapacidad temporal / La incapacidad temporal en los regímenes especiales de la Seguridad Social / A modo sistemático: El nuevo régimen jurídico de la incapacidad temporal y de la maternidad / La incapacidad temporal: complementos de empresa y cláusula rebus sic stantibus / Incapacidad temporal y mejoras voluntarias: supresión o mantenimiento tras el Real Decreto-Ley 5/1992 / El control de la incapacidad temporal / La exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal / La contingencia de incapacidad (laboral) temporal / Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo / La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración / La prestación económica en la situación de incapacidad temporal / El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal / Incapacidad temporal e maternidad, interrupción de

embarazo: la intersección de dos contingencias / El contenido de las prestaciones por maternidad / La base reguladora de la prestación por incapacidad temporal / La cotización en las situaciones de incapacidad temporal y maternidad / En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal / Algunas cuestiones sobre la gestión y control de la incapacidad temporal / Consideraciones económicas y técnicas sobre la reforma de la incapacidad temporal / Los efectos de la huelga sobre la incapacidad temporal / La responsabilidad empresarial en la incapacidad temporal / La trasgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal / La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995 / La incapacidad temporal y la maternidad en los contratos a tiempo parcial / Incapacidad temporal y desempleo / La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal / El tratamiento normativo de la incapacidad temporal y de la maternidad en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre / Las obligaciones de la empresa en las prestaciones económicas por invalidez provisional / Los problemas de aplicación del Reglamento 1408/1971 del Consejo de la Unión Europea a los casos de prestaciones por incapacidad temporal de trabajadores por cuenta ajena / La cotización durante la situación de incapacidad temporal / Algunas consideraciones sobre el control empresarial de la incapacidad temporal / Responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones e incapacidad temporal / La empresa y la incapacidad temporal / El panorama del empleo / El impacto indirecto de las reformas del ordenamiento laboral: el papel de la Inspección del trabajo.

Contenido:
Los trabajos que se recogen en esta obra constituyen en su conjunto el más completo y solvente análisis jurídico sobre las incapacidades temporales que pueda figurar en cualquier bibliografía especializada, nacional e internacional. La reforma legislativa de 1994 operada en las contingencias de incapacidad laboral transitoria y de invalidez provisional, dando paso a la contingencia de incapacidad temporal, se ha adelantado a la futura reforma del sistema español de Seguridad Social. Desde esta perspectiva, parece seguro que la vigencia de los criterios doctrinales contenidos en este importante volumen dedicado a la incapacidad temporal está llamada a ser duradera en el Derecho español de Seguridad Social.

Utilidad:
Profesionales de recursos humanos, asesorías jurídicas de empresa, asociaciones empresariales y sindicales, despachos de Derecho laboral. En el ámbito académico: estudiosos en la materia y departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

J. Henrich Cardona
La compensación urbanística



1.ª ED., 1995. 323 PÁGS. PVP 5.200 PTAS.*

El autor, asesor jurídico de una gran empresa promotora, plantea esta obra como un recorrido que comienza en la iniciativa privada como arranque de la construcción final y termina con la financiación de la misma. Este libro, que se subtítulo «Guía para la ejecución del planeamiento mediante el sistema de compensación», señala las normas aplicables, las interpretaciones dadas por los Tribunales y las prácticas por las que se encausa la tramitación de los complejos expedientes urbanísticos a que da lugar este sistema. Dado el carácter pluridisciplinar del urbanismo, que interesa no sólo a Abogados, Notarios, Registradores, Jueces, Magistrados, Secretarios de ayuntamientos, sino también a Arquitectos, Aparejadores, Ingenieros, empresas urbanizadoras y propietarios de terrenos, la redacción y terminología utilizada es accesible para todos ellos.

J. López Liz
Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios



1.ª ED., 1995. 576 PÁGS. PVP 9.360 PTAS.*

Con la habitual competencia y desenfado de este gran especialista en préstamos hipotecarios que es José López Liz, nos ofrece ahora sus comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo. Son examinadas las entidades a que son aplicables, los preceptos legales y las clases de operaciones que se consideran comprendidas en su ámbito, así como los requisitos para la subrogación y los posibles vicios de la publicidad. Sus comentarios críticos están basados en un análisis muy documentado de la bibliografía actual; en un resumen pormenorizado de la normativa a la luz de sus antecedentes y de las actuales circunstancias económico-sociales; y en la inapreciable experiencia de una vida profesional consagrada casi en exclusiva a estos temas. La obra incluye una amplia documentación de formularios tomados directamente del Registro, así como la normativa relacionada con la materia.

E. Casals / J. Pintó
M. Ginesta / A. Pintó
Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994



1.ª ED., 1995. 614 PÁGS. PVP 7.300 PTAS.*

La presente obra es un manual directo y ágil que tiene por objeto proporcionar al profesional del Derecho un conocimiento inmediato y esencialmente práctico de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, sin perder por ello el rigor jurídico preciso. La metodología seguida por los autores consiste en el comentario doctrinal de artículo por artículo, dando especial trascendencia al análisis comparativo de la actual legislación en relación a la anterior, con estudio específico y exhaustivo de las innovaciones y modificaciones que se han producido en la normativa arrendaticia, todo ello con las correspondientes referencias jurisprudenciales y concordancias del articulado de esta Ley con otros cuerpos normativos de nuestro ordenamiento jurídico.

INCLUYE 2 DISQUETES PARA WINDOWS™

Deseo recibir la/s obra/s:

abonándola/s mediante: Contrarrembolso

Tarjeta Visa N.º Caduca

Nombre

Dirección

CP Población

Provincia CIF/DNI

Tel. Fax



BOSCH
Casa Editorial, S.A.
C/ Comte d'Urgell, 51 08011 Barcelona
Tel. (03) 454 84 37 - Fax (03) 323 67 36

* Los precios indicados incluyen el IVA. De venta en librerías especializadas, o mediante el cupón adjunto.