

# Economist & Jurist

Año V - N.º 18 - Marzo/Abril 1996

## TRAS LA AVALANCHA DE LOS ULTIMOS MESES CONTINUA EL GOTEO LEGISLATIVO

**LEY DE PROTECCION  
DE MENORES: AMBITO DE ACTUACION  
DEL ABOGADO PRIVADO**

**REAL DECRETO  
DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA  
TRIBUTARIA Y FINANCIERA**

**LEY DE COMERCIO MINORISTA**

**REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERIA**

**LEY DE ASISTENCIA  
JURIDICA GRATUITA**

**LEY SOBRE BIENES DECOMISADOS  
EN TRAFICO DE DROGAS**

**LEY DE ASISTENCIA A VICTIMAS DE  
DELITOS SEXUALES Y CONTRA  
LA LIBERTAD SEXUAL**

**LEY ORGANICA DE REPRESION DEL  
CONTRABANDO**

**LEY ORGANICA DE PRISIONES**

**LA JURA DE CUENTAS,  
LA MANERA MAS EFICAZ  
DE RECLAMAR EL PAGO**

**ANTE EL IMPAGO DE LA PENSION  
ALIMENTICIA. LA VIA PENAL:  
FORMULARIOS (II PARTE)**

## Francisco Tomás y Valiente "In Memoriam"

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, uno de los *padres fundadores* que encarnaba la memoria viva del Tribunal Constitucional, ha muerto brutalmente asesinado en su despacho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid por aquellos que desde el fanatismo y la barbarie terrorista de ETA pretenden destruir nuestra democracia y los valores últimos de la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político en que se apoya. Valores a cuya defensa tanto ha contribuido él, primero como Magistrado (1980-1986) y luego como Presidente del Tribunal Constitucional (1986-1992), entregando a la causa de la consolidación y enraizamiento en España del Estado democrático de Derecho los mejores años de su vida de jurista.

Su labor en el Tribunal Constitucional —que he conocido trabajando codo a codo con él durante tres inolvidables años— ha sido sencillamente soberbia. Una sólida formación intelectual, rigor conceptual y metódico, extraordinaria claridad de ideas, penetrante capacidad para el análisis y para la argumentación jurídica (síntoma del «saber jurídico») y por ende para la persuasión; ello unido a una firmeza, que no tozudez, en el mantenimiento y defensa de sus convicciones jurídicas sabiamente combinada con un buen sentido de la Justicia y del Derecho, fueron todas ellas cualidades que, a mis ojos, adornaron siempre su tarea como Juez constitucional. Cualidades tanto más preciosas en un órgano colegiado, como es el Tribunal Constitucional, que delibera y adopta de manera colectiva todas sus resoluciones y Sentencias. De ellas dejó buena huella no sólo en las numerosas Sentencias (161) en que fue Ponente y en sus Votos Particulares (18), sino también en labor secreta de las deliberaciones del Pleno de que he sido testigo durante el último periodo de su mandato.

Su modo de entender la posición del Tribunal Constitucional entre los poderes del Estado, como componente de su estructura fundamental, así como la función específica que le compete como intérprete supremo de la Constitución en la defensa de la primacía de ésta y, sobre todo, de los derechos fundamentales y las libertades públicas fue clara y lúcida; enderezada siempre, de manera inequívoca, a preservar tanto la independencia, orgánica y funcional, del Tribunal como los límites de su jurisdicción frente a los distintos poderes del Estado. Posición de independencia que en él no significaba autoritarismo ni imperialismo jurídicos, sino plena conciencia de la alta y delicada misión que está encomendada al Tribunal en nuestro sistema constitucional. Como él mismo nos ha dejado escrito: «El Tribunal es el intérprete supremo, pero no siendo sagrado ni él mismo ni lo que es objeto de su interpretación, es criticable y no siendo infalible debe escuchar tanto a los críticos autorizados, como a otros intérpretes sobre los cuales podrá imponer, llegado el caso, su interpretación razonada, pero de los cuales nunca debe aislarse».

Esta concepción equilibrada y prudente de su responsabilidad como juez constitucional, «que está vinculado por la seguridad jurídica... pero tiene sobre sí otras obligaciones entendidas como funciones del órgano al que pertenece... esto es, hacer servir la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuesta a problemas no previstos expresamente, resolver ambigüedades y aún aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática y a la noción de Constitución como un todo», en definitiva «haciendo resistente a la Constitución de modo que haga innecesaria su reforma», fue sencillamente modélica. En este sentido su *inactívitas* como juez constitucional y como *primus inter pares* fue incontestable.

De su formación y sensibilidad de historiador del Derecho se enriqueció el Tribunal Constitucional cuando, al afrontar la realidad problemática del Título VIII de la Constitución y la nueva estructura territorial del Estado en él apenas diseñada, hubo de cumplir la función integradora de interpretar la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las demás normas que componen el «bloque de la constitucionalidad» con ocasión de las controversias competenciales que enfrentaron, en los primeros años de nuestra joven democracia, a los órganos centrales del Estado y a las Comunidades Autónomas.

Esa decisiva contribución a la racionalización de la estructura y del funcionamiento del Estado, que, con acierto, se ha denominado «la construcción jurisprudencial del Estado de las Autonomías», desarrollada merced a la labor del Tribunal Constitucional quizás no habría sido posible (o no, al menos, del mismo modo) sin su aportación, sin su sensibilidad y sus reflexiones —internas o explicitadas en la doctrina constitucional— acerca del «problema histórico de la pluralidad constitutiva de España», sin su preocupación por la articulación armónica de «las relaciones entre el todo y las partes», en expresión que a él le gusta decir.

Consciente de la importancia trascendental del papel que el Tribunal Constitucional cumple en nuestro sistema democrático de libertades, durante los dos trienios que ocupó la Presidencia del Tribunal se preocupó tanto de hacer frente al desafío que suponía el número creciente de asuntos que eran sometidos a su decisión, como de reivindicar la dignidad y la independencia de este órgano constitucional y de sus componentes. Con él y en gran medida gracias también a él, el Tribunal Constitucional acrecentó su prestigio y su autoridad y Francisco Tomás y Valiente se convirtió en una referencia personal de las virtudes que figuran en el lema de la medalla que cada Magistrado constitucional lleva en su pecho: *Justitia, Libertas, Concordia*.

Poco a poco, por la proyección de su cargo pero, sobre todo, por sus cualidades personales se forjó en torno a él un nítido perfil de hombre de Estado, de un gran hombre de Estado con profundas e inquebrantables convicciones democráticas y elevado sentido de los valores éticos y jurídicos. Una referencia simbólica de la Constitución española de 1978 y del orden de convivencia instaurado por ella.

Cuando, ya reincorporado a su cátedra de la Universidad Autónoma de Madrid y como «un ciudadano atento a lo que pasa», reemprendió «desde fuera, pero desde cerca, desde la orilla» la defensa del Estado de Derecho y sus «razones» frente a una corriente de descrédito, a contracorriente, en medio de un clima político y social crispado y enraizado hasta la irresponsabilidad, de lucidez, sinceridad, valentía e independencia de sus convicciones democráticas se pusieron de manifiesto vigorosamente. Emergió, de nuevo, lo que siempre había sido a lo largo de su vida, un luchador por la democracia y el Estado de Derecho con las armas que le eran propias, *la razón y la palabra*.

Alvaro Rodríguez Bereijo  
Presidente del Tribunal Constitucional

**INDICE JURIDICO**

- Novedades legislativas. **6**

**SUBVENCIONES OFICIALES**

- Índice de subvenciones oficiales. **12**

**SECCION AL DIA**

- La modificación, novedad y alteración legislativa-jurisprudencial del amplio campo del Derecho, en forma de flash. **14**

**DERECHO CIVIL**

- **Novedad Legislativa:**  
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. **19**  
El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería. **25**

**DERECHO COMUNITARIO**

- **Novedad Legislativa:**  
Novedades en Derecho Comunitario. **28**

**DERECHO CONCURSAL**

- **Doctrina Jurídica:**  
Incidencia de la Reforma de la Ley General Tributaria en los procedimientos concursales. **32**

**DERECHO FISCAL Y TRIBUTARIO**

- **Novedad Legislativa:**  
Medidas Urgentes en materia tributaria para 1996. **34**  
El nuevo centro off-shore canario: Comentarios de urgencia al R.D. Ley 3/1996 de 26 enero de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias. **36**
- **Doctrina Jurídica:**  
Impuestos sobre sucesiones y planificación fiscal internacional. **40**  
La suspensión cautelar y las medidas cautelares de la Ley General Tributaria. **44**  
Guía comparativa de las Normas de Valoración en la Normativa Contable-Mercantil y en la Ley del Impuesto de Sociedades. **46**

- Incidencia de la Reforma de la Ley General Tributaria en los procedimientos concursales. (Vide Sección Derecho Concursal.) **32**

**DERECHO MATRIMONIAL**

- **Doctrina Jurídica:**  
Impago de pensiones (2.ª parte). **47**  
Uso de la vivienda en la crisis matrimonial. **53**  
Simulación del consentimiento matrimonial. **56**

**DERECHO MERCANTIL**

- **Novedad Legislativa:**  
La franquicia en la nueva Ley de Comercio. **60**

**DERECHO LABORAL**

- **Novedad Legislativa:**  
Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. **63**
- **Doctrina Jurídica:**  
La no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral: El principio «a igual trabajo, igual salario» versus «igual salario a trabajos de igual valor». **69**  
Procedimiento para reclamar la devolución de las cuotas indebidamente ingresadas al Régimen General de la Seguridad Social por erróneo encuadramiento de socios, Administradores y Consejeros Delegados. **74**

**DERECHO PENAL**

- **Doctrina Jurídica:**  
El Delito Monetario desaparece **79**  
Impago de pensiones (2.ª parte). (Vide artículo Sección Derecho Matrimonial.) **47**

**ADMINISTRACION, GESTION Y MARKETING DE LOS ABOGADOS**

- Los procesos de jura de cuentas. **81**  
Cuestión deontológica entorno a uno de los sistemas que se utilizan para evitar que el abogado que deje la minuta para el final del pleito no cobre. **85**

**NOTICIAS DEL MUNDO JURIDICO Y ECONOMICO**

- Noticias nacionales e internacionales. **87**

*Editor:* Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. *Director:* Alexandre Pintó Sala. *Dirección Ejecutiva:* Margarita Ginesta de Puig. *Colaboradores Jurídicos:* García de Enterría, J. Jordana Rosell, Sastre Papiol, Hernández Gil, Jorge Vives Martínez, Cuatrecasas, Marroquín Sagalés, Miguel Montoro Puerto, Checkaudit, Iberforo, Piqué Vidal, José Juan Pintó Ruiz, Carlos García de Ceca, García Fernández, Antonio Pérez Ramos, J. y A. Garrigues, Córdoba Roda/Gonzalo Rodríguez Morullo, Angel Bonet Navarro, Manuel J. Silva, Rafael Jiménez de Parga, Tulio Rosembuj, Agustí Jausàs, AGM Lawrope, Gómez-Acebo & Pombo, Juan Manuel Penalles Moreno, Alfonso Hernández Moreno, Manuel Delgado Rodríguez, Fernando P. Méndez González, Francisco Marhuenda, Carlos González Oliver, J. Martrat Sahuquillo, Eloi García Martínez, Jaime Rodrigo de Larrucea, Carlos de la Mata y Luis Coronel de Palma. *Colaboradores Económicos:* Angel Sáez, Pedro Estefanell Coca y Alfonso López Pelegrín. *Consejo de Redacción:* Tulio Rosembuj, Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, Francisco de Quinto, Manuel J. Silva, Esther Ortín, Margarita Ginesta de Puig, Juan Francisco Corona Ramón, José Juan Ros Petit, Jesús Blanco Campaña y Luis Usón Duch. *Consejo Asesor:* Carlos Ferrer Salat, Antonio Negre Villavechia, Mario Pifarre Riera, José Juan Pintó Ruiz, Juan Piqué Vidal, Rafael Jiménez de Parga, Agustí Jausàs, Fernando Casado Juan y Juan Ros Petit. *Publicidad:* Bit Publicidad, Josep Tarradellas, 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:* Anglafort, 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.

## Indice novedades legislativas Publicadas en el B.O.E hasta el 15 de febrero de 1996



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

### ADMINISTRATIVO

Ley 12 diciembre 1995, Núm. 37/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.  
TELECOMUNICACIONES POR SATELITE. Ley reguladora.  
*B.O.E. 13 diciembre 1995 (Núm. 297)*

Ley 12 diciembre 1995, Núm. 38/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.  
MEDIO AMBIENTE. Derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente.  
*B.O.E. 13 diciembre 1995 (Núm. 297)*

Ley 19 noviembre 1995, Núm. 39/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS. Organización.  
*B.O.E. 20 diciembre 1995 (Núm. 303)*

Ley 22 diciembre 1995, Núm. 42/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.  
ELECCIONES. Publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres.  
*B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)*

Ley 22 diciembre 1995, Núm. 41/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.  
TELEVISION. Régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres.  
*B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)*

Real Decreto 22 diciembre 1995, Núm. 2029/1995.  
MINISTERIO OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTES Y MEDIO AMBIENTE.  
AGUAS. Prorroga la vigencia del Real Decreto 134/1994, de 4 febrero (RCL 1994, 494 y 717), por el que se adoptan medidas administrativas especiales para la gestión de los recursos hidráulicos.  
*B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)*

Ley 27 diciembre 1995, Núm. 44/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.  
PATRIMONIO NACIONAL. Modifica la Ley 23/1982, de 16 junio (RCL 1982, 1598 y ApNDL 10724), reguladora.  
*B.O.E. 28 diciembre 1995 (Núm. 310)*

Real Decreto 22 diciembre 1995, Núm. 2026/1995.  
MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.  
ESTADISTICA. Aprueba el Programa Anual 1996 del Plan Estadístico Nacional 1993-1996 (RCL 1993, 1379 y 1709).

Real Decreto 7 diciembre 1995, Núm. 1997/1995.  
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION.  
ESPACIOS NATURALES. Establece medidas para contribuir y garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitos naturales y de la fauna y flora silvestres.  
*B.O.E. 28 diciembre 1995 (Núm. 310)*

Real Decreto 28 diciembre 1995 (Núm. 2205/1995).  
MINISTERIO PRESIDENCIA.  
FONDO DE ORDENACIONES Y REGULACION DE PRODUCCIONES Y PRECIOS AGRARIOS (FORPPA) Y SERVICIO NACIONAL DE PRODUCTOS AGRARIOS (SENPA). Refundición en un nuevo Organismo autónomo de carácter comercial y financiero denominado Fondo Español de Garantía Agraria (FE-GA).  
*B.O.E. 29 diciembre 1995 (Núm. 311)*

Real Decreto-Ley 28 diciembre 1995, Núm. 11/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.  
AGUAS RESIDUALES. Establece las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.  
*B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)*



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 28 diciembre 1995, Núm. 2190/1995.

MINISTERIO OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y MEDIO AMBIENTE.

VIVIENDAS Y SUELO. Medidas de financiación de actuaciones protegibles para el período 1996/1999.

B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)

Orden 27 diciembre 1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

ORDENACION DE PAGOS. Procedimientos para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado.

B.O.E. 3 enero 1996 (Núm. 3)

Real Decreto 8 enero 1996, núm. 1/1996.

JEFATURA DEL ESTADO.

CORTES GENERALES. Disolución y convocatoria de elecciones.

B.O.E. 9 enero 1996 (Núm. 8)

Ley 10 enero 1996, Núm. 2/1996.

JEFATURA DEL ESTADO.

INUNDACIONES. Medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes inundaciones en la provincia de Guadalajara.

B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)

Ley 10 enero 1996, núm. 4/1996.

JEFATURA DEL ESTADO.

PADRON MUNICIPAL DE HABITANTES. Modifica la Ley 7/1985, de 2 abril (RCL 1985, 799, 1372 y ApNDL 205), de Bases del Régimen Local, en relación con el Padrón municipal.

B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)

Ley 10 enero 1996, Núm. 5/1996.

JEFATURA DEL ESTADO.

ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. Creación de la Agencia Industrial del Estado de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y supresión del Instituto Nacional de Industria y del Instituto Nacional de Hidrocarburos.

B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)

Ley 15 enero 1996, Núm. 6/1996.

JEFATURA DEL ESTADO.

VOLUNTARIADO SOCIAL. Ley reguladora.

B.O.E. 17 enero 1996 (Núm. 15)

Ley 15 enero 1996, Núm. 8/1996.

JEFATURA DEL ESTADO.

AGRICULTURA Y GANADERIA. Medidas urgentes para reparar los efectos producidos por la sequía.

B.O.E. 17 enero 1996 (Núm. 15)

Ley 15 enero 1996, Núm. 9/1996.

JEFATURA DEL ESTADO.

ABASTECIMIENTO DE AGUAS. Medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes como consecuencia de la persistencia de la sequía.

B.O.E. 17 enero 1996 (Núm. 15)

Real Decreto 2 febrero 1996, Núm. 159/1996.

MINSITERIO PARA ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

ADMINISTRACION CIVIL DEL ESTADO. Oferta de empleo público para 1996.

B.O.E. 3 febrero 1996 (Núm. 30)

Orden 1 febrero 1996.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

ADMINISTRACION Y CONTABILIDAD DEL ESTADO. Instrucción de Contabilidad para la Administración General del Estado.

B.O.E. 8 febrero 1996 (Núm. 34)

Orden 1 febrero 1996.

MINSITERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

ADMINISTRACION Y CONTABILIDAD DEL ESTADO. Aprueba los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado.

B.O.E. 9 febrero 1996 (Núm. 35)

Real Decreto 19 enero 1996, Núm. 40/1996.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

HABILITADOS DE CLASES PASIVAS. Estatuto General de los Colegios Profesionales.

B.O.E. 12 febrero 1996 (Núm. 37)

CIVIL

Ley 10 enero 1996, núm. 1/1996.

JEFATURA DEL ESTADO. ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA.

Ley reguladora.

B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)

Ley Orgánica 15 enero 1996, Núm. 1/1996.

JEFATURA DEL ESTADO MENORES-CODIGO CIVIL-ENJUICIAMIENTO CIVIL. Ley de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B.O.E. 17 enero 1996 (Núm. 15)

C.A. ANDALUCIA

Ley 6 noviembre 1995, Núm. 5/1995. PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA.

ANDALUCIA-PUBLICIDAD. Regula la publicidad institucional.

B.O.E. 22 diciembre 1995 (Núm. 305)

Ley 29 diciembre 1995, Núm. 6/1995. PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA.

ANDALUCIA-COLEGIOS PROFESIONALES. Regula los Consejos Andaluces de Colegios Profesionales.

B.O.E. 30 enero 1996 (Núm. 26)

C.A. ARAGON

Ley 15 noviembre 1995, Núm. 8/1995. PRESIDENCIA DE LA DIPUTACION GENERAL DE ARAGON.

ARAGON-PRESUPUESTOS. Modificación de la Ley 2/1995, de 6 marzo (RCL 1995, 1224), de endeudamiento de la Comunidad Autónoma con cargo al presupuesto de 1994.

B.O.E. 9 diciembre 1995 (Núm. 294)

C.A. CANARIAS

Ley 6 noviembre 1995, Núm. 10/1995. PRESIDENCIA DE LA DIPUTACION REGIONAL DE CANTABRIA.

CANTABRIA-PRESUPUESTOS. Presupuestos Generales de la Diputación Regional para 1995.

B.O.E. 8 diciembre 1995 (Núm. 293)

C.A. CASTILLA LEON

Ley 22 noviembre 1995, Núm. 3/1995. PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON.

CASTILLA Y LEON. Modifica el Decreto Legislativo 1/1988, de 21 julio (RCL 1988, 2164), que aprueba el texto refundido de la Ley del Gobierno y de la Administración.

B.O.E. 9 enero 1996 (Núm. 8)



**C.A. CATALUNYA**

Ley 29 septiembre 1995, Núm. 11/1995. PRESIDENCIA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA.

CATALUÑA-SANIDAD. Modificación parcial de la Ley 15/1990, de 9 julio (RCL 1990, 1777) de ordenación sanitaria.

B.O.E. 5 enero 1996 (Núm. 5)

**C.A. EXTREMADURA**

Ley 23 noviembre 1995, Núm. 9/1995. PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE EXTREMADURA.

EXTREMADURA-RADIODIFUSION Y TELEVISION. Modifica la Ley 1/1989, de 31 mayo (LEXT 1989, 66), del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en Extremadura.

B.O.E. 6 febrero 1996 (Núm. 32)

**C.A. GALICIA**

Ley Orgánica 27 diciembre 1995, Núm. 16/1995.

JEFATURA DEL ESTADO.

GALICIA. Transferencia de competencias.

B.O.E. 28 diciembre 1995 (Núm. 310)

Ley 10 noviembre 1995, Núm. 9/1995. PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE GALICIA.

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA. Creación.

B.O.E. 5 enero 1996 (Núm. 5)

Ley 23 noviembre 1995, Núm. 10/1995. PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE GALICIA.

GALICIA-ORDENACION DEL TERRITORIO. Regulación.

B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)

**C.A. LA RIOJA**

Ley 27 diciembre 1995, Núm. 9/1995. PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LA RIOJA.

LA RIOJA-PRESUPUESTOS. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1996.

B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)

Ley 29 diciembre 1995, Núm. 10/1995. PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LA RIOJA.

LA RIOJA-TASAS, REGIMEN JURIDICO Y LOCAL Y FUNCION PUBLICA.

Modifica la legislación.

B.O.E. 5 enero 1996 (Núm. 5)

**C.A. MADRID**

Ley 16 octubre 1995, Núm. 17/1995. PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

COMUNIDAD DE MADRID-IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONOMICAS. Modificación de la Ley 16/1991, de 18 diciembre (RCL 1992, 524), que establece recargo.

B.O.E. 2 febrero 1996 (Núm. 29)

LEY 1 DICIEMBRE 1995, Núm. 18/1995.

PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

COMUNIDAD DE MADRID-GOBIERNO Y ADMINISTRACION. Modificación parcial de la Ley 1/1983, de 13 diciembre (RCL 1984, 340 y 603), reguladora.

B.O.E. 2 febrero 1996 (Núm. 29)

**C:A. MURCIA**

Ley 5 octubre 1995, Núm. 11/1995. PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LA REGION DE MURCIA.

REGION DE MURCIA-ANIMALES SILVESTRES, CAZA Y PESCA FLUVIAL. Modifica la Ley 7/1995, de 21 abril (RCL 1995, 1657), de normas reguladoras.

B.O.E. 14 diciembre 1995 (Núm. 298)

**C.A. PAIS VASCO**

Ley 13 diciembre 1995, Núm. 5/1995. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO VASCO.

PAIS VASCO-PATRIMONIO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. Permuta de terrenos entre la Universidad del País Vasco y los Ayuntamientos de Bilbao y San Sebastián.

B.O.E. 1 febrero 1996 (Núm. 28)

Ley 29 diciembre 1995, Núm. 6/1995. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO VASCO.

PAIS VASCO-PRESUPUESTOS. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1996.

B.O.E. 1 febrero 1996 (Núm. 28)

**COMUNITARIO**

Circular 21 diciembre 1995, Núm. 6/1995.

DEPARTAMENTO DE ADUANAS E IMPUESTOS ESPECIALES DE AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

INTERCAMBIOS INTRACOMUNITARIOS. Sustituye el texto de la Circular 7/1994, de 22 diciembre (RCL 1994, 3550), que recoge las instrucciones relativas a la aplicación de las disposiciones sobre estadísticas de los intercambios de bienes entre los Estados miembros de la Unión Europea.

B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)

**FISCAL Y TRIBUTARIO**

Real Decreto 22 diciembre 1995 Núm. 2025/1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Modifica el artículo 22 de su Reglamento (RCL 1991, 3026) y adopta medidas para dar cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 42/1994, de 30 diciembre (RCL 1994, 3564 y RCL 1995, 515) de medidas fiscales administrativas y de orden social.

B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)

Real Decreto 22 diciembre 1995, Núm. 2027/1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

HACIENDA PUBLICA. Regula la declaración anual de operaciones con terceras personas.

B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)

Orden 14 diciembre 1995. MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPUESTOS SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS Y SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES: Precios medios de venta aplicables para liquidación de transmisiones de vehículos, embarcaciones y aeronaves usados/as.

B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)

Orden 22 diciembre 1995. MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. Regula el pago de las devoluciones a no residentes.

B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)



**Ley 27 diciembre 1995, Núm. 43/1995.**

**JEFATURA DEL ESTADO. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. Ley reguladora.**

*B.O.E. 28 diciembre 1995 (Núm. 310)*

Resolución 18 diciembre 1995. DEPARTAMENTO DE ADUANAS E IMPUESTOS ESPECIALES DE AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

ARANCEL DE ADUANAS. Actualización del Arancel Integrado de Aplicación (TARIC).

*B.O.E. 28 diciembre 1995 (Núm. 310)*

Circular 14 diciembre 1995, Núm. 5/1995.

DEPARTAMENTO DE ADUANAS E IMPUESTOS ESPECIALES DE AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

ADUANAS-COMUNIDAD EUROPEA. Instrucciones para la formalización del Documento Unico Administrativo (DUA).

*B.O.E. 28 diciembre 1995 (Núm. 310)*

**Real Decreto-Ley 28 diciembre 1995, Núm. 12/1995.**

**JEFATURA DEL ESTADO. PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera. B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)**

Real decreto 28 diciembre 1995, Núm. 2187/1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. Determina el alcance y concesión de la exención a los centros educativos concertados y el procedimiento para satisfacer las compensaciones a favor de los Ayuntamientos, previstas en el art. 7.2 de la Ley 22/1993, de 29 diciembre (RCL 1993, 3600).

*B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)*

Real Decreto 28 diciembre 1995, Núm. 2189/1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Determina el grado de discapacidad a que se refiere el art. 28.2 de la Ley reguladora (RCL 1991, 1452 y 2388), amplía a cinco años el plazo de las cuentas vivienda y modifica las tablas de porcentajes de retención a cuenta sobre los rendimien-

tos del trabajo y el porcentaje de retención aplicable a los penados en instituciones penitenciarias.

*B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)*

Orden 18 diciembre 1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPORTACION. Fija el contravalor en pesetas de la unidad de cuenta europea (ECU) a los efectos de la aplicación de las franquicias aduaneras y de las exenciones del Impuesto sobre el Valor añadido correspondientes a las importaciones de bienes con ocasión de matrimonio, de las de bienes de escaso valor, de las realizadas en régimen de viajeros y de pequeños envíos y de entregas de bienes efectuadas a viajeros en tiendas libres de impuestos con ocasión de un viaje intracomunitario.

*B.O.E. 1 enero 1996 (Núm. 1)*

Resolución 3 enero 1996.

DIRECCION GENERAL TESORO Y POLITICA FINANCIERA.

ACTIVOS FINANCIEROS. Tipo de interés efectivo anual para el primer trimestre de 1996, a efectos de lo dispuesto en el art. 3.º 1 de la Ley 14/1985, de 29 mayo (RCL 1985, 1328 y ApNDL 7192), de régimen fiscal de determinados activos financieros.

*B.O.E. 6 enero 1996 (Núm. 6)*

Orden 29 diciembre 1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPUESTOS SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS Y SOBRE EL VALOR AÑADIDO. Da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 7 del Real Decreto-Ley 4/1995 (RCL 1995, 1473 y 1526) y corrige el módulo «Personal no asalariado» de la actividad «Elaboración de patatas fritas, palomitas de maíz y similares» que figura en la Orden 28 noviembre 1995 (RCL 1995, 3220).

*B.O.E. 8 enero 1996 (Núm. 7)*

Resolución 8 enero 1996.

PRESIDENCIA DE AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA. Crea la Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción.

*B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)*

Real Decreto 22 diciembre 1995, Núm. 2024/1995.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

ENTIDADES FINANCIERAS. Modifica parcialmente el Real Decreto, 1343/1992, de 6 noviembre (RCL 1992, 2622 y RCL 1993, 350), por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 junio (RCL 1992, 1239), de recursos propios y supervisión en base consolidada, e incluye un nuevo Título V sobre las reglas especiales de vigilancia aplicables a los grupos mixtos no consolidables.

*B.O.E. 13 enero 1996 (Núm. 12)*

**Real Decreto-Ley 28 diciembre 1995, Núm. 12/1995.**

**JEFATURA DEL ESTADO. PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera. B.O.E. 18 enero 1996 (Núm. 16)**

Real Decreto 19 enero 1996, Núm. 41/1996.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

DEUDA DEL ESTADO. Creación durante 1996.

*B.O.E. 20 enero 1996 (Núm. 18)*

Real Decreto 26 enero 1996, Núm. 80/1996.

MINISTERIO ECONOMIA Y HACIENDA.

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. Modifica su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 diciembre (RCL 1992, 2834 y RCL 1993, 404), y el Real Decreto 2402/1985, de 18 diciembre (RCL 1985, 3059; RCL 1986, 226 y ApNDL 6993), por el que se regula el deber de expedir y entregar facturas que incumbe a los empresarios y profesionales.

*B.O.E. 31 enero 1996 (Núm. 27)*

## INTERNACIONAL

Convenio y Protocolo 26 octubre 1993, ratificados por instrumento 3 marzo 1995.

JEFATURA DEL ESTADO.

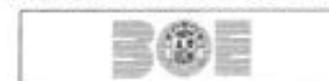
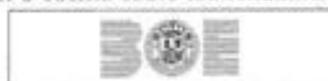
PORTUGAL. Para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta.

*B.O.E. 15 diciembre 1995 (Núm. 299)*

Acuerdo 5 septiembre 1995.

MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES. BULGARIA. Régimen jurídico y condiciones para la actividad de los centros culturales.

*B.O.E. 20 diciembre 1995 (Núm. 303)*



Acuerdo 16 noviembre 1995.  
MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.  
ESLOVENIA. Transporte internacional  
por carretera.  
B.O.E. 20 diciembre 1995 (Núm. 303)

Anuncio 11 diciembre 1995.  
SECRETARIA GENERAL TECNICA MI-  
NISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.  
ISRAEL. Entrada en vigor del Acuerdo  
sobre cooperación en el campo de la  
desertificación de 9 noviembre 1993  
(RCL 1995, 2779)  
B.O.E. 2 enero 1996 (Núm. 2)

Convenio 16 marzo 1991.  
MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.  
BRASIL. Seguridad Social.  
B.O.E. 15 enero 1996 (Núm. 13)

Acuerdo 4 abril 1995.  
MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.  
MALASIA. Supresión parcial de visados.  
B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

Canje de Cartas 14 diciembre 1994.  
MINISTERIO ASUNTOS EXTERIORES.  
ARGELIA. Supresión de visados de sali-  
da a residentes y régimen básico de vi-  
sados.  
B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

Resolución 9 febrero 1996.  
SUBSECRETARIA MINISTERIO PRESI-  
DENCIA.  
BELGICA. Dispone la publicación del  
Acuerdo del Consejo de Ministros de 9  
de febrero 1996 por el que autoriza al  
Ministro de Asuntos Exteriores para ini-  
ciar la tramitación, conforme al dere-  
cho internacional, de la suspensión de  
la aplicación entre el Reino de España y  
el Reino de Bélgica de los capítulos II y  
IV del título III del Convenio de Aplica-  
ción (RCL 1994, 1000) del Acuerdo de  
Schengen, de 14 de junio 1985 (RCL  
1991, 1911), y se habilita al Ministro de  
Justicia e Interior para adoptar medidas  
inmediatas adecuadas al principio de  
reciprocidad en las relaciones de coope-  
ración jurídica con el Reino de Bélgica.  
B.O.E. 10 febrero 1996 (Núm. 36)

**LABORAL**

Real Decreto 7 diciembre 1995, Núm.  
1993/1995.  
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD  
SOCIAL.  
MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABA-  
JO Y ENFERMEDADES PROFESIONA-  
LES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Regla-

mento sobre colaboración en la gestión  
de la Seguridad Social.  
B.O.E. 12 diciembre 1995 (Núm. 296)

Orden 28 diciembre 1995.  
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD  
SOCIAL.  
EMPLEO. Amplía los plazos estableci-  
dos en la Orden 2 marzo 1994 (RCL  
1994, 752 y 937), sobre bases para la  
concesión de subvenciones por el Insti-  
tuto Nacional de Empleo, en el ámbito  
de la colaboración con las Corporacio-  
nes Locales para la contratación de tra-  
bajadores desempleados en la realiza-  
ción de obras y servicios de interés  
general y social.  
B.O.E. 28 diciembre 1995 (Núm. 310)

Real Decreto 28 diciembre 1995, Núm.  
2199/1995.  
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD  
SOCIAL.  
SALARIOS. Fija el mínimo interprofesio-  
nal para 1996.  
B.O.E. 29 diciembre 1995 (Núm. 311)

Resolución 22 diciembre 1995.  
INTERVENCION GENERAL SEGU-  
RIDAD SOCIAL.  
SEGURIDAD SOCIAL. Dicta las instruc-  
ciones contables necesarias para la apli-  
cación y desarrollo de lo establecido en  
el Real Decreto 1299/1995, de 21 julio  
(RCL 1995, 2544).  
B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)

Orden 11 enero 1996.  
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD  
SOCIAL.  
SEGURIDAD SOCIAL. Normas de coti-  
zación a la Seguridad Social, desem-  
pleo, Fondo de Garantía Salarial y For-  
mación Profesional para 1996.  
B.O.E. 13 enero 1996 (Núm. 12)

Real Decreto 15 enero 1996, Núm.  
2/1996.  
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGU-  
RIDAD SOCIAL.  
SEGURIDAD SOCIAL. Revalorización  
de pensiones para 1996.  
B.O.E. 16 enero 1996 (Núm. 14)

Real Decreto 15 enero 1996, Núm.  
8/1996.  
MINISTERIO SANIDAD Y CONSUMO.  
ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGU-  
RIDAD SOCIAL. Regula la libre elección  
de médico en los servicios de atención  
especializada del Instituto nacional de  
la Salud.  
B.O.E. 31 enero 1995 (Núm. 27)

Real Decreto 28 diciembre 1995, Núm.  
2200/1995.  
MINISTERIO INDUSTRIA Y ENERGIA.  
SEGURIDAD INDUSTRIAL. Reglamen-  
to de la Infraestructura para la Calidad y  
la Seguridad Industrial.  
B.O.E. 6 febrero 1996 (Núm. 32)

Resolución 22 diciembre 1995.  
INTERVENCION GENERAL SEGU-  
RIDAD SOCIAL.  
SEGURIDAD SOCIAL. Dicta las instruc-  
ciones contables necesarias para la apli-  
cación y desarrollo de lo establecido en  
el Real Decreto 1299/1995, de 21 julio  
(RCL 1995, 2544).  
B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

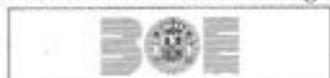
Real Decreto 2 febrero 1996, Núm.  
159/1996.  
MINISTERIO PARA ADMINISTRACIO-  
NES PUBLICAS.  
ADMINISTRACION CIVIL DE ESTADO.  
Oferta de empleo público para 1996.  
B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

Real Decreto 15 enero 1996, Núm.  
9/1996.  
MINISTERIO SANIDAD Y CONSUMO.  
PRODUCTOS SANITARIOS. Regula la  
selección de los efectos y accesorios, sin  
financiación con fondos de la Seguri-  
dad Social o fondos estatales afectos a la  
sanidad y su régimen de suministro y  
dispensación a pacientes no hospitali-  
zados.  
B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

Orden 18 enero 1996.  
MINISTERIO SANIDAD Y CONSUMO.  
ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGU-  
RIDAD SOCIAL. Desarrolla el Real De-  
creto 63/1995, de 20 enero (RCL 1995,  
439), para la regulación de la prestación  
ortoprotésica.  
B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

Resolución 18 enero 1996.  
DIRECCION GENERAL TRABAJO.  
SEGUROS. (Sociedades de). Acta de Pro-  
tocolo de Transición en desarrollo de  
los artículos 6 y 7 del convenio colecti-  
vo del sector de Seguros, Reaseguros y  
Mutuas de Accidentes de trabajo (RCL  
1994, 2473 y 3018).  
B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

Resolución 29 enero 1996.  
DIRECCION GENERAL TRABAJO.  
CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRA-  
BAJO. Acuerdo sobre solución extraju-  
dicial de conflictos laborales (ASEC).  
B.O.E. 8 febrero 1996 (Núm. 34)



Resolución 29 enero 1996.  
DIRECCION GENERAL TRABAJO.  
CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO. Reglamento de aplicación del Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC) (RCL 1996, 448).

B.O.E. 8 febrero 1996 (Núm. 34)

Orden 18 enero 1996.  
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

SEGURIDAD SOCIAL-INCAPACIDAD. Aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 julio 1995 (RCL 1995, 2446), sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

B.O.E. 9 febrero 1996 (Núm. 35)

**MERCANTIL**

Resolución 18 diciembre 1995.  
BANCO DE ESPAÑA.  
MERCADO HIPOTECARIO. Indices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

B.O.E. 21 diciembre 1995 (Núm. 304)

Resolución 22 diciembre 1995.  
DIRECCION GENERAL TESORO Y POLITICA FINANCIERA.  
DEUDA DEL ESTADO. Fija el tipo nominal de interés que devengarán las Obligaciones del INI, emisión diciem-

bre 1992, durante el próximo período de interés.

B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)

**Ley Orgánica 15 enero 1996, Núm. 2/1996.**

JEFATURA DEL ESTADO.  
COMERCIO. Ley complementaria de la ordenación del comercio minorista. (RCL 1996, 148).

B.O.E. 17 enero 1996 (Núm. 15).

**Ley 15 enero 1996, Núm. 7/1996.**

JEFATURA DEL ESTADO.  
COMERCIO. Ordenación del comercio minorista.

B.O.E. 17 enero 1996 (Núm. 15).

Resolución 16 enero 1996.  
BANCO DE ESPAÑA.  
MERCADO HIPOTECARIO. Indices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

B.O.E. 20 enero 1996 (Núm. 18)

Real Decreto 2 febrero 1996 Núm. 151/1996.

MINISTERIO INDUSTRIA Y ENERGIA.  
PATENTES. Modifica parcialmente el Reglamento de ejecución de la Ley 11/1986, de 20 marzo (RCL 1986, 939) aprobado por Real Decreto 2245/1986, de 10 octubre (RCL 1986, 3327, 3690 y RCL 1987, 378).

B.O.E. 7 febrero 1996 (Núm. 33)

**PENAL**

**Ley 11 diciembre 1995, Núm. 35/1995.**

JEFATURA DEL ESTADO.  
DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. Ayudas y asistencia a las víctimas.

B.O.E. 12 diciembre 1995 (Núm. 296)

Ley 11 diciembre 1995, Núm. 36/1995.  
JEFATURA DEL ESTADO.

TRAFICO DE DROGAS. Creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados.

B.O.E. 12 diciembre 1995 (Núm. 296)

**Ley Orgánica 12 diciembre 1995, Núm. 12/1995.**

JEFATURA DEL ESTADO.  
CONTRABANDO. Represión del contrabando.

B.O.E. 13 diciembre 1995 (Núm. 297)

**Ley Orgánica 18 diciembre 1995, Núm. 13/1995.**

JEFATURA DEL ESTADO.  
PRISIONES. Modifica la Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre (RCL 1979, 2383 y ApNL 11177), General Penitenciaria.

B.O.E. 19 diciembre 1995 (Núm. 302)



**Boletín de Suscripción para la C.E.E.**

Deseo suscribirme a la revista especializada **ECONOMIST & JURIST** por un período de un (1) año, al precio de 12.250 ptas. (Incluido gastos de envío). A los suscriptores que no sean profesionales o no indiquen su n.º de I.V.A. comunitario se les cargará un 4 % de I.V.A. (Impuesto Valor Añadido).

Apellidos	Nombre	N.º I.V.A. Comunitario
Calle / Plaza	Número	Piso
Ciudad	Código Postal	Provincia
		País

Ruego se sirva efectuar transferencia bancaria a nuestra entidad en Barcelona, CAIXA BANK al siguiente n.º de cuenta 0101.6561.16.0200028189, o remitirnos cheque bancario internacional.

..... de ..... de 19 ..... Firma

**Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.**

Freixa, 42 - Tels. (93) 414 17 40 - Fax (93) 414 09 16 - 08021 Barcelona

**BOLETIN DE SUSCRIPCION**

# SUBVENCIONES

## Subvenciones

Publicadas en el B.O.E. hasta el 15 de febrero de 1996

Orden 20 diciembre 1995  
MINISTERIO INDUSTRIA Y ENERGIA  
**ENERGIA.** Modifica la Orden 28 marzo 1995 (RCL 1995, 1046) por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética (PAEE), y convoca las del ejercicio 1996.  
*B.O.E. 27 diciembre 1995 (Núm. 309)*

Orden 21 diciembre 1995  
MINISTERIO TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL  
**INUNDACIONES.** Dicta normas para la aplicación de lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto-Ley 9/1995, de 8 septiembre (RCL 1995, 2542), por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes inundaciones en la provincia de Guadalajara.  
*B.O.E. 29 diciembre 1995 (Núm. 311)*

Orden 26 diciembre 1995  
MINISTERIO OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTES Y MEDIO AMBIENTE  
**TRANSPORTES POR CARRETERA.** Prorroga durante 1996 la aplicación de la Orden 26 abril 1993 (RCL 1993, 1355), por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas al sector del transporte público.  
*B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)*

Orden 28 diciembre 1995  
MINISTERIO OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTES Y MEDIO AMBIENTE  
**NAVEGACION AEREA.** Modifica el tipo de interés por mora y reemplaza los anexos 1 y 2 del Decreto 1675/1972, de 26 de junio 1972 (RCL 1972, 1246 y NDL 22280), relativo a las tarifas por uso de la Red de Ayudas.  
*B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)*

Orden 26 diciembre 1995  
MINISTERIO INDUSTRIA Y ENERGIA  
**AGUAS.** Subvenciones a plantas potabilizadoras en Canarias en 1995.  
*B.O.E. 30 diciembre 1995 (Núm. 312)*

Orden 14 diciembre 1995  
MINISTERIO ASUNTOS SOCIALES  
**EMIGRACION.** Programas de actua-

ción en favor de los emigrantes españoles.  
*B.O.E. 1 enero 1996 (Núm. 1)*

Orden 28 diciembre 1995  
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION  
**SEGUROS DEL CAMPO.** Modifica las Ordenes 30 diciembre 1994 (RCL 1995, 125), que regula el de ganado vacuno y 21 diciembre 1994 (RCL 1994, 3534), que regula el de ganado ovino.  
*B.O.E. 11 enero 1996 (Núm. 10)*

Ley 10 enero 1996, núm. 2/1996  
JEFATURA DEL ESTADO  
**INUNDACIONES.** Medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes inundaciones en la provincia de Guadalajara.  
*B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)*

Orden 28 diciembre 1995  
MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION  
**SEGUROS DEL CAMPO.** Normas para el combinado de helada, pedrisco y viento huracanado en albaricoque, ciruela, manzana, melocotón y pera, comprendido en los Planes Anuales de seguros Agrarios Combinados.  
*B.O.E. 12 enero 1996 (Núm. 11)*

Real Decreto 22 diciembre 1995, núm. 2028/1995  
MINISTERIO OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTES Y MEDIO AMBIENTE  
**VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL.** Condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de las promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de viviendas.  
*B.O.E. 16 enero 1996 (Núm. 14)*

Ley 15 enero 1996, núm. 8/1996  
JEFATURA DEL ESTADO  
**AGRICULTURA Y GANADERIA.** Medidas urgentes para reparar los efectos producidos por la sequía.  
*B.O.E. 17 enero 1996 (Núm. 15)*

Orden 13 enero 1996  
 MINISTERIO CULTURA  
**CINEMATOGRAFIA.** Regula la concesión de ayudas para la conservación de películas al amparo de lo dispuesto en el título III, capítulo II, sección cuarta, del Real Decreto 1282/1989 de 28 agosto (RCL 1989, 2326) y convoca las correspondientes a 1996.  
 B.O.E. 19 enero 1996 (Núm. 17)

Orden 15 enero 1996  
 MINISTERIO CULTURA  
**DIRECCION GENERAL DE COOPERACION CULTURAL.** Bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones.  
 B.O.E. 19 enero 1996 (Núm. 17)

Orden 16 enero 1996  
 MINISTERIO CULTURA  
**CULTURA.** Regula la concesión de ayudas para la formación asistencia técnica y proyectos de desarrollo cultural en Iberoamérica.  
 B.O.E. 19 enero 1996 (Núm. 17)

Orden 12 enero 1996  
 MINISTERIO CULTURA  
**MUSEOS.** Regula la concesión de subvenciones a los que integran, mediante convenio con el M<sup>e</sup> de Cultura, el Sistema Español de Museos y convoca las correspondientes a 1996.  
 B.O.E. 19 enero 1996 (Núm. 17)

Resolución 20 diciembre 1995  
 DIRECCION GENERAL INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO  
**EMPLEO.** Modifica la Resolución 31 mayo 1994 (RCL 1994, 1789), que desarrolla la Orden 2 marzo 1994 (RCL 1994, 752 t 937), sobre bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales, para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social.  
 B.O.E. 20 enero 1996 (Núm. 18)

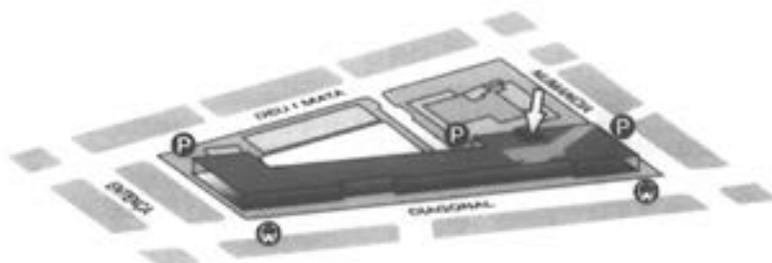
Orden 25 enero 1996  
 MINISTERIO ASUNTOS SOCIALES  
**MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIA-**

**LES.** Bases reguladoras para la concesión de subvenciones.  
 B.O.E. 2 febrero 1996 (Núm. 29)

Resolución 8 enero 1996  
 DIRECCION GENERAL MIGRACIONES  
**EMIGRACION.** Determina los modelos de solicitud de ayudas en favor de los emigrantes españoles.  
 B.O.E. 2 febrero 1996 (Núm. 29)

Orden 31 enero 1996  
 MINISTERIO AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION  
**SEGUROS DEL CAMPO.** Plan de Seguros Agrarios Combinados para el ejercicio de 1996.  
 B.O.E. 10 febrero 1996 (Núm. 36)

Orden 8 febrero 1996  
 MINISTERIO INDUSTRIA Y ENERGIA  
**ENERGIA.** Bases reguladoras de la concesión de ayudas en el marco del Programa ESTELA (Estrategia Tecnológica Energética de Largo Alcance).  
 B.O.E. 10 febrero 1996 (Núm. 36)



- ODONTOLOGIA PREVENTIVA
- REHABILITACION ORAL Y ESTETICA
- IMPLANTES
- PROTESIS
- PERIODONCIA
- ENDODONCIA
- ODONTOLOGIA INFANTIL
- ORTODONCIA
- HIGIENE MENTAL

**P**  
 ENTRADA APARCAMIENTO  
**M**  
 METRO  
 REINA MARIA CRISTINA  
 LES CORTS  
**A**  
 AUTOBUSES  
 LINEAS 6,7,33,34,66,67,68, TOMB BUS  
**T**  
 TAXIS  
 PARADA C/ NUMANCIA-AVDA. DIAGONAL

HORARIO: De lunes a viernes, mañana y tarde. HORAS CONVENIDAS

Diagonal, 569, 2.º 1.ª · Edificio L'illa · 08029 BARCELONA · Tel. 430 98 84 · Fax 430 41 88

# AL DIA



LA LEY-ACTUALIDAD

## AL DIA ADMINISTRATIVO

### JURISPRUDENCIA

- 1. El pago por la Administración de intereses de demora en expropiaciones urbanísticas por retraso en el acta de ocupación solo procederán si dicho retraso es imputable a la Administración**

La Sentencia, de fecha 14 de noviembre de 1995, dictada por la Sección 6.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, ha definido el alcance de los intereses de demora en las expropiaciones urbanísticas. En el supuesto contemplado en la sentencia referida, el acta de ocupación se produjo a los trece años de haberse iniciado el procedimiento de expropiación, sin que el retraso quepa atribuirlo a las entidades beneficiarias de la expropiación. Por ello, corresponde a las mencionadas entidades el pago únicamente de los intereses devengados desde la ocupación de los terrenos (fecha del acta de ocupación) hasta el pago del justiprecio estipulado, siendo responsables la Administración actuante o el propio jurado de expropiación de los intereses que les correspondan en relación a la demora que les sea imputable.

- 2. La suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados se acordará ponderando las circunstancias que concurren en cada caso en concreto**

La presente Sentencia, dictada por la Sección 6.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en fecha 6 de noviembre de 1995, establece las reglas del equilibrio que debe seguirse en relación al principio general de la ejecutividad de los actos administrativos. Una vez sometidos al control jurisdiccional, entra en juego la medida judicial de la suspensión, que debe equilibrar el interés público en la inmediata ejecución del acto con el interés, igualmente público, de preservar el derecho a la tutela del administrado para el caso de que la sentencia estime sus pretensiones. El juego, determina el Tribunal Supremo, consiste en ponderar la entidad y la dificultad de reparación de los daños que pueda ocasionar la ejecución provisional, con las exigencias de ejecución que el interés público presenta.

- 3. No puede alegarse indefensión en el procedimiento administrativo si el administrado pudo recurrir el acto administrativo**

El interesado en un procedimiento administrativo sancionador no puede alegar indefensión en aquellos casos en que, habiendo sido preterido en dicho procedimiento, tuvo la oportunidad de combatir el acto resultante ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según el Auto de la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de noviembre de 1995.

## AL DIA CIVIL

### LEGISLACION

- 1. Asistencia Jurídica Gratuita; Ley 1/1996, de 10 de enero (B.O.E. de 12 de enero de 1996, n.º 11)**

En el desarrollo de lo preceptuado en el artículo 119 de nuestra Norma Fundamental, la presente Ley viene a regular, de un modo unitario, un sistema de justicia gratuita que permita a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, proveerse de los profesionales necesarios para acceder a la tutela judicial efectiva y ver adecuadamente defendidos sus derechos e intereses legítimos. El legislador ha realizado en esta ocasión muy acertadamente, una interpretación extensiva del término «Justicia», incluyendo aspectos hasta la fecha proscritos como el asesoramiento y la orientación previos al inicio del proceso, la asistencia pericial y la reducción sustancial del coste para la obtención de escrituras y documentos de los diversos registros públicos. Finalmente, es especialmente importante en este caso el hablar del contenido derogatorio de la presente Ley: en cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha producido la modificación parcial de los artículos 844, 1.701 y 1.708, con derogación expresa, total o parcial, de los artículos 4.4, 13 a 50 ambos inclusive, 1.708 y 1.719; y en cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificación de la denominación del Título V del Libro I, así como del artículo 121 y 875, con derogación, total o parcial, de los artículos 119, 120, 123 a 140 ambos inclusive, 788, 874 y 876. Conviene igualmente recordar que el alcance modificatorio y derogatorio, además de lo previsto y del artículo 132 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tiene también un alcance importante en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, tanto en relación a la Ley de Procedimiento Laboral como en relación a la Ley General de la Seguridad Social.

(Esta ley se comentará en el próximo número).

- 2. Entra en vigor la ley de protección Jurídica del Menor, y modificatoria de la adopción con modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (B.O.E. de 17 de enero de 1996, n.º 15)**

La presente reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene por objeto el dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección, es objeto de un artículo en este mismo número, por lo que no es necesario extenderse en su contenido. Resulta sin embargo

ESTE AL DIA CON LA LEY-ACTUALIDAD

interesante la enumeración de los artículos afectados por la reforma, ya sea por ser de nueva creación, por haber sido modificados, o por haber recibido nueva redacción. En cuanto al Código Civil, los siguientes artículos: 9.4, 9.5, 149, 158, 172, 173, 173 bis, 174.2, 175.1, 176, 177, 211, 216, 234, 247, 248, 260, 166, 185, 271, 272, 273, 300, 753, 996, 1057, 1329, 1330, 1459.1, 1700.3, 1732.3, 108, 823, 980, 323, 324, 163, 171, 234.1, 855, 1060, 1263.2, 1291.1, 1358, 1393.1. Y en cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1901 a 1918.

Se reserva a las Comunidades Autónomas competencia para modificar, a su vez, estas modificaciones.

(Vide artículo sección civil).

## 2. El próximo día 23 de abril de 1996 entra en vigor el nuevo reglamento de la ley de extranjería

En virtud del Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero, publicado en el B.O.E. n.º 47 de 23 de febrero de 1996, se aprueba el nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería. Mediante este nuevo reglamento se pretende esencialmente:

a) Regularizar la situación de aquellas personas que se encuentran de forma irregular en España, así como la situación de sus familiares. (Vide Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto).

b) Mejorar la situación legal de los menores hijos de extranjeros que se encuentran en España a los que se garantiza el derecho a la educación y asistencia sanitaria.

c) Establecer los nuevos requisitos legales para la concesión de permisos de trabajo y residencia a extranjeros y a los familiares de los mismos.

(Vide artículo sobre este tema en la sección civil).

## JURISPRUDENCIA

### 1. El requerimiento de actualización de renta con arreglo a la DT 2.ª de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, puede realizarse por el arrendador desde el momento en que se cumple una anualidad de vigencia del contrato

La presente resolución, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 47 de Barcelona de fecha 13 de septiembre de 1995, supone una importante novedad en cuanto a la gran actividad que para los profesionales del derecho están generando las actualizaciones con arreglo a la DT 2.ª de la nueva ley de Arrendamiento Urbanos. La posibilidad de proceder a la actualización, prevista en la disposición Transitoria Segunda para contratos de arrendamiento de viviendas anteriores al día 9 de mayo de 1985, se abre desde el momento en que se cumple una anualidad de vigencia del contrato, siendo éste el instante a partir del cual, a través del requerimiento previo, podrán iniciarse los trámites para proceder a la actualización siempre que ésta resulte procedente.

### 2. Responsabilidad civil del Notario por error en la identificación de los otorgantes de una escritura

El error, por parte de un Notario, en la identificación de los intervinientes en un documento público, da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros (art. 23 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862). A pesar de ello, la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notario de fecha 13 de septiembre de 1995, ha establecido la necesidad de adecuar el cumplimiento del mencionado precepto a la concurrencia de las disposiciones de nuestro C.C. que, con carácter general, podrían ser de aplicación al supuesto, al objeto de suavizar la carga de objetividad del mismo. Así, se citan entre otros el artículo 1.902 CC (exige culpa o negligencia), 346 y ss, del Reglamento notarial (tipifica actuaciones sancionables disciplinariamente), y los arts. 24 y 25 CE.

### 3. La cotitularidad de una cuenta corriente implica únicamente la existencia de una disponibilidad compartida, pero no de la copropiedad de sus fondos

La Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 1995, supone un importante elemento aclaratorio en los casos siempre confusos de la titularidad compartida de las cuentas corrientes. Así, se diferencia perfectamente entre la propiedad de los fondos depositados y su disponibilidad; se determina, en el caso, la improcedencia de presumir la atribución por mitad del saldo en la medida en que, a pesar de la existencia de una disponibilidad compartida, no existe condominio alguno, por lo que resulta determinante la prueba de la participación directa en la propiedad del dinero depositado.

### 4. Improcedencia del cómputo de las enervaciones realizadas con arreglo a la anterior ley de Arrendamientos Urbanos para determinar si procede la enervación o no a los efectos de la nueva L.A.U.

En el anterior número de enero/febrero de este mismo año, incluimos en esta sección una sentencia especialmente novedosa de la Audiencia Provincial de Cuenca, cuya importancia reside en ser la primera dictada en aplicación de la nueva ley de Arrendamientos Urbanos. En aquella ocasión, comentábamos la limitación a la posibilidad de enervar el desahucio en los casos en que anteriormente ya se hubiera ejercido tal derecho. En esta ocasión, la Audiencia Provincial de Soria, en Sentencia de fecha 27 de noviembre de 1995, ha venido a contribuir a la determinación del alcance del juego de la enervación, estableciendo que a los efectos de determinar si existe el derecho a la enervación previsto en la nueva Ley, no pueden tenerse en consideración las enervaciones

realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva L.A.U. y del artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su configuración actual.

### 5. Validez del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en lo relativo al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria

La Sección 6.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en fecha 23 de octubre de 1995, ha establecido que el procedimiento ejecutivo extrajudicial instaurado por el Real Decreto 290/1992, de fecha 27 de marzo, no vulnera el llamado «monopolio jurisdiccional de las actividades de ejecución» ni el derecho al juez ordinario predeterminado, en la medida en que el artículo 117.3 CE consagra la potestad exclusiva y excluyente de los Juzgados y Tribunales para ejecutar lo juzgado en los procesos de que aquéllos conocen según las reglas de la competencia, pero ello no obsta que quepa acudir a la ejecución extrajudicial cuando lo que se pretende ejecutar no es una resolución judicial, sino un derecho de hipoteca de origen contractual en el que, previo acuerdo de las partes, se ha establecido tal posibilidad.

### 6. En las demandas de desahucio por falta de pago instadas al amparo de la L.A.U. de 1994, sólo pueden reclamarse las rentas vencidas

El arrendador, a la luz del artículo 40.2 de la L.A.U. de 1994, sólo puede exigir en su demanda las deudas vencidas y no pagadas, y no las futuras, por no haber vencido. En consecuencia, y tal como establece la Audiencia Provincial de Segovia en su Sentencia de fecha 11 de diciembre de 1995, no pueden reclamarse por el arrendador las deudas que fueran venciendo con posterioridad a la interposición de la demanda.

### 7. Procedencia de la capitalización de la pensión compensatoria mediante pacto de cesión de bienes

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de noviembre de 1995, establece que en la ejecución del convenio de separación, se puede capitalizar la pensión compensatoria acordada, mediante el otorgamiento de una escritura de cesión de los bienes objeto de litigio.

### 8. El reconocimiento de deuda es una simple constatación de la misma a efectos probatorios

El reconocimiento de deuda supone una declaración por la que se crea un instrumento probatorio del débito que se reconoce. Como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 28 de noviembre de 1995, el reconocimiento no es creación de una deuda, sino constatación de la que preexistía a aquella declaración.

## AL DIA COMUNITARIO

## JURISPRUDENCIA

**1. Las medidas de discriminación positiva de la mujer en el trabajo sólo proceden en los casos de igual capacitación**

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 17 de octubre de 1995, Asunto Kalanke), establece una correcta interpretación del principio de preferencia de las mujeres frente a los candidatos masculinos (discriminación positiva): este principio no es una reserva de puesto para las mujeres, sino que depende de la aptitud de los candidatos. Las mujeres sólo gozan de preferencia si los candidatos y candidatas tienen la misma capacitación.

## AL DIA CONSTITUCIONAL

## JURISPRUDENCIA

**1. Interpretación extensiva del concepto de personalidad en cuanto a la titularidad del derecho al honor**

En nuestro número de octubre/diciembre de 1995, destacábamos en esta misma sección que el Tribunal Constitucional apreciaba también la concurrencia del derecho al honor en las personas jurídicas. En esta ocasión, en Sentencia de fecha 11 de diciembre de 1995, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho al honor a una colectividad (el pueblo judío en relación un *comic* de mensaje racista dentro del marco del Holocausto vivido en los campos de concentración); para ello, entiende que existe comunidad al reconocer una personalidad definida por cualquier rasgo determinante de su estructura u cohesión, como la raza, la historia, la sociología o la religión, siendo irrelevante en este caso que desde la diáspora no pueda hablarse de una unidad geográfica.

**2. La condena fijada en la Sentencia de 1.ª Instancia debe tenerse en cuenta para fijar el límite temporal de la prisión provisional**

La Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional de fecha 18 de diciembre de 1995, ha venido a reflejar la importancia de la existencia de una condena en la primera instancia a la hora de delimitar la duración máxima de la prisión provisional. Así, partiendo ya de la existencia de una sentencia, tenemos elementos suficientes de certeza y de determinación de la pena privativa de libertad, para proceder a fijar la debida proporción que debe tener la prisión provisional en relación a la duración de la pena concreta impuesta mediante Sentencia.

**3. La sentencia de 23-XI-1995 del T.C. declara inconstitucional el art. 38.2.ª, par. primero de la ley 16/1987 de ordenación de los transportes**

En virtud de la referida sentencia, el T.C. declara nulo el párrafo del antes mencionado artículo que preveía el arbitraje obligatorio para la resolución de controversias de importe inferior a 500.000 ptas.

## AL DIA FISCAL

## LEGISLACION

**1. Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera; Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre (B.O.E. de 30 de diciembre de 1995, n.º 312)**

El presente Real Decreto, cuya corrección de errores aparece publicada en el B.O.E. n.º 16, de 18 de enero de 1996, ha sido la única alternativa del Gobierno para marcar unas mínimas directivas presupuestarias, ante la imposibilidad de aprobar los Presupuestos Generales para 1996 por falta de respaldo parlamentario. Sobre su contenido, nos remitimos al artículo publicado en este mismo número. (Vide sección Fiscal).

## JURISPRUDENCIA

**1. Determinación urbanística del hecho imponible en la Plusvalía municipal**

El Tribunal Supremo, en Sentencia dictada por la Sección 2.ª de su Sala Tercera en fecha 6 de noviembre de 1995, ha establecido, a efectos de la sujeción al Impuesto de Plusvalía Municipal, la exigencia de la calificación urbanística de suelo urbano o urbanizable programado, en la medida en que el mencionado tributo persigue una objetividad difícilmente alcanzable en caso de tomarse en consideración únicamente aspectos fácticos o incluso jurídicos distintos a los de su calificación urbanística. Ello permite evitar la vía de la exención, reñida en ocasiones con el principio de igualdad para apoyarse en el concepto mucho más homogéneo de la «no sujeción».

**2. El principio de legalidad en materia tributaria: inconstitucionalidad parcial del artículo 24.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos**

El artículo 24.1, apartados a) y b), así como parcialmente el c) de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, son considerados inconstitucionales por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 14 de diciembre de 1995, si bien se ratifica la constitucionalidad del resto de los preceptos de su artículo. De la lectura del artículo 3.4 de la mencionada ley, en relación con el artícu-

lo 5 y la Exposición de motivos de la misma, parece observarse la posibilidad de que tanto el Gobierno como el Ministro correspondiente puedan crear los precios públicos que estimen oportunos, con lo que se estaría conculcando el respeto al principio de reserva de Ley; ello resulta inconstitucional en los tres aspectos relacionados en el artículo 42.1 objeto de la presente resolución, cuales son: la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, las prestaciones o entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas por los servicios públicos postales, y la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público en caso de que sean susceptibles de ser prestado por el sector privado.

## AL DIA LABORAL

## LEGISLACION

**1. Salario mínimo interprofesional; Real Decreto 2199/1995, de 28 de diciembre (B.O.E. de 29 de diciembre de 1995, n.º 310)**

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores, se fija el salario mínimo interprofesional para 1996, incrementándolo en un 3,5% con respecto al año anterior; de este modo, queda fija en 2.164 ptas./día o 64.920 ptas./mes (1.674 y 50.220, respectivamente, para trabajadores menores de 18 años).

**2. Cotizaciones a la Seguridad Social; Orden de 11 de enero de 1996 (B.O.E. de 13 de enero de 1996, n.º 12)**

El objeto de la presente Orden, con efectos desde el día 1 de enero del presente año, es el desarrollar lo previsto por la Ley de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera, en relación a la Ley de Presupuestarios para el año anterior. En la misma se establece la actualización de las normas hasta el momento aplicadas, actualización que se ajusta al incremento de los índices de precios al consumo excepto en las cantidades afectadas por la cuantía del salario mínimo profesional. En cuanto al alcance de la mencionada obra, debe destacarse que el mismo abarca tanto las cantidades relativas a la cotización por contingencias a la Seguridad Social como las relativas al Desempleo, al Fondo de Garantía Salarial, y a la Formación Profesional.

**3. Compatibilidad del derecho a indemnización al amparo de la jurisdicción laboral y civil**

La Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de fecha 21 de noviembre de 1995 establece la existencia de una compatibilidad entre la indemnización satisfecha por accidente de trabajo, y la que deriva de un acto culposo, ya que la reglamentación especial admite que de los mismos hechos se deriven otras acciones

distintas de las contempladas en la legislación laboral, que son exigibles ante la jurisdicción civil.

#### JURISPRUDENCIA

### 1. El despido por incumplimiento de objetivos de ventas pactado en el contrato; no puede fundarse en la transgresión de la buena fe

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de fecha 6 de octubre de 1995, ha entendido que no cabe considerar como una transgresión de la buena fe el incumplimiento de unos objetivos de ventas, máxime teniendo en cuenta que, aun en el caso de que los objetivos estuvieran pactados contractualmente en una cláusula adicional al contrato, no sería éste un compromiso cerrado en la medida en que no puede negarse que para la consecución de unos objetivos concurren toda clase de circunstancias externas.

### 2. La transformación de un contrato de interinidad en indefinido por reincorporación de su titular, debe basarse en la voluntad extintiva de la relación laboral indefinida o en la existencia de una causa legal de no reincorporación

Si bien parece en principio evidente que la no reincorporación del titular de una plaza conlleva la transformación del contrato de interinidad en indefinido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de octubre de 1995, ha precisado que la no reincorporación debe responder a la existencia de una causa legal de no reincorporación o a una efectiva voluntad extintiva de la relación; en este sentido, no cabe hablar de voluntad extintiva cuando la causa de la no reincorporación se encuentra en el retraso o en el error, en la medida en que los mismos pueden ser constitutivos de un incumplimiento contractual acaso sancionable por el empleador, pero en todo caso independiente del hecho de la reincorporación.

### 3. La mera inclusión del pacto de temporalidad en un contrato laboral no implica la atribución automática de dicho carácter a la relación laboral derivada del mismo

La Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, de fecha 21 de diciembre de 1995, a pesar de estar dictada al amparo del anterior Estatuto de los Trabajadores y de la anterior normativa relativa a la contratación temporal, permite perfectamente determinar el alcance del principio general de presunción *iuris tantum* de duración indefinida de la relación laboral. En el caso analizado, se interpreta de un modo restrictivo el artículo 15.1 del anterior Estatuto de los Trabajadores, fijando que en el mismo se contienen una lista cerrada de causas que lo amparan, no

siendo suficiente el pacto que al respecto exista sin la concurrencia de una de las mencionadas causas.

## AL DIA MERCANTIL

#### LEGISLACION

### 1. Comercio minorista; Ley Orgánica 2/1996 y Ley 7/1996, ambas de 15 de enero (B.O.E. de 17 de enero de 1996, n.º 15)

La regulación del comercio minorista ha dado origen a dos normas de rango distinto, actuando la segunda de ellas como complementaria de la primera. La Ley 7/1996 ha venido a regular, de un modo extensivo, la actividad del comercio minorista, desde el propio concepto de establecimiento comercial hasta la problemática de la instalación de grandes establecimientos, pasando por la de alcance y garantías de la oferta comercial, la regulación de los precios (importante la prohibición de venta con pérdida), y el régimen de las adquisiciones de los comerciantes. Debe igualmente destacarse la extensa regulación tanto de las actividades de promoción de ventas (tales como las ventas en rebajas, de promoción, de saldos, con obsequios, y la venta directa) como de las ventas especiales (ventas a distancia, automática, ambulante, en pública subasta, y el régimen de las franquicias). Finalmente, se establece una muy detallada regulación de las infracciones y sanciones.

En cuanto a la libertad de horarios comerciales, sin lugar a duda uno de los temas más esperados y controvertidos de la nueva regulación, queda establecido por la Ley Orgánica 2/1996, si bien se fija el límite mínimo del día 1 de enero del año 2001 para su aplicación; hasta ese instante, las Comunidades Autónomas serán competentes para su regulación. Es esta delegación de competencias estatales en materia de comercio interior lo que ha generado la necesidad de proceder a su aprobación por Ley Orgánica, complementando así la de ordenación del comercio minorista.

Esta ley tiene la singularidad nueva de ser ya reformada y complementada el mismo día 15 de enero.

(Vide artículo sección Mercantil).

#### JURISPRUDENCIA

### 1. Cambio del criterio jurisprudencial en cuanto al cómputo del plazo de convocatoria de la Junta General

La resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de fecha 6 de noviembre de 1995, ha venido a ratificar el carácter jurisprudencial de dos novedosas sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994, en el sentido de que el cómputo del plazo que debe transcurrir desde el anuncio de la convocatoria de Junta General hasta su celebración, es de 15 días (art. 97

LSA), si bien el mencionado plazo se inicia con la propia publicación, por lo que debe ser éste el primer día del mencionado plazo. Rechaza asimismo la mencionada resolución el que quepa usarse la segunda convocatoria para burlar un error en el plazo, en la medida en que el plazo debe contarse, como se ha visto, desde el día mismo de la publicación del anuncio, y hasta el día previsto para la primera convocatoria, independientemente de que la celebración efectiva de la Junta tenga lugar en segunda convocatoria.

### 2. El incumplimiento del contrato de Leasing por parte del usuario, faculta a la otra parte a exigir el pago anticipado de las cantidades pendientes

El contrato de arrendamiento financiero (*Leasing*), suele preveer, en numerosas ocasiones y ante el incumplimiento del usuario, la posibilidad de anticipar el vencimiento de las cantidades pendientes. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 21 de noviembre, defiende la legalidad de la mencionada cláusula al amparo del principio de la autonomía de la voluntad preceptuado en el artículo 1.255 CC. Considera igualmente la Sentencia que la mencionada cláusula no es en modo alguno contraria a la moral, en la medida en que ya existen en el ordenamiento efectos análogos pacíficamente aceptados, como en el caso de la Ley 50/1065 de ventas a plazos de bienes muebles.

### 3. Incremento del valor nominal de las acciones sin necesidad del acuerdo unánime de todos los accionistas

La Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado, de fecha 15 de noviembre de 1995, ampara una muy interesante construcción que permite incrementar el valor nominal de las acciones sin que los socios contrarios a ello tengan merma alguna. Así, se establece que, dentro de los límites de los artículos 15.1 y 152.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, resulta perfectamente posible el acuerdo de incremento de las acciones que pertenezcan únicamente a los socios que si hayan prestado su consentimiento, creando para ello dos series distintas de acciones, y reservando, al objeto de preservar los derechos de representación proporcional de los socios que no hubieren prestado su consentimiento, emitiendo para ello nuevas acciones reservadas mediante un derecho de suscripción preferente, al objeto de que, si lo desean, puedan acudir al incremento de capital que en virtud de las mismas se realice, o bien puedan obtener una compensación económica por la enajenación de los mencionados derechos de suscripción preferente.

### 4. La reclamación extrajudicial es causa de interrupción de la prescripción en el tráfico mercantil

Afirma la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de fecha 4 de diciembre

de 1995, que a pesar de que el artículo 944 del Código de Comercio excluye —al parecer, deliberadamente— la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción, existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, tanto en el tráfico civil como en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial.

## AL DIA PENAL

### LEGISLACION

#### 1. Represión del contrabando; Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre (B.O.E. de 13 de diciembre de 1995, n.º 297)

Al objeto de compatibilizar el libre movimiento de mercancías, dentro del Mercado Único Europeo, con la eficaz represión del contrabando, la presente Ley Orgánica ha introducido importantes novedades, entre las que destacan la actualización del valor límite para la distinción entre delito e infracción administrativa (de 1.000.000 a 3.000.000 de pesetas), la tipificación de determinadas irregularidades y el incremento del importe de las multas. Deben igualmente destacarse, junto con los aspectos relacionados con las infracciones administrativas anteriormente mencionadas, la inclusión de operaciones ilícitas con determinadas mercancías (especies de flora y fauna en peligro de extinción, o mercancías precursoras de droga), la inclusión de la Comunidad Autónoma canaria en el territorio aduanero comunitario (si bien sigue apartada del régimen común del I.V.A.) y la consideración como contrabando de la salida del territorio español de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español.

#### 2. Prisiones; Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre (B.O.E. de 19 de diciembre de 1995, n.º 302)

El objeto de la presente Ley Orgánica, es la modificación parcial de la Ley General Penitenciaria (Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre), en todos aquellos aspectos en que hace referencia a la previsión que en la misma se contiene de que las madres internas puedan conservar consigo a sus hijos hasta la edad de escolarización obligatoria. Con la nueva regulación, la edad máxima en que los hijos podrán permanecer con sus madres queda reducido a los tres años, si bien se articula la promoción de convenios con diversas instituciones al objeto de favorecer el desarrollo materno-filial; y se prevé el establecimiento reglamentariamente de un régimen de visitas que permita equilibrar los derechos de la madre con los del hijo, siempre desde un prisma de protección de este último.

#### 3. Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y

#### contra la libertad sexual; Ley 35/1995, de 11 de diciembre (B.O.E. de 12 de diciembre de 1995, n.º 296)

Si bien se determina su incompatibilidad con las ayudas a las víctimas de bandas armadas y terroristas, la presente Ley prevé importantes ayudas, tanto económicas (según criterios de la Seguridad Social y del Ministerio de Economía y Hacienda) como psicológica y social, a todos los afectos por delitos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales graves o daños, igualmente graves, en la salud física o mental, entendiéndose como víctimas tanto al directamente afectado como a quien, en caso de fallecimiento, dependiera de él.

#### 4. Bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados; Ley 36/1995, de 11 de diciembre (B.O.E. de 12 de diciembre de 1995, n.º 296)

La presente Ley, viene a establecer un procedimiento para determinar la utilización de las cantidades ingresadas por el Estado como consecuencia de la enajenación de bienes decomisados por sentencia judicial y asignados al Estado, regulando su destino, con un acertado criterio de social, al objeto de financiar programas tanto de prevención, como de rehabilitación e inserción social de drogodependientes y toxicómanos.

### JURISPRUDENCIA

#### 1. Requisitos para la consideración del delito de Usura (524 CP)

La Sala 2.ª del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 17 de noviembre de 1995, ha venido a unificar una doctrina jurisprudencial poco homogénea a la hora de exigir un aprovechamiento de situación angustiosa de la víctima. Hasta la fecha, partiendo de la exigencia objetiva de un tipo abusivo, se contraponía la exigencia de una habitualidad en el agente con la existencia de unas circunstancias de extrema gravedad para la víctima, opción esta segunda por la que se inclina la presente resolución en base a los siguientes motivos: en primer lugar, porque de lo contrario estaríamos dando trascendencia penal a una situación civilmente válida; en segundo lugar, porque la libertad de mercado (art. 38 CE), con respeto absoluto a la libertad de las partes, hace obligado el velar por el efectivo consentimiento (no viciado) como fuente de la contratación; y finalmente, porque la política social debe tener su baluarte máximo en el propio Derecho Penal.

#### 2. Requisitos para la consideración del delito de Calumnia (435 CP)

La consideración del delito de calumnia del artículo 435 CP y el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión reconocido en artículo 20 CE con carácter

fundamental, se hallan separados por una difusa línea que la presente Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de fecha 17 de noviembre de 1995, ha venido a concretar con el establecimiento de unos requisitos que cuya concurrencia permite determinar que nos hallamos ante un supuesto de calumnia. Así, debe concurrir la imputación de un hecho constitutivo de delito; que la misma sea inveraz, dolosa y con desprecio a la realidad; que se refiera a un delito como tal punible, y no a una mera actitud socialmente reprochable; que la falsa imputación esté referida a una persona inconfundible y realizada con una indudable significación; finalmente, la existencia de un efectivo *animus difamandi*.

## AL DIA MEDIO AMBIENTE

### LEGISLACION

#### 1. Derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente; Ley 38/1995, de 12 de diciembre (B.O.E. de 13 de diciembre de 1995, n.º 297)

El objeto de la presente Ley es la incorporación del contenido de la Directiva 90/313/CEE, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, al ordenamiento jurídico español, en la medida en que las normas genéricas contenidas en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, resultaban insuficientes. De este modo, la nueva regulación consagra, con carácter genérico, de derecho al acceso a la información ambiental que está en poder de las Administraciones Públicas correspondientes, abarcando a todas aquellas personas nacionales (o, simplemente, domiciliadas) de algún país miembro del Espacio Económico Europeo, sin que sea necesario el acreditar un interés determinado. Establece igualmente un plazo máximo de dos meses para la obtención de la información requerida, así como un listado cerrado de los casos en que la Administración podrá denegar la información, entre los que destacan los relativos a expedientes que contengan información que afecte a la defensa nacional, a la seguridad del Estado o a las relaciones internacionales, o los que con su divulgación pudieran perjudicar a los elementos del medio ambiente a que se refieran los datos solicitados.

#### 2. Nueva Normativa Limitativa de las emisiones a la atmósfera de los Agentes Contaminantes; Real Decreto 1800/1995 de 3 de noviembre (B.O.E. n.º 293 de 8 diciembre de 1995)

Este reglamento tiene por finalidad incorporar a la normativa española lo dispuesto en la Directiva 94/66/CE del Consejo de la Unión Europea de 15 de diciembre en esta materia.

# L I V C

## Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuicimiento Civil

### Regulación de las Adopciones Internacionales, las Agencias Acreditadas

Montse Pintó Sala\*

#### SUMARIO

##### 1. Estructura y visión general

- a) Propósito de la Ley: finalidad perseguida.
- b) Estructura de la Ley.
- c) Contenido material:
  - a') Cuestiones propias de una ley de carácter orgánico.
  - b') Aspectos propios de una Ley de carácter ordinario
  - c') Adaptación del derecho procesal.
  - d') Ambito de la Ley.

##### 2. Título I: «De los derechos de los menores»

###### Título II: «Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores (art. 1 a 25)»

- a) En general: Sujeto de la protección legal: el menor y el incapacitado.
- b) Título I (art. 2 a 11): Su contenido.
  - a') En general.
  - b') Derechos específicos.
  - c') Medidas instrumentales y principios rectores de la administración pública.
- c) Título II (art. 12 a 25): Su contenido.
  - a') En general
  - b') Medidas específicas de protección en favor del menor que está en situación de desamparo.
  - c') La Adopción internacional: su novedad como regulación de derecho común:
    - En general.
    - Tramitación. La novedad de las Entidades acreditadas.

##### 3. Disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y finales

- a) En general.
- b) En particular.
  - 1) Disposición adicional primera. 2) Disposición adicional segunda. 3) Disposición adicional tercera. 4) Disposición transitoria. 5) Disposición final segunda y tercera. 6) Disposición final tercera y cuarta (art. 149 y 158 C.C.). 7) Disposición final quinta. 8) Disposición final sexta. 9) Disposición final séptima. 10) Disposición final octava. 11) Disposición final décima. 12) Disposición final undécima. 13) Disposición final duodécima.

##### 4. Resumen-principales novedades a resaltar de la Ley

- a) Notificación de resoluciones dictadas por la administración
- b) Art. 158 del C.C.
- c) Acogimiento familiar.
- d) Idoneidad de los interesados en adoptar.
- e) Adopción internacional.
- f) Art. 9.5. del C.C.

##### 5. Ámbito de actuación del abogado privado en materia de protección del menor

## 1. Estructura y visión general

### a) Propósito de la Ley: finalidad esencial perseguida

La presente Ley pretende continuar con el proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de menores, ya iniciado en el año 1981; partiendo del principio de «interés prioritario del menor», tan proclamado en los distintos Tratados Internacionales ratificados por el Estado Español, y de la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección integral de la familia y especialmente la de los menores. Es por ello, que esta ley, no se limita a modificar alguno de los artículos del Código Civil, sino que va más allá pretendiendo establecer todo un marco jurídico de protección; vinculando especialmente a los Poderes Públicos, padres, familiares y a todos los ciudadanos en general.

### b) Estructura de la Ley

Esta ley consta de veinticinco artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y veinticuatro disposiciones finales. Podríamos decir que es de carácter interdisciplinar, porque aunque su objeto material, que es básicamente el menor, es único, su objeto formal es diferente pues como veremos regula cuestiones diversas.

### c) Contenido material

**a) Cuestiones propias de una Ley con carácter orgánico:** Son aquellas referentes a derechos fundamentales de los menores. Estas cuestiones ya venían contempladas con carácter general en la Constitución Española y más concretamente en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por el Estado Español el 20 de noviembre de 1990, así como en otros Tratados Internacionales.

**b) Aspectos propios de una ley con carácter ordinario:** En materia de derecho civil, explicitándose, innovándose y modificándose algunos de los artículos del mencionado cuerpo legal. Muchos de estos artículos, son los mismos que ya habían sido modificados por la Ley 21/87 y que ahora vuelven a ser modificados por la Ley que ahora comentamos.

**c) Adaptación del derecho procesal.** Se regulan aspectos propios de una ley con carácter ordinario en ma-

teria de derecho procesal, modificándose diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**d) Ambito de la ley:** Así mismo cabe tener en cuenta que los preceptos no orgánicos y revisiones del Código Civil se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil Foral o Especial.

## 2. Título I: «De los derechos de los menores»

### Título II: «Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores» (Art. 1 a 25)

#### a) En general: Sujeto de la protección legal: el menor y el incapacitado

El art. 1 dispone que la presente ley será de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, y así es pues una ley informada por el principio general de protección; sin embargo, aunque no se especifique en ese art. hemos de señalar que parcialmente también es de aplicación a los mayores de edad declarados incapaces por Sentencia Judicial. En el fondo, como también los incapacitados, por razón de la limitación de su capacidad de ejercicio, necesitan, al igual que los menores, protección especial, existe una identidad de razón, que justifica dicha parcial extensión.

#### b) Título I (Art. 2 a 11): Su contenido:

**a) En general.** El título primero de la presente Ley (capítulos 1.º y 2.º), partiendo de la enunciación de los derechos ya contemplados en la Constitución Española y muy particularmente en la mencionada Convención de Derechos del Niño, explicita algunos de ellos a fin y efecto de garantizar el pleno reconocimiento del menor como sujeto de esos derechos y, consecuentemente, la posibilidad de su ejercicio.

Para el correcto ejercicio y respeto de los derechos que se reconocen al menor, como ahora veremos, se implica directamente a la Administración Pública y al Ministerio Fiscal.

**b) Derechos específicos. Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen:** se prohíbe, aunque exista consentimiento por el propio menor, la difusión de imágenes de me-

nores en los medios de comunicación que sean consideradas contrarias al interés del mismo, teniendo especial relevancia al control que ha de ejercer el Ministerio Fiscal. (arts. 1 y 2);

**• Derecho del menor a obtener la información necesaria para su desarrollo.** Dicha información se le debe facilitar de forma veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales, siendo sus representantes legales (padres o tutores), los primeros obligados a ofrecérsela. Pero sin olvidar la obligada actuación de la Administración Pública, correspondiendo, expresamente, a esta última y al Ministerio Fiscal, el ejercicio de las acciones pertinentes de cese y rectificación de publicidad ilícita.

**• Derecho a la libertad ideológica, de conciencia y de religión,** correspondiendo a los padres o tutor el deber de fomentar y ayudar al menor en ese ejercicio libre de su derecho.

**• Derecho de participación, asociación y reunión:** se implica a los representantes legales y a la Administración pública, que deberán fomentar la participación del menor en la vida social. El Ministerio Fiscal deberá emprender las actuaciones necesarias para que en caso que la pertenencia del menor a una asociación o similar le perjudique, se le cese. Así mismo, cualquier persona podrá poner en conocimiento el hecho determinante del perjuicio del menor, al Ministerio Fiscal.

**• Derecho a la libertad de expresión.** Tanto este derecho como el **derecho a ser oído**, quedan también expresamente contemplados, no sólo en el ámbito familiar, sino también en cualquier procedimiento administrativo o judicial, de acuerdo con su capacidad. Podría ser oído, si es el caso, por medio de su representante legal. Así y todo la denegación de audiencia de un menor o su representante, si ha sido solicitada expresamente, deberá ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal.

**b) Medidas Instrumentales y principios rectores de la administración pública.** En el capítulo tercero se disponen las medidas y principios rectores de la administración pública competente en la materia.

#### c) Título II. (art. 12 a 25): Su contenido

**a) En general.** de Mayor trascen-

dencia son los artículos de este título, dado que regulan las distintas medidas de protección que ha de aplicar la Entidad pública competente, a fin de **proteger al menor**, no sólo a partir de que se encuentre en situación de desamparo, sino que incluso antes, llevando a cabo una política de **prevención** investigando los hechos para poder ser corregidos por medio de los servicios sociales, en un principio, y si es necesario asumiendo la mencionada entidad pública las funciones tutelares del menor. Para llevar a cabo esta prevención previa, se dispone la obligación de los ciudadanos, especialmente los que por su profesión o función estén en contacto con menores, de denunciar, cualquier situación de riesgo o posible desamparo a la autoridad o agente más próximo, contemplándose a su vez la **actuación de esas autoridades con la debida reserva**. Es novedad, también, la implicación directa que se hace a las administraciones locales, disponiendo que corresponde en una primera instancia a esa Administración la apreciación, notificación y actuación en situaciones de riesgo. Así mismo se especifica la obligación de todos los ciudadanos de poner en conocimiento de la autoridad el absentismo escolar de cualquier menor.

#### **b') Medidas específicas de protección en favor del menor que está en situación de desamparo**

**a') Concepto de situación de desamparo:** Permanece, el anterior concepto de desamparo del art. 172 del C.C.: «Se considera como situación de desamparo la que se produzca de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

**b') Medidas contempladas:** Se contemplan la guarda, la tutela, el acogimiento y la adopción.

La Entidad pública que asuma la guarda o tutela de un menor declarado en situación de desamparo, deberá notificarlo a sus padres, tutores o guardadores, siempre y cuando, no se disponga lo contrario por resolución judicial.

El Ministerio Fiscal, como novedad, deberá llevar un índice de tutelas de menores, con la finalidad de extremar su función de vigilancia.

#### **c') La Adopción Internacional: su novedad como regulación de derecho común:**

• **En general:** Especial mención merece LA ADOPCION (art. 24 y 25), dado que como destacada NOVEDAD, introduce por primera vez en Derecho Estatal la regulación específica de la ADOPCION INTERNACIONAL. A nivel Autonómico, ya algunas Autonomías como Cantabria en su Ley 5/1992 de 27 de mayo de acción social (b.o.c. 5 de junio núm. 113), Catalunya en su Ley 8/95 de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/91 (D.o.g.c. de 2 de agosto 95), regulaban, en la medida de lo posible, aspectos de la adopción internacional.

Esta novedosa regulación estatal conlleva un gran avance en el campo de la protección del menor, dado que hasta la promulgación de esta Ley y su ratificación (instrumento de 30 de junio de 1995) por parte del Estado Español del «Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional, formalizado en La Haya el 29 de mayo de 1993», existía un gran vacío legal en ese campo. Consecuentemente, se dejaba la puerta abierta a los intermediarios, dedicados al tan deleznable tráfico de niños, produciéndose un gran número de adopciones de menores extranjeros, sin ningún tipo de control ni garantía. Estas adopciones se constituían, sin la intervención de las autoridades públicas de ambos países (las del estado de origen del menor y la del estado receptor del menor).

Tal como establece el referido Convenio de La Haya, la Ley que comentamos dispone que para que una adopción se lleve a cabo con las garantías necesarias para el menor y también para los futuros padres, es necesario que la adopción se tramite con la intervención de las autoridades competentes. Así, por un lado la autoridad del Estado de origen del menor garantizará que éste, **se encuentra en situación legal de ser adoptado** —que ha sido abandonado, maltratado o que es huérfano, que se han otorgado los consentimientos necesarios, que no ha existido contraprestación o pago..., etc.—. Y por otro lado, la autoridad del estado receptor del menor, garantizará que se ha constatado la **idoneidad** (capacidad legal, psicológica y social) **de los futuros padres**.

• **Tramitación. a'') La novedad de las entidades acreditadas**

Concretando, el artículo 25, dispone que cualquier persona que quiera adoptar un menor extranjero, deberá dirigir su solicitud a la Entidad Pública competente o a la entidad acreditada de su lugar de residencia, siendo estas las únicas competentes para su tramitación.

Como hemos visto el art. 25 incluye otra gran NOVEDAD, las ENTIDADES ACREDITADAS en el campo de la adopción internacional, ya existentes, hace años, en muchos de los países Europeos como Francia, Italia, Suecia... etc. Estas entidades se conciben como **mediadoras y colaboradoras** de la administración pública, en materia de adopción internacional y han de ser específicamente acreditadas, controladas e inspeccionadas por la propia administración. Prestando un servicio al futuro adoptante, no sólo, en el país de recepción del menor, sino también, en el país de origen, (donde suelen existir las más grandes y nocivas situaciones de fraude, engaño y tráfico de menores); precisamente para evitar la actuación de esos ya mencionados intermediarios privados, no controlados.

En resumen, estas Entidades (art. 25.c) deben realizar funciones de mediación, (información, asesoramiento, apoyo a los solicitantes en España y extranjero e intervención en la tramitación), y sólo serán acreditadas si se constituyen **sin ánimo de lucro, constan inscritas en el registro correspondiente, contemplan como finalidad en sus estatutos la protección de menores** y cuentan con **medios materiales y equipos pluridisciplinarios**.

Cabe señalar, aunque la ley así no lo especifica, que dichas entidades además de ser expresamente acreditadas por la Entidad pública competente, para poder actuar efectivamente, deberán ser también **reconocidas por la autoridad del estado de origen del menor**.

A estas entidades se les podrá retirar la acreditación concedida mediante expediente contradictorio, y a este fin se dispone la creación **de un registro de reclamaciones formuladas por las personas que acudan a estas entidades**.

**c'') El certificado de idoneidad.** El certificado de idoneidad, es un documento esencial y básico para poder adoptar, tanto un menor nacional como extranjero, y acredita que los interesados (que pretenden adoptar)



cumplen los requisitos legales, sociales y psicológicos para poder adoptar un menor, de acuerdo con nuestra legislación, sea Estatal o Autonómica, y de acuerdo con los criterios técnicos de la propia Entidad pública correspondiente, como por ejemplo criterios de diferencia máxima de edad entre adoptado y adoptante. La expedición del Certificado de idoneidad, será siempre competencia exclusiva de la Entidad Pública, sin que pueda ser emitido por la Entidad acreditada.

**d'') Comunicaciones. Comunicación entre el Estado de origen y el de recepción.** La tramitación de las adopciones internacionales se llevará a cabo por medio de comunicaciones entre las autoridades competentes de ambos estados (el de origen y el de recepción), manteniéndose informadas sobre el procedimiento y siguiendo las pautas marcadas en la referida Convención de Derechos del Niño (art. 21) y más concretamente en el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

**e'') Adopción constituida en el extranjero: Requisitos para un reconocimiento en España.** En relación al art. 25 (adopción internacional), vale la pena mencionar aquí la Disposición final segunda de esta Ley ya que viene a modificar los párrafos tercero, cuarto y quinto del art. 9 del Código Civil, de los que cabe destacar el párrafo quinto, pues este dispone que **«No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se**

**corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la ENTIDAD PÚBLICA competente no haya DECLARADO LA IDONEIDAD DEL ADOPTANTE, si éste fuere español y estuviere domiciliado en España al tiempo de adopción.**

**f'') Inscripción de adopciones constituidas en el extranjero.** Cabe hacer, también, mención en este sentido a la disposición adicional segunda, que dispone que para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del referido art. 9.5, o sea que los efectos jurídicos de la adopción constituida en el extranjero por español se correspondan con los de la legislación española y que la entidad pública competente haya declarado la idoneidad del adoptante.

En relación a la adopción internacional, ver disposición adicional segunda, disposición final segunda y tercera.

### 3. Disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y finales:

a) En general. Aunque ya hemos hecho referencia a alguna de estas disposiciones para no romper la unidad de exposición, es preciso advertir que constituyen un conjunto destinado a dar trascendencia de las disposiciones de esta ley en las diversas disciplinas de las que afecta, y dentro de ellas en sus respectivas disposiciones legislativas que afectan a derecho Civil y Procesal. Y como además puede existir problemas de rango en la aplicación de esta

Ley o de otras enmendadas por la Comunidad Autónoma, la disposición final vigésima primera atiende a este problema.

Cabe decir, que de las distintas disposiciones, comentaremos aquellos aspectos o puntos que nos parecen de mayor trascendencia, haciendo especial referencia a los cambios respecto a la ya citada, anterior ley 21/87.

b) En particular: 1) Art. 1.º: En la disposición adicional primera se dispone que para las reclamaciones contra las resoluciones administrativas de desamparo, asunción de tutela, resolución de idoneidad de los adoptantes o cualesquiera otras reclamaciones que se planteen contra resoluciones de la administración pública, la jurisdicción competente es la civil, aplicándose las normas de la jurisdicción voluntaria, sin que se cree cosa juzgada, dejando por tanto a salvo el ejercicio de acciones en la vía ordinaria.

Esta disposición adicional hay que relacionarla con la disposición final quinta n.º 6, dado que allí se dispone expresamente que contra las resoluciones de desamparo y de asunción de tutela, se puede plantear oposición directamente en el Juzgado, sin necesidad de reclamación administrativa previa. Ello plantea la duda siguiente: ¿qué pasa con las otras resoluciones dictadas por la Entidad Pública en materia de tutela y guarda de menores? ejemplo: cambio de centro de un menor que comporta cambio de guarda de un Director de un centro a otro, régimen de visitas, etc.; ¿será necesario interponer reclamación previa?

2) Art. 2.º: La disposición adicional segunda, aunque ya se ha mencionado antes en la exposición de la adopción internacional, merece —insistimos— por su trascendencia volver a ser citada ya que expone expresamente que toda adopción constituida en el extranjero sólo será inscrita en el Registro español si concurren los requisitos del art. 9.5 (vide. TÍTULO II f'') inscripción de adopciones constituidas en el extranjero) del Código Civil (disposición final segunda, también mencionada anteriormente).

3) Art. 3.º: La disposición adicional tercera atrae la aplicación parcial también a los mayores de edad declarados incapaces por sentencia judicial ya que establece que las actuaciones judiciales previstas en el Libro I, títulos IX (inca-

pacidades) y X (de la tutela, la curatela y de la guarda de menores o incapacitados) se ajustarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria, estableciendo expresamente que no será necesaria la intervención de abogado y procurador y la oposición de algún interesado se decidirá en el mismo procedimiento sin convertirlo en contencioso. Así mismo se quiere dar mayor incidencia a la función protectora del Ministerio Fiscal e incluso al Juez, obligándole a adoptar las medidas oportunas, aportando pruebas e incluso supliendo la pasividad de los particulares, asesorándoles sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar defectos.

Aunque quizás, a simple vista puede parecer, que esta disposición adicional no es de gran trascendencia, no es así, a nuestro entender tiene relevancia, pues de alguna forma viene a incidir y remarcar que este tipo de procedimientos tienen, o deben tener, siempre, una finalidad protectora hacia aquel sector más desprotegido de la sociedad, que por su falta de madurez no puede ejercer por sí mismo sus derechos y necesita de tercero, (menores e incapaces), obligando, ya no sólo al propio Ministerio Fiscal sino incluso a la propia autoridad judicial a actuar de oficio, con una clara misión intuitiva que se sobrepone al principio de rogación.

**4) Disposición transitoria.** Cabría preguntarse, en cuanto a esta disposición, ¿qué pasa con las adopciones de menor extranjero iniciadas por los interesados sin intervención de la autoridad pública competente, antes de la entrada en vigor de la presente ley ¿serán inscribibles en el Registro Civil Central?

**5) Disposición final primera y segunda** se refieren a la modificación del art. 9.4 y 5. del Código Civil, ya anteriormente comentada en la exposición de la adopción internacional y en la disposición adicional segunda.

Como novedad no comentada anteriormente, dispone que para proponer la adopción ante la autoridad judicial no será necesaria la propuesta previa de la entidad Pública competente siempre que el adoptando no hubiera tenido residencia en España en los dos últimos años.

**6) Disposición final tercera y cuarta (art. 149 y 158 C.C.)** Se dispone la posibilidad al obligado a prestar alimentos, de satisfacerlos, a su elección, pagando pensión o manteniendo en su caso al que tenga derecho a ellos, siem-

pre que no sea contrario al interés del propio alimentista.

Las medidas del art. 158 podrán aplicarse en favor de los hijos, no sólo en el ámbito de las relaciones paterno filiales sino que también en aquellas situaciones derivadas de guarda o tutela (disposición final decimotercera).

**7) Disposición final quinta.** La anterior redacción del art. 172. 1. (Ley 21/87), disponía la obligación de la entidad pública competente en protección de menores, en constatar y declarar las situaciones de desamparo de los menores, asumir la tutela de los mismos y adoptar las medidas de protección necesarias. La nueva redacción dispone lo mismo pero añade que, la entidad pública deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificarlo en legal forma a los padres, tutores o guardadores, **en un plazo de 48 horas** y si es posible informarles de forma presencial y de modo claro de las causas que dieron lugar a la declaración de desamparo y asunción de tutela y los efectos (como ya hemos mencionado anteriormente en la disposición adicional primera, contra la resolución de desamparo y tutela puede interponerse oposición en el Juzgado correspondiente conforme las normas de jurisdicción voluntaria y sin necesidad de reclamación previa administrativa art. 172.6.) Otra novedad a destacar es que la anterior redacción del art. 172 no recogía los efectos jurídicos de la asunción de tutela por parte de la entidad pública, la nueva redacción expone expresamente que la asunción de tutela conlleva la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, dejando a salvo los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y en su beneficio.

El art. 172.2 en su antigua redacción simplemente disponía la posibilidad de que cuando los padres o tutores por enfermedad o circunstancias graves no pudieran atender al menor, solicitaren a la entidad pública que asumiera la guarda, ya fuere acogiendo al menor en un centro o en una familia (acogimiento residencial o familiar) y procurando que en caso de hermanos fueren juntos. La actual redacción exige además la formalización por escrito, dejando constancia de la información de las responsabilidades de los padres o tutores, de la forma que ejercerá la administración la guarda comunicándolo a los interesados y al Ministerio Fiscal.

**8) Disposición final sexta.** El 173 regula como novedad respecto al anterior redactado, el contenido específico del documento de formalización de acogimiento familiar y el sistema de cobertura civil de los daños que sufra el menor o que pueda causar a terceros.

Si los padres o tutores no consienten o se oponen a la constitución del Acogimiento Familiar, sólo podrá ser acordado por el Juez, pero la nueva redacción, como gran novedad, crea el **ACOGIMIENTO FAMILIAR PROVISIONAL**, que podrá ser acordado administrativamente por la administración pública sin el consentimiento de los padres o tutores, y que subsistirá hasta que se produzca la oportuna resolución judicial.

**9) Disposición final séptima.** Como novedad, se introduce un nuevo artículo en el Código Civil, el 173 bis que viene a regular las nuevas modalidades de Acogimiento (anteriormente la ley 21/87 hablaba de Acogimiento como medida de protección del menor pero sin hacer ninguna distinción de modalidades).

El Acogimiento familiar podrá ser **simple** (de carácter transitorio bien porque se prevea que el menor podrá ser reinsertado en su familia en breve, bien mientras se acuerda una medida de carácter más estable), **permanente** cuando por la edad del menor u otras circunstancias se considere como la medida protectora más idónea de carácter estable, y **preadoptivo** este se considera como paso previo a la adopción y se formalizará por la administración bien al presentar la propuesta de adopción ante la autoridad judicial o, si se considera necesario, antes de presentar la propuesta de adopción como período previo de prueba o adaptación del menor con la familia.

**10) Disposición final octava.** Art. 174. 2 con la finalidad de incrementar y acentuar el deber de superior vigilancia del Ministerio Fiscal impone nuevas obligaciones a la entidad pública de información al mencionado Ministerio.

**11) Disposición final décima.** El art. 176 en su redacción originaria disponía que la adopción se constituye por resolución judicial en interés del adoptado, la nueva redacción añade que también será necesario tener en cuenta la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Se dispone que para iniciar el expediente judicial de adopción, es necesaria, la propuesta previa de la entidad pública, a excepción de cuatro supuestos en los que no es necesaria dicha propuesta previa y por tanto un abogado privado podría proponer la adopción en el Juzgado. Hasta aquí, la regulación es igual que en la ley anterior, únicamente se añade una especificación en el supuesto n.º 3 del art. 176.2), así anteriormente se decía que no era necesaria la propuesta previa de la entidad si el menor llevaba un año acogido legalmente, la actual redacción concreta, estableciendo que el menor debe llevar un año acogido legalmente, bajo la medida de acogimiento familiar preadoptivo.

12) **Disposición final undécima.** El art. 177 C.C. queda redactado igual, pero se añade una aclaración importante respecto a la privación de la patria potestad, disponiéndose que para considerarse a una persona incurso en privación de patria potestad ha de haber existido procedimiento judicial contradictorio, de acuerdo lo dispuesto en el artículo 1827 de la L.E.C. sin que la suspensión de la patria potestad por parte de la Entidad Pública pueda interpretarse como que la persona está incurso en causa de privación de patria potestad. Porque una cosa es la «suspensión» y otra «la privación».

Se añade así mismo la necesidad de apreciar motivadamente en la resolución judicial de adopción, la causa de imposibilidad de prestar asentimiento en la adopción.

Otra novedad a resaltar (art. 177. 3. n.º 4) es la posibilidad de que el Juez oiga a la Entidad Pública en cuanto a la idoneidad del adoptante si el adoptando lleva más de un año acogido legalmente por adoptante.

13) **Disposición final duodécima.** Art. 211 se aplicará tanto a menores de edad como mayores incapaces, pero la novedad alcanza concretamente a los menores ya que se dispone la obligación de que los internamientos de menores en centros psiquiátricos se hagan de manera acorde a su edad. Y previo informe de los servicios de asistencia al menor.

#### 4. Resumen, principales novedades a resaltar de la ley

1. Las notificaciones de resoluciones dictadas por la administración que

aprecien la situación de desamparo de un menor, deberán notificarse a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de 48 horas, de modo claro y, a ser posible, de forma presencial. (Disposición final quinta, art. 172 C.C.).

2. Las medidas del artículo 158 de C.C., que puede adoptar el juez para evitar situaciones perjudiciales a los hijos, se amplían en cuanto su ámbito de aplicación ya que no solo se aplicarán en el ámbito de las relaciones paterno filiales, sino que también a aquellas situaciones derivadas de guarda o tutela. (disposición adicional primera y cuarta, art. 158 C.C.).

3. Se regula ampliamente la figura del acogimiento. Anteriormente, solo podía acordarse el acogimiento familiar de un menor, si los padres biológicos o tutores, otorgaban su consentimiento. En caso de no otorgarlo, solo la autoridad judicial lo podía acordar. La nueva redacción recoge la posibilidad que la administración pública, sin consentimiento de los padres biológicos y sin necesidad de autorización judicial, acuerde en interés del menor UN ACOGIMIENTO PROVISIONAL EN FAMILIA, por mientras no se produce la resolución judicial definitiva.

(Disposición final sexta, art. 173 C.C.).

Así mismo se especifican tres tipos de acogimiento: simple, Permanente y Preadoptivo (disposición final séptima, art. 173 bis C.C.).

4. Se introduce la exigencia del requisito de IDONEIDAD de los adoptantes. La entidad pública competente en materia de protección de menores será la única que podrá valorar esa idoneidad o no de los interesados en adoptar un menor. Contra la resolución de idoneidad y no idoneidad, dictada por la administración pública se podrá interponer reclamación por la vía de la jurisdicción civil. (disposición final décima, art. 176 c.c.).

ADOPCIÓN INTERNACIONAL, aunque ya se regulaba en las mencionadas Convención de Derechos del Niño, y más específicamente en el Convenio de La Haya, a nivel estatal es la primera vez que se regula esta materia. Se concretan las funciones que ha de ejercer la entidad pública y se regula, también, por primera vez a nivel estatal, las ENTIDADES DE MEDIACIÓN o colaboradoras en materia de adopción internacional. (Capítulo III, art. 25).

Se modifica el art. 9.5 del c.c. disponiéndose que para que las adopciones constituidas en el extranjero surtan

efecto en España es requisito indispensable que la entidad pública haya declarado la idoneidad de los adoptantes. (Disposición adicional segunda, Disposición final primera y segunda).

#### 5. Actuación de abogados privados

A. En defensa de los padres biológicos del menor u otros familiares, el abogado podrá interponer las reclamaciones necesarias frente a las resoluciones administrativas de suspensión de patria potestad, declaración de desamparo del menor, asunción de tutela por parte de la Administración, cambio de centro de un menor, regulación del régimen de visitas, constitución de acogimiento familiar y todas las demás que puedan derivarse de situaciones de guarda o tutela de la citada administración. Para ello se aplicarán las normas de jurisdicción voluntaria y los recursos se admitirán en un solo efecto, quedando siempre a salvo el ejercicio de las acciones en vía judicial ordinaria.

Nota: Contra las resoluciones de desamparo y asunción de tutela, no será necesaria la reclamación previa administrativa.

B. En defensa de los padres adoptivos, podrán interponer oposición contra la resolución administrativa de idoneidad o no, para adoptar. Aplicándose también las normas civiles de jurisdicción voluntaria.

C. Podrán presentar directamente propuesta de adopción en el juzgado, o sea en cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 176.2 c.c. (Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado, ser hijo del consorte del adoptante, llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo, ser mayor de edad o menor emancipado); todos aquellos en que no es necesario la propuesta previa de la Administración.

D. Podrán comparecer en 1.ª o en 2.ª Instancia en aquellos procedimientos instados por la entidad pública de acogimiento o adopción. Actuarán en interés de los padres adoptivos ya que la Administración actuará en interés del menor tutelado.

E. No podrán actuar de mediadores en la adopción internacional, salvo si forman parte del equipo pluridisciplinar de la entidad colaboradora de adopción internacional debidamente acreditada.

\*Abogado

# El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería

Mario Enrique García Gutiérrez\*

Apreciaciones sobre la reciente aprobación del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 7/1985), Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero, publicado en el BOE de 23.02.1996 n.º 47.

Comienza en su Artículo primero por señalar que el ejercicio de los derechos y libertades del Título I de la Constitución por parte de los extranjeros viene determinado por los Tratados Internacionales suscritos por España, por lo que nos remite hacia aquellos Convenios vigentes sobre establecimiento, bien de aquéllos donde se establece la cláusula de «nación más favorecida», o, mejor aún de «el mismo trato que a los nacionales», en cualquier caso, no es materia de este análisis, por lo que seguidamente expondremos sus extremos esenciales.

El citado dispositivo legal, entrará en vigor el 23 de abril de 1996, habiendo derogado el Real Decreto 1119/86 que le precedía, y concediendo a través de la Disposición Transitoria tercera, un trámite excepcional de REGULARIZACIÓN, por el plazo de 4 meses a partir de su entrada en vigor, para todas aquellas personas que encontrándose en una situación irregular, acrediten haber entrado a España antes del 1 de enero de 1996, hayan sido titulares de un permiso de trabajo y/o de residencia con posterioridad al anterior Reglamento (R.D. 1119/86 de 26 de mayo), y no estar implicados en actividades contrarias al orden y seguridad del Estado (inc.c) art. 26. de la Ley Orgánica 7/85), ni haber sido condenados por delitos a penas superiores a un año (inc. d) de la misma Ley), ni los que tengan vigente una expulsión por las anteriores causas.

En igual forma para los familiares del extranjero irregular, se abre un período de regularización; no precisando para ello en ninguno de ambos casos, el visado o exención del mismo.

Se introduce una modificación sustancial en el trato de los menores, así el art. 12 precisa que en forma genérica, éstos tendrán derecho a la educación y asistencia sanitaria y demás prestaciones sociales.

Asimismo los hijos, nacidos en Espa-

ña, de extranjero con residencia legal, adquirirá automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del progenitor, sin necesidad de obtener exención de visado (Art. 55).

Se establecen nuevas circunstancias para valorar la preferencia en la concesión inicial del permiso de trabajo, sin considerarse la situación nacional de empleo, como ser hijo o nieto de español de origen; valorándose como causa genérica preferencial la de ser familiar (no incluido en el supuesto que el reglamento prevé tratándose de cónyuge e hijos) de un extranjero residente legal en España Art. 77,1,b) y 2,a).

Expuestas las medidas excepcionales adoptadas, antes de presentar la documentación, es aconsejable para aquellos casos de encontrarse incurso en un expediente firme de expulsión, solicitar ante el Gobierno Civil de la Provincia donde resida, su previa revocación, alegando bien circunstancias de arraigo en España, vinculación familiar, acreditación de medios lícitos de vida, titular de contrato de arrendos, seguro de asistencia sanitaria, por aplicación del art. 105 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y también por aplicación de la institución de la prescripción de la sanción, que el reciente Reglamento ha determinado en tres años (Art. 101).

Seguidamente, el extranjero deberá acomodar su actividad laboral eligiendo cualquiera de los cuatro tipos de permisos de trabajo por cuenta ajena o de los tres tipos por cuenta propia, que en los cuadros siguientes se resumen, con los requisitos y modelo de instancia oficial que se reproduce, haciendo hincapié, que no será preceptivo el requisito del visado por el tiempo excepcional de cuatro meses para los extranjeros que estén en situación irregular, que el propio Reglamento ha determinado:

## Permisos de trabajo

### Cuenta ajena (Art. 75 I)

#### Tipo A

La realización de actividades de temporada con una duración limitada má-



xima de 9 meses, sin posibilidad de renovación.

#### Tipo b (inicial)

Trabajar en una profesión, actividad y ámbito geográfico concretos, duración un año.

#### Tipo B (renovado)

Trabajar en varias profesiones o actividades por quienes sean titulares de un permiso b, al término de su vigencia, duración dos años.

#### Tipo C

Realizar cualquier actividad en todo el territorio nacional, por quienes sean titulares de un permiso B, al término de su vigencia, salvo preferencias en la renovación (art. 79 R.D. 155/1996), que lo pueden obtener con un período de trabajo de 2 años, duración tres años.

#### Cuenta propia (Art. 75 II)

##### Tipo d (inicial)

El ejercicio de una actividad concreta, duración un año. Susceptible de limitación geográfica por razones fundadas.

##### Tipo D (renovado)

El ejercicio de varias actividades por quienes sean titulares de un permiso d, al término de su vigencia, duración dos años. Asimismo puede ser limitado a un ámbito geográfico en los mismos términos que el anterior.

##### Tipo E

Desarrollar cualquier actividad, sin limitación geográfica, por quienes sean

titulares de un permiso D, al término de su vigencia, salvo preferencias en la renovación (art. 79 R.D. 155/1996), que lo pueden obtener con un período de trabajo de dos años, duración tres años.

#### Permiso permanente (Art. 75 IV)

Ejercer cualquier tipo de actividad, tanto por cuenta propia como ajena, por quienes sean titulares de un permiso C o E, al término de su vigencia, duración indefinida, con renovación cada cinco años.

En cuanto a la presentación de los documentos, puede hacerse personalmente o si se prefiere con representación acreditada, no debiéndose ejercer la inicial solicitud de la actividad, hasta después de que sea concedida, y los resguardos de las renovaciones proroga la validez del anterior, en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, debiéndose solicitar su renovación con antelación de un mes a la fecha de su vencimiento, teniendo validez la tarjeta vencida hasta tres meses más para proceder a su renovación. (Art. 88, 89 y 90).

#### Requisitos trabajo por cuenta ajena

Permisos de trabajo iniciales tipos A o B Original y dos fotocopias:

1. Solicitud firmada por el empleador.
2. 3 fotografías tamaño carnet no plastificadas.
3. Solicitud de visado para trabajar en España, presentada en el Consulado

español en el país de origen. En el caso de residente legal: el permiso de residencia vigente.

4. Pasaporte en vigor (sellado por el Consulado español).
5. Oferta o contrato de trabajo.
6. Inscripción de la empresa en la Seguridad Social.
7. Titulación académica o profesional homologada cuando el permiso se solicite por razones de su especialización.

#### Permisos de trabajo renovados tipos B o C

Original y dos fotocopias:

1. Solicitud.
2. 3 fotografías tamaño carnet no plastificadas.
3. Permiso de trabajo anterior.
4. Pasaporte en vigor.
5. Contrato de trabajo.

#### Requisitos trabajo por cuenta propia

Permisos de trabajo iniciales tipo D Original y dos fotocopias:

1. Solicitud.
2. 3 fotografías tamaño carnet no plastificadas.
3. Solicitud de visado para trabajar en España, presentada en el Consulado español en el país de origen o, en su caso, el permiso de residencia vigente.
4. Pasaporte en vigor (sellado por el Consulado español).

- Proyecto de la actividad que pretende realizar, con evaluación de la inversión, rentabilidad y la posible creación de empleos.
- Si el solicitante va a dedicarse a una profesión liberal, deberá aportar el título académico debidamente homologado.

**Permisos de trabajo renovados tipo D o E**

Original y dos fotocopias:

- Solicitud.
- 3 fotografías tamaño carnet no plastificadas.
- Permiso de trabajo anterior.

- Pasaporte en vigor.
- Justificante del pago del Impuesto de Actividades Económicas del último año.
- Certificado de hallarse al corriente de pago de cuotas a la Seguridad Social expedido por la Administración correspondiente de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- Certificado de inscripción en el colegio profesional, cuando así fuese exigido por la legislación vigente.

Si bien por norma general, la expedición de estos permisos están sujetos al pago de las correspondientes tasas, el

Art. 97 del Reglamento, determina que deja a salvo las exenciones que establece el art. 23 de la L. O. 7/85 (Iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de Gibraltar).

Finalmente con respecto a la medida de internamiento que decretará el Juez, en relación al extranjero expulsado que haya vuelto a España, no podrá hacerse el mismo en Centro no penitenciario.

\*Abogado

**Modelo Oficial (Solicitud de Permiso de trabajo y residencia)**



**EXTRANJEROS**  
(Régimen General)

REGISTRO

**SOLICITUD DE PERMISO DE TRABAJO Y RESIDENCIA**

FOR T-17/85. NO PRECISA EN LAS ESTACIONES SOLICITACION VIA AUTOMATIZADA LA DORSAL BILLENDEU A MADRIDA O CON RESOLUCION IGLESAS Y LETRA DE IMPRESA.

**DATOS DEL TRABAJADOR**

Apellido(s) \_\_\_\_\_ Nombre \_\_\_\_\_  
 Apellido de nacimiento \_\_\_\_\_ País de nacionalidad \_\_\_\_\_  
 Lugar de nacimiento (localidad) \_\_\_\_\_ País de nacimiento \_\_\_\_\_  
 Fecha de nacimiento (en mes y año) \_\_\_\_\_ Sexo \_\_\_\_\_ Estado civil \_\_\_\_\_ Profesión habitual \_\_\_\_\_  
 Num. de afiliación a la Seguridad Social española (1) \_\_\_\_\_ Titulación y conocimientos especiales \_\_\_\_\_  
 Apellido(s) y nombre de la madre \_\_\_\_\_ Apellido(s) y nombre del padre \_\_\_\_\_  
 ¿TUVO PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO CON ANTERIORIDAD A ESTA SOLICITUD? (2) No  Sí  ¿Por cuenta propia?  ¿Por cuenta ajena?   
 ¿VA A TRABAJAR O VA A TRABAJAR? Dependencia laboral (2) Cuenta propia  Cuenta ajena  \_\_\_\_\_  
 Ocupación o puesto de trabajo (2) \_\_\_\_\_ Preferencias o circunstancias especiales \_\_\_\_\_  
 ¿SI ESTA INSCRITO COMO DEMANDANTE DE EMPLEO EN EL INEM? \_\_\_\_\_  
 Num. inscripción en el INEM \_\_\_\_\_ Fecha de inscripción (en mes y año) \_\_\_\_\_  
 Municipio o localidad \_\_\_\_\_  
 Código postal \_\_\_\_\_ Municipio (España/Extranjero) (2) \_\_\_\_\_ Teléfono con prefijo \_\_\_\_\_

**FAMILIARES A CARGO DEL TRABAJADOR**

Apellido y nombre	Parentesco	Fecha nacimiento	N.I.E.

**DATOS DE LA EMPRESA**

Nombre o razón social de la empresa \_\_\_\_\_ D. N. I. o N. I. F. de la empresa \_\_\_\_\_  
 Dirección de la empresa (calle, plaza, etc.) \_\_\_\_\_ Num. Esc. Piso \_\_\_\_\_ Localidad \_\_\_\_\_  
 Provincia \_\_\_\_\_ Código postal \_\_\_\_\_ Párrafo (Español/Extranjero) (2) \_\_\_\_\_ Provincia del centro de trabajo \_\_\_\_\_  
 Rama de actividad de la empresa y de la actividad ejercida por cuenta propia (2) \_\_\_\_\_

Contingente  **CLASE DE PERMISO SOLICITADO (Ver el Anexo)** **CLASE DE PERMISO CONCEDIDO O DENEGADO**  
 Año \_\_\_\_\_ A  B  C  D  E  A  B  C  D  E  Inicial  Prolongado

ESTA SOLICITUD HA SIDO FORMULADA POR (2) EL TRABAJADOR  LA EMPRESA

TRABAJO APROBADO  DENEGADO   
 RESOLUCIÓN \_\_\_\_\_  
 RESUELTO POR D. PROV. \_\_\_\_\_ D. GAR. \_\_\_\_\_  
 RESERVA  APROBADA  DENEGADA   
 SETANEA   
 FECHA INICIO EFECTOS \_\_\_\_\_  
 FECHA CADUCIDAD \_\_\_\_\_  
 Nº DOCUMENTO \_\_\_\_\_

Fecha del solicitante, \_\_\_\_\_

Notas:  
 (1) Se cumplimentará únicamente si el trabajador está o ha estado afiliado a la Seguridad Social española.  
 (2) Marcar con X el número y número que proceda.  
 (3) Deberá ser el mayor de los dos países de origen, independencia, etc.  
 (4) Deberá ser el mayor de los dos países de origen, independencia, etc.

EMPLAZAR PARA LA CONSULTA GENERAL DEL ESTADO Y DOCUMENTACIÓN UNA VEZ RESUELTO EL EXPEDIENTE

3

## Novedades en Derecho Comunitario

Gómez-Acebo & Pombo\*

### SUMARIO

- I. Aspectos institucionales:** La Comisión emite su opinión sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental.
- II. Competencia:** Finalmente aprobado el nuevo Reglamento para la distribución de transferencia de tecnología. El Tribunal del Luxemburgo acota las prerrogativas de los concesionarios. Bruselas examina el acuerdo alcanzado entre Telefónica y Canal Plus.
- III. Fondos comunitarios:** Redefinición del concepto de Pyme para obtener ayudas comunitarias.
- IV. Relaciones exteriores:** Divergencias entre los Quince en la definición del acuerdo de libre comercio con México.
- V. Sectores de interés:**
1. Propiedad Intelectual: Aprobación de dos Reglamentos para la aplicación de la normativa sobre la marca comunitaria.
  2. Sociedad de la información: La Eurocámara aprueba su informe respecto a la Directiva Televisión sin Fronteras.
  3. Telecomunicaciones: Publicada la Directiva para la liberalización de las comunicaciones móviles y personales.
  4. Sociedades: La Comisión lanza un nuevo proyecto de Directiva sobre OPAs.

### I. Aspectos institucionales

#### 1. Largo debate en Bruselas sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental

Se acerca la celebración de la Conferencia Intergubernamental de 1996 que debatirá revisión del Tratado de Maastricht y Bruselas es un hervidero de opiniones. Entre ellas destaca el informe recientemente emitido por la Comisión Europea, bajo el título «Reforzar la Unión política y preparar la ampliación». El Ejecutivo comunitario considera necesario preparar las nuevas adhesiones en torno a un proyecto político bien definido para que el futuro de la UE no se vea amenazado por la extensión de su territorio y su creciente diversidad.

Con la ambición de poner sobre la mesa los problemas fundamentales, la Comisión articula su informe en torno a tres aspectos fundamentales: una dimensión interna o la Europa de los ciudadanos; una dimensión externa, esto es, una identidad exterior fuerte y, finalmente, una dimensión institucional que contempla las reformas de las Insti-

tuciones comunitarias en una Europa ampliada hacia el Este.

En el plano interno, la Comisión destaca la necesidad de promover un modelo europeo de sociedad, que asegure el respeto de los derechos fundamentales por todos reconocidos y que conlleve un compromiso de solidaridad entre los Estados miembros. Igualmente, deberían subsanarse las insuficiencias del Tratado de Maastricht en los aspectos de Justicia e Interior, definiendo objetivos claros y precisos. Además, la Comisión estima importante acercar los Parlamentos nacionales al proceso de integración europea, con el fin de «simplificar y democratizar Europa».

Por lo que se refiere a la política exterior de la Unión, según el texto elaborado en Bruselas, se debería dotar a la Unión de capacidad real de actuar y no sólo de «reaccionar», permitiendo una mejor defensa de los intereses de sus ciudadanos. Uno de los aspectos prioritarios sería, por tanto, construir una identidad europea para la seguridad y la defensa, reexaminando, en particular, el papel de la Unión Europea Occidental (UEO) en vistas a su integración en

la Unión. El problema es determinar hasta qué punto están los Estados dispuestos a ceder más soberanía.

En el ámbito institucional, una de las propuestas más controvertidas ha sido la necesidad de eliminar la unanimidad y generalizar el voto por mayoría en el proceso de toma de decisiones, puesto que, de lo contrario, la integración europea corre el peligro de quedar paralizada. Sin embargo, esta idea difícilmente alcanzará el consenso de todos los Estados miembros ya que parece poco probable que estén dispuestos a perder su derecho de veto en determinados temas, entre los que podría incluirse la política de defensa o los aspectos de justicia e interior.

Por su parte, España se ha mostrado poco favorable a aceptar algunas de las propuestas como, por ejemplo, la reducción del número de comisarios, adjudicando una cartera por Estado miembro (España hasta ahora tiene dos). En particular, considera que los países con mayor territorio deberían tener una mayor presencia en las Instituciones comunitarias. Ahora, el texto deberá ser examinado por el Pleno de la Eurocámara, que se reunirá en Bruselas.

## II. Competencia

### 1. La Comisión aprueba definitivamente el nuevo Reglamento sobre transferencia de tecnología

El pasado mes de febrero, Bruselas consiguió aprobar definitivamente el nuevo Reglamento de «exención por categorías» por el cual se autorizan ciertas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.<sup>1</sup>

En el transcurso del último año, la propuesta inicial de la Comisión ha sido modificada cinco veces, como consecuencia de la fuerte oposición que han provocado los cambios que introducía. Sin embargo, estos obstáculos —muchas veces procedentes de los propios operadores del sector—, han permitido la elaboración de un texto que, con toda probabilidad, facilitará el desarrollo y la difusión de las innovaciones tecnológicas en el seno de la UE.

El aspecto más significativo de la nueva norma comunitaria es que sustituye y simplifica las reglas relativas a los acuerdos de licencia de patentes y de «know-how», que hasta el momento eran objeto de dos Reglamentos de exención independientes.

Sin embargo, la Comisión introduce una excepción interesante en beneficio

del libre desarrollo de la competencia dentro de la Comunidad, excepción que ha sido el blanco de todas las críticas. A partir de ahora, la Comisión Europea queda facultada para retirar el beneficio de una exención previamente otorgada a una empresa que detente una posición fuerte en el mercado (cuando se detente una cuota de mercado superior al 40%), siempre que observe que existe un peligro de monopolio o de obstaculización del acceso de terceros a las nuevas tecnologías derivadas del acuerdo autorizado.

El Reglamento aprobado entrará en vigor el próximo 1 de abril de 1996, derogando desde ese momento los mencionados Reglamentos de licencias de patentes y de «know-how» y expirará el 31 de marzo del año 2005. Las autoridades comunitarias mantienen la esperanza que esta nueva normativa ayude a fomentar la difusión de conocimientos técnicos en la Comunidad, así como a promover la fabricación de unos productos técnicamente superiores.

### 2. Luxemburgo falla en favor de la libertad de comercialización de automóviles

El Tribunal de Luxemburgo acaba de dictar dos Sentencias en materia de distribución y venta de automóviles que acotan de modo sustancial el derecho exclusivo de los concesionarios a la distribución y venta de automóviles.<sup>2</sup>

El vigente Reglamento de exención de determinados acuerdos de distribución y venta de automóviles<sup>3</sup> autoriza ciertos contratos —que de otro modo estarían prohibidos por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado de Roma—, siempre y cuando sus cláusulas cumplan rigurosamente las condiciones establecidas en aquél.

Los dos fallos comunitarios responden a la iniciativa de los grandes grupos fabricantes de vehículos instalados en Francia, como Citroën, Ford, Honda, Peugeot, Renault y Nissan, que se revelaron contra las importaciones paralelas realizadas por terceros vendedores independientes y por tanto ajenos a la red de distribución creada entre estos fabricantes y sus concesionarios.

Los Tribunales nacionales ante los que se planteó la compatibilidad de dichas prácticas con el Reglamento de exención, plantearon dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo acerca de la licitud, a la luz del derecho comunitario, de las actividades de

importación y reventa de terceros comerciantes independientes de vehículos. El Tribunal de Justicia ha resuelto que los contratos de exclusiva amparados por el Reglamento de exención afectan únicamente a las relaciones entre fabricante y concesionarios, no pudiendo, en consecuencia, oponerse a terceros comerciantes independientes que penetran en el mercado.

Es lícito, por tanto, que un distribuidor de coches nuevos en stock los reventa al margen de la red de distribución creada por el fabricante de la misma marca, sin necesidad de que actúe como mandatario o como revendedor agregado.

### 3. La polémica sobre el acuerdo entre Telefónica y Canal Plus llega hasta la Comisión Europea

Los servicios antitrust de la Comisión Europea han solicitado que el proyecto de concentración alcanzado entre Canal Plus y Telefónica para la creación de una *joint venture* en el sector de la televisión por cable les sea comunicado formalmente, para poder así proceder a su examen a la luz del derecho comunitario de la competencia.

Recordaremos que dicho proyecto fue notificado de forma voluntaria a las autoridades españolas competentes obviando, de este modo, la exclusiva competencia que reclama la Comisión Europea para conocer del asunto, dada la dimensión comunitaria de la operación y aunque las empresas afectadas sean ambas españolas.

El dictamen no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia español, recientemente adoptado, recomienda expresamente que no se apruebe el expediente de concentración que comentamos, por considerarlo restrictivo de la competencia efectiva. Además, sugiere que sea la Comisión Europea quien se pronuncie en última instancia al respecto, reconociendo por tanto los efectos que más allá de nuestras fronteras provocaría la creación de la citada empresa en común.

El procedimiento comunitario, una vez iniciado mediante la notificación del acuerdo por las empresas implicadas, supone la suspensión de la operación proyectada durante un período de tres semanas. A partir de entonces, la autoridad comunitaria dispone de un plazo de un mes para indicar si autoriza el acuerdo o si, por el contrario, va a someter el mismo a una investigación más profunda.

### III. Fondos comunitarios

#### 1. La Comisión propone un marco global y uniforme para todos los programas destinados a las Pymes

La utilización de criterios distintos, tanto a nivel comunitario como nacional, para limitar el campo de aplicación de los programas en favor de las pequeñas y medianas empresas, ha llevado finalmente a la Comisión a proponer una definición única y uniforme de las Pymes.

El peligro más temido por Bruselas son las repercusiones negativas que una interpretación aleatoria puede tener en la competencia entre Estados miembros, teniendo en cuenta que grandes empresas podrían beneficiarse de ventajas financieras inicialmente previstas para las Pymes.

La nueva definición propuesta se basa, como es habitual, en la utilización de los siguientes criterios: el número de asalariados, su independencia, el volumen de negocios y su balance global. Concretamente, para poder ser considerada una Pyme comunitaria, la empresa en cuestión deberá tener menos de 250 empleados, 40 millones de Ecu como volumen máximo de negocios o un balance anual no superior a 27 millones de Ecu. Además, no podrá pertenecer a una gran empresa que no entre dentro del concepto de Pyme.

También distingue la Comisión los conceptos de «empresa muy pequeña», como aquella que cuenta con menos de 10 trabajadores, de «empresa pequeña», cuando tiene menos de 50 empleados y un volumen anual de negocios inferior a 7 millones de Ecu, y de «empresa mediana», cuando tiene entre 50 y 250 asalariados y un volumen anual de negocios menor a 40 millones de Ecu.

Bruselas ya ha anunciado que estos criterios serán utilizados en la preparación de los próximos programas comunitarios destinados a las Pymes; igualmente ha sido recomendada su aplicación a los Estados miembros, aunque como límites máximos, lo que permitirá a las autoridades nacionales establecer medidas más restrictivas en favor de las empresas más débiles.

Todo ello deberá ir unido al mantenimiento de una cierta flexibilidad, con el fin de respetar las grandes diferencias existentes todavía entre los países; igualmente, deberán tenerse en cuenta las especiales circunstancias locales y regionales.

### IV. Relaciones exteriores

#### 1. La Presidencia italiana intenta alcanzar una solución de compromiso en el Acuerdo de cooperación con México

El Acuerdo de cooperación económica y comercial con México, paralizado desde finales de 1995, continúa provocando divergencias entre los Estados miembros de la Unión. Los problemas se centran, fundamentalmente, en la forma de llevar a cabo la liberalización recíproca y progresiva de los intercambios de mercancías, servicios y capitales, teniendo en cuenta la especial sensibilidad de algunos productos comunitarios, especialmente los agrícolas.

Los Quince parecen mantener dos posiciones poco conciliables: mientras unos se muestran favorables a llevar a cabo la liberalización comercial en una sola etapa — fundamentalmente España y, de una forma más mitigada, el Reino Unido—, otros estiman necesario basar el proceso en dos acuerdos diferenciados —ante todo Francia, apoyada por Alemania, los Países Bajos y Portugal.

Las autoridades comunitarias intentan, por segunda vez, definir la posición de la Unión respecto al acuerdo de libre comercio. Después de los intentos de la Comisión por definir la posición comunitaria en el marco de este convenio, bajo la Presidencia italiana se preparó un proyecto de compromiso que sugiere un acercamiento basado en un solo acuerdo, pero dividido en dos fases.

Una vez sometido al Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, las diferencias de opiniones subsisten, lo que ha dado lugar a que sea devuelto el texto al Comité de Representantes Permanentes.

El gobierno mexicano, favorable a la conclusión de un acuerdo único, considera esta cooperación como una inestimable oportunidad para afianzar la política comercial exterior de su país. Sin embargo, Manuel Armendariz, embajador de México ante la UE, ha subrayado el carácter específico del acuerdo de libre comercio con la Comunidad.

México no busca únicamente la mejora del acceso al mercado europeo para sus productos, sino que pretende que el futuro convenio incluya igualmente normas relativas a los movimientos de capital, así como su participación en los acuerdos actuales y futuros entre países industrializados en algunas materias, en especial, en el tema de los derechos de propiedad intelectual.

Ciertamente, el compromiso diseñado por la Presidencia no puede satisfa-

cer a todas las partes, pero constituye una iniciativa no despreciable, teniendo en cuenta que pretende, ante todo, que los productos europeos no sean sometidos a derechos de aduana que, en cambio, no afectan a los productos procedentes de Estados Unidos. De ser así, la pérdida de partes de mercado sería evidente.

### VI. Sectores de interés

#### 1. Propiedad intelectual: Se aprueban dos normas para la ejecución del Reglamento sobre la «marca comunitaria»

La Comisión Europea ha aprobado recientemente la normativa de aplicación del Reglamento sobre la marca comunitaria. Se trata de dos nuevos Reglamentos que revisten una especial importancia, por cuanto que establecen el procedimiento a seguir para registrar una marca comunitaria, así como a las tasas que se deberán abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior de marcas, diseños y modelos, localizada en Alicante.

El primero de ellos<sup>4</sup> detalla las normas procedimentales que regulan el registro de una marca comunitaria y su gestión, así como un procedimiento de recurso contra las decisiones de la Oficina y un procedimiento de caducidad o de nulidad de una marca. Igualmente se regula el régimen de renovación de la inscripción, la cesión, las licencias y otros derechos y eventuales modificaciones.

Por otro lado, la misma norma subraya la conveniencia de que toda la información relativa al registro de la marca —nombres, direcciones, fechas, etc.— sea traducida y publicada en todas las lenguas oficiales de la Comunidad.

El objetivo del segundo Reglamento de ejecución<sup>5</sup> es asegurar el equilibrio del presupuesto de la Oficina de Armonización. Con este fin, se fija, en particular, la cuantía de las tasas y el modo de recaudación de las mismas.

#### 2. Sociedad de la información: El Parlamento Europeo adopta su informe sobre la revisión de la Directiva Televisión sin Fronteras

El polémico proyecto de Directiva revisada Televisión sin Fronteras ha sido recientemente sometido a votación en la Eurocámara. Desde la conclusión de la Ronda de Uruguay, las divergencias en-

tre la Unión Europea y Estados Unidos han sido confirmadas por los productores europeos y americanos.

Dentro de la Comunidad, el tema de las cuotas de pantalla reservadas a producciones europeas está siendo objeto de una confrontación política entre los defensores de, por un lado, una liberalización total —apoyados por los anunciantes y las cadenas comerciales— y, por otro, los partidarios de una reglamentación cuantitativa, opinión que sostienen, principalmente, los realizadores europeos.

En primera lectura, el Parlamento Europeo atiende al llamamiento de los profesionales del mundo de la televisión y del cine europeos, votando en favor del proyecto tal y como había sido modificado por la comisión parlamentaria de cultura y media.

En definitiva, los eurodiputados se han mostrado favorables a reforzar las disposiciones de la actual Directiva para que las cuotas de pantalla en favor de producciones «made in Europe» sean realmente obligatorias, así como de extender la aplicación de la misma a los nuevos servicios interactivos. Ahora, el texto deberá someterse, una vez más, al Consejo de Ministros, el cual debe definir su posición común.

Las consecuencias de tal postura pueden suponer la supresión de la cláusula «siempre que sea posible» del actual texto, que ha dado lugar, hasta ahora, al incumplimiento por los Estados de la exigencia de una proporción mayoritaria de obras audiovisuales europeas en los programas de televisión.

Por lo que se refiere a los servicios interactivos —en los que es el usuario quien selecciona y paga únicamente los servicios que desean utilizar—, numerosas empresas y asociaciones comerciales consideran que su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva incentivará el desarrollo de la sociedad de información fuera de la UE, donde la regulación es menos restrictiva, convirtiendo de este modo a Europa en consumidor y no en suministrador de estos servicios.

### 3. Telecomunicaciones: Bruselas publica la nueva Directiva sobre las comunicaciones móviles y personales

La esperada regulación sobre la apertura de las telecomunicaciones móviles a la competencia ha sido finalmente publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas<sup>6</sup>, lo cual consti-

tuye, sin duda, un paso fundamental dentro del proceso de preparación para la liberalización total prevista para el 1 de enero de 1998.

En el interior de los Estados miembros, el mercado de la telefonía móvil se va abriendo, poco a poco, a la libre competencia, hasta el punto de que varios países han introducido ya regímenes de licencias para la prestación de algunos servicios de comunicaciones móviles.

Sin embargo, todavía en algunos países se continúa restringiendo el acceso de nuevos operadores al mercado del móvil y ello por la reticencia de las grandes compañías tradicionalmente monopolísticas a ceder parte del mercado de las telecomunicaciones.

En ocasiones, el problema reside en la limitación del número de licencias concedidas, respaldado en el poder discrecional de que disfrutaban los Gobiernos nacionales; otras veces, las licencias quedan sujetas a restricciones técnicas, como la prohibición de utilizar infraestructuras distintas a las suministradas por los organismos de telecomunicaciones. Además, algunos Estados miembros han mantenido los derechos exclusivos otorgados al organismo nacional de telecomunicaciones para la prestación de determinados servicios de comunicaciones móviles y personales.

En este contexto, una normativa uniforme que regulase este sector se hacía cada vez más necesaria, teniendo en cuenta, además, que la Directiva que prevé la suspensión de los derechos especiales o exclusivos<sup>7</sup> no incluía, hasta ahora, a la telefonía móvil en su ámbito de aplicación. Por este motivo, la nueva Directiva modifica la norma anterior, derogando la exclusión de su regulación para estos servicios.

### 4. La Comisión define nuevas normas comunes europeas en materia de OPAs

Tras amplias consultas con los Estados miembros y con los sectores afectados, la Comisión Europea ha lanzado un nuevo proyecto de Directiva sobre el establecimiento de una legislación europea en materia de ofertas públicas de adquisición (OPAs).

La propuesta inicial, que data de 1989, había intentado, sin éxito, definir reglas armonizadoras, detalladas e uniformes. Tras el fracaso de este primer intento y después de más de seis años de diálogo con los Quince, ahora la Comisión ha decidido otorgar al proyecto un

carácter de «directiva marco», con el único fin de establecer una serie de principios generales y de fijar objetivos que a la vez permitan a los países mantener sus tradiciones y sus sistemas propios.

Bajo el respeto al principio de subsidiariedad, la Comisión permite a las autoridades nacionales conservar un amplio margen para establecer sus propias medidas de aplicación. En la práctica, los Estados miembros cuyos sistemas nacionales están dando resultados satisfactorios —esencialmente, Alemania y el Reino Unido—, podrán mantenerlos, debiendo únicamente completarlos con los elementos adicionales que garanticen el respeto de los principios comunes propuestos.

La adopción de la nueva propuesta de directiva deberá realizarse siguiendo el procedimiento de codecisión, instaurado por el Tratado de Maastricht, lo que exige la aprobación final por el Consejo junto con el Parlamento Europeo.

\*Abogados

### Notas

1. Reglamento (CE) N.º 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, D.O.C.E. n.º L 31, de 9 de febrero de 1996.

2. Sentencias del TJCE de 15 de febrero de 1996, en los asuntos C 226/94 («Grand Garage albiégols») y C 309/94 («Nissan»).

3. Reglamento 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicios de venta y postventa de vehículos automóviles.

4. Reglamento (CE) N.º 2868/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) N.º 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, D.O.C.E. n.º L 303, de 15 de diciembre de 1995.

5. Reglamento (CE) N.º 2869/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos), D.O.C.E. n.º L 303, de 15 de diciembre de 1995.

6. Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/338/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales (D.O.C.E. L 20/59, de 26 de enero de 1996).

7. Directiva 90/388/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (D.O.C.E. n.º L 192), modificada por la Directiva 95/51/CE de 26 de octubre de 1995 (D.O.C.E. n.º L 256).

## Incidencia de la Reforma de la Ley General Tributaria en los procedimientos concursales

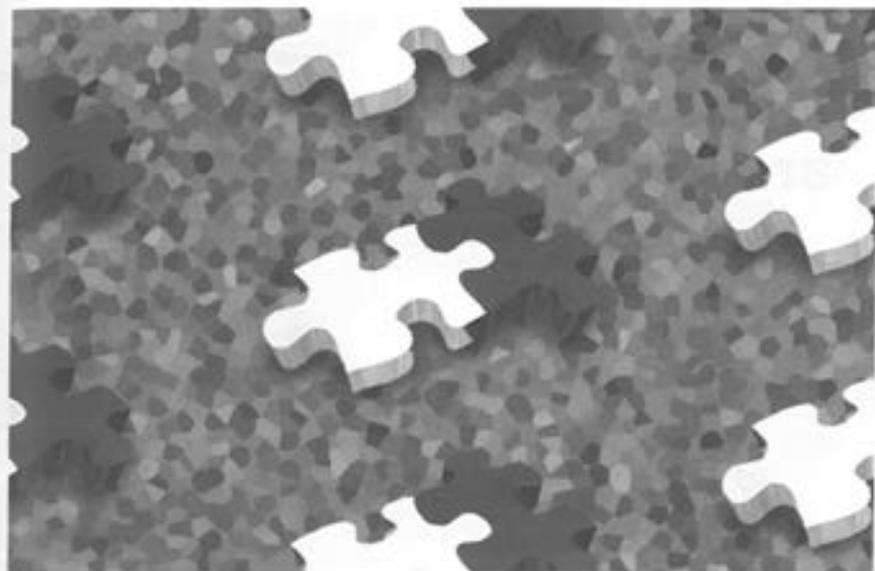
Juan Marroquín\*

La Ley 25/1995 de 20 de julio por la que se reforma parcialmente la Ley General Tributaria de 1963, al derogar el art. 129, mediante nueva redacción, ha introducido una importante novedad al dar rango de Ley a una normativa de entidad menor en materia de recaudación de tributos, que se enfrentaba con lo regulado en el art. 9 de la Ley de Suspensión de pagos, en cuanto a dejar en suspenso los embargos que se hubiesen constituido sobre bienes de un deudor en posterior situación concursal.

La postura de la Hacienda Pública pretendiendo un privilegio para los créditos tributarios y derechos de abstención en los procedimientos concursales, ha sido permanente problema en las suspensiones de pagos, en cuyos procedimientos, en mantenimiento de su tesis, y los Juzgados, sosteniendo lo que regula el art. 9 de la Ley de Suspensión de Pagos han obligado a intervenir a la Sala de conflictos del T.S.—art. 38 L.O.P.J.— que en sus resoluciones ha elaborado una doctrina que iba aclarando la complejidad de normas de entidad menor y contrapuestas, que en materia de tributos y su recaudación se encontraban dispersas en normas con distinto rango, entre las que cabe citar el art. 93 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, que luego y con ligeras variantes ha recogido el vigente Reglamento de 20 de diciembre de 1990 (RD 1684/90), que establecía que el procedimiento de apremio será exclusivamente administrativo, siendo privativa de la Administración la competencia para entender del mismo y resolver todas sus incidencias, sin que los Tribunales de cualquier grado y jurisdicción puedan admitir demanda o pretensión alguna en esta materia, a menos que se justifique que se ha agotado la vía administrativa o que la Administración decline el conocimiento del asunto en favor de la jurisdicción ordinaria.

Afirmación anterior que se completaba en cuanto a lo que nos está ocupando por el art. 95 del mismo Reglamento de 1990, que disponía que en los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y procedimientos de ejecución o concursales universales judiciales y no judiciales, la preferencia para la continuación en la tramitación del procedimiento vendrá determinada por prioridad en el tiempo, —principio consagrado por el T.S. como «regla de prioridad temporal del embargo»— tomando como fecha en los procedimientos administrativos de apremio la de la providencia de embargo, y en los procedimientos de suspensión de pagos, la fecha de la providencia de admisión, por lo que si es anterior la fecha de la providencia de admisión de la suspensión de pagos a la del embargo, será procedente la suspensión del procedimiento de apremio tributario de conformidad al precepto citado y a la doctrina establecida en la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987 reiterada por Auto del propio Tribunal de 4 de marzo de 1991, y ello sin perjuicio de la preferencia del crédito y su calificación posterior.

La doctrina legal que iba creando la Sala de conflictos, ha sido, en parte, elevada a rango de Ley con la nueva redacción del art. 129 de la L.G.T. pero sensiblemente modificada en cuanto al alcance que se venía dando al art. 9 de la LSP en cuanto a dejar en suspenso todos los embargos, toda vez que eleva a rango de Ley lo que ya decía el apartado 2.º de la Regla 49 de la Instrucción General de Recaudación en la que se dice que el procedimiento de apremio no será acumulable a los judiciales, ni se suspenderá aunque el deudor comerciante haya solicitado declaración de hallarse en Suspensión de Pagos, continuando la Administración en la tra-



mitación de aquél respecto de los bienes embargados en procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración de quiebra, sin que dichos bienes puedan comprenderse en la masa del juicio universal correspondiente.

En el art. 129 de la LGT, después de la reciente reforma de julio de 1995, y en parte de interés en esta colaboración se dice:

«(...) 3. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en el caso de concurrencia de procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas: (...) b) En los supuestos de concurrencia del procedimiento de apremio con procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, aquél procedimiento tendrá preferencia para la ejecución de los bienes o derechos que hayan sido objeto de embargo en el curso del mismo, siempre que dicho embargo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha del inicio del proceso concursal.»

No obstante no ser objeto de este trabajo, subrayamos la problemática que puede causar en los Tribunales la indefinición del citado precepto en relación al momento en que se entiende iniciado el proceso concursal — regla de prio-

ridad temporal—. El legislador pudo su- perar el debate doctrinal sobre cuál es el momento procesal que determina la paralización de la ejecución; es decir, si es la fecha de presentación del escrito solicitando el beneficio legal de suspensión de pagos —entrada en el Juzgado de reparto— o bien si es la fecha de la providencia de admisión la que determina el momento. Recordemos que aunque el artículo 4 de la L.S.P. obliga al Juez a dictar la providencia el mismo día la presentación del escrito, y si ello no fuera posible, al día siguiente, el volumen de asuntos y colapso de los Juzgados, provoca que en la mayoría de los casos, medien varios días —que no dos— entre la presentación del escrito y la providencia de admisión.

Nuestra experiencia profesional en procedimientos concursales nos ha llevado a comprobar como la Administración, consciente de que una ejecutoria de rigor y dureza en estos procedimientos en los que se hallan en juego empresas creadoras de riqueza, con una irrefutable verdad —y no un tópico— de hallar soluciones para salvar puestos de trabajo, siguiendo normas de rango menor pero de correcta aplicación, se presta y aviene a suscribir con la empresa en fallido mercantil, convenios singulares que, en ocasiones, pueden llegar a tener parecido articulado con el acordado entre el deudor concursal y sus acreedores.

Ejecutoria de la Hacienda Pública que tuvo su arranque en el art. 106 de la Ley de Presupuestos del Estado para 1989 que modificó el art. 39 del Texto refundido de la Ley General de Presupuestos que vino a permitir que la Administración suscribiera convenios con el deu-

dor en situación de proceso concursal.

Completando lo expuesto, la Secretaría General de Hacienda en su circular de 25 de agosto de 1990, conteniendo instrucciones a los Organos de la Administración del Estado sobre su actuación en los procesos concursales, establece, en concreto en la instrucción séptima relativa a la defensa de los créditos públicos, la posibilidad de llegar a un acuerdo con el deudor concursal, que puede ser previo al convenio sobre condiciones particulares de pago del crédito a la Hacienda Pública o mediante la suscripción del convenio en sus propios términos.

El art. 129 de L.G.T. en su nueva redacción y que motiva este apunte, prevé y regula lo que ya era praxis habitual en la forma de actuar de la Hacienda Pública, regulando dicha norma lo que sigue:

«(...) 4. El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, podrá en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales, para lo que se requerirá únicamente autorización del órgano competente de la Agencia estatal de Administración Tributaria.»

En resumen, el nuevo texto del 129 de la L.G.T. eleva a rango de Ley unas facultades de privilegio y actuación expeditiva de la Hacienda Pública para hacer efectivos los créditos tributarios.

El rigor y contundencia del nuevo texto lo modera el mismo texto legal al recordar que cuando concurren procedimientos de apremio con procedimientos concursales o universales de ejecución, mantendrá su privilegio de ejecución el primero, siempre que el embargo se hubiera efectuado con anterioridad al inicio del proceso concursal, y que la Hacienda Pública podrá suscribir acuerdos o Convenios con el deudor concursal en el curso de los procesos universales, facultad que la Hacienda Pública con prudencia y moderación en el trato a las empresas que así resulte aconsejable para los intereses privativos de la misma y repercusión de la economía de este país, ha venido apoyando con Convenios suscritos con la Empresa en apurada situación concursal.

\*Abogado

## Medidas urgentes en materia tributaria para 1996

Juan Francisco Corona\*

Frente a la anómala situación creada por la prórroga de los Presupuestos Generales del Estado, era necesario regular con carácter extraordinario y de urgencia una serie de modificaciones necesarias en materia fiscal. Por este motivo se ha aprobado el Real Decreto-Ley 12/1995 sobre Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera, y Tributaria (BOE de 30 de diciembre de 1995). Teniendo en cuenta la urgencia y el procedimiento y su carácter extraordinario, su contenido en materia tributaria se limita en general, a establecer medidas que permitan adaptar los parámetros esenciales del sistema fiscal a la inflación, con el fin de no incrementar por motivos monetarios la tributación real de los contribuyentes. Aunque existen algunas excepciones puntuales, puede aceptarse en general que la deflatación de tarifas, el incremento de cuotas, y el incremento de deducciones a los que haremos referencia se establecen en un porcentaje del 3,5 %, que corresponde a la previsión de inflación para el año en curso, que con su tradicional optimismo ha elaborado el Gobierno. De forma sintética, las principales modificaciones pueden ordenarse por impuestos de la siguiente manera.

### Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas

- La tarifa del impuesto y las retenciones se deflactan en un 3,5 %, elevándose las deducciones en idéntico porcentaje.
- Se actualizan las deducciones en la cuota por concepto de situación familiar y de trabajo dependiente.
- El plazo de duración de las cuentas-vivienda se amplía de 4 a 5 años.
- Para determinar el rendimiento a efectos del impuesto de los bienes inmuebles no arrendados o subarrendados, se establece como único valor de referencia el valor catastral. El porcentaje de imputación de estos rendimientos se reduce al 1,10 % cuando

el valor catastral haya sufrido alguna revisión desde 1994.

- El rendimiento neto de las actividades en régimen de estimación objetiva por signos, índices y módulos, se reduce en un 8 %.
- Las cantidades abonadas a Mutualidades de Previsión Social y a Planes de Pensiones, darán derecho a practicar una reducción en la base imponible a regular, con un límite máximo de 1.000.000 de pesetas.
- La deducción en concepto de rendimientos del capital mobiliario se establece en 28.000 pesetas.

### Impuesto sobre el Patrimonio Neto

- Se deflacta en un 3,5 % la tarifa del impuesto.
- Se establece el valor catastral como único valor de referencia para determinar la valoración de los bienes inmuebles.

### Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

- Se deflacta la tarifa del impuesto en un 3,5 %.
- Se actualizan las cuantías de las deducciones familiares.
- Se actualizan las cuantías de las deducciones en la base imponible y de los patrimonios preexistentes, en el caso de la tributación por sucesiones.

### Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

- En el impuesto sobre actos jurídicos documentados se incrementan en un 3,5 % las cuotas correspondientes a la Transmisión y Rehabilitación de Títulos y Grandeas.

### Impuesto sobre el Valor Añadido

- En el concepto de entrega de bienes se suprimen las ejecuciones de obras

en las que se utilicen materiales suministrados por el cliente, dándoles la consideración de prestación de servicios.

- La tributación de dichas ejecuciones de obras, se simplifica al trasladar su localización al estado miembro de la UE que corresponde al número de identificación fiscal del destinatario.
- La condición de sujeto pasivo obligado al pago del impuesto se atribuye, en el caso anterior, al mencionado destinatario, de manera que el cliente hace efectivo el pago del impuesto, y a través del mecanismo establecido para las deducciones puede compensar el IVA Soportado en sus adquisiciones.

#### Impuestos Especiales sobre el Consumo

- Las tarifas en los impuestos sobre la cerveza, productos intermedios, alcohol y bebidas derivadas e hidrocarburos se incrementan en un 3,5%. Ello supone que en los productos energéticos los aumentos de tributación por litro se establecen en: 2,2 ptas. para las gasolinas con y sin plomo; 1,5 ptas. para los gasóleos de uso general; y 0,4 ptas. para los gasóleos utilizables como combustible.
- Las tarifas que gravan de forma simultánea a los cigarrillos en el impuesto sobre las labores de tabaco, se incrementan, pasando el tipo proporcional del 50% al 50,6%; y el tipo específico de 400 a 416 ptas. por cada 1.000 cigarrillos.
- En el impuesto sobre determinados

medios de transporte, el tipo impositivo disminuye del 12% al 7% en los turismos de cilindrada inferior a 1.600 centímetros cúbicos con motor de gasolina, o inferior a 1.910 centímetros cúbicos con motor diesel.

#### Tributos Locales

- Se actualizan los valores catastrales, rústicos y urbanos, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, mediante la aplicación de un coeficiente del 3,5%, a partir de 1 de enero de 1996.
- Dicha actualización no será aplicable a los bienes inmuebles urbanos cuyos valores catastrales se obtengan a partir de la aplicación de las ponencias de valores aprobadas durante 1995.
- Se modifica la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, estableciendo que en los municipios con más de 750.000 unidades urbanas donde se están revisando los valores catastrales, el Pleno Municipal podrá acordar que la revisión tenga lugar de forma simultánea para todo el municipio el año siguiente a aquél en que concluya el proceso de notificación de los valores resultantes de la última fase.
- Las cuotas consignadas en las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, se incrementan en un 3,5%.

#### Tasas Fiscales

- Los tipos de cuantía fija en las tasas establecidas por Hacienda que no

hayan sido objeto de actualización específica por normas aprobadas en 1995 se actualizarán en un 3,5%.

- La tarifa aplicable a los casinos de juego se deflacta en un 3,5%.

#### Seguridad Social

- Las bases de Cotización de las cuotas sociales se actualizan en 3,5% para compensar el aumento de las pensiones.

#### Comunidades Autónomas

- Se proroga la disposición del actual sistema de financiación que supone la cesión a cada Comunidad Autónoma del 15% de la recaudación territorial obtenida en concepto del IRPF.

El tipo de interés legal del dinero se mantiene en un 9%, y también se consolida el 11% como tipo de interés de demora.

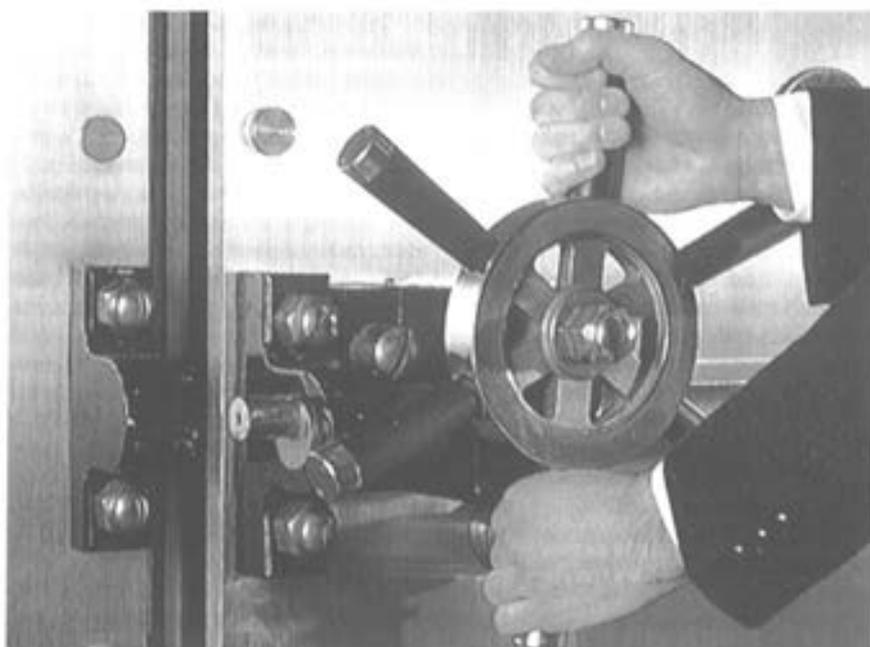
Al margen de las medidas anunciadas, es posible que durante el presente ejercicio se aprueben nuevas reformas, entre las cuales destacarían las orientadas a adaptar nuestra normativa a las directrices comunitarias fijadas por la Directiva 95/7/CEE, de 10 de abril de 1995, relativa a la simplificación del Impuesto sobre el Valor Añadido.

También existen muchas probabilidades de que el Gobierno promulgue en breve un Real Decreto-Ley de modificación del Régimen Económico y Fiscal de las Islas Canarias, con el fin de dar cumplimiento a las recomendaciones efectuadas al respecto por la Comisión Europea.

Al mismo tiempo, se esperan novedades en el desarrollo reglamentario de las modificaciones parciales de la Ley General Tributaria, que en principio adoptarán la forma de Decretos específicos para cada materia, cuyo primer ejemplo es el relativo a las infracciones y sanciones tributarias, y al fraude de ley. En particular se espera disponer en breve de un Real Decreto que regule el procedimiento de consultas vinculantes.

Por último, resultaría de máximo interés disponer a corto plazo del correspondiente reglamento que permita clarificar la aplicación de algunas disposiciones conflictivas contenidas en la reciente Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuyas principales novedades comentábamos en el número 17 de *Economist & Jurist*.

*\*Catedrático de Hacienda Pública y Sistema Fiscal*



# El nuevo centro off-shore canario: Comentarios de urgencia al R.D. Ley 3/1996 de 26 de enero de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias

José Manuel Farré Español\*  
 Manuel Dopazo Zorelle\*\*

## 1. Introducción

Las Islas Canarias han estado caracterizadas secularmente por la existencia de una serie de beneficios fiscales cuyo fin era compensar, en la medida de lo posible, las desventajas que para su desarrollo representa la lejanía de la península y la insularidad. Dichas ventajas fiscales se estructuraron entorno a las denominadas franquicias: la franquicia al consumo y la franquicia a la importación, las cuales se traducían en la no aplicación de los aranceles que se aplicaban en la Península y en la no existencia de imposición sobre el consumo (salvo ciertas excepciones, tales como el Arbitrio Insular sobre el Lujo y el Arbitrio Insular a la entrada de mercancías).

La Adhesión de España a las Comunidades Europeas no representó en un primer momento un cambio radical de lo que venía constituyendo el *status quo* económico-fiscal establecido por la Ley 30/1972 del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, en tanto que, en virtud del art. 25 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, las Islas Canarias eran consideradas ajenas al territorio aduanero de la Comunidad.

No obstante, y por razones que no obedecen al objeto de este artículo, los representantes de la Comunidad Autónoma Canaria demandaron al Gobierno Central que se iniciaran conversaciones con la comisión de la CEE con el fin de lograr la plena integración de Canarias en el territorio aduanero y, por ende, en la propia Comunidad. Fruto de dicha negociación fue la promulgación de la Ley 20/1991, de 7 de junio,

de Modificación de los Aspectos Fiscales del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. En virtud de dicha Ley, y rompiendo una tradición histórica, se introducía un impuesto que gravaba el consumo de forma general, cuyo nombre es IGIC (Impuesto General Indirecto Canario). Por otra parte dicha Ley prevé el dismantelamiento de los aranceles propios canarios y la paulatina adopción del Arancel Comunitario Común (debiendo producirse su completa implantación el 31.12.2000). La consecuencia evidente de dicha Ley fue un empeoramiento del marco fiscal canario en tanto que se quebró tanto la franquicia fiscal sobre el consumo como el régimen de franquicias aduaneras.

Con el fin de paliar las desventajas fiscales que acabamos de mencionar, la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias estableció una serie de medidas encaminadas a incentivar la realización de inversiones en el Archipiélago. Sin lugar a dudas, la medida más destacada y novedosa fue la creación de la denominada «Zona Especial Canaria», espacio físico que se asemeja a una zona de baja tributación o paraíso fiscal y sobre el cual se pueden constituir sociedades prácticamente exentas de tributación. Los reparos expuestos por la Comisión Europea en cuanto a la compatibilidad del régimen de la ZEC con el Derecho comunitario impidieron, empero, la entrada en funcionamiento de dicho centro off-shore.

Tras un proceso de arduas negociaciones tripartitas sostenidas entre la Comunidad Canaria, Gobierno Central y



la comisión Europea se ha logrado alcanzar un grado de consenso en cuanto al nuevo régimen fiscal y jurídico de la Zona Especial Canaria, el cual se ha plasmado en el Real Decreto-Ley 3/1996, de 26 de enero. Dicho Real Decreto-Ley 3/1996, que modifica parcialmente, la Ley 18/1994, adapta la configuración de la ZEC a las exigencias del Derecho Comunitario.

El nuevo marco legal, si bien perfeccionable en muchos aspectos, debe ser empujado bienvenido: Tras una demora superior al año y medio, Canarias dispone por fin de un texto legal definido que favorecerá, con las reservas que apuntaremos, la realización de inversiones en las Islas.

Se ha de señalar que, sin embargo, el Real Decreto-Ley recientemente publicado, no representa el punto y final de la convulsiva reforma de las especialidades económico-fiscales canarias acaecida en los últimos diez años. El nuevo régimen legal sigue estando afectado de un gran grado de provisionalidad a la espera de la aprobación por la Unión Europea del denominado Estatuto Permanente de Canarias.

De los aspectos principales del nuevo marco legal nos ocupamos en las líneas que siguen a continuación.

## 2. La Zona Especial Canaria

### 2.1. ¿Dónde se localiza la Zona Especial Canaria?

Bajo el nombre «Zona Especial Canaria» se entiende el territorio en el cual es dable la constitución de un tipo especial

de sociedades objeto de una bajísima tributación (1 % de Impuesto de Sociedades). El territorio de la Zona Especial Canaria coincide con el territorio del archipiélago en lo que a la constitución de sociedades de servicios se refiere. Por el contrario, en el supuesto de actividades productivas que entrañen procesos de producción, transformación, manipulación y comercialización de productos, el territorio de la ZEC se acotará a ciertas zonas, a determinar por el Gobierno Central a propuesta del Gobierno de Canarias, cuyo régimen será el de los depósitos francos. La Ley establece que preferiblemente dichas zonas ZEC deberán estar próximas a puertos y aeropuertos.

### 2.2. ¿Qué actividades pueden realizar las sociedades que se constituyan en la llamada Zona Especial Canaria?

Las sociedades establecidas en la Zona Especial Canaria (llamadas «sociedades ZEC») pueden desarrollar los siguientes objetos sociales: actividades de producción, manipulación, transformación y comercialización de mercancías, actividades industriales y financieras (Banca y Seguros) (art. 30.2.c). Se prevé igualmente, la creación, en su día, de una Bolsa de Valores «ZEC», la cual dotaría de dinamismo y liquidez al resto de sociedades ya establecidas en la Zona Especial Canaria.

La Ley no es clara en cuanto a la prestación de otros servicios que no sean de tipo financiero. En principio parecía un sinsentido limitar las actividades de servicios a la banca y a las aseguradoras, siendo el servicio canario por excelencia

el turismo. No obstante, y puesto que las sociedades ZEC están exentas (y con derecho a devolución de las cuotas soportadas) de todo tipo de impuestos indirectos, en los mentideros políticos se comenta que no resulta de interés para el Gobierno Canario considerar los servicios turísticos como susceptibles de ser prestados a través de sociedades ZEC, puesto que, en tal caso, se perdería la recaudación por el IGIC, la cual pertenece a la Comunidad Autónoma. Sea cual sea la interpretación que se dé al texto legal, en la práctica, quien decidirá la interpretación que debe dársele al concepto «servicios» será la propia Administración, puesto que, la constitución de sociedades ZEC deberá ser expresamente autorizada por el denominado «Consortio de la Zona Especial Canaria». Por consiguiente, de imponerse la interpretación política actual del alcance del art. 30.2.c) de la Ley 19/1994, parece poco probable la concesión de autorizaciones para constituir sociedades prestadoras de servicios tales como consultoría, agencias de viaje, touroperadores, etc.

De prosperar la visión restrictiva de los servicios a prestar al amparo de sociedades ZEC, puede afirmarse sin rubor que difícilmente la ZEC podrá competir contra conocidos paraísos fiscales que prestan todo tipo de servicios y que, para más «inri», pertenecen a Estados Miembros de la Unión Europea (p.e. las sociedades holding holandesas en las que apenas hay limitaciones en cuanto a las actividades a desarrollar).

Sin perjuicio de las posibles limitaciones en lo que a sociedades prestadoras

de servicios se refiere, es evidente que las sociedades ZEC podrán ser un buen instrumento para la realización de operaciones triangulares, en tanto en cuanto dicha actividad es de tipo comercial; ello no obstante, dichas sociedades deberán contar con una base física dentro de las zonas que se delimiten como ZEC.

### 2.3. ¿Cómo están constituidas las sociedades ZEC?

Las sociedades ZEC pueden estar domiciliadas en cualquier punto del Archipiélago Canario si su objeto es la prestación de servicios y en las denominadas zonas ZEC si su objeto es la producción, transformación, manipulación o comercialización de productos. Uno de sus administradores, como mínimo, deberá ser residente en territorio canario, lo cual coincide con la legislación existente en la mayoría de paraísos fiscales. El capital social mínimo es de un millón de pesetas enteramente desembolsado.

Rasgo novedoso y positivo del Real Decreto-Ley es la posibilidad que tienen las sociedades ZEC de abrir sucursales fuera del territorio ZEC. Tal posibilidad amplía considerablemente su ámbito de actuación y las torna más competitivas. No obstante, tal opción conlleva las siguientes consecuencias:

— Dichas sucursales deberán disponer de contabilidad separada.

— Los beneficios que se originen en dichas sucursales no se beneficiarán del favorable régimen fiscal de la ZEC.

Las sociedades ZEC pueden formular cuenta de explotación y balance abreviado fuere cual fuere su cifra de facturación.

### 2.4. ¿Pueden los residentes en España ser socios de las sociedades ZEC?

La primitiva Ley 19/1994 vedaba dicha posibilidad a los residentes en España —incluida Canarias—. Como respuesta a las exigencias de la Unión Europea y a las demandas del Gobierno Canario, se aceptó por parte del Gobierno de la Nación permitir a los residentes en España ser accionistas de las sociedades ZEC. Tal posibilidad conlleva, sin embargo, dos consecuencias:

Primera, las acciones de la sociedad deberán ser nominativas. La norma legal no establece con claridad si, en los supuestos que hayan socios residentes en España y extranjeros, las acciones se-

rán también en su totalidad nominativas. Por una parte, el nuevo artículo 40.c) de la Ley 19/1994 establece que «los títulos representativos del capital social, en su caso, podrán ser emitidos al portador. Sin embargo, los de titularidad de residentes en España deberán ser nominativos». De tal artículo parece desprenderse que, en el supuesto de que concurren residentes y no residentes, cada cual podrá disponer de su propio tipo de acciones: los residentes en España acciones nominativas y los no residentes acciones al portador.

Sin embargo, la nueva redacción del art. 44 contradice lo dicho en el art. 40.c) al señalar que «cuando todos los socios sean personas o entidades no residentes en territorio español, los títulos representativos podrán no ser nominativos». A sensu contrario, el art. 44 nos dice que en cuanto haya un solo socio español todas las acciones deberán ser nominativas. La contradicción es evidente, si bien, en opinión del autor y atendidas las características de la transparencia fiscal, debería prevalecer el art. 44 con su exigencia de acciones nominativas para todos los socios (residentes y no residentes) frente al art. 40. c) de la Ley. Tal contradicción es una de las muestras de la precipitación con la que ha sido adoptado el Real Decreto-Ley.

La segunda consecuencia que se deriva de la posibilidad de que los residentes en España sean socios de las sociedades ZEC estriba en que el beneficio imputable a la sociedad ZEC se les atribuirá directamente en su declaración del IRPF o del Impuesto de Sociedades, lo que implica, en la práctica, la negación a los residentes españoles de todo tipo de beneficio fiscal.

Más grave resulta aún, empero, la negación de la deducción de la doble imposición de dividendos a los socios nacionales respecto a los beneficios distribuidos por la sociedad ZEC. Dicho con otras palabras: resulta de peor condición para un residente en España invertir en una sociedad ZEC que hacerlo en otra ordinaria, puesto que soportará una mayor imposición al negársele la deducción por doble imposición.

### 2.5. ¿Cómo funcionarán los Bancos «ZEC» y las Entidades de Seguros «ZEC»?

Los bancos que se establezcan como sociedades ZEC gozarán en el ámbito de las operaciones realizadas en la Zona Especial Canaria, salvo excepciones tasadas, de secreto bancario. De la lectura

conjunta del art. 53 y de los apartados 2 y 3 del art. 31 de la Ley se desprende que los clientes naturales de dichos bancos serán los no residentes en España y las propias sociedades ZEC, quedando vedada la prestación de servicios en favor de los residentes en España por obvias razones fiscales. Aun en el supuesto de que los socios de dichos bancos sean en su totalidad extranjeros la Ley establece que sus acciones deberán ser nominativas.

Similares principios rigen las entidades de seguros «ZEC». Sus acciones deberán ser igualmente nominativas y su ámbito de actuación se limita con carácter general a los no residentes u otras sociedades ZEC. Por otra parte, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se aplica tan sólo de forma parcial (art. 55.1 de la Ley 19/1994). El n.º 8 del art. 55 de la Ley permite la realización de operaciones con residentes españoles, siempre que éstas se realicen por medio de establecimientos permanentes situados fuera de la ZEC. En tal caso, sin embargo, la Ley 30/1995 precisada resultará de plena aplicación a la entidad aseguradora «ZEC».

### 2.6. ¿Cuáles son las principales ventajas fiscales de las que disfrutan las sociedades ZEC?

El tipo del Impuesto de Sociedades es el 1%. El R.D.-Ley establece como novedad, censurable por lo gravoso de las formalidades, la obligación de tributar por transparencia fiscal, aun en el supuesto de socios no residentes, si bien a éstos se les exonera, tras la imputación de la parte proporcional de la base imponible, de todo tipo de impuesto (art. 44 Ley 19/1994). En cuanto a los socios residentes en España, se aplican las normas ya conocidas de la transparencia fiscal lo que implica que tributarán en el IRPF o, en su caso, en el IS, por las bases imponibles imputadas. En cualquier caso, ya sea para residentes o no residentes en España, las sociedades ZEC están exceptuadas de la obligación de practicar retenciones (salvo las del trabajo para su personal asalariado en Canarias).

Por otra parte, las sociedades ZEC están exentas de todo tipo de impuestos indirectos (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e IGIC) en el marco de las operaciones que se realicen en territorio canario. En relación con la exención del IGIC (el equivalente del IVA en Ca-

narias, pero con un tipo ordinario del 4%), las sociedades ZEC tienen derecho a la devolución de las cantidades soportadas. La Ley (art. 47) también contempla la exención de la Tarifa especial del Arbitrio Insular a la Entrada de Mercancías y del Arbitrio sobre la Producción e Importación en las Islas Canarias.

Los beneficios fiscales de la ZEC y su propia existencia gozan de un horizonte temporal fijado en el 31 de diciembre del 2024, si bien la Comisión Europea puede autorizar prórrogas al mismo. Es de esperar que, para dicha fecha, el Estatuto Permanente de Canarias en la Unión Europea habrá ya sido objeto de aprobación (a cuya consecución se obliga el Gobierno de la Nación en virtud de la Disposición Adicional Décima de la Ley 19/1994, disposición no modificada por el R.D.-Ley objeto de comentario), lo cual dotará de firmeza la ventajosa especificidad fiscal de Canarias.

Novedad digna de elogio del R.D.-Ley es la consideración de la ZEC como parte del territorio español, lo que conlleva dos implicaciones relevantes: por una parte, la no aplicación de la normativa

de control de cambios a las operaciones de las sociedades ZEC, lo cual facilitará su operativa; por otra, la posibilidad de que dichas sociedades ZEC se beneficien de la red de tratados de doble imposición y de las Directivas de la Unión Europea al respecto (v.g. directiva matriz-filial), lo cual puede favorecer la captación de inversiones procedentes de los países miembros de la Unión Europea.

### 3. Conclusiones

La configuración dada a la Zona Especial Canaria tras la publicación del Real Decreto-ley 3/1996 supone una mejora, aunque limitada, respecto a la ZEC que inicialmente se preveía en la Ley 19/1994. Las dos mejoras principales, conseguidas a instancias de las negociaciones mantenidas por la Comunidad Canaria y las exigencias de la Comisión Europea, estriban en el hecho de permitir a los residentes en España acceder a la condición de socios de las sociedades ZEC y a la posibilidad para dichas sociedades de realizar operaciones fuera de la

ZEC por medio de sucursales (si bien en tal caso es preceptiva la notificación fehaciente al Consorcio de la Zona Especial Canaria).

La parte oscura de la ZEC sigue siendo, no obstante, la privación de todo tipo de beneficio fiscal a los socios españoles, negándoseles, en particular, la deducción por doble imposición. Otro aspecto digno de crítica sigue siendo el, en principio, limitado abanico de servicios que se pueden prestar desde una sociedad ZEC, el cual parece constreñirse a los servicios financieros.

Es de esperar, no obstante, que en el futuro, ya sea por la vía de un nuevo Gobierno Central más concienciado de las necesidades fiscales de Canarias, ya sea de la mano del Estatuto Permanente, se acabe de perfilar y consolidar un tipo de ZEC que realmente pueda competir con los otros centros off-shore que se prodigan por el planeta.

\*Abogado, LL.M.

Profesor de D.º Financiero y Tributario

\*\*Abogado. Master en D.º Fiscal

Profesor de D.º Financiero y Tributario

**tb LIBRERIA BOSCH**

Ronda Universidad, 11  
08007 BARCELONA  
☎ 317 53 58 - 317 53 08 - Fax: 412 27 64

**JMB**

J. M. BOSCH EDITOR, S.A.

Rosellón, 22  
08029 BARCELONA  
Tel. 419 77 50 - 419 63 14  
Fax 419 93 52

**BOSCH LLIBRES**

Gran Vía de las Cortes Catalanas, 606  
08007 BARCELONA  
☎ 318 57 15 - Fax: 318 59 72

## NOVEDADES

ACOSTA ESTÉVEZ, J. TUTELA Y PROTECCIÓN SOCIAL DEL CONSUMIDOR	2.750 PTAS.	LORENTE AZNAR, C.J. EMPRESA, DERECHO Y MEDIO AMBIENTE	3.462 PTAS.
ALFONSO RODRIGUEZ, M.º. E. LAS ARRAS EN LA CONTRATACION	3.700 PTAS.	MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J. EL IMPUESTO SOBRE LAS TRANSMISIONES PATRIMONIALES	8.900 PTAS.
BADENES GASSET, R. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA 2 TOMOS. 3ª EDICION.	27.700 PTAS.	MONTERO AROCA, J. INTRODUCCION AL PROCESO LABORAL 3ª EDICION	3.846 PTAS.
ESPARZA LEIBAR, I. EL PRINCIPIO DEL PROCESO DEBIDO	3.500 PTAS.	OLARTE ENCAÑO, S. NEGOCIOS JURIDICOS ADHESIVOS Y SISTEMA DE CONTRATACION COLECTIVA	3.000 PTAS.
HERNANDEZ IZAL, S. DERECHO MARITIMO I II (2 VOLS.) III (3 VOLS.)	6.080 PTAS. 13.978 PTAS. 23.400 PTAS.	PICO JUNOY, J. EL DERECHO A PRUEBA EN PROCESO CIVIL	6.154 PTAS.
JOVE PONS, M.º. A. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL	5.300 PTAS.	ROGEL VIDE, C. ESTUDIOS SOBRE PROPIEDAD INTELLECTUAL	2.795 PTAS.
JUSTICIA - 95 REVISTA DE DERECHO PROCESAL 4 NUMEROS AL AÑO DIRECTOR FCO. RAMOS MENDEZ	10.577 PTAS.	SÁNCHEZ GARCÍA, M.º. I. EJERCICIO LEGITIMO DEL CARGO Y USO DE ARMAS POR LA AUTORIDAD PRECIOS SIN IVA	6.400 PTAS.

PARA PEDIDOS LAS 24 HORAS ☎ 419 77 50 - 419 63 14 ☎ 419 93 52

## Impuestos sobre sucesiones y planificación fiscal internacional

Roland Destrée\*

El objetivo del presente artículo es, en primer lugar, ilustrar de qué modo la planificación fiscal internacional puede conducir a reducir legalmente los impuestos sobre sucesiones en Francia y en el Reino Unido, dos países que han concebido dicha modalidad de imposición de una manera distinta a la de España.

Por otro lado, el artículo pretende indicar algunas vías de reflexión que podrían ser tenidas en cuenta en el marco de la planificación internacional del impuesto sobre sucesiones español.

### I. Francia

En Francia, se exigen impuestos de sucesión por todas las transmisiones de bienes procedentes de una defunción, tanto en el caso de que el difunto esté domiciliado en Francia, como en el caso de que el bien se halle situado en Francia.

Se puede destacar que, al contrario de lo que sucede en España, el equivalente francés de la obligación personal se funda en la residencia del **de cuius**, y no en la de sus sucesores.

La noción de residencia en Francia es parecida a la definición que del mismo concepto se da en España. Así, se considera que una persona tiene su domicilio fiscal en Francia cuando se encuentra en uno de los cuatro casos siguientes:

- la persona tiene su lugar de residencia principal en Francia, es decir, basta con que pase más de 183 días en el transcurso de un mismo año en Francia para que sea considerada fiscalmente domiciliada para aquel año.
- la persona tiene el centro de sus intereses económicos en Francia: se trata del lugar donde el interesado haya efectuado sus principales inversiones, donde posee la sede de sus negocios, donde administra sus bienes o de donde sale la mayor parte de su renta.
- la persona ejerce una actividad

profesional en Francia: para no ser considerada residente, esa persona tiene que demostrar que dicha actividad sólo es accesoria.

d) la persona tiene su hogar en Francia, es decir, el lugar donde la persona o su familia (cónyuge e hijos) habitan normalmente. La noción de hogar permite considerar como fiscalmente domiciliada en Francia a una persona que ejerce su actividad en el extranjero, si su familia vive en Francia.

En el caso general en el que el difunto está domiciliado en Francia, y bajo reserva de aplicación de convenios internacionales, los derechos de sucesiones se exigen en Francia por todas las transmisiones de bienes, muebles e inmuebles, cualesquiera que sean su naturaleza y su situación, que pertenezcan al difunto.

Así, los muebles corporales y los inmuebles situados en el extranjero pueden ser sometidos a imposición en Francia, del mismo modo que los créditos y los valores mobiliarios extranjeros.

En defecto de convenio internacional, la doble imposición se evita por la imputación de los impuestos pagados en el extranjero sobre el impuesto exigible en Francia sobre los bienes muebles e inmuebles situados fuera de Francia. (Código General de los Impuestos, art. 784A).

En el caso en el que el difunto está domiciliado fuera de Francia, sólo los bienes franceses son sometidos a imposición en Francia. Se trata de bienes muebles corporales y de inmuebles situados en Francia, así como de créditos y de valores mobiliarios franceses.

De este modo, la transmisión, por muerte, de cuentas bancarias locales en francos «no residentes» de una persona no residente a herederos no residentes está sujeta a imposición en Francia.

En el marco del equivalente francés de la obligación real y del ejemplo precedente, que afecta a un gran número

de personas, los no residentes tienen dos posibilidades para evitar el impuesto sobre sucesiones en Francia:

La primera solución consiste en desplazar el problema y en abrir cuentas «no residentes» en un país de la zona franco que, de hecho, no sujeta a imposición las sucesiones; el Principado de Mónaco, por ejemplo, es el país escogido por muchos residentes de las antiguas colonias francesas y de los territorios de ultramar para efectuar depósitos bancarios.

Esta solución, adaptada a las necesidades de ese tipo de clientes, y que, en lo que respecta a cualquier tipo de operación bancaria, posee la flexibilidad de una cuenta bancaria francesa, tiene, sin embargo, un inconveniente: los valores mobiliarios depositados en los bancos monegascos no se benefician, por definición, de los convenios de doble imposición firmados por Francia, y los dividendos repartidos son generalmente sometidos a tributación, mediante una retención a la fuente en el país de emisión, un hecho que, en la práctica, no se produce cuando las acciones están depositadas en un establecimiento francés.

La otra solución consiste en abrir las cuentas bancarias «no residentes» directamente en Francia, pero no a nombre de la persona física no residente, sino a nombre de una sociedad patrimonial creada en una jurisdicción favorable, que sobrevivirá a la muerte del depositante. De este modo, el depositante se beneficia, de hecho, para su gestión de cartera, de los convenios de doble imposición firmados por Francia, pero no dará lugar a una imposición sobre sucesiones en este país o en el país de emisión de los valores mobiliarios.

Conviene, sin embargo, señalar las dificultades derivadas de la adquisición de bienes inmobiliarios a nombre de sociedades que no se benefician de convenios fiscales, que hacen muy complejo este tipo de inversión en Francia.

Por lo que respecta al equivalente francés de la obligación personal, que, como se ha visto, se funda en la residencia del difunto, la planificación fiscal más global pasa a menudo por el cambio de domicilio fiscal del futuro **de cuius** y del emplazamiento de los activos fuera de Francia. El destino preferido por los franceses es, en este caso, Suiza donde ciertos cantones exigen un impuesto sobre sucesiones moderado o permiten estructurar un patrimonio de tal modo que dicho impuesto no será, en la práctica exigido.

Existen, no obstante, ciertas posibilidades de planificación fiscal que no requieren la expatriación del **de cuius**: así, por ejemplo, el convenio fiscal de 1 de abril de 1950 firmado entre Francia y el Principado de Mónaco prevé en su artículo 2, párrafo 1.º que «los inmuebles y los derechos inmobiliarios que forman parte de la sucesión de un ciudadano de uno de los dos estados contratantes sólo serán sometidos al impuesto sobre sucesiones en el estado donde están situados».

De este modo, algunos franceses adinerados compran en Mónaco bienes inmobiliarios, cuyo alto precio es conocido, para legarlos a sus descendientes libres de impuestos.

De hecho, las posibilidades de planificación más interesantes se desprenden de la ausencia de obligación personal cuando el **de cuius** no es residente francés, de modo que una donación efectuada por un donante no residente, de bienes situados en el extranjero a favor de un residente puede ofrecer una fiscalidad atractiva.

## II. Reino Unido

En términos generales, el **Inheritance Tax** es un impuesto sobre el activo sucesorio dejado por un particular.

Toda persona domiciliada en el Reino Unido es sometida a imposición por el **Inheritance Tax** sobre el conjunto de su patrimonio mundial.

En cambio, una persona no domiciliada en el Reino Unido no es sometida a imposición por el **Inheritance Tax** más que por razón de las sucesiones relativas a los elementos de su patrimonio situados en el Reino Unido.

También en este caso hay que destacar que, al contrario de lo que sucede en España, el equivalente británico de la obligación personal se funda en el domicilio del difunto, y no en la de sus sucesores.

Pero la noción británica de domicilio es muy diferente a las nociones francesa y española, e incluso existe una distinción fiscalmente esencial entre residencia, residencia ordinaria y domicilio.

No todas las reglas de determinación de la residencia están fijadas por la ley, en una parte muy importante resultan de la jurisprudencia. El **Inland Revenue** da la siguiente definición: «Una persona física es considerada residente del Reino Unido a efectos de la aplicación del impuesto sobre la renta si vive en el Reino Unido durante uno o varios periodos cuya duración total alcance 6

meses en el transcurso del año de imposición». Pero puede ser considerada igualmente residente del Reino Unido si ha vivido en el país cada año al menos durante 3 meses de media sobre un periodo de referencia de 4 años.

Como se sabe, el año de imposición británico es del 6 de abril al 5 de abril del año siguiente.

La noción de residencia ordinaria corresponde sensiblemente a la noción de residencia habitual y se opone a la de residencia ocasional. Implica, pues, la existencia, entre el contribuyente y el Reino Unido de una relación más estrecha y más duradera que en el caso de que la persona en cuestión fuera únicamente residente. Y puesto que es más estrecha, esa relación es también larga de establecer y más difícil de abandonar.

La administración fiscal británica considera que una persona física que va al Reino Unido es residente ordinario:

a) desde su llegada al Reino Unido si en esa fecha tiene la intención de quedarse en el mismo al menos durante 3 años o de ir al país todos los años durante 4 años consecutivos;

b) desde el principio del año de imposición durante el cual esa intención se hace evidente;

c) En cualquier caso, a partir del tercer año de imposición siguiente a su llegada al Reino Unido.

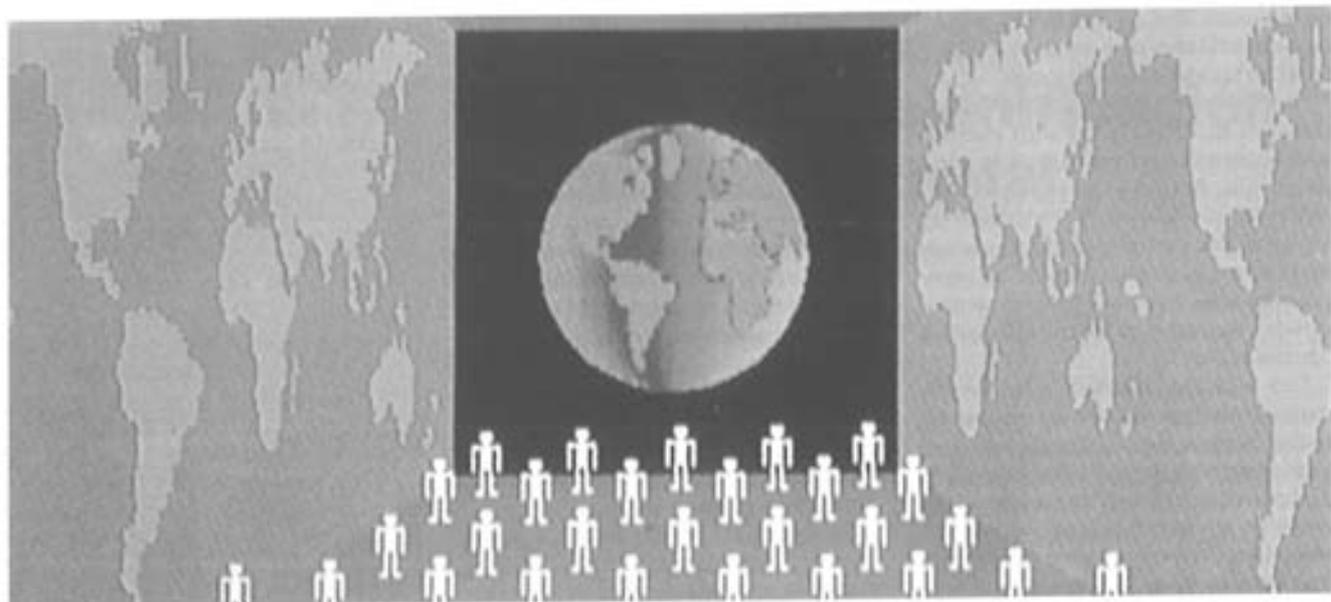
Para la apreciación de la intención de vivir de manera regular y/o duradera en el Reino Unido, el hecho de que la persona en cuestión disponga en el mismo de un domicilio personal constituye un criterio definitivo.

Por el contrario, una persona que abandona el Reino Unido pierde su calidad de residente desde el momento en que deja de reunir las condiciones descritas anteriormente, pero seguirá siendo considerado como residente ordinario hasta que el carácter duradero de su instalación en el extranjero no quede establecido.

Remárquese, pues, que para un año de imposición determinado una persona puede ser considerada residente ordinario en el Reino Unido sin ser residente en el país, y viceversa.

Por último, el domicilio, en el sentido jurídico y fiscal, de una persona física se encuentra en el país en el que ella considera como su lugar de residencia permanente. Un individuo no puede tener más que un solo domicilio.

A menudo, se considera que el domicilio de un británico corresponde a su lugar de nacimiento. Si bien es cierto



que suele coincidir, se trata, en realidad, del domicilio (no del lugar de residencia ni del lugar de nacimiento) de sus padres en el momento de su nacimiento; este **domicile of origin** perdura a menos que la persona adquiera un nuevo **domicile of dependency** o un **domicile of choice**.

Una persona no puede obtener un **domicile of choice** si no tiene más de 16 años de edad. Este caso de domicilio se da cuando la persona fija de manera voluntaria su residencia en un nuevo país con la intención de vivir en él hasta el final de su vida.

El **domicile of dependency** sólo puede ser atribuido a un menor de 16 años. De este modo, el **domicile of origin** de un niño es abandonado si sus padres cambian de **domicile of choice**, que se convierte en el **domicile of dependency** del menor. A los 16 años, este **domicile of dependency** se transforma en **domicile of choice**.

Los dos últimos conllevan, pues, la pérdida del **domicile of origin**, pero en el caso de que sean abandonados sin obtener un nuevo **domicile of dependency** o **of choice**, vuelve a tener efectos el **domicile of origin**.

Las definiciones mencionadas de la residencia, de la residencia ordinaria y del domicilio sirven para la determinación de los impuestos sobre la renta. En cuanto al impuesto sobre sucesiones, el concepto de domicilio se completa con otros dos criterios:

- una persona se considera domiciliada en el Reino Unido si ha residido en el país durante más de 16 sobre un total de 20 años consecutivos;
- una persona no pierde su domici-

lio británico, en lo que afecta al impuesto sobre sucesiones, hasta 3 años después de haberlo perdido para otros impuestos.

A título de ilustración, un niño nacido en Nueva York de padres residentes en los Estados Unidos pero domiciliados en el Reino Unido tiene su **domicile of origin** en el Reino Unido.

Si la familia parte de los Estados Unidos para instalarse en Canadá, el niño adquiere un **domicile of dependency** canadiense, que se transformará a su mayoría de edad en **domicile of choice**.

Admitamos que en el momento de su jubilación, esa persona viaje y divida su tiempo entre varios países, obviando ser considerada, como ocurre a menudo, residente en un país para evitar el pago en el mismo de impuestos sobre la renta. Desde el punto de vista del **Inheritance Tax** británico, esa misma persona, marchándose de Canadá, ha abandonado su **domicile of choice** y no ha adquirido ningún domicilio nuevo. Es, pues, su **domicile of origin** el que reaparece y la persona estará fiscalmente domiciliada en el Reino Unido y podría estar sujeta al **Inheritance Tax** sobre el total de su patrimonio mundial, en un país que puede que jamás haya pisado.

Destaquemos que la noción británica de domicilio no está limitada por la aplicación de convenios fiscales bilaterales. En la práctica, ello significa que un ciudadano británico podrá tener, al mismo tiempo, por ejemplo, la calidad de residente fiscal francés, en el sentido del convenio franco-británico, y ser considerada, en virtud del derecho in-

terno británico, como domiciliada en el Reino Unido. En este caso, tendrá que pagar impuestos al mismo tiempo en Francia y en el Reino Unido, siendo evitada la doble imposición del lado británico por la imputación de los impuestos pagados en Francia.

En realidad, es muy difícil para un británico perder su calidad de domiciliado en el Reino Unido, del mismo modo que lo es adquirirlo para un ciudadano extranjero.

Visto el carácter decisivo del domicilio británico para el pago del impuesto sobre sucesiones y puesto que también se ha mostrado la dificultad para un domiciliado británico de perder dicha condición, podría parecer imposible la planificación fiscal del impuesto sobre sucesiones en el Reino Unido.

Sin embargo, un bufete de abogados de Londres editó hace tiempo un opúsculo titulado: «Es voluntario el impuesto sobre sucesiones?».

La planificación fiscal pasa por el examen del equivalente británico de la obligación real.

De modo general, un bien será excluido del **Inheritance Tax** si está situado fuera del Reino Unido y si es propiedad de una persona no domiciliada en este país. Así pues, será conveniente, en la gran mayoría de los casos, crear una sociedad patrimonial en una jurisdicción apropiada para que el no domiciliado pueda transmitir sus inversiones a sus herederos sin pagar el **Inheritance Tax**. A ello hay que añadir que los británicos están acostumbrados a este tipo de esquema y no ven inconvenientes particulares a que un extranjero estructure sus inversiones de esta manera.

La planificación fiscal para las personas domiciliadas en el Reino Unido es más compleja y suele recurrir a un **trust**.

No es posible, en el marco de este artículo, detallar el concepto de **trust**, pero, entre otros aspectos, sigue el siguiente esquema: una persona (el **settlor** o fiduciante) da un capital a una persona de su confianza (el **trustee** o fiduciario) con la obligación para éste último de gestionarlo, de proceder a distintos tipos de inversión o incluso de negocios, y de repartir las rentas obtenidas de este modo y el capital inicial a los beneficiarios.

Ese esquema, que choca un poco con la mentalidad latina, ofrece, no obstante, auténticas posibilidades de planificaciones patrimonial y fiscal.

Por lo que respecta a la planificación patrimonial, se puede pensar en las posibilidades ofrecidas por el heredero de confianza en Cataluña o en Navarra, con el añadido de la flexibilidad y la posibilidad de crear un **trust** por acto **inter vivos**.

Para la planificación fiscal, conviene analizar la lectura que ofrece el **Inland revenue** de los **trusts**, según el domicilio del **settlor**.

Para que los bienes repartidos por el **trust** sean excluidos del impuesto sobre sucesiones británico, es necesario que:

- estos bienes estén situados fuera del Reino Unido;
- el **settlor** no esté domiciliado en el Reino Unido en el momento de la creación del **trust**.

El domicilio de los beneficiarios no tiene, pues, ninguna consecuencia en el establecimiento del impuesto.

En este contexto, existen varios esquemas posibles.

Una persona no domiciliada en el Reino Unido crea un **trust** en Jersey con **trustees** locales y designa como beneficiarios a los hijos de un buen amigo domiciliado en el Reino Unido. El **settlor** no está domiciliado en el Reino Unido, los bienes tampoco están situados en ese país; así pues, las sumas repartidas por los **trustees** tampoco estarán impuestas en él.

Nada impide que el capital inicial del **trust** sea de pocas libras esterlinas ni que el amigo del Reino Unido, padre de los beneficiarios, efectúe en las condiciones del mercado un préstamo al **trust**. Una vez reembolsado el préstamo, todos los beneficios obtenidos y repartidos por los **trustees** a los beneficiarios están libres de impuestos en el Reino Unido.

### III. España

Para el lector no especializado, recordemos las reglas del impuesto sobre sucesiones en España:

Hecho imponible: Constituye el hecho imponible la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.

Sujetos pasivos: Estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, en las adquisiciones mortis causa, los causahabientes.

Obligación personal: A los contribuyentes que tengan su residencia habitual en España se les exigirá el Impuesto por obligación personal, con independencia de donde se encuentren situados los bienes o derechos que integren el incremento del patrimonio gravado.

Obligación real: A los contribuyentes no incluidos en el artículo inmediato anterior se les exigirá el Impuesto, por obligación real, por la adquisición de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español.

Para evitar la obligación real, a las personas residentes fuera de España no les conviene proceder, en la medida de lo posible, a inversiones a su nombre.

La interposición de sociedades patrimoniales creadas en jurisdicciones favorables, y que no aparecen necesariamente en la lista de los paraísos fiscales establecida por la administración fiscal española, ofrece en ese aspecto también ciertas ventajas. Sin embargo, deben señalarse, como en Francia, las dificultades derivadas de la adquisición de bienes inmuebles a nombre de sociedades que no se beneficien de convenios fiscales con intercambio de información, que hace más complejo este tipo de inversión en España.

Para las personas residentes en España sometidas a la obligación personal, hay que hacer un análisis paralelo al de la planificación fiscal internacional explicada anteriormente para los casos de Francia y el Reino Unido, pero a nivel español.

La diferencia esencial, en nuestra opinión, es que el concepto de obligación personal se basa principalmente, en España, en la residencia de los beneficiarios y no en el domicilio del difunto.

Por ello, además de la planificación fiscal posible dentro de España, los esquemas que se han evocado en este artículo que se refiere únicamente a la planificación internacional, deben ser adaptados y privilegiar menos el des-

plazamiento del **de cuius** que el de los beneficiarios de la sucesión.

### IV. Conclusión

La planificación fiscal internacional existe y es efectiva.

Se ha podido comprobar que países como Francia y el Reino Unido, que cuentan con legislaciones fiscales sofisticadas en materia de impuesto sobre sucesiones, ofrecen posibilidades de evitar o de disminuir la imposición.

Se ha visto también que, a pesar de la extensión del concepto jurídico-fiscal británico del domicilio, y sin necesidad de hacer cambiar el del **de cuius**, una empresa nada fácil, es sin embargo posible planificar fiscalmente la sucesión de un británico domiciliado en el Reino Unido.

España, que cambió en 1987 su concepto de impuesto sobre las sucesiones y que avanza rápidamente hacia un mejor conocimiento de los recursos de sus contribuyentes, no constituye ninguna excepción y ofrece también posibilidades de planificación fiscal.

Por otro lado, se ha destacado, como en los casos británico y francés, que las soluciones pasan generalmente por los paraísos fiscales: por ejemplo, Mónaco y algunos cantones suizos en el caso francés; Jersey, en el ejemplo del Reino Unido.

Podrá parecer paradójico que las planificaciones se efectúen en jurisdicciones tan próximas del país de origen, cuando, en general, se intenta emplazar ciertos activos más bien a distancia.

No hay que olvidar que es difícil encontrar experiencia jurídico-fiscal de un país determinado lejos de él, y todavía más encontrar unos profesionales con experiencia continua con este país.

Por último, estas medidas de planificación fiscal no requieren en grado alguno un secreto bancario del tipo del de las Islas Caimanes, puesto que son transparentes: el **trust** británico será declarado a lo sumo en el momento del reparto de beneficios, y la administración francesa puede seguir por las declaraciones patrimoniales las inversiones inmobiliarias monegascas de sus contribuyentes.

Es importante concluir que la buena planificación fiscal internacional de los impuestos sobre sucesiones no solamente es legal en el paraíso fiscal, sino que además, y sobre todo, es legal en el país de origen.

\*Economista, AEDES, Andorra

# LA CA S I F

## La suspensión cautelar y las medidas cautelares de la Ley General Tributaria

Tullio Rosembuj\*

La suspensión de la ejecución de los actos de liquidación tributaria constituye una medida cautelar que bloquea los efectos jurídicos de los mismos, para impedir que el ciudadano sufra un perjuicio arbitrario o innecesario, mientras recurre el mérito de la resolución que impugna.

Los actos de la Administración Tributaria son inmediatamente ejecutivos y gozan de presunción de legalidad, por lo que pueden ser llevados a cabo desde el momento en que se dictan. Precisamente, para que no se produzcan situaciones irreparables o graves perjuicios es que pueden suspenderse los dichos efectos, sea mediante garantía o, en su caso, con dispensa de la misma, si el contribuyente recurre la legalidad y legitimidad de los actos en cuestión (art. 22 LGT y 111 de la L. 30/1992).

Es evidente que la suspensión paraliza todos los efectos jurídicos del acto impugnado y recurrido, en tanto se sustancian los procedimientos administrativos y jurisdiccionales.

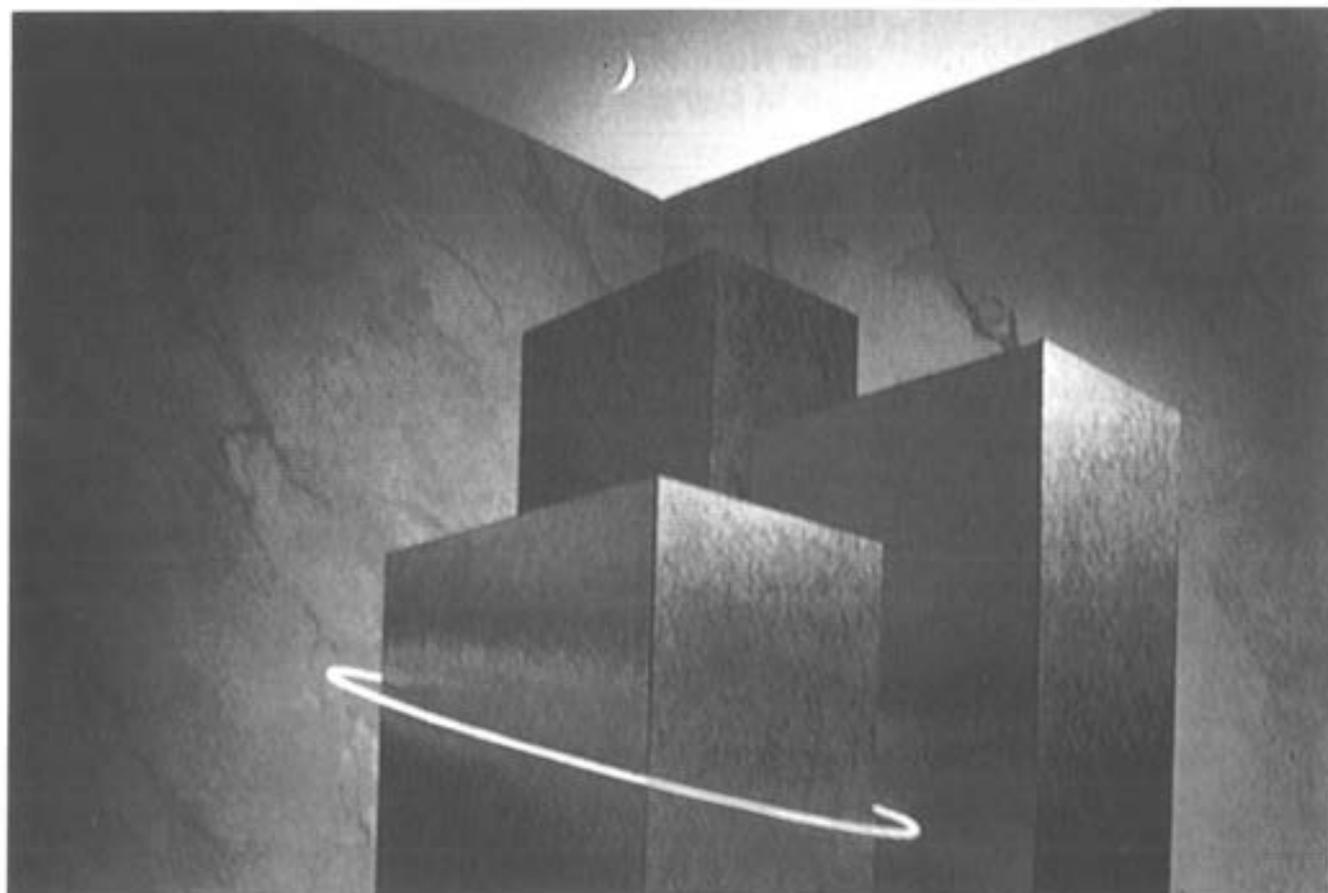
El problema se puede suscitar entre la suspensión cautelar (en favor del contribuyente) y la adopción de medidas cautelares (en favor de la Administración).

El art. 128 LGT autoriza a que se establezcan medidas cautelares, provisionales, cuando existen indicios racionales de que puede frustrarse el cobro de la deuda tributaria. Y ello puede suceder cuando el deudor realice actos que tiendan a ocultar, gravar o disponer de sus bienes en perjuicio de la Hacienda Pública, siempre que se refieran a una deuda ya liquidada. Las medidas deben ser proporcionadas y sin que puedan producir perjuicios de difícil o imposible reparación (retención del pago de devoluciones, embargo preventivo, etc.). Las medidas cautelares se levantan, aunque no hubiera pago, si desaparecen las circunstancias que las motivaron, o se sustituyen por garantías suficientes.

De lo dicho, se desprende, la amplia

discrecionalidad que la LGT concede a la Administración Tributaria en el sistema de asegurar el cobro de sus derechos liquidados; discrecionalidad tanto para fundar las medidas, fijar el momento y elegir el instrumento más conveniente. Pero, aun admitiendo la razonabilidad de la previsión legal, no deja de llamar la atención que toda la valoración del riesgo esté exclusivamente en la calificación de los hechos por la Administración acreedora: ocultar, gravar, disponer de bienes es tanto como querer asegurar, con universalidad ilimitada el cobro de la deuda tributaria, dependiendo la libertad patrimonial del contribuyente única y exclusivamente de la motivación administrativa y la calificación que produzca respecto a su crédito. No resulta difícil entender que estas atribuciones puedan ser exorbitantes. Primero, si ello conlleva un ataque al núcleo esencial de la libertad económica de propiedad y empresa que protege la Constitución, por insuficiencia de motivación y calificación de los hechos.

Segundo, si hay suspensión cautelar de la deuda ya liquidada, en trámite de impugnación de los actos objeto de reclamación. En efecto, así como aparece el artículo, hasta podría pensarse, lo cual es un exabrupto jurídico, que aun suspendidos cautelarmente los efectos de determinadas liquidaciones, pueden adoptarse medidas cautelares, con referencias a los mismos, ante el temor de la Administración al levantamiento de bienes. Y esto no es así. La suspensión paraliza los efectos de los actos de liquidación y, por tanto, hasta su resolución definitiva no pueden proveerse medidas cautelares porque la propia Administración estaría burlando al propio límite que se fija a la ejecutoriedad de sus actos. Y esto es aún más claro si las impugnaciones se hallan en la jurisdicción contencioso administrativa. Es decir, la admisión de medidas cautelares, en principio, no debe verificarse si las deudas liquidadas están cautelarmente



suspendidas, sea con o sin garantía, porque un acto despojado, provisionalmente, de cualquier efecto jurídico **ejecutorio**, no habilita a que se le considere como si lo tuviese. Por tanto, las medidas cautelares se aplicarán en todo

caso, siempre que las deudas liquidadas no gocen de la suspensión de sus consecuencias puesto que se vulneraría, en caso contrario, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. No puede permitirse

a uno de los jugadores que en esta política de ajedrez pegue un puntapié al tablero cuando el juego no le agrade.

*\*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. U.B.*



### Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Freixa, 42 - Tels. (93) 414 17 40 - Fax (93) 414 09 16 - 08021 Barcelona

Deseo suscribirme a la revista especializada **ECONOMIST & JURIST** por un período de un (1) año, al precio de 10.400 ptas. + el 4% de IVA

Apellidos	Nombre	NIF
Calle / Plaza	Número	Piso
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.º                      D.C.

abierta a nombre de Sr. /Sra. \_\_\_\_\_ en esta sucursal

N.º de entidad     N.º de oficina

..... de ..... de 19 .....

Firma

**BOLETIN DE SUSCRIPCION**

## Guía comparativa de las Normas de Valoración en la Normativa Contable-Mercantil y en la Ley del Impuesto de Sociedades

CONCEPTO	CONTABLE-MERCANTIL	TRIBUTARIA: Ley 43/1995 I.S.
INMOVILIZADO MATERIAL	c. DE COMERCIO Art. 39 T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 195 P.G.C., 5.ª Parte, Normas 2.ª y 3.ª ICAC, Resolución de 30-7-1991 (B.O.E. 18-1-92)	Art. 11 Amortizaciones, Art. 21 Reinversión Art. 15 al 18 Reglas de valoración Art. 123 al 125 Empresas reducida dimensión
INMOVILIZADO INMATERIAL	C. DE COMERCIO Art. 39 T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 194 y 195 P.G.C., 5.ª Parte, Normas 4.ª y 5.ª ICAC, Resolución de 21-1-1992 (B.O.E. 7-4-92)	Art. 11 Amortizaciones, Art. 21 Reinversión Art. 15 al 18 Reglas de valoración Art. 21, Reinversión
GASTOS DE ESTABLECIMIENTO	T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 194 P.G.C., 5.ª Parte, Normas 6.ª	Art. 15 al 18 Reglas de valoración
GASTOS A DISTRIBUIR EN VARIOS EJERC.	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 7.ª	
VALORES NEGOCIABLES	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 8.ª ICAC, Resolución de 27-7-92 (aportaciones no dinerarias) ICAC, Resolución de 27-7-1992 (FIAMM) (B.O.E. 4-11-92)	Art. 12.3 y 12.4 Depreciación de valores Art. 19.6 Recuperación del valor Art. 15 al 18 Valoración en la transmisión
CREDITOS NO COMERCIALES	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 9.ª	
ACC. Y OBLIGACIONES PROPIAS	T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 74 al 79 T.R. LEY DE SOCIEDADES LIMITADAS, Art. 39 al 42 P.G.C., 5.ª Parte, Normas 10.ª	Art. 15.10 Reglas de valoración Art. 28.2 y 28.3 Deducción doble imposición
DEUDAS NO COMERCIALES	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 11.ª	Art. 12.2 Correcciones de valor
CUENTAS, PROV., DEUD. Y ACREED. TRAFICO	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 12.ª	Art. 12.2 Insolvencias Art. 13 Provisión para riesgos y gastos
EXISTENCIAS	C. DE COMERCIO Art. 39 T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 196 P.G.C., 5.ª Parte, Normas 13.ª	
DIFERENCIAS DE CAMBIO MONEDA EXTRANJERA	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 14.ª ICAC, O. 12-3-1995 (B.O.E. 16-3-93)	
IVA	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 15.ª	
IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES	T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 189 P.G.C., 5.ª Parte, Normas 16.ª ICAC, Resolución de 30-4-1992 (B.O.E. 18-6-92)	Art. 14.1b Gasto no deducible
IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES	T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 189 P.G.C., 5.ª Parte, Normas 16.ª ICAC, Resolución de 30-4-1992 (B.O.E. 18-6-92)	Art. 14.1b Gasto no deducible
COMPRAS Y OTROS GASTOS	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 17.ª	Art. 14.1 Gastos no deducibles y Art. 19 Imputación temporal
VENTAS Y OTROS INGRESOS	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 18.ª	Art. 19 Imputación temporal
DOTACIONES A LA PROVISIÓN PARA PENSIONES Y OBLIGACIONES SIMILARES	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 19.ª ICAC, Resolución de 25-9-91 (B.O.E. 18-1-92)	Art. 13 Provisión para riesgos y gastos Art. 19.5 Imputación temporal
SUBVENCIONES DE CAPITAL	P.G.C., 5.ª Parte, Normas 20.ª	
CIFRA DE NEGOCIOS	T.R. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, Art. 191 y 200 B.ª ICAC, Resolución de 16-5-1991 (B.O.E. 18-1-92)	Art. 122.1 Empresa reducida dimensión

## Impago de pensiones (2ª. parte)

Gemma Mayol\*  
Juan Francisco Foret\*  
Pedro Rodríguez\*  
Rogelio González\*

En el artículo publicado en «Economist & Jurist» por M<sup>o</sup> José Varela Portela, sobre el «Impago de pensiones» ya se analizó en profundidad, la visión doctrinal y jurisprudencial que existe actualmente en relación al incumplimiento del pago de pensiones así como su encuadramiento o tipificación dentro del artículo 487 bis del Código Penal.

Como complemento al anterior estudio y, evidenciada la utilidad práctica de acudir a la mentada vía penal, mediante el presente artículo queremos meramente de forma práctica, ver de que manera se inicia, como se desarrolla y ejecuta dicha vía.

Veamos: tras un proceso judicial de separación o divorcio en el que se ha dictado una resolución judicial por la que una persona queda obligada al pago de determinadas pensiones asistenciales o de compensación, el obligado incumple de forma reiterada dicha obligación, y debido al interés jurídico de protección, tras agotar la reclamación del cumplimiento en la vía civil, es necesario reclamar mediante vías más coercitivas.

Para iniciar la reclamación por vía penal del impago de pensiones es necesario que concurren tres elementos:

1.º incumplimiento reiterado de la obligación al pago que se concrete en tres meses consecutivos o seis meses alternos de impago de la pensión.

2.º que al obligado se le requiera personalmente al pago de las pensiones debidas (es evidente que la demanda de ejecución de la Sentencia de Separación o Divorcio, sustituye dicho requerimiento).

3.º que habiendo sido requerido y conociendo este requerimiento el obligado persista en su actitud de incumplimiento.

Una vez se haya producido el requerimiento de la obligación vencida y no pagada, y el obligado persista en su incumplimiento, queda abierto el acceso a la vía penal con la correspondiente

apoyatura legal en el art. 487 bis del Código Penal.

Podemos acceder a la jurisdicción penal por tres conductos diferentes:

**PRIMERO:** Iniciación del procedimiento penal mediante presentación de DENUNCIA ante el Juzgado, ante la Fiscalía o ante la Comisaría de Policía correspondiente.

**SEGUNDO:** Iniciación del procedimiento penal mediante presentación de QUERRELLA ante el Juzgado de Instrucción.

**TERCERO:** Iniciación del procedimiento penal mediante presentación de un «tanto de culpa» o «testimonio de particulares» ante el Juzgado Civil de 1.ª Instancia donde se lleva el procedimiento de separación o divorcio, y posterior remisión interna del expediente al Juzgado de Guardia.

A través de los tres medios relacionados se inicia la reclamación penal del impago de pensiones, y la decisión de optar por cualquiera de las tres depende del propio letrado, si bien la mayor diferencia se da entre las dos primeras y la tercera ya que entre aquéllas no existen grandes distinciones prácticas.

### 1. Presentación de denuncia ante el juzgado de instrucción:

En la presentación de las formas de iniciación de la vía penal, hacíamos referencia a que la Denuncia podía presentarse tanto en el Juzgado de Instrucción como en la Fiscalía o Comisaría de Policía correspondiente. La presentación de denuncia en Comisaría reviste un carácter más coercitivo para el obligado ya que implica el hecho de tener que ir a declarar en sus dependencias, sin embargo puede resultar algo más lenta que la presentación ante el Juzgado de Instrucción.

La iniciación mediante presentación en el Juzgado es la que vamos a examinar en este caso, intentando dar un enfoque lo más práctico posible, aspecto

que intentaremos asegurar mediante presentación de los formularios correspondientes, que favorezcan una mayor comprensión para el abogado civilista-matrimonialista de un procedimiento que no es complejo, pero al que no está habituado.

El procedimiento se inicia con la presentación de la DENUNCIA ante el Juzgado. Formalmente la denuncia no presenta ninguna dificultad porque no requiere forma expresa (tal vez esta sea la gran ventaja de esta vía frente a la vía de iniciación mediante querrela que estudiaremos posteriormente), si bien hay que tener en cuenta que cuando se presenta la denuncia al Juzgado, ésta debe ir acompañada de la copia de las resoluciones civiles que se produjeron en su día y que en su caso obligan al denunciado al pago de las pensiones.

La denuncia «tipo» basada en la infracción del artículo 487 bis del Código Penal, deberá hacer referencia al procedimiento civil como antecedente de la obligación al pago, y a continuación deberá mencionarse el impago de esa pensión por parte del obligado a partir de la sentencia civil que se produjo en su caso, los términos y circunstancias en los que se está produciendo dicho impago o incumplimiento, y también la resolución judicial que fijó el total adeudado por el obligado tras haber sido requerido al pago en la instancia civil.

Presentada la denuncia, el Juzgado dictará un Auto de Admisión de la misma, ordenando la instrucción de Diligencias Previas del procedimiento. **(Reproducimos formulario/tipo de denuncia por impago de pensiones y modelo de Auto de Admisión de la misma.)**

#### AL JUZGADO

Dña. ...., mayor de edad, de profesión ...., vecina de ...., con domicilio en ...., y provista de DNI nº. ...., como mejor proceda en derecho DIGO:

Que en el asunto nº. ...., del año ...., promovido ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. ... de ...., en el juicio de separación respecto de su cónyuge Don. ...., vecino de ...., con domicilio en ...., y provisto de DNI nº. ...., se dictó sentencia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial, en fecha ....., confirmatoria en todos los extremos de la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia nº. ... de ...., en fecha .....

En las mencionadas resoluciones se establece que el Sr. ... abonará a favor del cónyuge denunciante la cantidad de ... pesetas mensuales en concepto de alimentos para su hija menor y .....

pesetas en concepto de pensión por desequilibrio económico, sin haber satisfecho dichas prestaciones económicas, desde que recayó sentencia firme.

Por providencia de fecha .... del Juzgado de Primera Instancia nº. ... de .... se fijó el total adeudado en la cantidad de ..... pesetas.

Desde un principio han resultado inútiles cuantas gestiones se han realizado para que Don ....., el cónyuge denunciado, atienda a los pagos a que viene obligado. También ha hecho caso omiso del requerimiento personal que se le hizo a dicho efecto ordenado en la Providencia de fecha .... del mencionado procedimiento, y cuya copia acompaño con la presente denuncia como documento nº. ....

Como hasta el momento Don ..... no ha pagado las referidas cantidades, pongo los hechos en conocimiento de este Juzgado por si pudieran ser constitutivos del delito previsto en el art. 487 del Código Penal, en su vigente redacción por la Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989.

SUPLICO AL JUZGADO tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, y se tenga por hecha la denuncia que se efectúa, acordándose actuar conforme a derecho.

En ..... a ..... de ..... de 1995

Fdo.: (la denunciante)

Procedimiento: Previas

Juzgado de Instrucción nº. ...

#### AUTO DE ADMISION DE DENUNCIA

..... a ..... de ..... de mil novecientos noventa y cinco.

#### I. HECHOS

UNICO: Los hechos que resultan de las anteriores actuaciones presentan características que hacen presumir la posible existencia de una infracción penal.

#### II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

UNICO: No estando determinada la naturaleza y circunstancias de tales hechos ni las personas que en ellos han intervenido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruir Diligencias Previas y practicar aquellas esenciales encaminadas a efectuar tal determinación y en su caso, el procedimiento aplicable.

En atención a lo expuesto

DISPONGO Que se incoen Diligencias Previas, dando cuenta de su incoación al Ministerio Fiscal, y practíquense las diligencias siguientes:

OIGASE EN DECLARACION AL DE-

NUNCIADO Y RECABENSE SUS ANTECEDENTES PENALES. CITESE A LA DENUNCIANTE A FIN DE QUE SE RATIFIQUE EN SU DENUNCIA

Esta resolución no es firme y frente a ella cabe recurso de reforma ante este Juzgado, que ha de interponerse en el plazo de TRES DIAS.

Queda iniciada así la primera fase del procedimiento conocida como **FASE DE INSTRUCCION O DE DILIGENCIAS PREVIAS.**

Dictado el Auto de Admisión y al amparo del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el denunciante es llamado para declarar y ratificarse en su denuncia, se le informa del contenido del citado artículo, puede aportar los documentos que considere necesarios y es éste también el momento idóneo para comparecer con abogado y procurador. La ventaja de comparecer en este momento es que se tiene mayor protagonismo con relación a la prueba y por ejemplo, el letrado del denunciante podrá intervenir en la declaración del denunciado.

En esta declaración el denunciante se limita a ratificarse en la denuncia y a constatar los hechos que obligan a presentarla por impago de pensiones, así como a responder cuestiones que se le planteen referentes a la situación económico-laboral del citado denunciado. Finalizada esta declaración es llamado a declarar el denunciado, con asistencia del letrado del denunciante si éste compareció en forma. Al denunciado se le informa de sus derechos y de la denuncia que ha sido interpuesta contra él, y únicamente se le solicita que dé su versión de los hechos, incluyendo igualmente datos relativos a su situación económico-laboral. En este momento también el denunciado puede comparecer con abogado y procurador o solicitar que se le nombre uno de oficio. **(Reproducimos formularios/tipo de declaración del denunciante y del denunciado.)**

#### a) denunciante

Juzgado de Instrucción de ....

#### DECLARACION

En .... a .... de ..... de mil novecientos noventa y cinco.

NOMBRE Y APELLIDOS:

D.N.I.:

LUGAR DE NACIMIENTO:

FECHA DE NACIMIENTO:

HIJO DE:

DIRECCION:

LOCALIDAD:

PROVINCIA:



Ante S. S.ª el Sr. Juez de este Juzgado y de su Secretario, comparece la persona arriba identificada, la cual previamente informada de sus derechos constitucionales y las obligaciones que le impone la L.E.Cr. y hechas las prevenciones legales pertinentes MANIFIESTA:

Que se afirma y ratifica en la denuncia presentada reconociendo la firma como auténtica y puesta por su puño y letra. Que los hechos que en la misma describe son ciertos, y que desde que se separaron su esposo no le ha abonado cantidad alguna de lo fijado en la sentencia de separación. Que cree que su ex-esposo trabaja según ha podido saber, aunque desde que se separaron no lo ha visto más.

En este acto la compareciente aporta la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia sobre la separación y también una copia de la sentencia dictada en apelación por la Sección .... de la Audiencia Provincial de ..... en donde se fijan las cantidades a entregar.

Se le entera del art. 109 L.E.Cr. manifestando que reclama todo lo que se le adeuda y que se muestra parte en el procedimiento.

#### b) denunciado

Juzgado de Instrucción .....

Delante de S. S.ª y el Secretario, comparece Don ....., natural de ....., nacido en, ... de profesión ....., y vecino de ..... en este acto se le ha informado de sus derechos especialmente de los consignados en el art. 530 LECr., y sobre todo que no tiene obligación alguna de declarar .....

Leída la denuncia presentada contra él, y preguntado para que manifieste su

versión de los hechos, manifiesta que en los dos últimos años ha tenido contratos temporales, y que recientemente ha empezado a trabajar con sueldo en nómina de .... pesetas, y por este motivo le ha sido imposible pagar las cantidades que se le piden y por ello ha presentado demanda de modificación de medidas mediante su abogado.

En este acto a los efectos del art. 789 L.E.Cr. se le insta a que designe domicilio en España y designa el .....

Leída la presente la halla conforme y solicita que se le nombre un Procurador de oficio y un abogado de oficio que sea Don .... el cual le defendió en el procedimiento de Separación.

Realizadas ambas declaraciones, el Juzgado dicta una Providencia por la que solicita Informe sobre la posible existencia de antecedentes penales del denunciado.

Recibidos estos informes, el Juzgado dicta el denominado **AUTO DE INCOACION DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO**, en el que se determina si de las actuaciones realizadas se deduce que los hechos perseguidos pudieran ser constitutivos de un delito de abandono de familia previsto en el art.487 del Código penal. **(Reproducimos formulario/tipo de Auto de Incoación de P.Abreviado.)**

Procedimiento Abreviado n.º  
Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción

AUTO DE INCOACION DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO

En Barcelona .....

UNICO.— Las presentes diligencias se incoaron en virtud de denuncia presentada en este Juzgado de Instrucción de .... por parte de ..... contra ..... por abandono de familia.

Practicándose cuantas se estimaron necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos de las personas que en ellos tuvieron participación, así como el órgano competente para el enjuiciamiento.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.— De las actuaciones practicadas se deduce que los hechos perseguidos pudieran ser constitutivos de un delito de abandono de familia, previsto en el art. 487 bis del Código Penal.

Y teniendo en cuenta la penalidad asignada al mismo y las circunstancias que concurren, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 14. 3.º, 779 y 789.5 regla 4.ª de la L.E.Cr., procede seguir el trámite establecido en el Cap. II, del título III, libro IV de la expresada ley, relativo a la preparación del Juicio Oral.

Visto los artículos citados y demás de aplicación

DISPONGO: dar traslado de las diligencias previas originales al Ministerio Fiscal, y mediante fotocopia autenticada a las acusaciones que estuvieran personadas, para que en el plazo de cinco días soliciten la apertura de juicio oral, en cuyo supuesto formularán el escrito de acusación, o insten sobreseimiento en la causa, o bien diligencias complementarias previsto en el supuesto señalado en el apto 2.º del art. 790 de la ley procesal penal.

Esta resolución no es firme y frente a ella cabe Recurso de Reforma en el plazo de tres días.

Regístrese en el libro de Procedimientos Abreviados.

Notifíquese al imputado Don .....

Entréguese la causa al Fiscal y, mediante copia autenticada, a las acusaciones que se hubieran personado.

Dictado el Auto de Incoación, se da traslado a las partes y se lleva a cabo en primer lugar la CALIFICACION DEL FISCAL y la de la ACUSACION PARTICULAR si estuviera personada; basta con que una de estas dos partes solicite la apertura del Juicio Oral, para que éste se produzca. Tras estos escritos de Calificación se da traslado a la defensa para que exponga sus alegaciones en el denominado ESCRITO DE DEFENSA.

La ACUSACION PARTICULAR debe plantearse como un escrito en el que se describe la actitud obstruccionista y de mala fe por parte del denunciado, el cual, a pesar de tener medios económicos suficientes para ello, incumple de forma reiterada los deberes asistenciales que tiene con su familia. Se trata de que el Juez considere que el denunciado incumple por mala fe, no por necesidad y por ello está incurriendo reiteradamente en un delito de abandono de familia. **(Reproducimos formulario/tipo de escrito de calificación de la acusación particular con proposición de prueba.)**

Juzgado de Instrucción  
Dil. Previa n.º ...

#### AL JUZGADO

Don ....., Procurador de los Tribunales y de Dña. .... según tiene acreditado en las Diligencias al margen referenciadas, ante el Juzgado comparece y,

DICE:

Que de conformidad con lo prevenido en el art.790 de la L.E.Cr., en tiempo y forma hábiles, solicita la apertura del Juicio Oral, y formula escrito de acusación contra..... en base a las siguientes,

#### CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera.— En fecha ..... el Juzgado de Familia de esta ciudad n.º ....., dictó Sentencia de Separación en el procedimiento contencioso n.º ....., seguido a instancia del acusado.

La citada Sentencia, impone a Don ....., mayor de edad, con DNI n.º ....., la obligación de entregar a su hijo en concepto de alimentos la cantidad mensual de ..... y a Dña. ...., también en concep-

to de alimentos, la cantidad mensual de .....

Las citadas medidas fueron ratificadas íntegramente por la Sentencia de fecha ..... recaída en el Incidente de Oposición a las Medidas, sin que en ningún momento el acusado haya entregado cantidad alguna, pese a conocer la situación de penuria de sus representadas.

Segunda.— Los hechos son constitutivos de un delito de Abandono de Familia del art. 487 bis del Código Penal.

Tercera.— Es autor el acusado.

Cuarta.— No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Quinta.— Procede imponer al acusado la pena de tres meses de arresto Mayor y trescientas mil pesetas de multa, (300.000 pts.) con treinta días de arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias y costas.

Asimismo el acusado deberá indemnizar a Dña. .... y a su hijo en la cantidad que resulte en ejecución de Sentencia.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentado este escrito y admitiéndolo, en la representación acreditada, por formalizado en tiempo y forma escrito de Acusación, contra Don ....., y por solicitada la apertura del Juicio Oral.

OTROSI DICE:

Que propone los siguientes medios de Prueba:

- 1) INTERROGATORIO DEL ACUSADO
- 2) TESTIFICAL de los siguientes testigos que deberán ser citados Judicialmente:

— normalmente se cita a declarar a la esposa o esposo que debería recibir la pensión, los hijos del matrimonio si son mayores de edad, e incluso algún otro testigo que conociendo la situación personal-familiar de las partes pueda aportar su versión.

- 3) DOCUMENTAL de todos y cada uno de los folios que componen el procedimiento, y especialmente la Sentencia de Separación, y la recaída en el expediente de Oposición de Medidas.

SUPLICO AL JUZGADO, admita los medios de prueba y declare su pertinencia.

En el ESCRITO DE DEFENSA el letrado matrimonialista debe tener en cuenta que es el momento de negar tanto la existencia de un delito, en este caso el delito de abandono de familia previsto en el art. 487 bis del Código Penal, como el «animus» o intención de dejar de cumplir con sus obligaciones por

parte de su cliente. Para ello, el letrado deberá aportar todo tipo de pruebas que demuestren que el denunciado siempre tuvo la intención de pagar la pensión, pero que básicamente su situación económico-laboral se lo impide; hay que tener en cuenta que si no queda probado el «animus» del denunciado probablemente habrá sobreseimiento. **(Reproducimos formulario/tipo de escrito defensa, incluyendo como en el anterior, proposición de prueba.)**

#### AL JUZGADO DE INSTRUCCION

Don ....., Procurador de los Tribunales y de Don ..... en el procedimiento referenciado, como mejor proceda en derecho digo:

Que evacuando el trámite que me ha sido conferido, paso a mostrar mi desconformidad con los escritos de acusación producidos por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular y formulo con el carácter de provisionales las siguientes

#### CONCLUSIONES

PRIMERA.— Niego el relato de los hechos en la forma en que vienen relatados por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDA.— La actuación de mi representado no es constitutiva de delito alguno.

TERCERA.— No habiendo delito, no hay autor.

CUARTA.— No son ciertas las acusaciones vertidas por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, ya que mi mandante se ha visto imposibilitado para hacer frente al pago de las pensiones a las que está obligado, y por ello presentó demanda de modificación de efectos de separación ante el Juzgado de 1.ª Instancia.

QUINTA.— Tal y como probará esta representación, mi mandante siempre ha tenido la intención de cumplir con su obligación de pagar la pensión, si bien las graves circunstancias económico-laborales por las que se halla afectado en la actualidad se lo han impedido.

OTROSI DIGO que para el acto del Juicio Oral, esta parte hace suya la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal, y además articula la siguiente:

1.— DOCUMENTAL, consistente en que se libre exhorto al Juzgado de 1.ª Instancia n.º ... de ... para que con anterioridad al Juicio Oral, se libre y remita a este Juzgado testimonio de la certificación de la Seguridad Social .....

2.— MAS DOCUMENTAL, consistente en que se libre exhorto al Juzgado de



1.ª Instancia ... para que con anterioridad al Juicio Oral remita testimonio íntegro del proceso iniciado por Don ..... por medio de demanda de modificación de efectos de separación.

3.— MAS DOCUMENTAL, consistente en que se tenga por aportado documento de la Seguridad Social relativo a las fechas de altas y bajas laborales de Don .....

AL JUZGADO DE INSTRUCCION SUPLENIC, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y tenga por evacuado el trámite conferido a esta parte, y asimismo, teniendo por propuesta la prueba que antecede, se sirva admitirla y declararla pertinente, acordando lo conducente a su práctica para el acto del Juicio Oral.

Tras los anteriores escritos, caso de que el Ministerio Fiscal o la acusación particular si la hubiere lo soliciten, el Juez Instructor dictará **AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL**, en el que se declara la procedencia de dicha apertura estimándose competente el Juzgado de lo Penal que corresponda. **(Reproducimos modelo de auto de apertura de juicio oral.)**

#### AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL

En Barcelona, a.....de mil novecientos noventa y cinco.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ministerio Fiscal se ha solicitado la apertura del juicio oral, calificándose los hechos como un delito de abandono de familia del art. 487

del Código Penal, acusando a Don ..... y solicitando la práctica de las pruebas que señala en su escrito de acusación.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Art. 790 párrafo 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### PARTE DISPOSITIVA

Se tiene por hecha la acusación dirigida contra Don ..... y se decreta la apertura de juicio oral.

En cuanto a la situación personal del acusado se decreta la libertad sin fianza del mismo; fórmese pieza de situación personal del acusado.

En cuanto a la responsabilidad civil requiérase para que en el plazo de una audiencia preste fianza por valor de ..... pesetas para responsabilidades civiles y ..... pesetas para multa y caso de no prestarla, embárguese bienes de su propiedad hasta cubrir dicha suma o acredítese su insolvencia. Fórmese pieza de responsabilidad civil del acusado.

Con entrega del escrito de calificación emplácese al acusado para que en el plazo de TRES DIAS comparezca en la causa con Abogado y Procurador que le defienda y represente con apercibimiento de designárselos de oficio para el caso de que no los tuviere ya designados.

Contra esta resolución no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado.

Tras la remisión por parte del Juzgado de Instrucción, el Juzgado de lo Penal dicta Diligencia en la que se da por re-

partida la causa y donde se establece que de conformidad con el artículo 792 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es procedente abrir rollo en el Juzgado de lo Penal, examinar los escritos de calificación, acordar sobre la prueba propuesta tanto con carácter anticipado como a practicar en las sesiones del Juicio Oral, señalando al mismo tiempo día y hora para el inicio de las mismas.

En el día y hora señalados en la citación, se celebrará el acto del Juicio Oral: el Juicio Oral comienza con la lectura por el Secretario de los escritos de Acusación y Defensa, y seguidamente el Juez abrirá un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que crean oportuno.

Durante la celebración del Juicio Oral, se practicará la prueba que haya sido admitida y finalizada ésta, el Juez requerirá a las partes para que manifiesten si se ratifican en sus conclusiones elevándolas a definitivas o por el contrario las modifican. Finalmente, se levantará Acta del Juicio y quedará visto para Sentencia, susceptible de Recurso de Apelación.

#### 2. Presentación de querrela ante el juzgado de instrucción:

El procedimiento de reclamación penal del pago de la pensión iniciado a través de QUERRELLA no presenta diferencias sustanciales respecto al procedimiento que acabamos de examinar, y la principal distinción se encuentra en que la querrela debe cumplir unos requisitos formales establecidos en la L.E.Cr. supuesto que no se da con la denuncia. **(Reproducimos formulario/tipo de querrela por impago de pensiones.)**

#### AL JUZGADO

Don ..... Procurador de los Tribunales y de Don/Doña ..... cuya representación acredito mediante escritura de poder a mi favor, ante el Juzgado comparezco y como mejor en derecho proceda, digo:

Que por medio de este escrito y por entender que los hechos que describiré son constitutivos de un delito de abandono de familia, previsto en el art. 487 bis del Código Penal, interpongo Querrela al amparo de lo dispuesto en los arts. 270 y ss. de la L.E.Cr., y de acuerdo con el art. 277 de la referida Ley por los hechos y contra la persona que se menciona a continuación:

1) Esta querrela se presenta ante el Juzgado de Instrucción de....., que por tur-

no de reparto corresponda, por ser el competente con arreglo a lo dispuesto en la L.E.Cr., al haberse cometido en este Partido Judicial los hechos que se relacionan en este escrito

II) La querellante es ..... (nombre, apellidos y vecindad)

III) El querellado es .....(nombre, apellidos y vecindad)

IV) Relación circunstanciada de los hechos:

1. Antecedentes: Mi representada contrajo matrimonio con Don .... el día .... de .... de mil novecientos ochenta y tres. Por causas que no son del caso relatar, la relación entre los cónyuges se rompió y decidieron poner fin a su convivencia. Presentada demanda de Separación conyugal ante el Juzgado de 1.ª Instancia, fue dictada sentencia sobre la misma el día .... de .... de mil novecientos noventa en la que se obligaba al ahora querellado al pago mensual de .... pesetas en concepto de pensión alimenticia para los hijos del matrimonio, y a .... pesetas como contribución a las cargas del matrimonio.

2. Los hechos que se relatan tienen lugar en la ciudad de .... por ser éste el lugar de residencia de mi representada y sus hijos menores de edad, así como el lugar de residencia del ahora querellado y obligado al pago de las pensiones asistenciales que se han descrito.

3. Desde el pasado mes de febrero del presente año, es decir, desde hace más de seis meses consecutivos, Don ..... incumple de forma reiterada su obligación de pagar las pensiones adeudando desde esa fecha la cantidad total de .... pesetas.

El querellado ha sido requerido personalmente en la vía civil para que efectuara el pago de las cantidades adeudadas y a pesar de ello, persiste en su actitud de incumplimiento.

4. La conducta del ahora querellado, supone un incumplimiento de los deberes asistenciales con respecto a su familia, dejando a la misma en una grave situación económica.

5. Los hechos relatados son constitutivos de delito de abandono de familia previsto en el art. 487 bis del Código Penal.

IV) Diligencias cuya práctica se solicita:

- admisión de los documentos .....
- declaración del querellante
- declaración del querellado
- prueba documental, se libre exhorto al Juzgado Civil de 1.ª Instancia para que remita los autos del procedimiento de separación.

AL JUZGADO SUPLENTE, sea admitida esta querrela, se practiquen las diligencias interesadas en el número anterior y se tomen las pertinentes medidas cautelares sobre la situación personal y sobre los bienes del querrelado, a resultas de este proceso.

Presentada la querrela, el Juzgado dictará un *AUTO DE ADMISION* de la misma, ordenando la instrucción de Diligencias Previas del procedimiento. La incoación de Diligencias Previas se lleva a cabo para la averiguación de los hechos denunciados y circunstancias que concurran en su comisión, dándose el correspondiente parte al Ministerio Fiscal.

En esta fase del proceso, el siguiente paso será que el Juzgado cite al querrelante para que se ratifique en la querrela presentada.

Es necesario señalar, que cuando se inicia un procedimiento penal a través de Querrela, es útil al otorgar poderes al Procurador, hacerlo de forma extensiva incluyendo un poder especial, ya que, de este modo el mismo Procurador podrá ratificarse en la querrela. En caso contrario deberá ratificarse el mismo querrelante.

Al igual que ocurría en la Fase de Diligencias Previas del procedimiento iniciado mediante denuncia, el Juzgado llamará a declarar a querrelante y querrelado. En estas declaraciones, el interrogatorio al que se someterá a ambas partes, versará principalmente sobre los antecedentes del proceso civil de separación o divorcio, la situación económico-laboral del querrelado, y por lo que respecta a éste, se le solicitará que dé su versión de los hechos y explique las causas por las que está incumpliendo su obligación al pago de las pensiones correspondientes.

Seguidamente, realizadas ambas declaraciones en la misma línea argumental que se produce en las declaraciones del Procedimiento iniciado mediante denuncia, y tras la solicitud por parte del Juzgado de la existencia de antecedentes penales del querrelado, el Juez Instructor dictará el *AUTO DE INCOACION DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO*.

Recordemos que en este Auto, se determina si de las actuaciones realizadas se deduce que los hechos perseguidos pudieran ser constitutivos de un delito de abandono de familia.

Dictado este Auto, todas las actuaciones que se llevan a cabo son exactamente iguales a las examinadas anteriormente en el procedimiento iniciado

mediante denuncia. Se da plazo al Ministerio Fiscal y a la Acusación Particular en primer lugar, para que hagan sus escritos de CALIFICACION y posteriormente se citará a la defensa para que presente el ESCRITO DE DEFENSA.

En base a los escritos de CALIFICACION del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular, el Juez ordenará la apertura de Juicio Oral.

Se remite el expediente al Juzgado de lo Penal que corresponda, y se citará a las partes para las sesiones de celebración del acto del Juicio Oral.

Recordemos que la Sentencia aunque sea condenatoria, puede no implicar el pago de las cantidades adeudadas, y que en cualquier caso es susceptible de Recurso de Apelación.

### 3. Presentación de «tanto de culpa» o «testimonio de particulares» ante el Juzgado civil de 1.ª Instancia.

De las tres formas de acceso a la jurisdicción penal, éste es el medio más sencillo.

Veamos: tras el reiterado incumplimiento del pago de pensión a pesar de haberse producido el pertinente requerimiento en la vía civil, se iniciará la reclamación penal informando al Juzgado de este incumplimiento, y si el Juez de oficio no llevara la iniciativa, el letrado podrá presentar «tanto de culpa» o «testimonio de particulares». El Juzgado de 1.ª Instancia acusará recibo y remitirá el expediente que corresponda al Juzgado de Guardia, el cual, a su vez, iniciará la reclamación penal.

Posteriormente, el Juzgado de Instrucción, una vez tenga conocimiento del expediente, llamará a declarar (declaraciones en la misma línea argumental a la descrita anteriormente) a los interesados, es decir, a la persona a cuyo favor está establecida la pensión y al propio obligado al pago de la misma, y en base a la declaración actuará conforme a los trámites oportunos.

La ventaja para el abogado de iniciar la reclamación en vía penal ante el impago de la pensión mediante presentación de «tanto de culpa» o «testimonio de particulares», es que las actuaciones se realizan en la propia jurisdicción civil, ya que la remisión del expediente al Juzgado de Guardia es de orden interno.

Cabe señalar que de los tres medios descritos, este es el más lento y por ello el menos utilizado.

\*Abogados

## Uso de la vivienda en la crisis matrimonial

Isabel Márquez\*

Mientras las relaciones conyugales se desenvuelven con armonía, no existe problema en cuanto a los derechos sobre la vivienda familiar; es, una vez que la crisis matrimonial produce la ruptura de la convivencia y ante la dificultad de los esposos en continuar bajo el mismo techo, cada uno de ellos deberá salir del hogar familiar y fijar su residencia donde lo estime procedente. La cuestión será ¿Quién de ambos esposos deberá salir del domicilio conyugal? A partir de este momento es cuando entran en juego una serie de normas y premisas que regulan judicialmente la atribución del uso.

Cuando existe acuerdo entre los esposos y el mismo no es perjudicial para los hijos menores, la solución está pacíficamente resuelta. En caso contrario el art. 96 C. Civil establece una serie de pautas tendentes a resolver cuestiones relativas al domicilio familiar, fijando los siguientes criterios de atribución del uso de la vivienda familiar:

1.º El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

2.º Cuando unos hijos se queden en compañía de uno y los otros en compañía del otro cónyuge, el juez resolverá lo procedente.

3.º En caso de no haber hijos podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable, y su interés fuera el más necesitado de protección.

El criterio judicial al interpretar el principio legislativo del art. 39 de la Constitución como en el de la protección integral de los hijos, con independencia de su fijación, lo que conlleva a una igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y los habidos fuera del matrimonio.

El Juez, sólo ha de resolver en defecto de acuerdo entre los cónyuges, y básicamente en interés de los hijos como principio más digno de protección. Sin em-

bargo en contadas ocasiones, pese a la existencia de hijos menores, la atribución del uso del domicilio familiar, no se atribuye a éstos y al cónyuge en cuya compañía queden, por entender que no constituyen éstos el interés más necesitado de protección, y que se debe ceder a otras necesidades más apremiantes.

Es evidente que por encima de la literalidad de la letra, debe presidir un orden de valores que permitan y definan el sentido de lo justo.

Independientemente de la propiedad de la vivienda, se encuentra el derecho al uso de la misma y dependiendo de quién sea el titular de la vivienda pueden plantearse diferentes hipótesis:

- A) Propiedad de un cónyuge.
- B) Propiedad en régimen de Sociedad de Gananciales.
- C) Propiedad pro-indiviso de ambos cónyuges.
- D) Propiedad de una tercera persona ya sea física o jurídica:
  - dº) Un contrato de arrendamiento ddº) Precario.
- E) Otros supuestos.

**A) Propiedad de un cónyuge: aº).** Cuando el uso del domicilio conyugal es atribuido por el Juez al propietario del mismo, no crea mayor problema.

Será éste el obligado a pagar todos los impuestos, gravámenes, y gastos que origine la vivienda.

**aº) Vivienda atribuida al cónyuge no titular.** Cuando el Juez concede el uso al cónyuge no titular, el uso no coincide con la titularidad dominical, y puede dar origen a continuos conflictos judiciales, tanto en cuanto a la duración del uso concedido como en los pagos relacionados con el inmueble. Será el cónyuge al que se le ha atribuido el uso, el que debe hacerse cargo de los gastos derivados del uso: agua, electricidad, gas, teléfono, reparaciones domésticas, comunidad. Y los gastos relativos a la propiedad, tales como impuestos y gravámenes deberá sufragarlos el cónyuge titular, salvo que el Juez expresamente acuerde lo contrario.

Cuando la vivienda es atribuida al cónyuge no titular, por ser su interés el más necesitado de protección, y de no existir hijos, preve el art. 96 3.º, que dicho uso deberá limitarse a un tiempo prudencial. La ley no se refiere al cónyuge inocente, sino simplemente al más necesitado de protección, aunque sea quizá el culpable de la separación. Queda por tanto desligado el concepto de interés más necesitado de protección, del criterio de culpabilidad en la crisis matrimonial, que inspiraba en la legislación derogada, la adopción de las medidas subsiguientes a la separación. De ahí que los efectos de la separación sean totalmente independientes de la existencia o no de culpa en uno u otro de los cónyuges y ello prescindiendo de situaciones subjetivas de culpabilidad.

**B) Vivienda en régimen de gananciales.** Cuando la vivienda pertenece a la vivienda de gananciales, el régimen de atribución será el regulado por el mencionado art. 96 C.C.; y si nada se pacta en relación a los gastos, la norma general es que serán a cargo del cónyuge a quien se le ha atribuido el uso de la vivienda el pago de los gastos originados por el uso, y el resto deberán

ser satisfechos por mitad. Cuando por cualquier motivo los gastos extraordinarios son satisfechos solo por uno de los esposos, se incluirán en su haber en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

**C) Propiedad pro-indiviso de ambos cónyuges.** Cuando la vivienda familiar pertenezca por mitad y pro-indiviso a ambos cónyuges, será asimismo de aplicación el criterio general en «favor filii». No habiendo hijos y no existiendo interés más necesitado de protección en favor de uno de los cónyuges, no procede atribución de uso, y por tanto se podrá proceder a la liquidación de su sociedad conyugal, «Actio communi dividundo» de conformidad a las normas de condominio, reguladas en el Art. 400 del C. Civil y concordantes.

En caso de atribución del uso a uno de los esposos, será a cargo de éste los gastos que se deriven del uso, y los impuestos gravámenes e hipotecas deberán ser satisfechos por mitad.

**D) Propiedad de una tercera persona**

**d') Situaciones arrendaticias.** Cuando los cónyuges vienen ocupando la vivienda en virtud de un contrato de

arrendamiento, a falta de acuerdo entre los esposos, y si la resolución judicial nada dice al respecto, se entiende que la renta ha de pagarla el cónyuge a que se le ha atribuido el uso. El evidente que el contenido de tal resolución repercute en la relación arrendaticia, si bien los problemas que se planteaban en esta materia, han sido definitivamente solucionados por la nueva ley de arrendamientos urbanos en su art. 15 «En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del C. Civil.»

«La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial...»

Atribuida por resolución judicial al cónyuge no titular del contrato arrendaticio, el uso de la vivienda familiar, podrá subrogarse en todos los derechos y obligaciones derivados del arrendamiento y que este arrendatario tenía, pero naturalmente se estará sujeto al



contenido y a la naturaleza de lo pactado, quedando por tanto limitado el uso al período de vigencia del contrato.

**d) situaciones de mera tolerancia.** Existen supuestos en que el hogar familiar se establece en una vivienda propiedad de los padres de uno de los cónyuges, y que sin mediar ningún tipo de contrato su uso es cedido gratuitamente. El problema nace, cuando atribuido dicho uso a uno de los esposos tras una crisis matrimonial, los propietarios de la finca, quieran recuperarla judicialmente. El criterio doctrinal de nuestra audiencia, está dividido al respecto, ya que unos entienden que estamos en presencia de un precario —disfrutar de la vivienda sin título y sin pagar renta ni merced de ninguna clase—, y otros, mantienen que la cesión del uso de la vivienda familiar al cónyuge e hijos por resolución judicial no puede considerarse como una situación de mero «precario», siguiendo el criterio mantenido por una parte importante de la doctrina, y aun a tal sentido el Tribunal Supremo en Sentencia 18 oct. 1994, dispone «el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos debe configurarse como un derecho oponible a terceros, pues el mismo se configura como un derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que se refiere el art. 96. En todo caso constituye y con-

forma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario. La poseedora disfruta de la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor de los hijos del matrimonio y éstos no pueden ser desamparados. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional. Art. 30 1.º y 2.º de nuestra Carta Magna. Según mantiene la referida Sentencia la posesión otorgada en Sentencia judicial es título suficiente, legítimo y eficaz.

La aplicación del Derecho de familia a la realidad familiar no es estática. Tal como varían las situaciones familiares deben de variarse las resoluciones judiciales para aplicarse a la situación familiar en cada momento. Por ello las resoluciones en materia de separación y divorcio deben ser modificadas a tenor del cambio sustancial de circunstancias, en tal sentido cuando la vivienda se ha otorgado exclusivamente en principio «favor filii», y éstos han alcanzado no solo la mayoría de edad sino una independencia económica, puede dar lugar a una variación en cuanto a la atribución del uso al otro cónyuge, o en su caso incluso a la división de la finca.

**E) Otros supuestos.** Al margen de la hipótesis descritas, toda una serie de conflictos pueden llegar a ser planteados ante los Tribunales: ¿Qué ocurre

con las viviendas que son cedidas a un cónyuge en consideración al cargo o profesión que ocupa, por la empresa en la que presta su servicio? ... o ¿con aquellas otras viviendas que tienen un doble destino: una parte destinada habitualmente a vivienda y otra parte destinada a ejercer una profesión liberal —como «modus vivendi» de abogado, médico? En el primer supuesto será equiparable a una vivienda en situación de precario, si bien en ambos casos, será en último término el Juez, quién a falta de acuerdo entre los cónyuges, deberá valorar y resolver, el no siempre fácil, conflicto de intereses, atribuyendo a uno u otro uso del domicilio familiar.

Es importante solicitar al Juez que en la resolución, razone los motivos que le han llevado a conceder tal atribución y el plazo que podrá permanecer en el domicilio el cónyuge no titular. Atribuido por resolución judicial el uso a uno de los cónyuges, si el otro no abandona voluntariamente la vivienda, será necesario solicitar la intervención judicial para ejecutar lo acordado. Deberá ser el Juez en cada caso concreto, quién atendiendo a la conflictividad familiar acuerde el lanzamiento con mayor o menor urgencia.

*\*Abogado del Tribunal de la Rota  
Departamento Familia  
Piqué Abogados Asociados*

Juan Antonio Irala Galán  
Manuel de Juan Navarro

Luis Muñiz García  
Antonio Luis García Torres

## LA GESTION, INSPECCION Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA DEL IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONOMICAS

(1996) 1.760 págs., 15.000 ptas., IVA incluido

Una obra de carácter y contenido absolutamente práctico. Se estructura en tres bloques: Manual del Impuesto, Legislación aplicable y Consultas, con más de 1.000 respuestas de la D. G. de Coordinación con las Haciendas Territoriales.

José Manuel García García  
Registrador de la Propiedad

## LA SUCESION POR DERECHO DE TRANSMISION

(1996) 492 págs., 6.000 ptas., IVA incluido

Detenido y riguroso estudio de esta controvertida figura jurídica en su realidad normativa actual, en su colisión con otras figuras y en los conflictos de la vida real que han dado lugar a importantes sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ubaldo Nieto Carol

José Ignacio Bonet Sánchez

Miguel Muñoz Cervera

(Coordinadores)

## TRATADO DE GARANTIAS EN LA CONTRATACION MERCANTIL

(1996) Tres tomos, 2.876 págs., 29.000 ptas.

Exhaustivo análisis de las diversas formas de garantías, personales, mobiliarias e inmobiliarias, relacionadas con la contratación mercantil en el Derecho español.

EDITORIAL  
CIVITAS



LIBRERIA  
CIVITAS

Ignacio Ellacuría, 3 • 28017 Madrid • Tels. 725 51 40 / 725 52 30  
Fóbulos 725 51 56 • Suscripciones 725 51 37 • Fax 725 26 71

General Paralela, 34 • 28001 Madrid  
Télex (91) 431 42 31 • Fax (91) 431 42 95

## Simulación del consentimiento matrimonial

Jaume Riera Rius

### I. Introducción doctrinal

El c. 1101 & 1 del Código de Derecho Canónico determina: «**El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio**». Establece este canon una presunción de derecho a cerca de la concordancia entre las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio, por un lado, y la auténtica voluntad interna del contrayente, por otro. Aunque lo corriente es que los contrayentes expresen al exterior lo mismo que quieren en su interior —de ahí la razón de la presunción—, sin embargo también puede darse la discrepancia (simulación, en sentido amplio) y por ello la presunción admite prueba en contrario.

En el & 2 del mencionado c. 1101 se señalan los casos en que la discrepancia entre la manifestación externa y la voluntad interna acarrea la nulidad del matrimonio. Reza así: «**Pero si uno de los contrayentes, o ambos, excluye con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial (unidad y indisolubilidad), contrae inválidamente**».

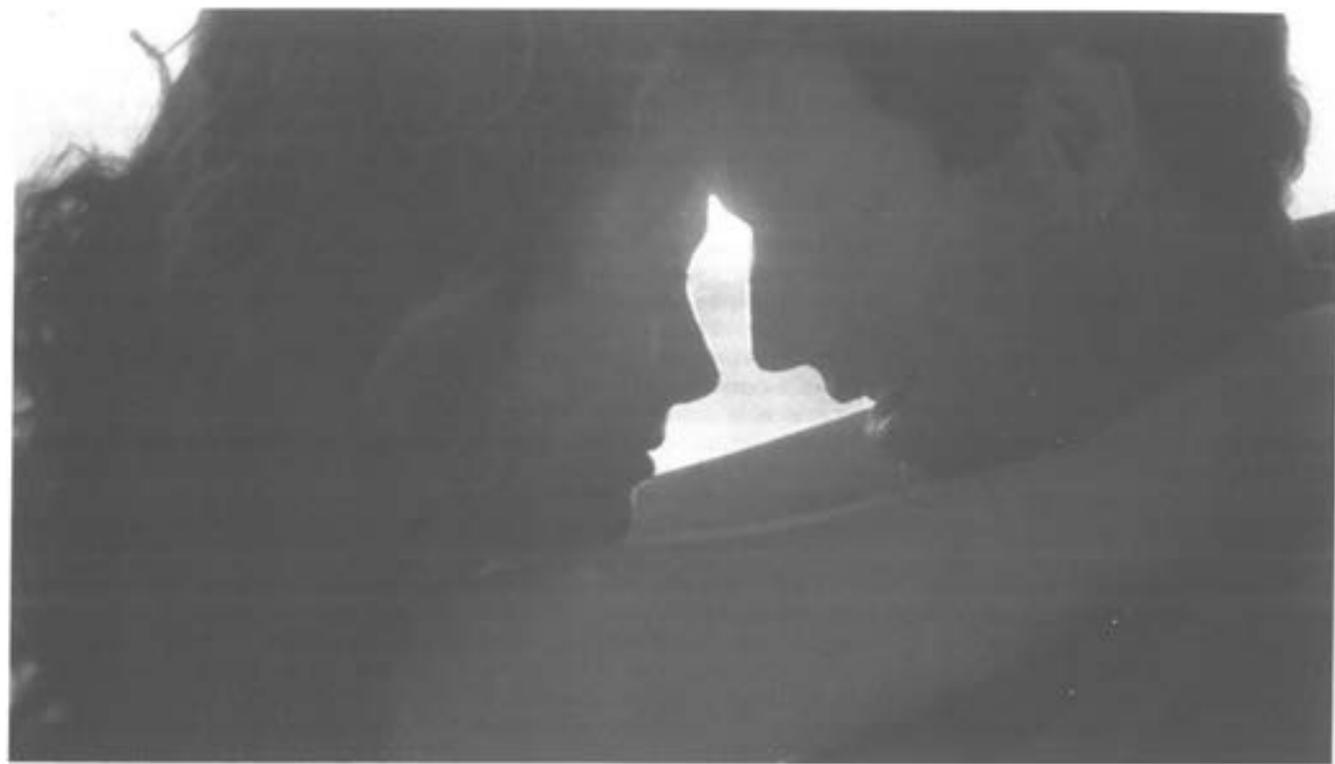
En sentido estricto, en realidad, únicamente la primera figura (*simulación total*) merece el nombre de simulación, ya que sólo en ella se da engaño y conciencia del mismo y de la nulidad del matrimonio. En la *simulación parcial*, no hay simulación propiamente dicha, sino más bien *restricción del consentimiento*: el contrayente, al celebrar su matrimonio intenta celebrar un matrimonio configurado a su antojo. Por lo tanto, dicha restricción puede traer repercusión en la destrucción del consentimiento matrimonial y en la validez del matrimonio (cfr. *El nuevo derecho matrimonial canónico*, por F. R. Aznar Gil, Universidad Pontificia de Salamanca, pág. 296...).

### II. Simulación total del consentimiento

En el caso que se plantea se hace énfasis en la simulación implícita, vale decir, cuando una persona intenta como finalidad exclusiva conseguir un fin distinto de los que son propios del matrimonio, v. gr., una posición social, la nacionalidad, una fortuna, y se sirve de la celebración del matrimonio como de una comedia o farsa para alcanzar su objetivo.

He ahí la configuración del hecho: el trato íntimo de Luis y Beatriz les llevó bien pronto a tener relaciones sexuales entre sí, de las cuales ella quedó embarazada y dio a luz un niño, que murió un mes después sin haber sido bautizado. Cuando el padre de Beatriz tuvo conocimiento de los hechos mandó a su esposa a Venezuela con el fin de hacer regresar a su hija a España, a menos que contrajera matrimonio con Luis, so pena de no seguir enviándole unos dólares mensuales, que los muchachos destinaban para sostenerse en condiciones muy precarias. Fracasados varios intentos delictuosos para salir del apuro —intentaron que un sacerdote les falsificase una partida de matrimonio—, y aunque no habían pensado en contraer matrimonio, ni les interesaba éste en ninguna forma, resolvieron por fin casarse para no perder los exiguos dólares que les enviaban. Los esposos se separaron a los pocos meses de iniciada la convivencia conyugal.

Al respecto, dice la *jurisprudencia rotal* —que si bien cita los cánones del Código de 1917, es válida para los correspondientes cánones del código actual, 1983—: «Se simula el matrimonio, y en forma total, si por un acto positivo de voluntad se excluye el matrimonio mismo (c. 1086 & 2). Exige la ley que el matrimonio sea excluido mediante un acto positivo. Pero este acto de la voluntad puede darse cuando un fin extrínseco prevalece sobre los fines intrínsecos del matrimonio. Porque el fin propio del matrimonio no puede ser ex-



cluido por el fin que personalmente pretenda el contrayente, sin que por ello mismo, se destruya la esencia del contrato matrimonial, supuesto que la voluntad del contrayente de ningún modo pretende el fin propio del matrimonio sino tan sólo el fin pretendido por él, y este fin excluya implícitamente el primero. De ahí que, si el fin extrínseco se pretende de tal manera que no sea tan sólo una causa sin la cual no se realizaría el contrato, sino el único motivo por el cual se celebra, entonces no se tiene en la mente el fin intrínseco del mismo contrato; en tal caso el contrato no viene a ser más que un simple medio, o una razón «sin valor y ficticia» que «es como si no existiera» —según la expresión del jurisperito romano Pablo (D. 18, 1, 54)— puesto que, una vez obtenido el fin que se pretendía, ya no se tiene en nada el contrato externamente realizado» (decisión de la Rota Romana del 12 de marzo de 1960, *coram C. Lefebvre*, 2, Vol. LII, p. 171).

Advierte la jurisprudencia que no bastaría demostrar que el *finis operantis* (la posición social, la fortuna, ...) sea el fin principal sino que es el fin único y que el *finis operis* (la entrega matrimonial) haya sido excluido de la voluntad de la persona.

Aplicada la anterior jurisprudencia al caso expuesto al principio, el Tribunal examinó: a) la confesión de los simuladores, los contrayentes; b) la causa de la

simulación y c) las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a la celebración de las nupcias, y llegó a la conclusión de que se daba la simulación por quedar probado de que el fin único que pretendieron al casarse no fue el de formar una comunidad de vida y amor sino de obtener como fin único un bien extrínseco a fin de obtener una pensión económica para ellos vivir.

### III. Simulación parcial del consentimiento

#### A) Exclusión de la indisolubilidad

Uno de los capítulos de simulación parcial más invocados recientemente, no obstante ser los contrayentes bautizados en la Iglesia católica, es el que se refiere a la *exclusión de la indisolubilidad del vínculo matrimonial* (c. 1101 & 2) por reservarse la facultad de recurrir al divorcio en el caso de que fracase la convivencia matrimonial. De ahí que nos limitemos ahora a ofrecer la jurisprudencia aplicable a este caso.

La exclusión de la indisolubilidad se da mediante un acto positivo **implícito** de voluntad; lo cual ocurre cuando el objeto directo e inmediato del consentimiento forma parte de algo en lo que la exclusión de la indisolubilidad está contenida; los términos con los que en estos casos suele expresarse esa

exclusión **implícita** son, por ejemplo, si la convivencia fracasa «reharé del todo mi vida» o «cada uno recuperaremos nuestra libertad», etc. (Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en Madrid, *c. J. J. García Fallde*, del 23 de marzo de 1993). En dicho Decreto se añade: «... la intención de recurrir al **divorcio civil**, por más que éste no pueda afectar al vínculo indisoluble por derecho divino, si es intención de liberarse de la obligación irrevocable y perpetua de guardar fidelidad conyugal, es intención contraria a la indisolubilidad. A tenor de la reciente jurisprudencia eclesiástica hay que decir que debe presumirse, mientras no conste con certeza lo contrario, que el contrayente, que celebra el matrimonio dispuesto con un acto positivo de la voluntad a acudir un día, al menos hipotéticamente, al **divorcio**, lo que se propone es conservar la facultad de desentenderse del vínculo no sólo civil sino también canónico y quedar libre para unirse en un nuevo matrimonio civil con otra persona; y esta presunción es en general suficiente para en virtud de la misma declarar nulo el matrimonio por exclusión de la indisolubilidad del matrimonio» (n.º 4).

Y en la decisión rotal (SRRD, vol. 64, p. 715, *c. BRUNO*) se indica: «Operativo igualmente (el acto voluntario) si el acto es absoluto como si es hipotético, una vez que el contrayente ha decidido

contraer matrimonio soluble a su antojo; y así «para invalidar el vínculo matrimonial es suficiente que los esposos se propongan hipotéticamente romper la unión mediante el **divorcio** en caso de que la futura vida familiar no tenga buen resultado; pero debe constar por argumentos sólidos que tal propósito se hizo por un acto positivo de la voluntad o por mutuo pacto entre los contrayentes. No obstante, no es necesario que el contrayente determine, con positiva intención, que de cualquier modo el divorcio será llevado a cabo: es decir, que el objeto del acto positivo no es que se haya de verificar el divorcio, ya que es suficiente, tanto en el aspecto jurídico como en el psicológico, que el contrayente se reserve la facultad, ya sea en todo caso o sea absolutamente, ya sea si mediara alguna condición o sea hipotéticamente, de recuperar la total liberación del vínculo».

#### B. Exclusión de la fidelidad

Presentamos el caso de un contrayente que, al casarse, se reservó la facultad de continuar la relación sentimental íntima con otra persona. En este capítulo de nulidad algunos jueces acogen la prueba de la presunción, como prueba fundamental en el supuesto de que el imputado no reconozca los hechos (cfr. *Ius Canonicum*, Universidad de Navarra, Vol. XII, n.º 23, 1972).

En el citado canon 1101 & 2 se incluye el rechazo positivo de la fidelidad conyugal como factor determinante de la nulidad del matrimonio.

«Se entiende por la "unidad-fidelidad", señala el Rotalista S. PANIZO, una idea de "exclusividad" en la línea de entrega-aceptación personal e íntima del otro cónyuge con el que por el matrimonio se forma un consorcio de toda la vida. Se puede afirmar, en síntesis, que se atenta contra la unidad del matrimonio cuando se rechaza positivamente la exclusividad en cuanto al vínculo que se contrae con una persona determinada, bien porque se hace reserva de la potestad o derecho a mantener trato íntimo y sexual con persona distinta del cónyuge propio, bien porque se reserva el derecho de contraer un nuevo matrimonio permaneciendo el vínculo matrimonial. La clave de la relevancia jurídica de dicha exclusión radica: en que, al ser la unidad-exclusividad elemento inseparable de la esencia del matrimonio en la concepción de la Iglesia católica, su rechazo implica alteración fundamental de la estructura institucional y básica de dicho matrimonio. El con-

trayente, por el principio del **consentimiento**, puede hacer de su acto de voluntad lo que desee, y darle la amplitud o las limitaciones que guste; pero lo que no puede hacer ese contrayente es que su consentimiento produzca el matrimonio, al proyectarse sobre algo que en la intención y voluntad institucionales de la Iglesia no puede considerarse verdadero matrimonio. El contraste de ambos principios, el consensual y el institucional, al situarse en planos de contradicción, da como resultado la entrada en escena del c. 1101 & 2 y el matrimonio sería nulo en caso de exclusión de la unidad-exclusividad-fidelidad. Este acto positivo puede ser **explícito** cuando el contrayente formalmente lo quiere —en el momento de consentir: se plantea el tema y rechaza en ese momento el «ius» del otro cónyuge a la fidelidad conyugal—. Pero hay que admitir que la «positividad» del acto de voluntad puede también venir corroborada por una vía **implícita**, lo cual ocurre cuando la mentalidad, actitudes, motivaciones, comportamiento y conducta, etc. del contrayente son tales que permiten deducir con

certeza que esa persona, en esas condiciones vitales, tenía una voluntad de rechazo positivo de la fidelidad. Lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se demuestra que el contrayente antes de casarse mantenía relaciones íntimas habituales con persona o personas distintas del otro contrayente y esas relaciones siguieron manteniéndose de forma habitual una vez celebrado el matrimonio: **hay una presunción** de una voluntad implícita de dicho contrayente de mantenerse fuera de las exigencias de la fidelidad conyugal. Hay que tener en cuenta, así mismo, que en el juego de las pruebas presuntivas entran y han de tenerse en cuenta todas las presunciones y no sólo aquellas que favorecen el rechazo de la fidelidad» (Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en Madrid).

#### C. Exclusión de los hijos

También esta vez presentamos una jurisprudencia que afecta fundamentalmente a la posición de quien va al matrimonio constituyéndose a sí mismo en fuente y origen de la decisión para tener hijos pensando no tenerlos de



momento y después «ya veremos». Señala el Excmo. Sr. Decano del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en Madrid: «1. La ordenación intrínseca del matrimonio a la procreación pertenece a la estructura (esencia) ontológica del matrimonio y, por lo mismo constituye un «elemento esencial» del mismo matrimonio; por eso dicha ordenación no está a merced de la voluntad de los contrayentes de modo que, si alguno de ellos acepta el matrimonio queriendo con un acto positivo de su voluntad que su matrimonio no esté intrínsecamente ordenado a la procreación, el matrimonio no nazca válido (cfr. cc. 1955 & 1 y 1101 & 2); 2. La expuesta hipótesis tiene lugar, o al menos se presume con presunción vehemente que tiene lugar, cuando el contrayente acepta el matrimonio pero lo acepta firmemente decidido con un acto positivo de voluntad a no tener NUNCA hijos de y en ese matrimonio bien porque se propone no hacer nunca uso del matrimonio bien porque se propone no hacer nunca uso recto del matrimonio;

3. Si de lo que se trata es de que el contrayente se propone con un acto positivo de su voluntad de evitar los hijos durante algún tiempo, se presume que dicho contrayente no se propuso excluir de su matrimonio la ordenación intrínseca a la procreación; evidentemente, esta presunción puede quedar superada en un caso concreto por pruebas que demuestren con certeza lo contrario, es decir que demuestren con certeza que ese contrayente quiso que su matrimonio no estuviera intrínsecamente ordenado durante ese tiempo a la procreación.

A veces lo que tiene apariencias de intención de no tener hijos solamente durante algún tiempo es en realidad intención de no tener nunca hijos o, si se prefiere, intención que limita intrínsecamente el consentimiento, de una exclusión condicionada de la prole, v. gr., si un contrayente acepta el matrimonio proponiéndose tener hijos sólo y cuando, por ejemplo, se convenza que él está verdaderamente enamorado de su comparte o que la convivencia conyugal ya no fracasará; este aplazar de ese modo tan indeterminado y aleatorio el tener hijos ¿qué es en realidad sino una exclusión, por más que sea condicional, perpetua de los hijos?» (sentencia del 13 de marzo de 1992, Nul. de matrimonio, de Barcelona).

Es procedente transcribir también la jurisprudencia rotal c. GIL DE LAS HERAS

de fecha 14 de enero de 1993. El Sr. Auditor se plantea la cuestión: «*El que va al matrimonio constituyéndose en fuente de derecho en cuanto a la decisión de tener hijos*». Es sabido que el matrimonio, por su índole natural, está ordenado a la prole (c. 1055). De modo que quien vaya al mismo no admitiendo esta ordenación no admite algo que es esencial en el matrimonio contraído, en consecuencia, matrimonio nulo. Por esta ordenación natural, los contrayentes deben darse mutuamente el derecho a los actos de suyo aptos para la generación. Si no se conceden estos derechos, se niega algo esencial al matrimonio y éste es nulo.

Quien va al matrimonio constituyéndose a sí mismo en fuente y origen de la decisión para tener hijos, pensando no tenerlos de momento y después «ya veremos», no concede este derecho, no acepta la ordenación del matrimonio a la prole por su índole natural [RRD, 63 (1971), pág. 346, n.º 7, c. DE JORIO; sent. de 28 de abril de 1971; 59 (1967), pág. 19, c. ANNE, sent. de 24 de abril de 1967; 61 (1969)] (Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en Madrid, de fecha 14 de enero de 1993, c. GIL DE LAS HERAS. Decreto confirmatorio de la sentencia de 1.ª Instancia del Tribunal Eclesiástico de Barcelona, en la que el suscrito fue ponente).

#### D) Exclusión de la comunidad de vida

Advierten los autores que es sumamente difícil que en la práctica un matrimonio pueda ser nulo por más capítulos de simulación total o parcial que los indicados hasta aquí. Ahora bien, en el c. 1101 & 2 se indica que el consentimiento matrimonial se invalida también por la exclusión de algún elemento esencial del mismo matrimonio.

«Prescindiendo de la ambigüedad e ineptitud de la frase *ius ad vitae communionem*, está claro en primer lugar que no invalida el matrimonio la exclusión del derecho de la comunidad de vida, en cuanto significa mera cohabitación o convivencia, pues ésta no es esencial al matrimonio.

Si por «comunidad de vida» entendemos el núcleo fundamental del amor, es decir, el amor de benevolencia (deseo de hacer el bien a la persona amada), estimamos que esta clase de amor —el único que depende de la voluntad, al revés que el llamado de concupiscencia y complacencia— forma parte esencial de la comunión de vida y amor que es el matrimonio y que, en consecuencia, el contrayente que excluye tal amor por

un acto positivo de la voluntad, contrae inválidamente.

A este respecto, en contra de lo que estima Jemolo, creemos que sería nulo el matrimonio de que nos habla el insigne canonista italiano, según el cual el contrayente lo celebró con la positiva intención de hacer sufrir a su consorte para vengarse en ella de los males que a él le había ocasionado la familia de la misma [El matrimonio in diritto canonico, Milán, (1941) 76].

Con ello, en manera alguna pretendemos afirmar que sólo «el matrimonio por amor» sea válido, y no sólo sea el celebrado por otros motivos ajenos al mismo, como el llamado «de conveniencia», etc., sino que toda exclusión del amor en el sentido indicado implica la nulidad del mismo» (Nuevo derecho canónico, comentario del profesor A. Mostaza Rodríguez, BAC).

Por razón de espacio, dejamos para otro comentario presentar jurisprudencia rotal sobre este capítulo.

#### E) Exclusión de la dignidad sacramental

También por razón de espacio solamente dejamos constancia de este anunciado.

Advertimos que en este artículo intentamos sintetizar las líneas generales de cuanto afecta a la figura jurídica de la simulación en el ordenamiento canónico matrimonial.

### IV. Aspectos procesales

Considerando que el consentimiento es excluido en la simulación TOTAL y RES-TRINGIDO en la simulación PARCIAL, resulta que: a) debe ser muy distinto el procedimiento que, en su caso y en otro, ha de seguirse en el proceso para descubrir si el matrimonio impugnado fue o no fue nulo; en el primer caso se investigará directamente si hubo o no hubo disconformidad entre lo que el contrayente externamente manifestó creer y lo que ese mismo contrayente realmente quiso interiormente; en el segundo caso se indagará inmediatamente en el objeto que comprende el consentimiento prestado; b) es una incongruencia sostener que un matrimonio es nulo por simulación TOTAL de parte de un contrayente y, a la vez, por simulación PARCIAL de ese mismo contrayente (cfr. Revista española de derecho canónico, «Las sentencias de la Rota Romana...», por J.J. García Failde, 1974, n.º 86, pág. 348).

Juez eclesiástico

## La franquicia en la nueva Ley de Comercio

Fernando J. García Martín\*  
Francisco Lacasa Lobera\*

Inspirándose en los modelos normativos de los EE.UU.<sup>1</sup> y particularmente de Francia<sup>2</sup>, el Comité de expertos nombrado por la Asociación Española de Franquiciadores<sup>3</sup>, se dio cuenta rápidamente de que la transparencia y el prestigio que necesita este sector pasaba, entre otras iniciativas, por la de promover urgentemente una regulación legal, siquiera mínima, sobre el contrato de franquicia y muy especialmente sobre los requisitos exigidos para poder ser considerado como Empresario-Franquiciador imposibilitando de ese modo la proliferación de falsas franquicias y de especuladores, cuando no estafadores, que se venían produciendo y que ponían claramente en peligro la continuidad de esta actividad.

Fruto de esta iniciativa ha sido la inclusión en la **Ley de Ordenación del Comercio Minorista**, recientemente aprobada, del Capítulo VI, dentro del Título III de la Ley, que lleva por título «**De la Actividad Comercial en Régimen de Franquicia**»<sup>4</sup>.

Aunque la regulación contenida en el único artículo de dicho capítulo es, a nuestro juicio, claramente insuficiente, llegando incluso a omitir toda referencia a una modalidad de franquicia de tanta actualidad como el «máster franquicia», no puede negarse a la Ley su contribución en la medida que arbitra un marco general normativo de la franquicia remitiéndose a un posterior desarrollo reglamentario donde sin duda podrán concretarse aquellos aspectos ineludibles en una regulación de esta naturaleza, que no son abordados en la escasa regulación contenida en la Ley.

Debe reconocerse en todo caso a ésta tanto el esfuerzo por ofrecer una definición legal de este tipo de contrato —apartado primero—, como sobretodo la inclusión de las obligaciones de información (técnicamente conocidas con el anglicismo de «Full Disclosure») que enumera en su apartado tercero y que impone a todos los franquiciadores<sup>5</sup> en sus relaciones con cualquier potencial franquiciado. Aunque tanto el Código Deontológico de la Franquicia

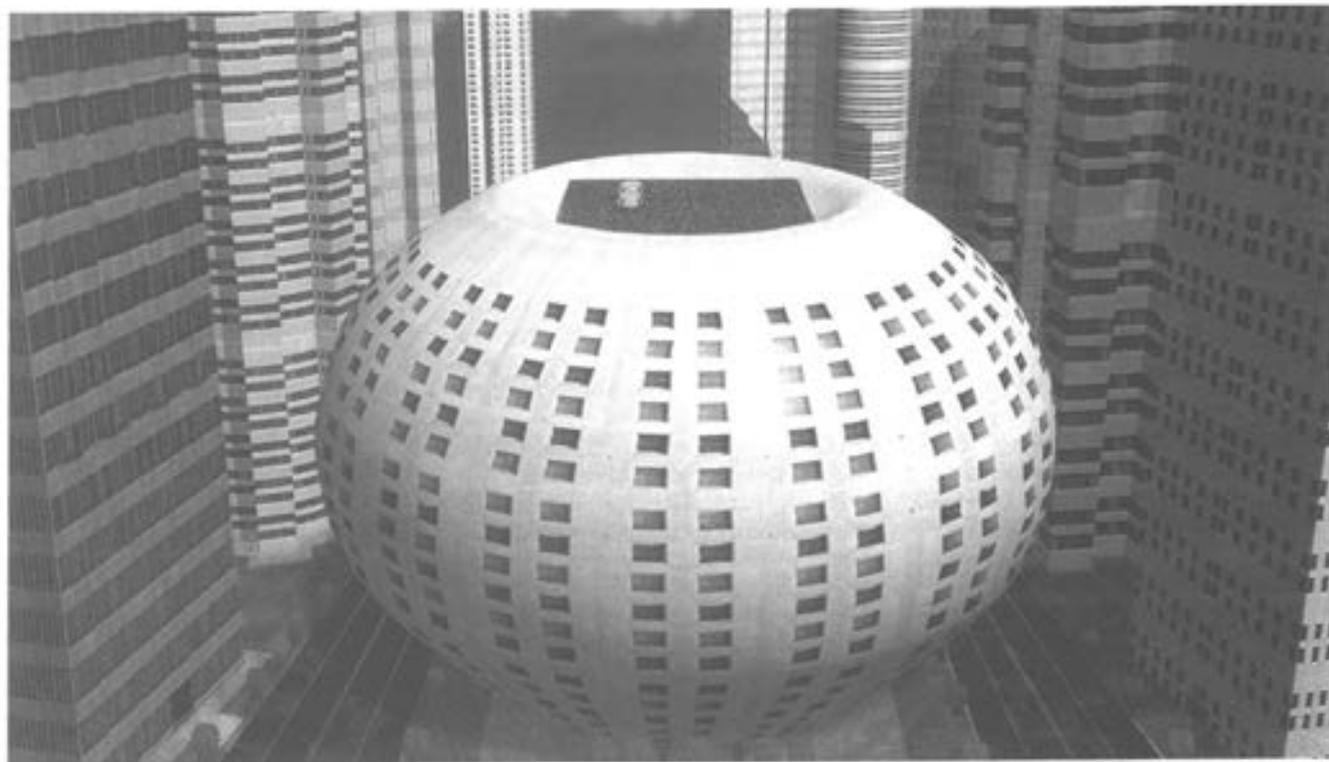
como la legislación comparada más avanzada exigían desde hacía mucho tiempo a todo franquiciador el cumplimiento de estas obligaciones para poder captar franquiciados y concluir un contrato de franquicia, no pocas veces eran incumplidas, con graves abusos por parte de presuntos franquiciadores no sólo nacionales sino también extranjeros, cuando desarrollaban esta actividad en nuestro País.

Otro elemento importantísimo introducido por la nueva normativa es sin duda la obligación que impone a todo franquiciador de inscribirse en un Registro Especial que se habilitará al efecto, antes de ejercer la actividad de franquicia en España.

Este Registro, aunque su desarrollo habrá de ser objeto de regulación reglamentaria, será sin duda un punto de control administrativo respecto de las empresas que deseen dedicarse a la actividad franquiciadora, a la vez que una fuente sustancial de información y una garantía para cualquier persona que desee adquirir una franquicia, ya que le posibilitará consultar con carácter previo la seriedad, la experiencia y la solvencia de un franquiciador concreto con el que se desee contratar.

Por supuesto el texto definitivo de la Ley es criticable y mejorable, aunque en líneas generales supone un innegable avance respecto de la anárquica situación que le precedía. Puntos de crítica pueden centrarse, por ejemplo, en la definición que ofrece del contrato de franquicia, poco rigurosa desde un punto de vista técnico-jurídico y que sin duda va a dar lugar a necesarias interpretaciones, esperemos que no contradictorias, dada su laxitud y falta de concreción.

En el texto de la proposición de Ley presentado por la Asociación Española de Franquiciadores se tomaba como definición del contrato de franquicia la contenida en el Reglamento de la CEE 4087/88, mucho más exacta y pormenorizada, que la de nuevo cuño acogida por la Ley de Comercio en la que, por ejemplo, no se recogen los elementos



mínimos esenciales que deben ser cedidos por el franquiciador al franquiciado (uso de una marca o distintivo común, Know-how y asistencia comercial y técnica continuada), sino la concreta fórmula de «sistema propio de comercialización de productos o servicios», en la que se difumina, no sólo si debe incluir la asistencia comercial y técnica, sino si basta con que ésta sea estática o debe de ser dinámica y «continuada» para que exista un verdadero contrato de franquicia.

Tampoco se especifica claramente en la definición la necesaria autonomía e independencia, tanto legal como financiera, que deben tener ambas empresas, franquiciadora y franquiciada, para que se pueda situar técnicamente una verdadera relación de franquicia.

En cualquier caso, tampoco parece justificable el apartamiento que se ha querido hacer del Reglamento CEE (aunque pudiera estar basado en su proyectada revisión por la Comisión de la CEE del mismo para el año 1.999), pues es bastante improbable que la definición del contrato de franquicia que en él se contiene vaya a experimentar la menor variación.

Elogiable sin embargo nos parece la enumeración que contiene la Ley sobre las obligaciones de transparencia e información (Full Disclosure) que se imponen al franquiciador para poder concluir cualquier contrato o «precon-

trato» de franquicia con un franquiciador, o cuando éste entregue cualquier pago en reserva de franquicia o en otro concepto a la empresa franquiciadora.

Tales obligaciones son básicamente idénticas a las que se recogen en la legislación francesa (Ley Doubin y Decreto de Desarrollo) que ya se imponían en el Código Deontológico de la Federación Europea de la Franquicia y que consisten esencialmente en la entrega por parte del franquiciador al futuro franquiciado, **con 20 días de antelación como mínimo**, a la firma del contrato, precontrato o recibo de cualquier pago, de la información escrita que en el apartado tercero se recoge en la nueva normativa.

La enumeración contenida en dicho apartado deberá de ser objeto de la oportuna pormenorización y desarrollo reglamentario. Ciertamente, a estas alturas de la legislatura parece improbable que este Reglamento pueda ser aprobado antes de las elecciones generales previstas para Marzo de 1.996, aunque en todo caso y a modo meramente orientativo puede apuntarse aquí que en el borrador de propuesta de reglamento manejado por la Asociación Española de Franquiciadores el contenido de la información escrita enumerada por la Ley apunta lo siguiente:

— La información facilitada habrá de ser en todo caso «veraz» y «no engaño-

sa», para permitir al franquiciado decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red (tal y como exige la Ley).

— Los **datos principales de identificación del franquiciador** comprenderán: la razón social, nombre, domicilio, capital social, datos inscripción registro mercantil y empresa «matriz» de la que dependa; datos de inscripción en el Registro Especial de Franquiciadores; cuentas anuales de los «dos» últimos ejercicios debidamente auditadas, en su caso, y depositadas en el Registro Mercantil o equivalente en su país si es una empresa extranjera; experiencia de la empresa franquiciadora, etapas de su evolución y de la evolución de la red de franquicia; y datos sobre el «franquiciado maestro» si se trata de una «maestro franquicia».

— **Descripción del sector de actividad objeto de la franquicia**, en forma general y también particular referido a la localidad en que se desee instalar el futuro franquiciado.

— **Contenido y características de la franquicia y de su explotación, así como estructura y extensión de la red**, conteniendo: explicación general del sistema de negocio, características generales del know-how y del tipo de asistencia al franquiciado; forma de organización de la red, número de establecimientos en España, referida a los 25 más cercanos al del futuro fran-

quiciado si la red tiene más de ese número funcionando en España; número de franquiciados que hayan causado baja en la red en los últimos dos años y su causa; gastos e inversiones necesarias para poner en marcha el establecimiento a franquiciar.

— **Elementos esenciales del acuerdo de franquicia:** relación de derechos y obligaciones principales del contrato de franquicia.

— Si **facultativamente** (pues la Ley no obliga a ello), el franquiciador desea entregar al potencial franquiciado previsiones orientativas sobre la explotación económica de su negocio en la zona donde prevé instalarse, deberá entregar estas previsiones con la misma antelación de 20 días, y basarlas en estudios «objetivos y/o en experiencias suficientemente fundamentadas».

Por último, y quizás sea éste el elemento más elogiable en cuanto a la transparencia y garantías que puede dar a esta actividad, la Ley crea un **Registro Especial** de Franquiciadores en el que habrá de inscribirse **obligatoriamente** cualquier empresa que esté actualmente desarrollando o desee desarrollar una red de franquicias en cualquier parte de España.

La falta de registro se sanciona con multa de entre 500.000 y 2.500.000 de pesetas (arts. 65 y 68).

La Ley no se pronuncia sobre el Organismo del que dependerá dicho Registro, indicando que podrá ser creado por «las administraciones públicas», por lo que su creación, funcionamiento y contenido habrá de ser objeto de desarrollo reglamentario.

En el propio borrador de proyecto manejado por la Asociación Española de Franquiciadores, se aborda este capítulo. En el mismo, y con el fin de superar la disfunción y desorden que podría originarse en el caso de que cada Administración Autónoma organizase independientemente su propio Registro (con el riesgo de que unas lo hagan y otras no), se articula la creación de una **Sección Especial denominada Registro de Franquiciadores, que dependerá de cada uno de los Registros Mercantiles provinciales, y otra con el mismo nombre, que dependerá del Registro Mercantil Central**, para aquellos franquiciadores cuyo domicilio se encuentre en el extranjero.

Independientemente de ello, cada Comunidad Autónoma con competencias cedidas en materia de comercio, podrá crear su propio Registro Especial

para las empresas franquiciadoras que tengan su domicilio social u operen dentro del territorio autonómico.

Desde luego sería más conveniente la creación de un Registro **Central** para (todos los) Franquiciadores, que podría depender del Ministerio de Comercio o del propio Registro Mercantil Central, o bien establecer la creación de un órgano centralizado a nivel estatal, con funciones de mera coordinación, que permitiera consultar en que Registro autonómico o mercantil en concreto figura inscrito un determinado franquiciador.

Esta técnica facilitaría la transparencia y la información, sobre todo a empresas y particulares extranjeros que desconocen por completo nuestro peculiar sistema administrativo de distribución de competencias.

En cuanto al contenido o datos que previsiblemente habrán de ser objeto de inscripción obligatoria en dichos Registros por parte de los franquiciadores, españoles y extranjeros, que deseen operar en España, cabe citar los siguientes: nombre, domicilio, forma jurídica y capital social, acreditando su inscripción en el Registro Mercantil o regularización fiscal si se trata de empresa individual no inscrita; los mismos datos referidos al franquiciador principal o maestro cuando se trate de una máster franquicia; denominación de la marca, marcas o signos distintivos de la red de franquicia, justificando su solicitud o su concesión para España ante la Oficina de Patentes y Marcas competente; así como una descripción de la actividad económica a la que se dedique o pretenda dedicarse la red de franquicia.

A pesar de que la Ley de Comercio crea este registro, dada su falta de regulación, el mismo no será operativo hasta que no quede aprobado el Reglamento que debe desarrollar la Ley en esta materia, en el que además se deberá prever un plazo —que se estima no inferior a 6 meses— para que los actuales franquiciadores puedan formalizar su inscripción en los correspondientes Registros que se creen.

En definitiva, y sin ignorar las carencias que toda obra legislativa tiene, parece justo reconocer la sensibilidad del legislador por esta actividad, hasta ahora legislativamente ignorada, a la vez que felicitarse por las indudables ventajas de transparencia y seguridad jurídica que la misma ha de propiciar.

\*AGM Lawrope-Abogados

## Notas

1. La Full Disclosure Act del 21 de octubre de 1.979 y otras disposiciones promulgadas por distintos estados norteamericanos.

2. Ley de 31 de diciembre de 1.989 (conocida como Ley Doubin por el ministro de comercio de Francia que la promovió) y Decreto de desarrollo de la Ley del 4 de abril de 1.991.

3. La inclusión de la normativa sobre franquicia contenida en la nueva Ley de Ordenación de Comercio fue promovida por la A.E.F., que designó un Comité de expertos encargado de elaborar la propuesta que después ha servido de base para la elaboración de esta Ley.

4. La Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, en su art. 62 regula la Actividad Comercial en Régimen de Franquicia, cuya redacción es la siguiente: Regulación del Régimen de Franquicia.

5. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

6. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán inscribirse, en su caso, en el Registro que pueden establecer las Administraciones competentes.

7. Asimismo, con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia, y en especial los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de la franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias.

9. La «Master Franquicia» es una técnica de márketing contractual importada por los franquiciadores estadounidenses para la implantación de sus negocios en Europa. En virtud de este contrato, un franquiciador (maestro o master), titular de una marca y del «know how», confía a un franquiciado principal el establecimiento de una red de franquicia, bajo marca y «know how» propios, y le encomienda la organización y gestión de la red así como el reclutamiento de sus franquiciados, dentro de un territorio concreto (generalmente nacional).

# Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales

Joaquín Abril Sánchez\*

## 1. Introducción

La Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, constituye desde su entrada en vigor el 10 de febrero de 1996, el cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, según expresamente indica su Exposición de Motivos. Sentada su trascendencia y complejidad resulta obvio que el resumen comentado que pueda realizarse en un artículo de estas características, debe llevarse a cabo de forma selectiva, deteniéndonos tan sólo en aquellos aspectos de la Ley que a priori puedan parecer de mayor interés.

Dicho esto, es conveniente resaltar que la misma Exposición de Motivos reconoce una doble motivación de la Ley: Por una parte una motivación «externa», en la medida de que supone la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, si bien con casi tres años de retraso (la fecha máxima de adaptación era diciembre de 1992), sin perjuicio de que asimismo incorpora a nuestro ordenamiento, ciertas disposiciones de otras Directivas, concretamente de la 92/85/CEE; 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

Por otra parte, como motivación de orden interno (y siempre según la Exposición de Motivos), con esta Ley se unifica la política de prevención de riesgos laborales, dotándole de una visión unitaria inexistente por la dispersión de la normativa vigente, actualizando regulaciones desfasadas y regulando situaciones nuevas no contempladas con anterioridad, además de dar cumplimiento al mandato que se contiene en el art. 40.2 de nuestra Constitución.

## 2. Antecedentes legislativos

La materia abordada por la Ley 31/1995 tiene su antecedente legislativo más próximo en la preconstitucional Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden de 9 de marzo de 1971), con su apéndice Decreto de 11 de marzo de 1971, sobre constitución, composición y funciones de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Naturalmente no son las únicas normas sobre la materia, pues como ha quedado dicho, la propia E.M. de la Ley reconoce la enorme dispersión normativa sobre la que estábamos trabajando hasta la fecha, si bien es evidente que son las normas de mayor calado y desde luego, de mayor importancia práctica.

Como es sabido, la O.G.S.H.T. se dividía en tres Títulos. El primero de ellos regulaba cuestiones generales tales como las facultades y funciones de los órganos administrativos; los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores; los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo y Vigilantes de Seguridad.

El Título segundo se ocupaba de regular las condiciones generales de los centros de trabajo y de los mecanismos y medidas de protección, indicando a través de 139 detallados artículos las condiciones de seguridad e higiene que debían reunir tanto las instalaciones y dependencias del centro de trabajo, como las herramientas, maquinarias y en general los útiles de trabajo, estableciendo además los sistemas de protección para los trabajadores.

El Título tercero estaba dedicado a la atribución de responsabilidades y régimen sancionador.

Tras la entrada en vigor de la Ley 31/1995, quedan derogados los Títulos I y III, manteniéndose en vigor el Título II hasta que no se produzca el desarrollo reglamentario de la Ley en relación a las materias reguladas por aquél.

El Decreto de 11 de marzo de 1971, ha sido expresamente derogado por la

Ley 31/1995, como no podía ser de otro modo, ya que uno de los puntos más importantes de ésta, es precisamente la nueva regulación, incluso la nueva filosofía que inspira la participación de los trabajadores en sede de prevención de riesgos en el trabajo. De este modo, los viejos Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo (y Vigilantes de Seguridad), dan paso al Comité de Seguridad y Salud, apareciendo la figura de los Delegados de Prevención sobre la que más adelante nos detendremos.

Los antecedentes legislativos relativos a la protección a la maternidad y los jóvenes los encontramos en el también derogado Decreto de 26 de Julio de 1957, si bien la Disposición Derogatoria Única de la Ley 31/1995 mantiene en vigor las normas relativas al trabajo de menores, hasta que el Gobierno dicte las normas necesarias para limitar la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos.

### 3. Ámbito de aplicación

Viene regulado en su artículo 3. La Ley 31/1995 será de aplicación tanto a las relaciones laborales por cuenta ajena reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, como (y esto supone otra de las importantes novedades de la presente Ley) a las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, dejando en este caso la puerta abierta a que la regulación reglamentaria refleje las peculiaridades propias de este tipo de relaciones de trabajo. También será de aplicación a las sociedades cooperativas en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.

Se aplicará igualmente en los establecimientos militares, con las particularidades previstas en su normativa específica, debiendo adaptar el Gobierno en un plazo de seis meses las normas de la Ley relativas a derechos y obligaciones, y consulta y participación de los trabajadores, a las exigencias de la defensa nacional, a las peculiaridades orgánicas y al régimen vigente de representación del personal en los establecimientos militares.

Establecida la norma general en el art. 3.1, a continuación se detallan una serie de excepciones o matizaciones a la misma. Así, la Ley no será de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de policía, seguri-

dad, resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, sin perjuicio de que sirva como fuente inspiradora a la normativa específica que en su día se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que presten sus servicios en las indicadas actividades.

Para los establecimientos penitenciarios, se adaptarán a la Ley aquellas actividades cuyas características justifiquen una regulación especial.

Se verán también afectados parcialmente por la Ley en cuestión los fabricantes, importadores y suministradores, a los que dedica un Capítulo a detallar sus obligaciones, y los trabajadores autónomos en la medida de que sean sujetos de derechos y obligaciones dimanantes de la Ley.

La Ley no será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, si bien el punto 4 del art. 3 se apresura a recordar que el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, obligación que no es nueva ya que en realidad se trata de una transcripción literal del primer párrafo del art. 13 del R.D. 1424/1985 de 1 de agosto, el cual además ante el incumplimiento grave de tal obligación por parte del titular del hogar familiar, faculta al empleado para dimitir.

### 4. Sujetos implicados en la política de salud laboral

Quedan implicados en la política de salud laboral, tanto las Administraciones Públicas como empresarios y trabajadores.

Para la Administración Pública se establece un elenco de competencias, que se proyectan en los campos de promoción de la prevención; asesoramiento técnico; vigilancia y control del cumplimiento de la legalidad; y naturalmente, poder sancionador.

Para el cumplimiento de las obligaciones de la Administración en sede de promoción de la prevención y asesoramiento técnico, se refunda el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, (hasta ahora regulado por el Decreto 242/1959) a quien se le impone la obligación de cooperar necesariamente con los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, y que queda definido como

el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas.

Las funciones de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, como no puede ser de otro modo, continúa en manos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En este punto llama la atención el redactado del apartado b) del núm. 1 del art. 9. Se dice en él que la I.T.S.S. tiene como función «asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones cuya vigilancia tiene encomendada», redactado sin duda más abierto, positivo y coherente con la realidad que su precedente art. 4.2 de la O.G.H.S.T., que plasmaba su función de asesoramiento por vía de «las advertencias y requerimientos oportunos». Tal redactado parece permitir la incursión de la I.T.S.S. en el campo del asesoramiento técnico, que como hemos visto es competencia del I.N.S.H.T., lo cual no debe extrañar, ya que el art. 9.2 obliga a ambos Organismos a trabajar de la mano.

Las competencias sancionadoras se regulan en el art. 52 de la Ley. Las sanciones se impondrán, a propuesta de la Inspección de Trabajo, por la Autoridad Laboral competente a nivel provincial, hasta 5.000.000,- Ptas; por el Director General de Trabajo hasta 15.000.000,- Ptas.; por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social hasta 50.000.000,- Ptas., y por el Consejo de Ministros a propuesta del de Trabajo, hasta 100.000.000,- Ptas. La suspensión de actividades o el cierre de la empresa como sanción tan sólo podrá ser acordado por el Gobierno, o por los Organos de Gobierno de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia.

La participación de empresarios y trabajadores en la planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, se configura por la Ley como principio básico de la política de prevención de riesgos laborales, y se llevará a cabo a través de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

A tal fin se crea la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, que la Ley define como el órgano colegiado

asesor de las Administraciones Públicas en la formulación de las políticas de prevención y órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Se integrará por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Dispondrá de un Presidente y cuatro Vicepresidentes. La Presidencia corresponderá al Secretario general de Empleo y Relaciones Laborales, mientras que la Vicepresidencia atribuida a la Administración General del Estado recaerá en el Subsecretario de Sanidad y Consumo. Las otras tres Vicepresidencias se reservan para la representación de las CC.AA.; de las organizaciones empresariales y sindicatos. La Secretaría de la Comisión recaerá en la Dirección del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Sus funciones se desplegarán en los campos de la promoción de la prevención de riesgos laborales, de asesoramiento técnico y de vigilancia y control de la legalidad en la materia, asistiéndole tanto el derecho a ser informada de las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas, como la facultad de informar y formular propuestas en relación a dichas actuaciones.

El antecedente legislativo (que no práctico) de la Comisión lo encontramos en el art. 5 de la O.G.S.H.T. (Consejos Provinciales de Seguridad e Higiene en el Trabajo), si bien con una regulación muy distinta, y con unas funciones sólo tangencialmente similares.

Hasta ahora nos hemos referido a la Administración Laboral, si bien es preciso puntualizar que la Ley 31/1995 implica en su ambicioso proyecto a las Administraciones Sanitaria, Industrial y Educativa, resultando una de las funciones concretas de la Comisión precisamente la de coordinar las actuaciones de las diversas Administraciones.

Así, la Administración sanitaria adquiere competencias relativas a la evaluación y control de los servicios de prevención; implantación de sistemas de información que permitan la elaboración de mapas de riesgos laborales; realización de estudios epidemiológicos; supervisión de la formación en materia de prevención del personal sanitario; elaboración y divulgación de

estudios, investigaciones y estadísticas relacionados con la salud de los trabajadores.

Por su parte, la Administración Educativa deberá promover la mejora de la educación en materia preventiva en los diferentes niveles de enseñanza, mientras que la Administración Industrial debe ser puesta en conocimiento por la Autoridad Laboral, de la información obtenida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

## 5. Derechos y obligaciones

La Ley parte de una rotunda afirmación: «Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo», que seguidamente la pone en relación al correlativo deber del empresario (y la Administración Pública respecto al personal a su servicio) de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales.

El deber de protección tiene un contenido dinámico, en la medida de que el empresario deberá ir adaptando constantemente sus acciones, a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo, y sin que en ningún caso el coste de las medidas de seguridad y salud laboral recaiga sobre el trabajador (lo cual se antoja obvio).

La acción preventiva se articula en base a unos principios claramente establecidos en el art. 15 de la Ley, que más adelante se traducirán en obligaciones concretas dentro del mismo texto legal. Dichos principios son: evitar los riesgos; evaluar los que no se puedan evitar; combatirlos en su origen; adaptar el trabajo a la persona especialmente por lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo y con el fin de atenuar el trabajo monótono y repetitivo; tener en cuenta la evolución de la técnica; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; planificar la prevención; anteponer la seguridad colectiva a la individual y dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

Es por tanto evidente la intención de la Ley de convertir al empresario en sujeto muy activo dentro del sistema de prevención de riesgos laborales.

Como ha quedado dicho, estos principios se traducen en obligaciones concretas para el empresario.

Tales obligaciones, por el mismo orden en que han sido concebidas, pueden resumirse del siguiente modo:

Obligación de evaluación de riesgos (que se configura como la primera de las obligaciones, al constituir la premisa previa de la planificación de la acción preventiva en la empresa); obligación de que los equipos de trabajo garanticen la seguridad y salud de los trabajadores al utilizarlos; obligación de información, consulta y participación de los trabajadores, bien a través de sus representantes, bien directamente en caso de riesgos específicos de un puesto concreto; obligación de formación teórica y práctica de los trabajadores en materia preventiva; obligación según el tamaño y actividad de la empresa, de elaborar un plan de emergencia, primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de trabajadores; obligación de informar y adoptar medidas ante situaciones de riesgo inminente y grave; obligación de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, previo consentimiento del trabajador; obligación de elaborar y conservar a disposición de la Autoridad Laboral la documentación relativa a las obligaciones anteriores; obligación de coordinar las actividades empresariales cuando en un mismo centro realicen actividades trabajadores de dos o más empresas; obligación de proteger a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos; obligación de protección a la maternidad y menores y obligación de constituir unos servicios de prevención.

Como se ve, el elenco de obligaciones es amplio y variado, por lo que su detenido análisis excede ampliamente del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, y del hecho de que, obviamente muchas de esas obligaciones ya se contemplaban en la O.G.S.H.T. como propias del empresario, o incluso del Comité de Seguridad e Higiene, conviene destacar algunos aspectos que se nos antojan de gran interés.

Interesante resulta la regulación que contiene el art. 16, sobre la obligación de evaluar los riesgos, como punto de partida de la planificación empresarial de su acción preventiva. De su redactado parece claro que la evaluación debe practicarse con carácter general, y además, teniendo en cuenta la actividad de la empresa, sus riesgos específicos. Sin perjuicio de su necesario desarrollo reglamentario (art. 6.1.d), el sistema de evaluación se configura con un carácter dinámico, en coherencia con el dinamismo que la Ley imprime al deber empresarial genérico de protección. Se es-

tablecen causas de actualización de la evaluación tales como la modificación de condiciones de trabajo, o el acaecimiento de siniestros productores de daños para la salud de los trabajadores, sin perjuicio en este último caso de la obligación añadida de abrir una investigación que detecte las causas.

En esta línea de dinamismo, se prevé la posibilidad de realizar controles periódicos de las condiciones de trabajo para detectar situaciones potencialmente peligrosas, cuando los resultados de la evaluación inicial así lo aconsejen.

Las actuaciones vistas deberán desarrollarse en todos los niveles jerárquicos de la empresa.

Igualmente interesante resulta la regulación de las medidas a adoptar en caso de riesgo grave e inminente. El art. 10 de la O.G.H.S.T., atribuía al personal directivo, técnicos y mandos intermedios de la empresa, dentro de sus respectivas competencias, la obligación de prohibir o paralizar los trabajos en que se advierta peligro inminente de accidentes o de otros siniestros profesionales, cuando no sea posible el empleo de los medios adecuados para evitarlos. Tal precepto se completa con el art. 19.5 E.T. (párrafo segundo), que atribuye la facultad de paralizar las actividades, indistintamente al Comité de Seguridad e Higiene, o a los representantes legales de los trabajadores.

El art. 21 de la Ley 31/1995 desarrolla las medidas a adoptar en tales casos, de manera amplia (riesgo grave e inminente). En concreto el empresario está obligado a informar lo antes posible a los trabajadores afectados acerca de la existencia de dicho riesgo, y de las medidas adoptadas o que deban adoptarse en materia de prevención; a adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad, abandonando incluso de inmediato el lugar de trabajo, y disponer lo necesario para que el trabajador que ante una situación de este tipo no pueda ponerse en contacto con su superior jerárquico, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro. Por su parte, el trabajador tiene derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud.

Los problemas se suscitan cuando el empresario, ante un riesgo grave e inminente, no adopte las medidas vistas, o no permita su adopción. La solución se encuentra en el mismo art. 21, pero conviene resaltar que tanto el art. 19.5 E.T. (como ya se ha expuesto), como el art. 44 de la Ley 31/1995 se refieren a este tipo de situaciones.

El art. 21 de la Ley 31/1995 faculta a los representantes legales de los trabajadores (Comité de Empresa o Delegados de Personal) a acordar por mayoría de sus miembros, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo, con comunicación inmediata a la empresa y a la Autoridad Laboral, quien en un plazo de 24 horas, anulará o ratificará la paralización acordada.

Subsidiariamente, el acuerdo de paralización puede ser adoptado por decisión mayoritaria de los Delegados de Prevención, cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal.

Es de ver que la solución aportada por el art. 21.3 de la Ley, es distinta a la que recoge el párrafo 2.º del núm. 5 del art. 19 E.T., a pesar de que se refieren a supuestos idénticos. Por tal causa, es coherente concluir que se ha producido una derogación no expresa del citado art. 19.5 E.T., como ya ha afirmado alguna doctrina autorizada, si bien es cierto que tal afirmación no es aceptada de forma unánime.

Por lo que se refiere al art. 44 de la Ley, que faculta a la Inspección de Trabajo para ordenar la paralización inmediata de los trabajos que impliquen un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, previa comprobación de la inobservancia de la normativa sobre prevención, entendemos que será operativo tan sólo en el supuesto de que se dé el último requisito apuntado (inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales), el cual no se exige en el art. 21 L.P.R.L., y es a nuestro juicio lo que diferencia a ambos artículos, y a la vez lo que los hace perfectamente compatibles.

Así, entendemos que el procedimiento del art. 21 será de aplicación si en principio, o de un primer análisis, no existe vulneración de la normativa sobre prevención, mientras que el del art. 44 se aplicará cuando sea precisamente la vulneración la causa del riesgo.

Por lo que respecta a la obligación de formación del personal, conviene decir que debe ser teórica y práctica; que debe

darse sea cual sea la modalidad de contratación y la duración del contrato; que debe ajustarse al puesto de trabajo a cubrir, y que debe impartirse preferentemente en horas de trabajo, o fuera de la jornada, pero con el descuento en aquella del tiempo invertido en formación. Se puede impartir a través de medios propios o ajenos, sin que, como ya se ha dicho anteriormente, su coste pueda recaer en ningún caso sobre los trabajadores.

La obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores encuentra acomodo en el art. 22 de la Ley, y se llevará a cabo respetando en todo caso el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador, bajo el principio de confidencialidad.

La vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, si bien la Ley en este punto admite algunas excepciones.

Es muy importante destacar que en los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral. En este punto piénsese por ejemplo en el caso típico de la silicosis, como enfermedad de larga gestación que aparece incluso años después de haber cesado la exposición al polvo de sílice. Este inciso de la Ley está pendiente de desarrollo reglamentario.

La obligación de protección a la maternidad se regula detalladamente en el art. 26 de la Ley. En el supuesto de que exista riesgo para la seguridad o salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras embarazadas, el empresario estará obligado a adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de éstas, incluso suprimiendo los trabajos nocturnos o a turnos de las afectadas. Si estas medidas resultan insuficientes, previa Certificación del facultativo de la Seguridad Social, la trabajadora deberá ser cambiada de puesto de trabajo, a otro que no implique riesgo, aún cuando corresponda a diferente categoría o grupo profesional por no existir ninguno del suyo, hasta el momento en que pueda producirse el retorno.

Las anteriores medidas se hacen extensivas al periodo de lactancia, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo, previa Certificación en tal sentido del facultativo de la Seguridad Social.

La D.A. 11.ª de la Ley añade un nuevo subapartado al punto 3 del art. 37 E.T., regulador, entre otras cosas, de los permisos retribuidos:

«f): Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.»

Naturalmente la ausencia requiere previo aviso y justificación posterior.

La obligación de protección de menores queda pendiente de desarrollo reglamentario, razón por la que de momento se mantiene en vigor el Decreto de 26.7.57 en la parte que afecta a éstos.

## 6. Obligación de constituir servicios de prevención

Por su importancia, la Ley 31/1995 dedica capítulo aparte a esta cuestión.

El servicio de prevención queda definido en la Ley como el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados.

El art. 30 recoge tres formas distintas de constituir el servicio de prevención:

a) Por uno o varios trabajadores designados por el empresario, los cuales deben tener la capacidad necesaria y disponer del tiempo y medios precisos y ser suficientes en número.

b) Concertar el servicio con una entidad especializada ajena a la empresa.

c) En las empresas de menos de seis trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones de prevención, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria.

En el primer supuesto, los trabajadores designados gozarán en el ejercicio de su función, de las garantías previstas para los representantes de los trabajadores en las letras a), b), y c) del art. 68 E.T., y apartado 4 del artículo 56 E.T., es decir, expediente contradictorio previo a sanciones por faltas graves o muy graves; prioridad de permanencia en suspensiones o extinciones por causas económicas o tecnológicas; derecho a no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, por acciones realizadas en el ejercicio de su representación y derecho

de opción a su favor en los despidos imprevistos.

En cuanto a la segunda posibilidad es lógico pensar que la Ley está pensando en las Mutuas Patronales, lo que se confirma tras una lectura de los artículos 32, 31.5 y D.T. 2.ª. La Resolución de 15.2.96 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, ha venido a regular interinamente el papel de las Mutuas en este punto, dejando claro que en ningún caso su participación implica la sustitución del empresario en las obligaciones y responsabilidades que le incumben en cuanto a la prevención de riesgos y salud laboral.

Tanto si la empresa opta por la primera posibilidad, como, en su caso, por la tercera, el sistema de prevención será controlado externamente en los términos que reglamentariamente se determinen.

Los servicios de prevención deberán prestar asesoramiento y apoyo en lo referente a diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva; evaluación de los factores de riesgo; determinación de prioridades en la adopción de medidas preventivas y vigilancia de su eficacia; información y formación de los trabajadores; prestación de primeros auxilios y planes de emergencia y vigilancia de la salud de los trabajadores.

## 7. Obligación de consulta y participación de los trabajadores

También merece capítulo aparte en la Ley esta obligación, y ello es normal habida cuenta de su extraordinaria importancia práctica.

Así, el empresario deberá consultar a los representantes de los trabajadores, o a éstos directamente, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a planificación y organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías en todo lo relacionado con la seguridad y salud de los trabajadores; organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de riesgos profesionales en la empresa; designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia; procedimientos de información y documentación; y en general, cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y salud de los trabajadores.

Los derechos de consulta y participación de los trabajadores tienen su punto de partida en la figura de los De-

legados de Prevención, que no son más que los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo.

El problema se plantea en empresas donde no exista representación de los trabajadores. En principio parece que tampoco existirían Delegados de Prevención, si bien la D.A. 4.ª de la Ley establece una excepción, al indicar que en los centros de trabajo que carezcan de representantes de los trabajadores por no existir trabajadores con la antigüedad suficiente para ser electores o elegibles, los trabajadores podrán elegir por mayoría a un trabajador que ejerza las competencias de Delegado de Prevención, hasta que se reúnan los requisitos de antigüedad necesarios para poder celebrar la elección de representantes de personal, prorrogándose por el tiempo indispensable para la efectiva celebración de la elección.

El redactado final de la D.A. 4.ª parece impedir que la solución anterior pueda hacerse extensiva a las empresas sin representación legal de los trabajadores.

La Ley dice que serán elegidos por y entre los representantes de personal, con arreglo a la siguiente escala: de 50 a 100 trabajadores: 2 Delegados de Prevención; de 101 a 500, 3; de 501 a 1.000, 4; de 1.001 a 2.000, 5; de 2.001 a 3.000, 6; de 3.001 a 4.000, 7; de 4.001 en adelante, 8. En empresas hasta 30 trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal, mientras que entre 31 y 49 trabajadores (límite para la constitución de Comités de Empresa), igualmente habrá un Delegado de Prevención, elegido por y entre los Delegados de Personal.

Sus competencias son: Colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; ser consultados por el empresario en las cuestiones vistas antes y ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Para un correcto ejercicio de sus derechos y obligaciones, la Ley les confiere una serie de facultades, tales como acompañar a los técnicos en las evaluaciones preventivas y a la Inspección de Trabajo en sus visitas al centro; tener acceso a la documentación relativa a condiciones de trabajo; ser informados sobre daños producidos en la salud de los trabajadores; recibir información

del empresario, procedente de los órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa; realizar visitas de vigilancia y control a los lugares de trabajo; recabar del empresario la adopción de medidas de carácter preventivo y proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización de actividades.

Un dato a tener en cuenta es que las garantías del art. 68 E.T. reconocidas a los representantes de los trabajadores, se extienden a sus funciones como Delegados de Prevención, resultando que a pesar de esta nueva función, no se amplían los créditos horarios del art. 68 e) E.T., y que, naturalmente, están obligados a guardar sigilo profesional en los términos del art. 65 E.T.

Los Delegados de Prevención se incorporan en el Comité de Seguridad y Salud, figura sustitutiva de los viejos Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

La Ley define al C.S.S. como el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos, y debe constituirse en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores.

Su composición es paritaria, con igual número de Delegados de Prevención por una parte, que de representantes del empresario por la otra. A sus reuniones asistirán con voz pero sin voto los Delegados Sindicales; los responsables técnicos de la prevención en la empresa; eventualmente trabajadores que por su especial cualificación puedan ser de utilidad en las cuestiones debatidas y técnicos en prevención ajenos a la empresa si así lo solicita alguna de las representaciones del Comité.

Sus competencias se despliegan en el campo de la participación en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de planes y programas de prevención de riesgos en la empresa, y en la promoción de iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, y a tales fines estarán facultados para conocer directamente la situación preventiva del centro de trabajo; conocer cuantos documentos sobre condiciones de trabajo sean necesarios; conocer y analizar los daños producidos en la salud o integridad física de los trabajadores y conocer e informar la memoria y programación anual de servicios de prevención.

Es sin duda una regulación mucho

más moderna que la de los viejos Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y desde luego, con una participación mayor de los trabajadores en su seno. Por otra parte, es de destacar que los C.S.H.T. debían constituirse en empresas de más de 100 trabajadores, mientras que el nuevo C.S.S. rebaja esta cifra hasta 50.

### 8. Obligaciones de los trabajadores

Reguladas en el art. 29 de la Ley, parten de la base de que debe ser el propio trabajador quien cuide de su propia seguridad, pero eso sí, mediante un correcto cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas.

Se impone expresamente a los trabajadores la obligación de usar adecuadamente los medios con los que desarrollen su actividad, así como utilizar correctamente los equipos de protección y los dispositivos de seguridad; informar al superior jerárquico y al servicio de prevención acerca de los riesgos potenciales que pueda detectar; contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente en lo relativo a protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y cooperar con el empresario.

### 9. Obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores

Supone otra de las novedades importantes de la Ley, al extender, cuando proceda, la responsabilidad por daños causados por el uso de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo hasta los fabricantes, importadores y suministradores de tales elementos.

En efecto, fabricantes, importadores y suministradores están obligados a asegurar que aquellos útiles no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos.

Se establecen a continuación una serie de medidas preventivas en orden al envasado y etiquetaje de productos químicos, obligando en todo caso a los citados sujetos a facilitar información suficiente acerca de la correcta utilización de los elementos, y riesgos de su buen o mal uso y mantenimiento.

### 10. Responsabilidades y sanciones

Como es obvio, las responsabilidades empresariales por incumplimiento de

la normativa sobre prevención de riesgos, seguridad y salud laboral, pueden nacer con o sin causación de daño a los trabajadores.

No vamos a reproducir aquí el amplio catálogo de infracciones administrativas posibles que se regulan en los artículos 45 a 48. Simplemente indicar que se articulan bajo la tradicional división en faltas leves, graves y muy graves, y sus correspondientes sanciones se regulan en los artículos 49 al 53, conteniéndose en cada una de las divisiones vistas, los también clásicos grados mínimo, medio y máximo. Su importe va desde las 50.000,- Ptas., a los 100.000.000,- Ptas., que se erige en tope máximo incluso en los casos de reincidencia.

Sin perjuicio de las sanciones económicas, se contempla también la posibilidad de suspensión de actividades o cierre del centro de trabajo, cuando concurren circunstancias de «excepcional gravedad».

No sufre alteración alguna la regulación que se contiene en el art. 123.1 L.G.S.S. relativa al recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad, y que como es conocido, en tales casos incrementan las prestaciones de Seguridad Social entre un 30% y un 50% a cargo exclusivo del empresario.

Tampoco se ve modificada la mecánica actual en orden a posibles responsabilidades civiles o penales del empresario que traigan su causa de siniestros producidos por una infracción culposa o dolosa de las normas sobre prevención, seguridad y salud laboral.

Para finalizar, indicar que el art. 42.1 de la Ley, en relación al 42.3, como no podía ser de otro modo, establece la compatibilidad de las responsabilidades administrativas, de Seguridad Social, penales y civiles, como viene produciéndose hasta ahora.

Quedan en el tintero numerosas cuestiones relativas a la presente Ley, cuyo interés es evidente, mas las lógicas limitaciones impuestas por un trabajo de este tipo no dejan otra alternativa que pasarlas por alto, quien sabe si para volver sobre ellas más adelante, y entonces ya con el bagaje que aporte la Jurisprudencia de nuestros Tribunales, y como no, la práctica diaria, sin olvidar en ningún caso los rigurosos estudios doctrinales que a buen seguro verán la luz hasta entonces.

\*Abogado

## La no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral:

### El principio «a igual trabajo, igual salario» versus «igual salario a trabajos de igual valor»

José Manuel Moya Castilla\*

#### I. Introducción

Que la condición de trabajador, como sujeto titular de un contrato de trabajo, no hacer perder la de «ciudadano», como sujeto titular de derechos fundamentales de la persona, puede parecer una obviedad si no fuera por el hecho de que la manifestación y ejercicio de los diversos derechos fundamentales proclamados como tales por la Constitución Española de 1978 en el seno de la relación laboral individual entre empleador y empleado (terminología empleada de antiguo por la Organización Internacional del Trabajo —OIT—) ha sido —y es aún— objeto de controversias múltiples que exigen los pronunciamientos de nuestro T.Co. a través de los Recursos de Amparo que le son sometidos a resolución año tras año.

Ya en su Sentencia 88/1985 señaló el T.Co. que los recortes de derechos fundamentales no pueden encontrar sanción de legitimidad en el marco de la titularidad de un contrato de trabajo, si bien recordando que aquellos derechos fundamentales no pueden entenderse a modo de «absolutos» sino que deben aprehenderse y ser considerados —para fijarlos en su exacta dimensión en cuanto al haz de derechos subjetivos que incorporan y facultades que otorgan a su poseedor— en condiciones de adaptabilidad al «*medlo y pautas habituales en que la persona se desenvuelve*».

Resulta, pues, que en determinadas circunstancias y condiciones —interpretadas siempre restrictivamente porque restrictiva ha de ser toda interpretación destinada a establecer o sancionar la limitación de un derecho y más si éste goza de la naturaleza de fundamen-

tal—, si puede admitirse una limitación en el ejercicio del derecho fundamental de que se trate.

Esta restricción a los derechos fundamentales proclamados en los arts. 10 a 38 de la CE en el marco delimitado por la relación individual de trabajo puede venir impuesta por la naturaleza misma del objeto lícito de aquél como señala la Sentencia del T.Co. dictada en el Recurso de Amparo n.º 797/90<sup>1</sup> pero fuera de estos estrictos límites, el derecho fundamental debe prevalecer frente a todo intento de menoscabo en su contenido esencial.

Uno de tales derechos fundamentales «inespecíficamente laborales» con arreglo a clasificación que hacen PALOMEQUE LÓPEZ - ALVAREZ DE LA ROSA<sup>2</sup> es el derecho de igualdad y no discriminación (arts. 14 y 35.1 CE) que tienen su plasmación «laboral» en los arts. 4.2. c) y 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>3</sup>.

#### II. Mecanismos de protección jurisdiccional en el Derecho Español

Como tales derechos fundamentales íntimamente conectados entre sí (hasta el punto de que muchas veces pueden ser considerados cada uno como una manifestación del otro), el derecho a la igualdad y a la no discriminación disponen de mecanismos jurisdiccionales de defensa y tutela doblemente reforzados, puede decirse que por el hecho de que son «fundamentales» y además «laborales».

Cuentan, por un lado, con la protección y garantías comunes que el orde-

namiento jurídico ha articulado en defensa de todo derecho fundamental a través del Art. 53.1 de la CE que vincula a todos los poderes públicos en el respeto a su contenido esencial, establece el principio de reserva de Ley en la delimitación su contenido esencial y regulación de su ejercicio.

Por otro, el mismo precepto aludido prevé los mecanismos jurídico-procesales destinados a «recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el Art. 14 y la Sección 1.ª del Capítulo II de la CE tanto ante los tribunales ordinarios como ante el propio Tribunal Constitucional; ante los tribunales ordinarios mediante un «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», y ante el T.Co. mediante el recurso de Amparo.

La primera vía, la de los tribunales ordinarios, mientras el art. 53.2 CE no fue objeto de desarrollo legislativo, estuvo constituida por la Ley 62/1979, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Luego, con la promulgación primero de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral, cuya Base 30ª creó la específica modalidad procesal (dentro del proceso laboral) «de tutela de los derechos libertad sindical» que la posterior Ley de Procedimiento Laboral, cuyo Texto Articulado fue aprobado por Real decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, ampliaría —excediendo la delegación que incorporaba la propia Ley de Bases— al resto de derechos fundamentales de carácter o naturaleza laboral. El Texto Refundido de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, en su Capítulo XI del Título II (Modalidades Procesales), no ha introducido cambio legislativo alguno, hasta tal punto que no ha subsanado tampoco el evidente error<sup>4</sup> de su rúbrica (*«DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL»*) cuando el contenido del Art. 181 (incluido en tal Capítulo XI) mantiene el mismo tenor de su predecesor en la Ley de 1990 señalando claramente: *«Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos*

*fundamentales que se estimen infringidos».*

En esta línea de protección específica en el ámbito del proceso laboral de los derechos fundamentales de la persona en tanto en cuanto que sujetos, en activo, de una relación trabajo, debe tenerse en cuenta que existe otra regla de «especialidad» que priva, en determinados supuestos, de imperio a la aludida modalidad procesal de protección de los derechos fundamentales. Ésta viene señalada por el Art. 182, último del Capítulo XI del Título II del text. Ref. de la L.P.L. al que nos venimos refiriendo, que establece que las invocaciones de lesiones o vulneraciones de aquellos derechos fundamentales que se realicen en el seno de otras modalidades procesales (despidos y otras causas de extinción de contratos, vacaciones, materia electoral, e impugnación de Convenios Colectivos) deberán tramitarse, no por la vía específica de los Arts. 175 a 180 de la L.P.L. (rúbrica: tutela de los derechos de libertad sindical) sino a través de la modalidad procesal en la que precisamente se haya realizado la denuncia de su vulneración.

### III. Delimitación del derecho a la no discriminación salarial por razón de sexo

El mandato constitucional relativo a la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito específico de las relaciones laborales y el mundo del trabajo veda la consideración del sexo como elemento diferenciador en el ámbito de las relaciones laborales en el intento de ir eliminando progresivamente la histórica y tradicional situación clara de inferioridad a que la mujer se ha visto abocada en el mundo laboral. Así se declaran como constitucionalmente legítimas *«aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el art. 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva»* (S.T.Co. n.º 28/92), por lo que esta tendencia a la igualdad efectiva puede comportar, sin que por ello se incurra a su vez en una paradoja, *«la elimina-*

*ción, en principio de normas, protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo, en igualdad de condiciones de trabajo con los varones»* (S.T.Co. n.º 28/92).

Es a tal planteamiento y razón que responde, por ejemplo, la calificación de «discriminatoria por razón de sexo» aplicada por el T.Co. en su Sentencia n.º 229/92 a la prohibición legal, establecida de antaño en nuestra legislación laboral, de trabajo de la mujer en interior de las minas.<sup>5</sup>

Pero la discriminación por razón de sexo, como genérica que es, puede tener manifestaciones muy diversas y variadas (discriminación en el acceso al empleo, en la promoción profesional una vez en activo, discriminación en niveles salariales etc.), y la que nos interesa a nosotros específicamente, tratando del elemento retributivo de la relación laboral, es aquella que gira en derredor del principio *«a igual trabajo, igual salario»*.

Recordemos que con arreglo al art. 9.2 CE la prohibición de discriminación no se identifica ni circunscribe ya a la mera desigualdad en el trato, sino que pasa a ampliarse a la proscripción de cualquier perjuicio sistemático de los colectivos que tradicionalmente han venido siendo preteridos en el conjunto de las relaciones sociales<sup>6</sup> como es el caso de la mujer trabajadora en el contexto de las relaciones laborales y, más específicamente, en materia de retribución<sup>7</sup>. Por eso ya no importará tanto el motivo o causa por la que se dió o creó la situación discriminatoria, sino al acabar efectivamente con tal situación. Si nos halláramos en sede de derecho penal hablaríamos de un delito «de resultado» en los que las motivaciones o intenciones aparecen como irrelevantes para atender sólo, y en definitiva, al producto o resultado final de una determinada conducta.

Pero debe tenerse en cuenta que no todo trato «desigual» en materia retributiva es necesariamente considerado como atentatorio a aquel principio constitucional de igualdad en materia salarial ya que puede, sin duda, resultar plenamente conforme a aquellos principios constitucionales y lícito a luz del derecho positivo una desigualdad retributiva que se halle «objetivamente justificada» en base al principio jurisprudencial de que no cabe invocar igualdad de trato para quienes, en el marco de las relaciones de trabajo, son «objetivamente desiguales» ya que en tales casos aquellas

desigualdades o tratos diferenciadores sólo adquirirán relevancia jurídico-constitucional cuando exista un principio jurídico del que se derive inexcusablemente una necesidad de igualdad de trato entre quienes a la postre, resultan en la empresa desigualmente tratados<sup>8</sup>.

Esta doctrina constitucional (sentada bajo el mandato aún del Estatuto de los Trabajadores en su originaria redacción de la Ley 8/80 de 10 de marzo) partía de la exégesis de los preceptos constitucionales ya repetidamente citados que proscriben la desigualdad de trato en las relaciones laborales, pero también tenía su punto de partida en la redacción originaria del art. 28 de aquella Ley 8/80, del Estatuto de los Trabajadores que situaba la prohibición de trato desigual a los trabajadores en los siguientes términos:

**«Art. 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo.»**

Obsérvese que el elemento central de la ecuación radica en «un trabajo igual» prescribiendo que cualquiera que fuera el sexo de quien lo ejecutara, aquél debía ser retribuido con «un igual salario». La modificación operada en el aludido precepto (art. 28ET) por la reforma laboral de 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo) recogida después por el texto actualmente en vigor —el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores— se sitúa en un plano legislativo e interpretativo más acorde a las normas internacionales existentes sobre la materia (normas que tienen orígenes distintos según las instituciones de las que emanaron: ONU, OIT, Consejo de Europa y Consejo de las Comunidades Europeas<sup>9</sup>), las cuales no sitúan aquél elemento esencial de la obligatoriedad en la igualdad de trato salarial entre trabajadores y trabajadoras en un IGUAL TRABAJO sino en UN TRABAJO DE IGUAL VALOR como señalaba ya el Convenio OIT n.º 100 de 29 de junio de 1951 («Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor»).

La relación actualmente vigente del art. 28 del Text. Ref. de la Ley de Estatutos de los Trabajadores señala:

**«El empresario está obligado a**

**pagar por un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo.»**

La adecuación de la legislación interna a los postulados internacionales, no obstante haber sido lograda ya antes por medio de la interpretación jurisprudencial del T.Co. del principio de no discriminación salarial por razón de sexo, se completa, pues, de modo literal en la norma positiva a través de esta labor legislativa refundidora realizada por el Legislativo español tras la reforma laboral operada en 1994, como ya se ha dicho, a través de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, aunque cabe poner de manifiesto, como señala M.º DE LOS SANTOS ALONSO<sup>10</sup> que el Comité de expertos de Aplicación de la Casta Social ya consideraron que el cumplimiento del principio o mandato consagrado en el art. 43 de aquel texto<sup>11</sup> quedaría cumplimentado por los Estados miembros y signatarios de la Carta si en sus legislaciones nacionales aplicaban el concepto más restringido de «a igual trabajo, igual salario», y si justifican haber adoptado todas las medidas necesarias para lograr aquella igualdad de remuneración en todos los trabajos cuyos valores pudieran ser comparables.

A través, pues, de esta «corrección» legislativa se obvia el incumplimiento, formal por lo que antes se ha dicho en relación a la doctrina sentada por el T.Co. en la aplicación jurisprudencial de aquel principio de no discriminación salarial, en que se estaba incurriendo por parte del Estado Español en relación al artículo 3.º de la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que disponía que:

**«Los estados miembros suprimirán las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución.»**

Puede decirse, pues, con propiedad, que en esta materia, el Estado Español tiene no solamente asumidos sino cumplidos los compromisos internacionales adquiridos al respecto, ítem más, la concepción doctrinal del tantas veces citado principio de no discriminación salarial por razón de sexo ha quedado, en derecho nacional, asimilada y actualizada a la concepción que de aquél

principio se proclama en normas de carácter supranacional que deben ser integradas en el ordenamiento español.

Puede resumirse y sintetizarse esta nueva concepción de aquél principio, siguiendo a QUINTANILLA NAVARRRO<sup>12</sup> diciendo que:

1.º Se trata de posibilitar, entre los trabajadores y trabajadoras (empleados y empleadas en terminología al uso impuesta por la OIT), una igualdad real y efectiva, sustancial, huyendo de una concepción puramente formalista del principio de igualdad.

2.º El principio de igualdad de retribución se aplicará en relación a los trabajos «de igual valor», sin que el elemento trascendente para compulsar o constatar su infracción sea ya el «igual trabajo».

#### **IV. Plasmación del principio de igualdad de trato salarial entre hombres y mujeres en el ordenamiento jurídico de la unión europea. Su protección jurisdiccional**

Dejando de lado los Convenios, Recomendaciones y Resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los Tratados Internacionales bilaterales o multilaterales y los textos que puedan entrar en lo que sería catalogable como acción o producción normativa de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa nos centraremos aquí en la exposición de las normas positivas del acervo jurídico/legislativo comunitario que hacen referencia al principio de no discriminación salarial entre hombres y mujeres de que tratamos.

Como es sabido, el Derecho Comunitario se integra por una serie de normas que se agrupan bajo dos diferentes criterios atendiendo por un lado a su «jerarquía normativa» y por otro a «su función»:

— El Derecho Originario, cuyo rango jerárquico es superior al del resto de normas que componen el sistema jurídico de la UE: los Tratados Fundacionales de las Comunidades Europeas (CECA, CEE, y CEA), y, lógicamente también los ulteriores Tratados modificadores de aquellos así como los Tratados de Adhesión de los sucesivos Estados miembros.

— El Derecho derivado, integrado por normas emanadas de las diferentes instituciones comunitarias con facultad y poderes normativos: Reglamentos, Directivas y Decisiones.

El Derecho «social» comunitario puede definirse como una parte del ordenamiento jurídico de la UE destinado a plasmar y formalizar jurídicamente la política social comunitaria<sup>13</sup> que, hasta ahora tiene como soportes temáticos, por un lado la política de empleo (libre circulación de trabajadores, seguridad social de los trabajadores migrantes y Fondo Social Europeo, éste último como instrumento financiero destinado al soporte y promoción de políticas de formación profesional y acceso a los mercados de trabajo); y por otro lado, la armonización de las legislaciones sociales de los países miembros en diferentes ámbitos de las relaciones laborales.

Por lo que hace al derecho Originario, la formulación y plasmación del principio de no discriminación por razón de sexo se contiene en el Art. 119 del Tratado de la Comunidad Europea —TCA— que establece:

**«Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.**

**Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.**

**La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:**

**a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de otra realizada se fije sobre la base de una misma unidad de medida;**

**b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.»**

Por lo que hace al Derecho derivado, el aludido principio, con extensión general a las condiciones de trabajo y a la política de armonización de las legislaciones de los Estados miembros, se ha concretado en las Directivas que siguen:

- Directiva del Consejo 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

- Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

- Directiva del Consejo 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

- Directiva del Consejo 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social.

- Directiva del Consejo 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como la protección sobre la maternidad.

El Derecho de la Unión Europea, en la acepción consolidada formal y jurídica acentuada tras la firma del Tratado de Maastricht que reformó con bastante intensidad la práctica totalidad de los Tratados Fundacionales de las Comunidades Europeas (CECA, CEE y CEA), tanto originario como derivado, según la distinción más arriba expuesta, es realmente un ordenamiento jurídico con entidad propia, que se halla integrado en los sistemas jurídicos y ordenamientos específicos internos de cada uno de los Estados miembros de UE y que en virtud del «principio de primacía» del que goza, se impone a los órganos jurisdiccionales de los Estados.

Con arreglo a ello, la protección jurisdiccional de los derechos nacidos, tanto de los ordenamientos internos y legislaciones sociales como del ordenamiento comunitario propiamente dicho se actúa mediante la aplicación de tal acervo de normas jurídicas por parte de los órganos judiciales de cada uno de los Estados miembros, de tal forma que puede decirse que los jueces nacionales actúan, en tal sentido como verdaderos «jueces comunitarios» al velar por la correcta aplicación e interpretación de aquellas normas jurídicas que, obviamente son directamente invocables en los procesos seguidos ante aquellos jueces nacionales.

Y, todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas al Tribunal de Jus-

ticia de la Comunidad Europea que pueden resumirse como sigue<sup>14</sup>:

1). Competencias federales o competencias internacionales por cuanto se trata de un órgano jurisdiccional encargado de solucionar conflictos dentro de la estructura de un Estado Federal. Se distinguen aquí litigios que se suscitan entre Estados, y litigios que se plantean entre el ejecutivo comunitario y los Estados, es decir, entre los Estados Miembros y la Comisión de la UE.

2). Competencias de control constitucional, con la doble misión de interpretar los Tratados comunitarios y de excluir del ordenamiento positivo las normas que se hallen en contradicción con el Derecho constitucional comunitario integrado por los aludidos Tratados.

3). Competencias contencioso-administrativas. La Administración comunitaria ejerce y aplica sus potestades tanto sobre los Estados miembros como sobre los particulares, personas físicas, y jurídicas, que pueden ser objeto de sanciones de diversa índole y que por ello deben tener una vía de acceso directo —sin necesidad de previa intervención de los Estados— a este Tribunal de Justicia de la UE. Estas vías de acceso se concretan a través de las figuras de:

— Recurso de nulidad contra actos comunitarios de carácter jurídico y obligatorio. Los Reglamentos sólo pueden ser impugnados por los Estados miembros, el Consejo de la UE o la Comisión. Las Decisiones, en cambio, pueden ser impugnadas también por los particulares.

— Recurso de Inactividad o Carencia, regulado en los Arts. 135 del Tratado CE, 35 del Tratado de la CECA y 148 del Tratado CEA.

— Excepción de Ilegalidad o Control Incidental de los Reglamentos, regulada en los Arts. 184 del Tratado CE y 156 del Tratado CECA, conforme a ellos cualquier parte está legitimada y facultada, con ocasión de un litigio que cuestione un reglamento del Consejo o la Comisión, para invocar la inaplicabilidad del reglamento en cuestión alegando los motivos que estime procedentes en defensa de la inaplicabilidad.

— La Cuestión (o Recurso) Prejudicial regulado en los Arts. 177 del Tratado CE, 41 del Tratado CECA y 150 del Tratado CEA, por mor del cual las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros pueden acordar un aplazamiento en cualquier litigio, an-

tes de dictar sentencia, para dirigirse al TJCE solicitando que se pronuncie acerca de la validez o correcta interpretación de la norma comunitaria de cuya aplicación al caso se trate.

\*Abogado. Socio fundador de «Centro de Estudios Legales». Miembro del Cuerpo de Letrados Mediadores del Tribunal Laboral de Catalunya -TLC-.

#### Notas

1 «Descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento.

Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los concertados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar —por parte de quien pretende aquel efecto— que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra». **S. T.Co. de 11.04.94 dictada en el Recurso de Amparo n.º 797/90.**

2 Frente a unos «Derechos constitucionales laborales específicos» ya que su origen y razón estricta de ser se sitúa en el preciso ámbito de las relaciones laborales y sólo en su seno es técnicamente posible su ejercicio (d.º a la libertad sindical, de huelga, a la negociación colectiva, a la promoción a través del trabajo, entre otros que enumera), señalan tales autores otros derechos, igualmente constitucionales y fundamentales que catalogan de «inespecíficos» por ser de carácter general, y por ello no específicamente laborales, aún cuando pueden ser ejercidos igualmente por los sujetos de las relaciones de trabajo. Se trata, dicen PALOMEQUE & ALVAREZ DE LA ROSA, de «derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídico-laboral por ciudadanos que son, al propio tiempo, trabajadores, y por tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales «inespecíficos». PALOMEQUE & ALVAREZ DE LA ROSA. «Derecho del Trabajo». Centro de estudios Ramon Areces. Madrid 1994. 2.ª edic. pág. 139.

3 Art. ET: Derechos Laborales. 1... 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: ... c) A no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites marcados por esta Ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del estado Español...»

Art. 17.1 ET: No discriminación en las relaciones laborales. 1. Se enten-

derán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, ...»

4 Error acertadamente denunciado por PALOMEQUE & ALVAREZ DE LA ROSA. Cfr. Ob. cit. pg. 147.

5 Cfr. Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores. BOE n.º 217 de 26 de agosto; correcc. errores en BOE n.º 226, de 5 de septiembre de 1957.

6 Cfr. MANUEL RODRIGUEZ PIÑERO. «El Principio de Igualdad en la Constitución Española. Principio de Igualdad y Derecho del Trabajo» (Vol. II) Centro de Publicaciones del M.º de Justicia. Madrid. 1991. pág. 1089.

7 «Esta referencia constitucional expresa no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han sido, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en situaciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE», «... la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta ... en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas para la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo.» **S.T.Co. n.º 128/87 de 16 de julio.**

8 «... Pues bien, tal principio falta en el presente caso. La legislación laboral, desarrollando y aplicando el art. 14 de la Constitución, ha establecido en el art. 4.2.c) del E.T. y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero, según general opinión, no ha ordenado una igualdad de trato en el sentido absoluto. ... Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus poderes de organización de la empresa puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales y convencionales. ... En la medida, pues, en que la diferencia salarial no posea una significación discriminatoria por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. No afecta para nada a ello la argumentación del recurrente sobre las consecuencias que una situación de este tipo puede originar (vejeción del trabajador, desunión de los trabajadores, etc.) Como toda

medida en que se manifiestan los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines para los cuales tales poderes se reconocen, y es evidente que una finalidad vejatoria, por ejemplo, convertirá en ilícita la medida, pero, aparte de que ello deberá demostrarse, el problema se sitúa en un ámbito diferente del principio de igualdad.» **S.T.Co. n.º 59/1982, de 28 de junio.**

9 ONU: Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, ratificado por España en el año 1977. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, también ratificado por España en 1977.

10 OT: Diversos Convenios Internacionales entre los que cabe mencionar: el N.º 100 de 29 de junio de 1951 «relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.» El N.º 156 de 23 de junio de 1981 «sobre la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares.

CONSEJO DE EUROPA: «Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», de 1950, ratificado por España en 1979. «La Carta Social Europea» de 1961 y ratificada por España el 29 de abril de 1980.

ACONSEJO DE LA CEE: Directivas núms: — 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos.

— 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

— 86/613-CEE, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

10 Cfr. «Comentarios a las Leyes Laborales» dirigidos por Efrén Borrajo. **Revista de Derecho Privado. Tomo VI. EDESA. Madrid 1982 pág. 121.**

11 «El artículo, inspirado en el principio que figura en el Preámbulo de la Carta de no discriminación por razón de sexo, obliga a los Estados no sólo a reconocer el principio en el Derecho nacional, sino a ponerlo en práctica estableciendo una igualdad formal y sustancial, pues la expresión «trabajo de igual valor» supone la introducción de un nuevo elemento, el de la evaluación del trabajo, elemento que va a producir dificultades en la aplicación del principio al implicar comparaciones y apreciaciones múltiples y complejas, en relación con los criterios de evaluación de los trabajos de igual valor, criterios difíciles de establecer.» **M.º DE LOS SANTOS ALONSO en ob. cit.**

12 «La Reforma del Mercado Laboral». Lex Nova. Valladolid. 1994. **Comentarios dirigidos por Fernando Valdés Dal-Ré. Tema VIII BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO. pág. 238.**

13 Cfr. PALOMEQUE & ALVAREZ DE LA ROSA. ob. cit., pág. 299.

14 Con arreglo a la distinción y clasificación que hace IGLESIAS CABERO en «Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo». 2.ª edición. Colex. Madrid 1995, págs. 63 y siguientes.

# Procedimiento para reclamar la devolución de las cuotas indebidamente ingresadas al Régimen General de la Seguridad Social por erróneo encuadramiento de socios, Administradores y Consejeros Delegados

Pedro Tuset del Pino\*

## I. Introducción

Ha sido hasta hace bien poco una constante en la legislación social el divorcio, si así quiere denominarse, la falta de encaje entre las distintas normas sustantivas, muy especialmente por lo que se refiere al ámbito de regulación de la relación laboral y las del orden económico de la Seguridad Social.

La paulatina pero decidida incorporación al Estatuto de los Trabajadores de relaciones históricamente conceptuadas como extra muros de cualquier connotación de ajenidad y dependencia, ha ido, sin duda, clarificando los derechos y obligaciones de los colectivos absorbidos (altos cargos directivos, representantes de comercio, servicio del hogar familiar, artistas en espectáculos públicos, estibadores portuarios, deportistas profesionales, etc.).

De igual manera, la exclusión de otros supuestos por considerarse por cuenta propia al no reunir los elementos constitutivos propios de la relación laboral (así, la relación de servicio de los funcionarios públicos, los agentes comerciales o el desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan forma jurídica), ha contribuido, si quiera en un plano teórico, a establecer una ya tradicional línea divisoria entre las relaciones de prestación de servicios por cuenta propia de las retribuidas por cuenta ajena.

Sin embargo, la realidad es otra muy diferente. Existe una evidente y no oculta dispersión de normas que regulan relaciones de naturaleza mercantil que tienen una semejanza con otras de naturaleza laboral (así, las operaciones de representación y mediación, reguladas por el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, como una relación laboral especial, pero también contempladas como de naturaleza mercantil por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia).

En otras ocasiones de lo que se trata es de una confusión práctica entre la apariencia de una relación de ajenidad o de una relación societaria u orgánica (supuesto de los altos cargos directivos y de los miembros de los órganos de gobierno de las sociedades - Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto en relación al art. 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores).

Ante este panorama, la reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales ha ido poniendo el oportuno orden clarificador en este maremagnum de normas de distinto sentido y orientación que con más voluntad que fortuna ha contribuido al desconcierto de los operadores jurídicos.

Un claro ejemplo de ello lo tenemos en los efectos que se derivan del erróneo encuadramiento de socios de compañías mercantiles, Administradores de Sociedades y Consejeros Delegados, que hasta la fecha han venido y vienen

cotizando al Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) como si de trabajadores por cuenta ajena se tratasen, al considerárseles como personal de alta dirección.

Hemos dicho erróneo encuadramiento en la medida que la propia Administración ha sentado los criterios interpretativos por los cuales debe reputarse incluido en el RGSS o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o por Cuenta Propia (RETA) a quienes presten sus servicios en favor de la Sociedad para la que se hallen contratados, dependiendo, sencillamente, de si ostentan la cualidad de Administrador, socio o Consejero Delegado.

Concretamente, deben destacarse la Resolución de 23 de junio de 1992 (publicada en el BOE n.º 301, de 17 de diciembre de 1993, por Resolución de 14 de diciembre de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social), y la Circular de la tesorería General de la Seguridad Social n.º 2-034 de 29-12-92.

En ambas se fija el criterio por el que hemos de orientarnos para conocer cuándo y en qué circunstancias la Administración entiende que debe proceder al alta en uno u otro régimen de la Seguridad Social.

## II. Criterios de encuadramiento

El problema central que ahora se debate es conocer cuándo nos hallamos ante un cargo societario, cuya relación con la Sociedad debe regularse por normas mercantiles, y cuándo laboral, de dependencia, sujeta, pues, a la normativa social.

La Administración asumiendo como propia la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entiende que «la prestación de servicios del socio en favor de la Sociedad puede reputarse laboral cuando concurren los requisitos legales establecidos, procediendo, en consecuencia, su inclusión en la Seguridad Social en su calidad de trabajador por cuenta ajena. Sin embargo, se ha entendido que la utilización de formas societarias no impide desconocer la realidad que se oculta tras ellas, considerando que no existe ajenidad en la prestación de servicios, bien cuando el socio tiene una participación mayoritaria en el capital, bien cuando la aportación de trabajo es un título para repartir ganancias sociales, pues en esos casos, se asume el riesgo de la Empresa».

Como ejemplo de lo anterior, se cita a «los administradores o miembros de

los órganos de administración, ...cuya relación con la Sociedad da lugar a una relación orgánica de naturaleza mercantil».

Al hilo de lo anterior, son constantes las sentencias que han venido afirmando la incompatibilidad del vínculo mercantil como miembro del órgano de administración, con el laboral especial de alta dirección. Igualmente se ha negado la existencia de ajenidad respecto de los **Administradores y socios con mayoría de acciones o participaciones**, en cuanto que tiene un poder real de decisión que les excluye de la nota de dependencia característica de la relación laboral.

En líneas generales puede afirmarse que:

a) El personal de alta dirección, en cuanto trabajador por cuenta ajena estará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social o en el especial que corresponda según la actividad de la empresa.

b) Los miembros de los órganos de administración en tanto desarrollen en sus empresas funciones ejecutivas de gerencia y dirección **a título lucrativo de forma personal, habitual y directa sin estar sujetos a contrato de trabajo** deben quedar incluidos en el RETA.

c) Finalmente, no quedarán incluidos en ningún régimen quienes en su mera calidad de consejeros no desarrollen funciones ejecutivas sino que se limiten a las consultivas y a los cometidos inherentes a su cargo.

Así pues, quedará por esclarecer cuándo estamos ante un alto cargo directivo con relación laboral especial y sometido a la obligación de cotizar al RGSS, y cuando ante un miembro de un órgano societario sujeto a la obligación de contribuir al RETA. Es más, ¿qué sucede cuándo exista un doble vínculo orgánico y laboral con la misma empresa?

A todas estas cuestiones ha ido respondiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las que es buena muestra la de 27-1-1992 señalando con que la inclusión o exclusión del ámbito laboral (y, por ello, la cotización al RGSS o al RETA) no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la **naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad**, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que, en definitiva, se actúan directamente o median-

te delegación interna, la relación no será laboral. Esta misma sentencia advierte de la incompatibilidad entre la condición de administrador societario con la de trabajador vinculado a la empresa con una relación laboral común o especial.

Distintas sentencias han afirmado que:

- en general, no se aplica la normativa laboral a los integrantes de los **órganos de administración de la sociedad** (TS, Sala 4.ª, 22-12-1994).
- no existe relación laboral cuando se trata de un **socio que ejerce las funciones de Presidente-Consejero Delegado** (TSJ Galicia, Sala de lo Social de 28-9-1994).
- tampoco existe relación laboral respecto de los **administradores o gerentes participes en el capital de las sociedades familiares**.
- se ha negado el reconocimiento de las prestaciones por desempleo (propias de quienes cotizan al Régimen general) respecto de los miembros de los órganos de administración y dirección de una sociedad, **aunque además realice funciones de gerencia o administración** (TSJ Extremadura, Sala de lo Social de 23-6-1995).

Con independencia de lo acertado de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, lo cierto es que prima la naturaleza del vínculo del cargo con la sociedad, de suerte que si el mismo es societario por ostentar la cualidad de Consejero Delegado, Administrador o socio mayoritario (no así en el supuesto del accionista minoritario que desarrolle actividades donde concurren las notas de laboralidad - TSJ Murcia, Sala de lo Social 1-2-1995), **debe entenderse excluido de cualquier vínculo laboral, debiendo cotizar por el RETA**.

Para resumir lo hasta ahora tratado y siguiendo siempre con las indicaciones de la Circular de 29-12-1992 de la Tesorería General de la Seguridad Social, diferenciaremos tres distintas categorías según se haya de cotizar al RETA, al RGSS o se esté excluido de cotización a la Seguridad Social.

### Sujetos que deben hallarse encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos o por cuenta propia, de la Seguridad Social

- 1) Socios de compañías mercantiles (tanto sean anónimas como limitadas), con poder de decisión.

2) Administradores únicos de compañías mercantiles.

3) Miembros del Consejo de Administración que a su vez presten sus servicios como directivos de la empresa (tal sería el caso de los Consejeros-Delegados).

4) Administradores de empresas, aunque no formen parte de los Consejos de Administración u Órganos Rectores, y sin ejercer otras funciones en la Compañía.

#### Sujetos que deben hallarse encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social (trabajadores por cuenta ajena)

1) Personal sujeto a relación laboral especial de alta dirección, que ejerza de manera exclusiva tales funciones.

2) Personal de alta dirección que forme parte de los Consejos de Administración u Órganos rectores de las empresas, siempre que su actividad en tales Consejos u Órganos sea exclusivamente de deliberación y consejo.

#### Sujetos excluidos del deber de cotización a la Seguridad Social

Los miembros del Consejo de Administración que se limiten a esta función de Consejero, sin funciones más amplias dentro de la empresa que las de deliberación o consejo.

### III. Procedimiento a seguir para solicitar la devolución de cuotas indebidamente ingresadas al régimen general

1.º El procedimiento a seguir viene regulado, de una parte, en el art. 44 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (RGSS), y de otra, en los artículos 31 a 34 de la Orden de 8-4-1992, que sigue vigente en todo lo que no se oponga a aquél Reglamento.

2.º Podrá solicitar la devolución quien realizara dicho ingreso o cualquier interesado al que las normas reconozcan tal derecho, esto es, empresas y trabajadores afectados, como consecuencia de errores de hecho o de derecho.

Las solicitudes de devolución, que habrán de dirigirse al Órgano Central de la Tesorería General o a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, se formularán en nombre propio y, en su caso, en el de los trabajadores afectados. Estos podrán interesar del

empresario que formule dichas solicitudes respecto de la parte correspondiente a su aportación o presentarlas directamente cuando el empresario se negase a hacerlo o hubiese desaparecido.

3.º La cantidad objeto de devolución estará constituida por el importe de las cuotas indebidamente ingresadas por los conceptos de Contingencias Comunes, Formación Profesional, y Desempleo (tales cuantías son las resultantes de aplicar sobre las bases mínimas y máximas de cada grupo de cotización, los porcentajes vigentes en cada año respecto de aquellos conceptos o epígrafes), tanto por lo que a la cuota empresarial como a la cuota obrera se refiere. Además, formarán parte del derecho a la devolución el recargo de mora o de apremio que se hubieren pagado indebidamente, los intereses satisfechos en caso de aplazamiento de la deuda improcedentemente impagada y las costas del procedimiento cuando lo ingresado indebidamente se hubiere realizado por vía de apremio.

Es importante advertir que el derecho a la devolución de cuotas caducará a los cinco años a contar desde el día siguiente al de ingreso de tales recursos y, en todo caso, la retroacción computará desde la fecha de la incompatibilidad (es decir, desde que acontezca la condición de socio mayoritario, Administrador o Consejero Delegado).

Seguidamente, se detallan los porcentajes de cotización por cada uno de los epígrafes de Desempleo Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y Formación Profesional (F.P.) entre 1992 y 1996:

1992-1993	Desempleo	FOGASA	F.P.
Cuota Empresarial	6,2	0,4	0,6
Cuota Obrera	1,1	-	0,1
TOTAL	7,3	0,4	0,7

1994-1995-1996	Desempleo	FOGASA	F.P.
Cuota Empresarial	6,2	0,4	0,6
Cuota Obrera	1,6	-	0,1
TOTAL	7,8	0,4	0,7

4. La solicitud de devolución deberá contener los siguientes datos:

a) Nombre y apellidos, si se tratase de persona física, o denominación social, si fuere persona jurídica, domicilio del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente; código de cuenta de cotización; Régimen de la Seguridad Social de encuadramiento (en nuestro caso, el General) y entidad aseguradora de los riesgos profesionales.

b) Hechos, razones y petición en la que se concrete con toda claridad la pretensión.

c) Declaración expresiva del medio elegido por el que haya de realizarse la devolución material, pudiéndose optar entre:

— Transferencia bancaria, indicando el número de cuenta y los datos identificativos de la Entidad.

— Cheque nominativo.

— Giro Postal.

d) Lugar, fecha y firma.

e) Órgano al que se dirige la petición (normalmente, a la Administración de la Seguridad Social de la población ante la que se produjo el ingreso indebido cuya devolución se solicita).

5.º A la solicitud se acompañarán los documentos acreditativos de nuestra petición de devolución, y muy especialmente:

— copia de los documentos de cotización del período reclamado (tal como ya se ha observado, el derecho a la devolución de cuotas caducará a los cinco años a contar desde el día siguiente al del ingreso de tales recursos).

— escritura de constitución de la Sociedad o acuerdo donde aparezca el nombramiento o condición de Administrador, Consejero Delegado o socio mayoritario.

— notificación de baja en el Régimen General de la Seguridad Social —Documento TA.2— (deberá especificarse como causa de la baja la de «erróneo encuadramiento»).

— notificación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos —Documento A-2-TA—.

— resumen desglosado por años y meses de los importes de cada uno de los epígrafes reclamados (Contingencias Comunes, Desempleo y Formación Empresarial), distinguiendo entre las cantidades abonadas por la empresa y las abonadas, en su caso, por el trabajador.

6.º En el supuesto de que la solicitud no reuniera los datos o no se acompañaran los documentos precisos, se requerirá al interesado para que, en plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con apercibimiento de que, si así no lo hiciera, se archivará el expediente sin más trámite.

7.º La Resolución sobre la petición de devolución deberá adoptarse en un plazo de seis meses. Transcurrido este plazo sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada la solicitud en la forma y con los efectos

previstos en los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPA).

Consecuentemente, una vez haya resolución expresa o, en su defecto, se hubiera expedido aquella certificación o, en caso contrario, haya transcurrido el plazo de 20 días desde la solicitud de certificación en la desestimación presunta de la devolución, deberá interponerse Recurso Ordinario en el mes posterior, de conformidad a lo contemplado en el art. 183 RGSS en relación al art. 114 de la LPA.

8.º Transcurrido tres meses desde la interposición del Recurso Ordinario sin que recaiga resolución expresa sobre el mismo, éste se entenderá desestimado a todos los efectos (debiéndose, de igual manera, solicitar la certificación de presunción en la desestimación).

9.º Recaída resolución expresa o presunta frente al Recurso Ordinario, quedará expedita la vía jurisdiccional contencioso administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, debiéndose comunicar previamente el propósito de recurrir al órgano que dictó o debió dictar el acto impugnado (art. 110.3 LPA), para luego anunciar en plazo de dos meses, desde la notificación de aquella resolución, el oportuno recurso jurisdiccional.

La competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo fue resuelto por una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6-4-1994, que, corrigiendo el criterio adoptado por el Juzgado de Instancia, declara competente a dicha jurisdicción conforme a lo preceptuado en el art. 3 b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que excluye del ámbito social las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de recaudación conjunta.

#### IV. Formularios

La solicitud de devolución de cuotas indebidamente ingresadas puede confeccionarse siguiendo los puntos anteriormente comentados (escrito que deberá dirigirse al Sr. Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social) o, bien, extenderse en el modelo habilitado al efecto que se halla

a disposición en cualquier Dirección Provincial o Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social (Mod. TC. 13/1), bastando con cumplimentar los datos personales y periodo reclamado, acompañando los documentos anteriormente explicitados (es conveniente acompañar con las copias su original para el oportuno cotejo), y una breve descripción de la causa de la devolución, pudiendo servir (de manera abreviada) la que se recoge en las Alegaciones del Recurso Ordinario que se acompaña con este comentario.

En todo caso y con la exclusiva intención de poder orientar en los hechos y fundamentos que pueden esgrimirse para basar tanto nuestra solicitud de devolución como la posterior impugnación de su denegación, seguidamente se detalla el contenido de un Recurso Ordinario, así como una solicitud de certificación en cuanto a la desestimación presunta del mismo para acudir posteriormente a la jurisdicción contencioso administrativa.

#### Modelo de Recurso Ordinario

Devolución de Cuotas RGSS  
Expte. n.º

#### A la Dirección General de Empleo

D. \_\_\_\_\_, mayor de edad, provisto de D.N.I. n.º \_\_\_\_\_, actuando en su propio nombre e interés, así como en la legal representación de la mercantil \_\_\_\_\_, en su calidad de \_\_\_\_\_ (especificar si es: Administrador único, Consejero Delegado, accionista mayoritario), con domicilio a los efectos de cualquier tipo de notificación en \_\_\_\_\_, ante esta Dirección General comparece y como mejor en Derecho procede, DICE:

I. Que con fecha de \_\_\_\_\_, presenté tanto en propio nombre e interés como en representación de la expresada Sociedad, solicitud ante la Administración de la Seguridad Social por devolución de cuotas indebidamente ingresadas al Régimen General de la Seguridad Social, con ocasión de erróneo encuadramiento.

II. Que con fecha de \_\_\_\_\_, notificado el \_\_\_\_\_, se dictó Acuerdo por la Dirección Provincial del I.N.E.M. de \_\_\_\_\_, por la que se estima improcedente aquella petición de devolución en base a los hechos y fundamentos legales contenidos en el mismo.

III. Que frente al expresado Acuerdo puede interponerse, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación, Recurso Ordinario ante esta Dirección General.

IV. Que estimándose que dicho Acuerdo no es ajustado a Derecho, por perjudicar los legítimos intereses de los comparecientes, es por lo que en tiempo y forma vengo en formalizar RECURSO ORDINARIO, de conformidad con las siguientes:

#### ALEGACIONES

**Primera.** - Los fundamentos de Derecho a que se contrae el acuerdo ahora impugnado y que intentan justificar la desestimación en la solicitud de devolución de cuotas ingresadas en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS) se basan, esencialmente, en que: (Reproducirlos esquemáticamente).

Habida cuenta de lo anterior, resulta pacífico por no controvertido ni puesto en duda por la Administración que el recurrente, D. \_\_\_\_\_, actuó correctamente cuando de manera voluntaria procedió a darse de baja en el RGSS para causar alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA), al apreciar que dada su cualidad de \_\_\_\_\_, resultaba incompatible su alta en aquél régimen general con los criterios dados públicos a conocer mediante la resolución del Director General de la Seguridad Social de 29-12-1992, ordenando el cambio al RETA de los Administradores únicos, Consejeros Delegados y accionistas mayoritarios en los distintos tipos de sociedades.

Lo que ahora se discute es la procedencia en cuanto a la petición de devolución de las cuotas que en período legal de prescripción fueron ingresadas en el RGSS por los solicitantes, aun cuando no existía tal obligación por un indebido e impuesto encuadramiento de D. \_\_\_\_\_ en el RGSS, habida cuenta de su condición de \_\_\_\_\_ y de la fecha en que accedió a tal cargo.

**Segunda.** - Centrado el objeto de la discusión y partiendo de los fundamentos esgrimidos por el I.N.E.M. para desestimar la devolución, debe afirmarse lo siguiente:

1.º) La Circular de 29-12-1992, n.º 2.034, viene a intentar corregir una situación de hecho que se mantenía de manera errónea al considerarse debidamente encuadrados en el régimen general a quienes por su condición y cargo societarios deberían hallarse dados de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos.

Como tal error administrativo, las negativas consecuencias derivadas del mismo no deben ni pueden recaer sobre el administrado y cualquier alteración que ahora pretenda la Administración debe respetar el derecho al resarcimiento de lo indebidamente ingresado por conceptos por los que no había obligación alguna de contribuir a su financiación.

2.º) Aún cuando la Resolución impugnada se fundamenta en otra de 14-12-1993, por la cual deben entenderse debidamente ingresadas las cuotas abonadas, sin duda con

el loable propósito de no perjudicar al beneficiario, lo cierto es que tal resolución, por su propio rango normativo, no puede por sí otorgar el carácter de debidos a unos ingresos que resultan manifiestamente indebidos de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuando es el propio beneficiario junto con la sociedad que cotizó, quien reclama su devolución.

En efecto, es evidente:

a) que no ha existido un cambio normativo, sino una variación de criterio administrativo.

b) que indebidamente se cotizó por dichos cargos societarios en el RGSS y

c) que debió cotizarse por el RETA. Lo que evidencia que la diferencia, sobre base de cotización, entre uno y otro régimen, tiene carácter indebido, como resulta de los propios actos de la Tesorería, resultando por ella obligada su devolución.

En el presente caso, la diferencia reclamada cubre el período de retroacción de \_\_\_\_\_ (especificarlo), siendo la cuantía relacionada con el epígrafe de Desempleo de: a) cuota empresarial: \_\_\_\_\_ pesetas b) cuota obrera: \_\_\_\_\_ pesetas. Cantidades estas que resultan acreditadas de los documentos de pago aportados con el escrito inicial de devolución.

c) Los expresados criterios son de por sí suficientes como para considerar que los motivos aducidos por la Administración recurrida carecen de eficacia alguna, si quiera sea porque tanto por el Juzgado de los Social n.º 16 de Barcelona en sentencia de 3 de junio de 1993, como por la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña de 12-9-1994, han aceptado y estimado procedentes la devolución de la cotización a Desempleo y FOGASA; como significativa es la jurisprudencia que se está iniciando y que niega a los cargos directivos societarios la cobertura por contingencias profesionales, por la misma razón de no ser trabajadores por cuenta ajena, estando excluidos del Régimen General, lo que obliga a admitir que también dicha cotización resulta indebida, siendo obligada su devolución.

También la propia Administración ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto siendo significativas las Resoluciones emanadas del Fondo de Garantía Salarial (por ejemplo, las de 24-11-95, Exps. n.º 0326/95 y 0331/95) en el sentido de estimar la devolución de cuotas por este concepto puesto que del análisis de la documentación aportada por el solicitante y obrante en el expediente, se desprende que la petición de devolución de cuotas se hace por personas que ostentan la titularidad y disposición o dominio sobre la empresa y por tanto poseen un vínculo particular y un interés común con las mismas, circunstancias que examinadas en su conjunto conllevan la apreciación de la inexistencia de la condición de ajenidad y de la consiguiente rela-

**ción laboral, imprescindible para ser objeto de la cobertura de garantía salarial que otorga este Organismo.**

Atendido lo anterior es, más cierto que aun cuando el recurrente haya estado cotizando por el concepto de desempleo, no se verá beneficiado en su reconocimiento acontecida que sea alguna de las causas legales que dan derecho a la situación legal de desempleado, ya que en supuestos similares esta misma Entidad Gestora ha denegado sus prestaciones sobre la base de entender que no hay relación de ajenidad en personas que ostentan la titularidad y disposición o dominio sobre la empresa.

Ante tal falta de cobertura, es consecuente la reclamación planteada ya que en otro caso estaríamos ante un cobro de lo indebido, sin contraprestación alguna. Y tal tesis se sustenta no ya sólo en el cambio administrativo de encuadre operado por la propia Administración a raíz de la Circular de la TGSS de 29-12-1992, sino de la constante jurisprudencia de nuestros Tribunales que han entendido que la relación entre los cargos societarios y la sociedad no puede entenderse como laboral sino extramuros de la misma.

Pero como quiera que de un tal error administrativo no pueden extraerse resultados perjudiciales para el administrado, que erróneo se encuadró en un régimen distinto al que debió cotizar, quizá por imposición de la propia Autoridad Laboral a través de la actuación inspectora o por temor a la misma, debe resolverse en favor del abono de las diferencias ingresadas por aquellos conceptos que aun cotizados no dan derecho al percibo de sus prestaciones asistenciales, lo que se halla en consonancia en el art. 106.2 de nuestra Constitución cuando establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Conforme a lo expuesto,

**A LA DIRECCION GENERAL DEL I.N.E.M., SUPLIICO:** tenga por presentado este escrito con sus copias y por formalizado en tiempo y forma RECURSO ORDINARIO contra el Acuerdo dictado por la Dirección Provincial del I.N.E.M., de fecha \_\_\_\_\_ y notificado el \_\_\_\_\_ bajo el expresado expediente, desestimando la devolución de cuotas indebidamente ingresadas al RGSS, dictándose Resolución por la que con íntegra estimación del mismo se revoque la resolución impugnada, acordando la devolución a los recurrentes de la cuota empresarial por desempleo en la suma de \_\_\_\_\_ pesetas, y de la correspondiente cuota obrera por el mismo concepto en la suma de \_\_\_\_\_ pesetas, con abono, en ambos casos, de los intereses legales correspondientes.

**OTROSIDIGO:** que conforme al art. 38.4 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el

presente recurso se presenta para su registro ante la Oficina de Correos.

En \_\_\_\_\_, a

#### Modelo de solicitud de certificación de resolución presunta

Expte. n.º \_\_\_\_\_  
Devolución de Cuotas

#### A la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo

D. \_\_\_\_\_, mayor de edad, provisto de D.N.I. n.º \_\_\_\_\_, actuando en su propio nombre e interés y en el de la mercantil \_\_\_\_\_, en su calidad de \_\_\_\_\_, con domicilio en \_\_\_\_\_, comparece y como mejor en Derecho proceda, DICE:

I. Que con fecha de \_\_\_\_\_, se interpuso Recurso Ordinario frente a la Resolución desestimatoria de la Dirección Provincial del INEM, solicitando la devolución de ingresos indebidos al Régimen General de la Seguridad Social en concepto de Desempleo por erróneo encuadramiento, y por los importes de \_\_\_\_\_ pesetas, por cuota empresarial y otras \_\_\_\_\_ pesetas por cuota obrera.

II. Que ha transcurrido el plazo de tres meses contemplado por el art. 183 a) del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, en relación al art. 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPA), sin que esta Autoridad Administrativa haya dictado Resolución expresa.

III. Que, consecuentemente y conforme faculta el art. 44 en relación el art. 43, ambos de la LPA, interesa al derecho del compareciente se emita la oportuna certificación, dentro de plazo y con los requisitos establecidos, acerca de la desestimación de aquél Recurso Ordinario, a salvo que dentro del plazo legalmente establecido se dicte resolución expresa.

Por lo expuesto,

**A LA DIRECCION GENERAL DEL I.N.E.M., SUPLIICO:** tenga por presentado este escrito y en su mérito se emita la oportuna certificación sobre la presunta desestimación del Recurso Ordinario en su día presentado con ocasión de la solicitud de la que trae causa el expediente referenciado; y para el caso de no emitirse la misma, lo sea sin perjuicio de la eficacia del acto presunto y de la desestimación de la petición formulada a los efectos que legalmente sean procedentes en Derecho.

En \_\_\_\_\_, a

\*Abogado

## El Delito Monetario desaparece

Carlos García de Ceca\*

La Ley de contrabando monetario de 24 de noviembre de 1938, fiel a una tradición punitiva que llegó en Las Partidas a establecer la pena capital para determinados supuestos de exportación de moneda, reguló las distintas modalidades del tráfico ilícito monetario cuya infracción estrella es la evasión de capital respondiendo a una necesidad impuesta por la precariedad de una economía de guerra que carecía de los recursos mínimos necesarios para hacer frente a sus compromisos con el exterior.

Esta figura de delito artificial incorporado a una ley penal en blanco que durante años se correspondía con la realidad económica y social de esta España nuestra, empezó a desvanecerse en función del progreso y enriquecimiento producto del trabajo, esfuerzo y ahorro de todos, hasta llegar un momento en que se convirtió en un esqueleto jurídico que pervivía sin otro aliento que el de permanecer en el catálogo de los delitos de nuestra legislación penal especial vigente.

El golpe de gracia se lo proporcionó la publicación de la Directiva comunitaria 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, inspirada en el principio de libertad de movimientos de capitales y que concedió determinados plazos a aquellos Estados miembros, como España, que todavía mantenían restricciones al respecto.

Conscientes de la situación por la que atravesaba la normativa española sobre el delito monetario y del futuro, casi presente, que marcaba la Directiva citada, fueron muchos los abogados que en su auténtica función de colaboradores con la administración de justicia, especialmente a partir de 31.12.92, fecha límite para la incorporación de la directiva comunitaria, pusieron de manifiesto ante las distintas instancias jurisdiccionales e incluso ante el Tribunal Constitucional las deficiencias de nuestra adaptación a la normativa comunitaria así como la conveniencia de plantear la cuestión prejudicial correspondiente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en orden a obtener una decisión prejudicial sobre la

normativa aplicable a los procedimientos seguidos ante nuestros Tribunales por la comisión de presuntos delitos monetarios, habida cuenta de la posible incompatibilidad entre nuestra restrictiva legislación de control de cambios y la liberalizadora normativa comunitaria, y sabido es que la legislación comunitaria prevalece sobre la de los Estados miembros.

La cuestión prejudicial pudo ser planteada por el Juzgado Central de Instrucción n.º 3 por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o por la Sala II del Tribunal Supremo. Su decisión fue negativa al igual que la del Tribunal Constitucional y siempre de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal respectivo.

Sin embargo, en la confusión y oscuridad propicias por tanta resolución denegatoria, se hizo la luz cuando el titular del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional decidió plantear la consulta previa al Tribunal de Justicia de las Comunidades, al amparo del art. 177 del Tratado CEE.

A raíz de ello, una primera sentencia del TJCE de 24.2.95 se pronunció en contra de la vigencia del delito monetario regulado por la Ley 40/79, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios, modificada por la Ley Orgánica 10/83 de 16 de agosto, y desarrollada por el Real Decreto 1816/91, de 20 de diciembre.

No obstante, la Administración pública, con evidente desacuerdo, es decir, en la línea restrictiva seguida para la adaptación a nuestro derecho interno de la directiva 88/361/CEE, por el R.D. 1816/91, a su vez comprensivo de varios importantes errores, no reaccionó ante la oportunidad y la trasnochada situación legislativa se mantuvo. Los Tribunales, por su parte, de acuerdo con la pauta marcada por el Ministerio Fiscal, **consideraron que la Sentencia del TJCE despenalizaba únicamente las operaciones monetarias entre países miembros de la Europa comunitaria pero no las realizadas con terceros países.** Incluso en julio de 1995 la Sala II del Tribunal Supremo dictaba una sentencia en la que se ratifi-



caron sendas condenas de la Audiencia Nacional por tráfico ilícito monetario entre países comunitarios, **resolución que causó estupor en los medios jurídicos especializados.**

Nuevamente, el mismo Juez Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, previo planteamiento de la pertinente cuestión prejudicial ante el TJCE, ha

obtenido una segunda **sentencia el 14.12.95 por la que se despenalizan los movimientos de capitales entre España y países no comunitarios, con lo que queda definitivamente resuelta la cuestión,** si bien, a pesar de la total despenalización, el delito monetario se mantiene todavía vigente en la reglamentación

de control de cambios y es objeto de cita en diversas disposiciones que se acaban de dictar o que van a entrar en vigor en fechas próximas.

El presente comentario lo hemos desprovisto deliberadamente de otras referencias técnicas porque sólo servirían para hacer más extenso el comentario y, como contrapunto, reducirlo al círculo de iniciados en la materia.

**El interés general se satisface dando traslado de la noticia de que en España el delito monetario, en este momento, es historia pasada y que así lo entiende la Fiscalía de la Audiencia Nacional por lo que, el que se halle incurso en un procedimiento por delito monetario, puede solicitar del órgano jurisdiccional correspondiente que se declare extinguida la responsabilidad penal ya decretada o se sobresean las actuaciones en que no haya recaído condena, con lo demás que proceda.**

Por encima de las consideraciones anteriores, no obstante, lo que corresponde destacar ahora es que cuanto antecede es obra de un jurista preparado, decidido y valiente: UN JUEZ.

Cuando estas líneas vean la letra impresa es probable que la Administración haya dado un paso adelante y actualizado esta legislación penal especial. Yo, desde luego, no apuesto un duro.

*\*Abogado, ex Juez de Delitos Monetarios*



### Boletín de Suscripción para la C.E.E.

Deseo suscribirme a la revista especializada **ECONOMIST & JURIST** por un periodo de un (1) año, al precio de 12.250 ptas. (Incluido gastos de envío). A los suscriptores que no sean profesionales o no indiquen su n.º de I.V.A. comunitario se les cargará un 4 % de I.V.A. (Impuesto Valor Añadido).

Apellidos	Nombre	N.º I.V.A. Comunitario
Calle / Plaza	Número	Piso
Ciudad	Código Postal	Provincia
		País

Ruego se sirva efectuar transferencia bancaria a nuestra entidad en Barcelona, CAIXA BANK al siguiente n.º de cuenta 0101.6561.16.0200028189, o remitirnos cheque bancario internacional.

..... de ..... de 19 ..... Firma

**Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.**

Freixa, 42 - Tels. (93) 414 17 40 - Fax (93) 414 09 16 - 08021 Barcelona

**BOLETIN DE SUSCRIPCION**

## Los procesos de jura de cuentas

Montserrat Casals i Genover\*

En épocas de crisis económica, como la actual, los abogados tenemos una sobrecarga de trabajo añadido, producida por el impago por parte del cliente de nuestros honorarios profesionales.

Por ello, se plantea la pregunta ¿cómo cobrar de un cliente moroso, cuando no existe provisión de fondos o ésta es insuficiente?

Cuando se trata de honorarios por actuaciones extrajudiciales, no tenemos más remedio que acudir a la vía del proceso declarativo correspondiente al importe de la minuta y antes de que nuestro derecho a reclamar haya prescrito, por lo que deberemos tomar las precauciones necesarias a los efectos de interrumpir legalmente tal prescripción. O bien acudir al Laudo arbitral de la Junta de Gobierno del Il. Colegio de Abogados correspondiente, también dentro de término de conformidad a la normativa de cada colegio y a lo preceptuado en los arts. 62a.10) y 63 del Estatuto General de la Abogacía.

Cuando se trata de nuestros honorarios devengados en asuntos judiciales podemos o bien acudir al juicio declarativo correspondiente al igual que en los extrajudiciales o bien acogernos a lo previsto en los artículos 8 y 12 de la ley de enjuiciamiento civil debiendo tener en cuenta que según tiene establecido el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 4 de Enero de 1901, «En virtud de lo dispuesto en el artículo 1967, 1.º del C.C., la acción para reclamar el pago de estos gastos debidos prescribe a los tres años, y el cómputo comienza desde la última diligencia de la que la cuenta procede según constancias de autos».

En el presente artículo hablaremos únicamente del proceso de Jura de cuentas, y por lo tanto nos referiremos a la minuta impagada por nuestro cliente en un proceso judicial, que se pretende cobrar por la vía más directa.

### Proceso de jura de cuentas del artículo 8 de la Lec.

De la simple lectura de la Ley de Enjuiciamiento civil (artículo 8), resulta

que el Procurador de los Tribunales, puede reclamar del poderdante moroso sus honorarios así como los gastos que hubiese suplido para el pleito. En este supuesto, el Procurador que ha satisfecho los gastos del proceso y no ha cobrado sus honorarios o la provisión en su día realizada fue insuficiente para cubrirlos, puede amparándose en dicho artículo solicitar del Juzgador que requiera al poderdante moroso para que en el improrrogable término de diez días deposite las cantidades que se le reclaman junto con el prudencial de costas establecido en la reclamación, bajo apercibimiento de apremio.

En los procesos en los que no es preceptiva la intervención de procurador, y por lo tanto no existe tal figura en el pleito, podrán los abogados utilizar la vía del artículo 8 para resarcirse no sólo de sus honorarios profesionales sino también de aquellos gastos ocasionados por razón del proceso.

El artículo 8 de la Ley procesal establece un proceso corto y rápido para lograr el cobro del cliente recalcitrante. Sin embargo, la praxis judicial no siempre sigue las pautas establecidas en la Ley, como ya sabemos.

Este proceso lo entabla el procurador dentro del proceso judicial del que trae causa, (y así ya la Sentencia de 2 de Enero de 1909 estableció: *Debe presentarse la llamada cuenta jurada en el tribunal en el que se practicaron las diligencias cuyo pago se reclama, y sigue la mencionada sentencia... Compete al Juez que diligenció un exhorto conocer de la reclamación de los gastos hecha por el procurador que lo despachó*); por ello deberán jurarse las cuentas ante cada juez o Sala que haya visto el proceso principal y en relación a la instancia a que se refiere la Jura. Consiste en la presentación de un escrito, que no necesita de firma de letrado, (sentencia de 1 abril de 1903), donde conste la pretensión, la cuenta detallada que se reclama, junto con su minuta de honorarios, los justificantes de los gastos realizados y los recibos de haber satisfecho los mismos y el juramento

de que la cuenta le es debida y no le ha sido satisfecha, (la ley habla de cuenta detallada, justificada y jurada). La verificación que realiza el Juzgado se limita a determinar que las partidas de gastos presentadas, se refieran a gastos judiciales, no a gastos extrajudiciales aunque estos tengan que ver con el proceso, (sentencias de 15 de diciembre de 1898 y 2 de julio de 1943).

Una vez realizada la Verificación el Juzgado requiere de pago al deudor para que haga efectiva la deuda en un término no inferior a diez días, bajo apercibimiento de apremio.

En caso de que el poderdante no satisfaga dentro del término del requerimiento el importe reclamado, se abrirá contra él la vía de apremio conforme a los artículos 1481 a 1531 de la propia ley procesal.

Si el deudor paga y acepta cuenta presentada habrá terminado el expediente de jura de cuentas.

Ahora bien puede ocurrir que el deudor pague, a los efectos de evitar el embargo o la subasta de sus bienes, pero no acepte la cuenta presentada, en todas o alguna de sus partidas, en cuyo caso entrará en juego el principio de solve et repete, y se procederá al examen de la partida o partidas protestadas por el deudor; por cuanto el artículo 8 establece que «verificado el pago podrá el deudor reclamar cualquier agravio, y si resultare haberse excedido el procurador en su cuenta devolverá el duplo del exceso con las costas que se causen hasta el completo resarcimiento».

No especifica la ley cuál es el procedimiento para reclamar el agravio, lo que lleva a preguntarse si puede realizarse dentro del propio expediente de jura de cuentas, o bien en un proceso a parte, creemos que debe efectuarse el examen de la partida protestada dentro del propio proceso de jura de cuentas, y ello de acuerdo con la práctica diaria judicial.

#### **Una corruptela judicial que puede salirle cara al procurador**

En la práctica, en muchas ocasiones, y a fin de evitar el procedimiento del artículo 12 de la Ley de enjuiciamiento civil, el procurador presenta dentro de la cuenta de gastos la minuta de letrado manifestando haberla satisfecho, para evitar la posible impugnación de honorarios por excesivos, impugnación que no se evita. En efecto, en caso de que se presente, dentro de los gastos

satisfechos por el procurador, la minuta del letrado director de la parte en el proceso principal, deberá **presentarse además de la minuta, el justificante de haberla pagado** realmente al letrado.

Si se impugna la jura respecto de la partida honorarios de letrado por entenderlos excesivos, se procederá a su examen de conformidad al artículo 427 de la ley de enjuiciamiento civil, lo que dará lugar a que si fuesen decretados excesivos, se condene al procurador a devolver al deudor reclamante el doble del exceso de esa partida más las costas de la impugnación.

La ley, establece una especial responsabilidad del procurador porque el proceso es corto y no permite alegaciones al deudor sino después de haber pagado, por ello la condena a devolver el duplo del exceso más las costas si resultare haberse excedido en la cuenta.

Es posible que en un mismo escrito, abogado y procurador Juren la cuenta, ya que el artículo 12 previsto específicamente para los abogados remite a las normas procesales del artículo 8 en cuyo caso lo normal sería aplicar el artículo 8 para la cuenta del procurador y el artículo 12 para los honorarios de letrado en un único proceso en aras a la economía procesal.

#### **Proceso de Jura de cuentas del artículo 12 de la Lec.**

Establece el artículo 12 de la Ley procesal que los abogados, podrán reclamar del procurador, y si éste no interviniese de su cliente, el pago de los honorarios profesionales devengados en el procedimiento, presentando para ello, la cuenta detallada y jurada.

Este procedimiento del artículo 12 tiene ciertas diferencias con el del artículo 8 antes estudiado.

Se inicia con un escrito en el que se reclama el importe de la minuta, al que deberá acompañarse la misma, detallada tal y como previene la ley, y jurándose que el importe de la misma es debido y no ha sido satisfecho. No ha de justificarse la misma, por cuanto se presenta ante el mismo irguen judicial que entendió del proceso del que dimana (Juzgado de 1.ª instancia, audiencia territorial o Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo según correspondan los honorarios a actuaciones profesionales correspondientes a cada uno de dichos órganos).

Esta Jura de cuentas prevista en la Ley, se configura como un crédito con-

tra el procurador en los casos en que éste intervenga en el proceso de que dimana la minuta y en caso de no existir procurador, de un crédito contra la parte.

Este proceso sólo puede ser utilizado para reclamar honorarios por trabajos realizados en actuaciones judiciales (Sentencia de 2 de Julio de 1943 y de 23 de junio de 1982), por lo que la verificación de partidas indebidas corresponde al irguen judicial antes de requerir de pago ya que la parte requerida, como se verá únicamente puede impugnar los honorarios de letrado por EXCESIVOS.

Por el irguen judicial, se formará la pieza separada y se acordará requerir a la parte para que los satisfaga en el término máximo de diez días, (debe recordarse que el artículo 12 de la ley nos remite en cuanto al proceso al artículo 8 de la propia Ley).

Practicado el requerimiento el deudor podrá impugnar los honorarios únicamente por excesivos, antes de pagar, ésta es una de las diferencias entre uno y otro proceso.

Si transcurrido el término, el deudor no realiza manifestación alguna, se procederá por la vía de apremio sin más, en la misma forma prevista para el artículo 8.

Sin embargo, si dentro del término del requerimiento, el deudor impugna los honorarios por excesivos, no necesita efectuar el pago, y se procederá al examen de la impugnación de conformidad al artículo 427 de la Ley de enjuiciamiento civil, sin abrirse la vía de apremio, por lo que, se oirá al letrado impugnado por término de dos días sobre la impugnación, y después se pasarán los autos al Colegio de Abogados para informe (debe recordarse que el informe emitido por el Colegio de Abogados no es vinculante).

Efectuado el informe por la corporación, el órgano judicial aprobará la minuta u ordenará hacer en ella las alteraciones que crea oportunas.

En este proceso no existe la penalidad prevista en el artículo 8, sino que se prevé la posibilidad de impugnación de los honorarios del letrado antes del pago, razón por la cual, no existe condena al pago del duplo del exceso si la minuta del letrado fuera minorada.

\*Advocat

A) PROCESO JURA DE CUENTAS ART. 12 L.E.C.

**AL JUZGADO**

Don \_\_\_\_\_ Abogado del litro. Colegio de \_\_\_\_\_, con despacho en esta ciudad, calle \_\_\_\_\_ al amparo de lo preceptuado en el art.º 12 de la Ley de Enjuiciamiento civil, comparezco en los autos \_\_\_\_\_ y como mejor en derecho proceda, digo:

Que el suscrito Letrado ostentó la dirección jurídica de \_\_\_\_\_ en toda su tramitación, desde el escrito inicial de demanda hasta la firmeza de la sentencia.

Todo ello resulta del expediente meritado, que obra en la Secretaría de este Juzgado.

El letrado que suscribe, formuló la minuta de honorarios que se acompaña, a tenor de las normas del litro. Colegio de Abogados de \_\_\_\_\_, y que ascendió a la suma de \_\_\_\_\_ ptas., y que con deducción de la suma de \_\_\_\_\_ ptas. recibidas en concepto de provisión de fondos, según consta en la propia minuta, resulta acreditar por el concepto de honorarios profesionales la suma, —importe definitivo de la minuta—, \_\_\_\_\_ ptas., que presentada al cobro, no ha sido satisfecha.

Por ello, de conformidad a lo preceptuado en el art.º 12 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acompaño dicha minuta con el expreso juramento y adveración de que me es debida y no me ha sido satisfecha y conforme al art.º 8 de la propia Ley Procesal, he de solicitar al Juzgado que proceda a requerir a la deudora en su actual domicilio de \_\_\_\_\_ calle \_\_\_\_\_ expidiendo para ello el oportuno exhorto al Juzgado Decano de los de igual clase de aquella población, para que pague dicha cantidad con las costas de este procedimiento, en un término que no exceda de diez días, bajo apercibimiento de apremio.

En su virtud,

AL JUZGADO SUPlico: que teniendo por presentado este escrito, junto con la minuta de honorarios acompañada, y por hecho el juramento prevenido por la Ley de Enjuiciamiento civil, se sirva admitirlos, habiéndome por comparecido y parte en mi propio nombre, en los autos \_\_\_\_\_ y por deducida demanda de cuenta jurada, en reclamación del importe de la minuta de honorarios acompañada de \_\_\_\_\_ ptas., admitirlo a trámite y acordar requerir a \_\_\_\_\_ en su actual domicilio de la ciudad de \_\_\_\_\_ calle \_\_\_\_\_ para que pague la indicada cantidad, bajo apercibimiento de apremio, dentro de un plazo que no podrá exceder de diez días, para la práctica de cuyo requerimiento, deberá expedirse exhorto al Juzgado Decano de los de igual clase de \_\_\_\_\_ en el que se haga constar, además, expresamente, la facultad conferida a su portador para que pueda intervenir en su diligenciación tan ampliamente como en derecho hubiere lugar, todo ello con imposición de las costas que se causen en este procedimiento.

BARCELONA, a \_\_\_\_\_

**PROVIDENCIA JUEZ SR.**

En BARCELONA a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de mil novecientos \_\_\_\_\_

DADA CUENTA; por presentado el anterior escrito y minuta que se acompaña, con todo lo cual se formará ramo separado para sustanciar la cuenta jurada que formula el Letrado de este litro. Colegio Don \_\_\_\_\_ contra \_\_\_\_\_ y de conformidad con lo que determinan los arts. 12, en relación con el 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de las copias que se acompañan requiérase a \_\_\_\_\_ a fin de que dentro del término de diez días, satisfaga al referido letrado la suma de \_\_\_\_\_ ptas., importe definitivo de la minuta del mismo, bajo apercibimiento que, de no verificarlo se procederá a su exacción por la vía de apremio; y para que lo acordado pueda tener lugar, librese con los insertos necesarios exhorto al Juzgado de igual clase Decano de los de \_\_\_\_\_

Lo mandó y firma el Sr. Juez, doy fe.

Ante mí

**AL JUZGADO**

Don \_\_\_\_\_ Abogado del litro. Colegio de \_\_\_\_\_, con despacho en esta ciudad calle \_\_\_\_\_ según tengo acreditado en expediente de cuenta jurada promovido en los autos \_\_\_\_\_ como mejor en derecho proceda, digo:

Que devuelvo debidamente diligenciado el exhorto que se expidió para requerimiento de pago.

Y en su vista, y no habiéndose satisfecho el importe de la minuta jurada, he de solicitar, conforme a los arts. 12 y 8 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se proceda a la exacción del importe de mi minuta de honorarios profesionales por la vía de apremio.

A tal efecto he de instar que se expida exhorto al Juzgado Decano de los de igual clase de \_\_\_\_\_, conteniendo mandamiento de embargo de bienes propios de \_\_\_\_\_ en cuantía suficientemente bastante para cubrir aquella cantidad, con más la suma de otras \_\_\_\_\_ pesetas en que prudencialmente y en calidad de sin perjuicio se estiman las costas de esta ejecución, a fin de que por el Juzgado exhortado se proceda a la traba, debiendo contenerse además en el exhorto que se expida la expresa facultad conferida a su portador para que pueda intervenir en su diligenciación tan ampliamente como en derecho hubiere lugar.

En su virtud,

AL JUZGADO SUPlico: Que teniendo por presentado este escrito con el exhorto diligenciado que se acompaña, se sirva admitirlo, acordando su unión al expediente de cuenta jurada de su razón, y habiendo sido requerido de pago \_\_\_\_\_, sin que haya satisfecho el importe jurado de mi minuta de honorarios profesionales, acordar proceder a su exacción por la vía de apremio, y a tal efecto expedir exhorto al Juzgado Decano de los de igual clase de \_\_\_\_\_ conteniendo mandamiento de embargo de bienes propios de la deudora en cuantía suficientemente bastante para cubrir el importe de esta cuenta jurada, con más la suma de otras \_\_\_\_\_ ptas., que prudencialmente y en calidad de sin perjuicio se estiman las costas de esta ejecución, debiendo hacerse constar expresamente en el exhorto que se expida la facultad conferida a su portador para que pueda intervenir en su diligenciación tan ampliamente como en derecho hubiere lugar.

BARCELONA, a \_\_\_\_\_

**PROVIDENCIA JUEZ SR.**

En BARCELONA a \_\_\_\_\_

DADA CUENTA, el anterior escrito únase a los autos de su razón, y como se pide, se decreta en embargo sobre bienes propios de \_\_\_\_\_ en cantidad suficiente a cubrir la suma de \_\_\_\_\_ ptas., que prudencialmente se han fijado para costas y la de \_\_\_\_\_ ptas., de principal, para cuya diligencia, librese exhorto al Juzgado de igual clase Decano de \_\_\_\_\_ que se entregará para su curso a la representación actora, facultándose ampliamente a su portador para que pueda intervenir en su diligenciación.

Lo mandó y firma el Sr. Juez doy fe.

Ante mí,

B) PROCESO DE JURA DE CUENTAS ART. 8 L.E.C.

**AL JUZGADO**

Don \_\_\_\_\_ Procurador de los Tribunales según tengo acreditado en los autos n.º \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ ante el Juzgado comparezco \_\_\_\_\_ y como mejor en derecho proceda, digo:

Que de conformidad en lo preceptuado en el art.º 8 de la Ley de Enjuiciamiento civil, formulo expediente de jura de cuentas contra mi representado Don \_\_\_\_\_ en reclamación de la suma

de \_\_\_\_\_ ptas., y de las sumas \_\_\_\_\_ ptas. \_\_\_\_\_ ptas., acreditando dichas cantidades con los justificantes de los gastos, que se acompañan como Docs. n.º \_\_\_\_\_ Minuta de honorarios profesionales que se acompaña con Doc. n.º \_\_\_\_\_, así como minuta de honorarios profesionales del Letrado Director de esta parte que tampoco ha sido satisfecha por el poderdante, y de conformidad al art.º 8 de la Ley juro que dichas cantidades me son debidas y no me han sido satisfechas.

Por todo ello intereso se requiera a Don \_\_\_\_\_ con domicilio en \_\_\_\_\_ calle \_\_\_\_\_ para que en el improrrogable término de 10 días haga efectiva dicha suma con más la de \_\_\_\_\_ ptas. que prudencialmente y en calidad de sin perjuicio se fijan para las costas del presente expediente, y en caso de no efectuarlo se proceda al embargo de sus bienes en cantidad suficiente para cubrir las referidas cantidades.

En su virtud,

AL JUZGADO SUPlico: Que teniendo por presentado escrito con su copia y documentos acompañados se sirva admitirlo y en su mérito tener por incoado expediente de jura de cuentas contra Don \_\_\_\_\_, admitirlo y acordar requerir al deudor en su domicilio a fin de que en el improrrogable término de 10 días haga efectivas las indicadas cantidades bajo el apercibimiento de apremio en caso de impago.

BARCELONA, a \_\_\_\_\_

**PROPUESTA DE PROVIDENCIA**

**Secretario**

En BARCELONA a \_\_\_\_\_

Con el anterior escrito y documentos fórmese expediente de jura de cuenta en Pieza Separada, en el que se tiene por personado en nombre propio al Procurador \_\_\_\_\_ entendiéndose con el mismo ésta y las sucesivas diligencias en la forma y modo prevenidos por la Ley.

Y respecto a la jura de cuentas que presenta el mencionado Procurador, notifíquese y adviértase, a través de correo con acuse, o personalmente a la vista del resultado de la diligencia anterior, por término de diez días a Don \_\_\_\_\_ para que abono al indicado Procurador la suma de \_\_\_\_\_ ptas., más otras \_\_\_\_\_ calculadas para costas sin perjuicio de liquidación final, bajo apercibimiento de que si no lo verifica, se procederá contra él mismo por la vía de apremio. Expídase cédula al respecto.

Así se propone al Ilmo., Sr. Magistrado Juez, de este Juzgado

El Secretario

Conforme  
El magistrado Juez

C) PROCEDIMIENTO COMUN ART. 12 y ART. 8 SI SE IMPUGNAN LOS HONORARIOS

**COMPARECENCIA. - En Barcelona**

Ante mí, la Secretaria comparece Doña \_\_\_\_\_ titular del D.N.I. \_\_\_\_\_ quien manifiesta que habiendo sido requerida en la presente jura de cuentas del pago de \_\_\_\_\_ ptas. y \_\_\_\_\_ ptas., por honorarios de Procurador y Letrado, abona las cantidades en ese concepto, e igualmente manifiesta que impugna los honorarios antes mencionados por excesivos.

Leída y hallada conforme firma la presente conningo, la Secretaria de lo que doy fe.

**PROPUESTA DE PROVIDENCIA**

**Secretario**

En BARCELONA a \_\_\_\_\_

VISTA la comparecencia efectuada en el día de la fecha por consignadas las cantidades y por la que impugna los honorarios del letrado por excesivos y de conformidad con lo dispuesto en el art.º 12 de la LEC., OIGASE al Letrado contra quien se dirige la queja por TERMINO DE DOS DIAS y evacuando se acordará lo procedente.

Así se propone al Ilmo., Sr. Magistrado Juez, de este Juzgado

El Secretario

Conforme  
El magistrado Juez

**PROPUESTA DE PROVIDENCIA**

**Secretaria**

En BARCELONA a \_\_\_\_\_

Por presentado el anterior escrito por el Letrado Don \_\_\_\_\_ de fecha \_\_\_\_\_ de los corrientes, únase a los autos de jura de cuentas de su razón. Se tiene por evacuado el traslado conferido en resolución de fecha \_\_\_\_\_ del actual por el Letrado contra quien se ha dirigido la queja y visto el estado de las presentes actuaciones y de conformidad con el art.º 427 de la LEC pasen las actuaciones al Colegio de Abogados para emisión de Dictamen.

Así lo propongo a la Ilma.  
Magistrado Juez, de este Juzgado

## Cuestión deontológica entorno a uno de los sistemas que se utilizan para evitar que el abogado que deje la minuta para el final del pleito no cobre

Nelson Sánchez Stewart\*

Lo que se plantea: ¿Cabe que el abogado compense sus honorarios con cantidades recibidas del cliente, como por ejemplo del importe obtenido de la sentencia?, ¿o es necesario para ello obtener poderes especiales antes de empezar el pleito o firmar un convenio?

Uno de los temas que puede tener consecuencias más graves para el Letrado es el de la compensación de sus honorarios con cantidades recibidas del cliente o para el cliente.

**Recientemente una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga contiene pronunciamientos claros y categóricos al respecto.**

### Planteamiento del supuesto

**Un Letrado se hace cargo de la defensa de su cliente para el cobro de una cantidad que le es debida, sea en razón de una deuda civil o de una indemnización por un daño efectuado o, en general, por cualquier otra causa. Conviene verbalmente con el cliente, que no desea añadir a la carga que está soportando frente al impagado el efectuar provisión de fondos, que una vez que se cobre el crédito por vía judicial o no contenciosa, el Abogado cobrará su minuta. A veces, se otorga un poder para pleitos en que se contiene la facultad de percibir.**

**Cuando después de una labor más o menos ardua el Abogado logra, ya sea por sus propios esfuerzos o con el auxilio judicial, cobrar y el Juzgado o el deudor efectúa el libramiento al Procurador o al Abogado que percibe este importe en virtud de su poder, puede surgir el problema. No es infrecuente que el cliente estime que la**

**actividad del Abogado fue superflua, es decir, que se habría conseguido el cobro de cualquier manera aun cuando no hubiera intervenido el Letrado, o que no fue lo suficientemente rápida ya que el cobro tardó mucho más de lo esperado o de lo presupuestado, o que no fue eficaz porque no se cobró todo o que la minuta es cara, porque aun cuando se pueda ajustar a los mínimos fijados por el Colegio, resulta desmesurada para los interesados ojos del cliente, y por ello no quiera abonar los honorarios o quiera rebajarlos. Evidentemente el Abogado se encuentra en una situación de privilegio porque teóricamente tiene a su alcance la autotutela, es decir, cobrar la minuta y entregar la diferencia a su cliente. No es ni más ni menos que la aplicación de lo que convino con éste.**

**El Artículo 7.8 del Código Deontológico, en su redacción definitiva dada por la Asamblea de Decanos el 29 de mayo de 1995 prohíbe al Abogado destinar las cantidades percibidas por cuenta del cliente al pago de sus propios honorarios, salvo convenio.** El incumplimiento de la prohibición constituye, además de las consecuencias civiles y penales que pueda tener, una falta deontológica, de acuerdo con los artículos 112 y siguientes del Estatuto General de la Abogacía.

**El convenio debe ser acreditado por el Abogado, por aplicación de los principios generales de a prueba, sin que pueda presumirse, salvo en muy contadas ocasiones cuando las circunstancias lleven necesariamente a esa conclusión, los honorarios se ajusten a los mínimos fijados por esta Corporación y no exista provisión de fondos o la provisión de fondos sea a todas**



luces claramente insuficiente para cubrirlos.

**Ha de rechazarse la aplicación al supuesto planteado del instituto de la compensación en el que podría apoyarse el Letrado para retener en concepto de honorarios profesionales las cantidades que estime procedentes. El Tribunal Supremo ha declarado que no cabe aplicarla por actos de autoridad propia de un Letrado al pago de los servicios prestado por él. La sentencia de 19 de enero de 1981 declara que «por lo que hace a la minuta de honorarios que presentó para compensar con ellas las**

cantidades a que dio distinto destino del que debía, porque dicha minuta, al ser puesta en tela de juicio por su destinatario, no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación, ya que por sí misma y por proceder de un acto unilateral de quien la libra, no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprescindible para que opere la compensación.» Así lo declara también la sentencia del alto Tribunal de 29 de marzo y nuestra Audiencia Provincial en sentencia de 13 de septiembre de 1995. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1991 declara que no corresponde a

los Letrados la excepción al principio general de la interdicción de la autotutela.

**Por ello, se recomienda encarecidamente a quienes acuerden esa clase de pactos —pactos que no deben confundirse de ninguna manera con la cuota litis— documenten el convenio, no solamente en lo relativo al derecho a cobrarse la minuta sino también en el quantum de la misma.**

*\*Vocal de la Comisión de Deontología e Intrusismo del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*



**Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.**

Freixa, 42 - Tels. (93) 414 17 40 - Fax (93) 414 09 16 - 08021 Barcelona

Deseo suscribirme a la revista especializada **ECONOMIST & JURIST** por un período de un (1) año, al precio de 10.400 ptas. + el 4% de IVA

Apellidos		Nombre		NIF
Calle / Plaza		Número	Piso	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.º                      D.C.

abierta a nombre de Sr. /Sra. \_\_\_\_\_ en esta sucursal

N.º de entidad     N.º de oficina

..... de ..... de 19 .....

Firma

**BOLETIN DE SUSCRIPCION**

### III PREMIO

#### CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO 1996

La revista Cuadernos de Derecho y Comercio patrocinada por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio convoca el III Premio Cuadernos de Derecho y Comercio para artículos doctrinales con dos categorías:

- **Profesionales: 750.000 ptas.**
- **Estudiantes: 250.000 ptas.**

#### BASES

- 1.ª A la categoría de Estudiantes podrán presentarse todos aquellos que se encuentren realizando los cursos de Licenciatura en Derecho o en Ciencias Económicas y Empresariales.
- 2.ª A la categoría de Profesionales podrán presentarse además de aquéllos en quienes concurra esta condición, todos los que ya hayan obtenido el título de Licenciado.
- 3.ª Los artículos doctrinales, que serán inéditos, versarán sobre temas de Contratación Mercantil, Derecho de Sociedades, Derecho Bancario y Mercado de Valores. Tendrán una extensión mínima de 40 y máxima de 60 páginas, a doble espacio.
- 4.ª Se presentarán 7 ejemplares, en los que no figure el autor, y un sobre cerrado en el que se incluirá el título del trabajo y el nombre del autor con su profesión, domicilio y teléfono. En el exterior del sobre constará exclusivamente el título del trabajo, así como la categoría a la que concurre (Profesionales o Estudiantes). Todo ello deberá enviarse al Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Servicio de Estudios. Calle Núñez de Balboa, núm. 11, 28001 Madrid (teléfono 435 93 27), debiendo tener entrada en el mismo antes de las 14 horas del día 31 de diciembre de 1996.
- 5.ª La revista designará un Jurado entre profesores universitarios y profesionales de reconocido prestigio que, tras la lectura de los trabajos y posterior deliberación, designará el ganador en cada una de las secciones. El fallo se producirá dentro de los noventa días posteriores a la finalización del plazo de recepción de los trabajos. El Jurado podrá declarar el premio desierto, así como otorgarlo a más de un trabajo, dividiendo la cuantía de su dotación. Las decisiones del Jurado serán inapelables.
- 6.ª Los artículos premiados serán objeto de publicación en la revista Cuadernos de Derecho y Comercio de 1997. La revista se reserva el derecho de publicar otros trabajos que considere de interés.

## Los alumnos del máster en Abogacía de I.S.D.E., podrán realizar prácticas en importantes firmas de abogados de Madrid

En el despacho del abogado Don Antonio Hernández Gil, se celebró una reunión del Consejo Rector del I.S.D.E., Instituto Superior de Derecho y Economía, con posterior almuerzo de trabajo en el restaurante «El Bodegón», en la que estuvieron presentes, además de dicho letrado, entre otros, D. Carlos García de Ceca, abogado, D. Jesús Blanco, Catedrático de Derecho Mercantil, D. Joaquín García Romanillos, abogado del despacho Gómez-Acebo & Pombo, D. Antonio de Lasheras, abogado del Bufete J.A. & Garrigues, D. Rafael Suárez de Lezo, abogado del despacho Melchor de Lasheras, el letrado D. Gonzalo Rodríguez-Mourullo Otero, D. Miguel Capó Mateu, abogado Bufete García-Entería, D. Juan Cadarso Palau, Catedrático de Derecho Mercantil y abogado del Bufete Uría & Menéndez y D.ª Coloma Armero Montes, abogado del Bufete Armero.

En dicha reunión fueron tratados diversos temas entorno a la formación del abogado, la conveniencia o no de la práctica jurídica obligatoria y de otras cuestiones de especial interés para el futuro de la abogacía. Finalmente se trató la relación de los despachos en el que los alumnos de I.S.D.E., podrán realizar prácticas.

El máster en Abogacía que imparte dicha Institución, que se haya homologado tanto por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona como por el de Madrid, y que el acceso al mismo está considerado en estos momentos como el más elitista de nuestro país, quedando restringido a una treintena de licenciados en derecho, dispone de un sistema formativo consistente en la mecánica de aprendizaje de la especialización de la materia de derecho escogida por el alumno, a partir del conocimiento genérico de la práctica jurídica.

## Discurso del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

«ABOGADOS AHORA Y SIEMPRE», magistral conferencia pronunciada por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid. Excmo. Sr. Don Luis Martín Mingarro.

Conmemorando la fundación del Colegio de Abogados de Madrid (15 de julio de 1596) y en un momento histórico de singular sensibilización a la exigencia del imperio de la ley y por ende de significativa trascendentalización de la función del letrado, el conferenciante, desde la tribuna del Club siglo XXI, aborda con valentía, claridad y dignidad, la función social del abogado, su relevancia, la necesidad de mantener incólumes los resortes que hacen posible su ejercicio, y a la postre la altura que se predica y el respeto que merece tan augusto quehacer.

Con evidente erudición, muestra como nota destacada de la abogacía su voluntad de servicio, de asistencia al que ha de menester de auxilio ante la injusticia, su proximidad al que precisa de ello, viviendo la angustia de los ciudadanos, y recordando la frase de Osorio y Gallardo que llamó a los abogados «Sacerdotes de la paz» buscando avenencias y transacciones, advierte como desempeñan su misión, batallando con la pluma, con la palabra (afirmaciones que se ven ya en el D. I, 1, 1, y en el Colegio de Justiniano Cod II, 7, 14); advierte que en tanto afanarse buscando el bien y la justicia

de tantos y tantos particulares, muchos de aquéllos, cual ocurrió con Cicerón, terminan dedicándose a la vida pública, en búsqueda y defensa del bien común. Y patentiza, como a lo largo de la historia los abogados de Madrid se han significado especialmente en la buena dirección de la firmeza, la concordia, la tolerancia y la paz. La defensa pues, es «nuestra constante» dijo utilizando palabras y argumentos hacia la consecución de la justicia y con ella de la paz, todo ello en sede del Estado de Derecho, a cuya consecución, revalorización y mantenimiento tanto contribuye y ha contribuido decisivamente la abogacía.

Con profusión de ejemplos y documentadísimas citas históricas, y alusiones a litigios específicos, muestra reciamente el conferenciante, la dignidad de los abogados, y la necesidad de respetar, mantener y defender su libertad como lo es también, la independencia del poder judicial (que glosa y defiende docta y convincentemente) requisito indispensable del buen juzgar.

El abogado, añade «que suele ser un gran solitario en la defensa del caso individual y concreto, hace tiempo que descubrió que «la defensa de la defensa es tarea que hemos de asumir todos juntos». A la postre, el abogado debe sentirse seriamente protegido y amparado por la

Ley, sentirse incólume en su deber de defensa, para ser así verdaderamente libre.

Esto es una necesidad para el buen ejercicio de la defensa, y por ello una necesidad para la sociedad, que ha de vivir iluminada por el respeto a los derechos fundamentales y por el consentimiento de todos los poderes a la ley. Y estos dos últimos puntos, añade, constituyen «el núcleo de nuestro oficio».

La docta y documentadísima disertación del Decano (además pletórica de humanidad, y fina percepción, como cuando efectúa la certera apología del «hombre corriente») terminó después de aludir, dando una gran muestra de solidaridad con la abogacía universal («celebraremos aquí con los colegas de todo el mundo esta conmemoración que debe unirnos») al homenaje ofrecido por los colegios de abogados de Lima, y de Méjico, que nacieron como filiales del de Madrid diciendo que «queremos merecer el aprecio social, el aprecio de todos, basado en la calidad moral y profesional que tienen que acompañar a quienes nos sentimos mensajeros de tan grandes valores».

La conferencia en fin, fue una muestra de lealtad, una valiente y docta proclamación de la verdad y una sincera y abnegada expresión de amor por un «trabajo en el que casi nació, y al que he dedicado toda mi vida».

## Discurso del Presidente del Consejo General de la Abogacía Española y Decano del Colegio de Barcelona, con ocasión de la festividad de San Raimundo de Penyafort en dicha ciudad.

Reinando una gran expectación, y en presencia de multitud de colegiados de todo el mundo venidos de 34 países y de 82 colegios y asociaciones de los cinco continentes, la palabra cálida y firme del Sr. Decano, evocaba la figura de S. Raimundo Penyafort, cuyo espíritu universalista se veía reflejado —decía— en la misma presencia de tantos letrados de tan diversa procedencia allí congregados.

Después de aludir a la gloria de los letrados desaparecidos, y del acicate que su labor colectiva comporta para el presente, mencionó dos hechos relevantes acaecidos al socaire del 700 aniversario de la Fundación del Colegio de Barcelona, a saber: la solemne constitución de la Fundación de S. Raimundo de Penyafort, erigida con la finalidad de fomentar la reinserción social y la cultura jurídica, y la presencia en el acto de tal erección de todos los Sres. Decanos de España, y la presencia de S.M. el Rey, en tanto que S.A.R. el Príncipe de Asturias y de Girona aceptaba la Presidencia de Honor de aquella Fundación. El Rey —continuó narrando el Sr. Decano— en su parlamento, destacó la importancia de la abogacía en la consolidación del Estado de Derecho y del imperio de la Ley, así como del desarrollo económico y cultural de la Sociedad.

Glosando esta y otra intervención de S.M. el Rey, y espoleando el sentido de responsabilidad de la abogacía española, exhorta a todo el mundo a hacer lo necesario al objeto de que las palabras y augurios reales no queden en simples vibraciones verbales, sino que se traduzcan en una verdadera efectividad, lo que le proporcionó la ocasión de insistir en la necesidad de facilitar a los licenciados nuevos colegiados aquellos conocimientos prácticos precisos para el buen hacer en el ejercicio profesional, aludiendo al precedente de la eficaz labor de las escuelas de práctica jurídica nacidas en el seno de los Colegios de Abogados de España, a la necesidad de combatir la situación de desigualdad que en relación a los restantes colegiados europeos pueden sufrir los colegiados españoles y a la imperiosa urgencia de atender a las conclusiones del último Congreso de la Abogacía celebrado en La Coruña, tan bien preparado y auspiciado ya en Santander. Es ya absolutamente imprescindible —insistía— que el tema del acceso a la abogacía y de la formación del joven abogado sea finalmente resuelto sin hipocresías ni demagogias.

Tercio defendiendo la dignidad del abogado, la justicia de que su augusta misión, de interés social, sea debidamente remunerada e incidió con decisión y valentía en el análisis de los problemas consecuentes del turno de oficio.

El respeto y el afecto presidieron unas palabras de salutación especialmente dirigidas a aquellos abogados que en la veteranía de sus 50 años, tanto aportaran con su esfuerzo a la justicia, y por ella, a la Sociedad; aludiendo también a la defensa de la mutualidad.

Unas palabras de cálida acogida, estímulo y profunda concienciación dirigidas a los noveles abogados, que según dijo, son quienes han de generar el futuro, «que es suyo» y son aquellos en quien la abogacía deposita su confianza para que prosigan ferreamente en la defensa del Estado de Derecho, de la independencia del ejercicio profesional, y guarden el mayor respeto a todas las diversas opciones que la misma riqueza humana nos ofrece.

Terminó su discurso —afirmando que le agradaría que en la pluralidad de abogados aquí venidos de todo el mundo, pudiésemos demostrar a todos los gobernantes, que nosotros somos también ciudadanos de una sola patria que tiene por finalidad al hombre, que para muchos de nosotros, es además, *imagen de Dios*.

## Cristiana Piaget presenta Economist & Jurist a los nuevos colegiados de Barcelona

Tras el emotivo discurso que el Decano del Colegio de Abogados, y presidente del Consejo General de la Abogacía Eugeni Gay Montalvo, dió a los jóvenes colegiados sobre el ejercicio de la profesión, y tras felicitar a los mismos y darles los oportunos consejos para su futuro profesional, los colegiados recibieron gratuitamente un ejemplar del último número de la revista Economist & Jurist, de nuestra modelo más internacional, la Hispano-Suiza Cristina Piaget, que fue contratada y seleccionada entre las mejores modelos para la ocasión; no es pues de extrañar que la espectacular y sutil belleza de la misma, como puede apreciarse en las fotografías causara estragos a los nuevos colegiados.



# B.D.A.

BASE DE DATOS ARANZADI



## Tenemos muy buenas razones para que usted elija nuestras bases de datos.

- Más de 140.000 disposiciones** en la B.D.A. de Legislación, incorporando además, legislación de las Comunidades Autónomas.
- Más de 130.000 sentencias y resoluciones** del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, incluyendo también el Tribunal Constitucional.
- Única base de datos del mercado **con sentencias y resoluciones** de todas las materias y todos los tribunales.
- Una exhaustiva selección de **Jurisprudencia especializada por materias**: Civil, Social y Tributaria.
- Rigor y Análisis**. Sumario de cada norma o resolución con indicación de la materia fundamental a que se refiere, así como un desarrollo a través de las voces más importantes a que afecta.
- Garantía Aranzadi**. Experiencia de más de 65 años. Con un programa editorial de investigación y desarrollo que incorpora continuamente las últimas novedades en legislación y jurisprudencia.
- Únicas bases de datos que **interrelacionan legislación y jurisprudencia**.
- Facilidad de uso**. Un completo Tesoro por voces que le ayudará a localizar la información que usted necesite rápidamente. Además incorpora el entorno Windows de fácil manejo.

- Permanente actualización**. Las B.D.A. se actualizan cada tres meses. Durante este tiempo usted recibirá, una información diaria, semanal o quincenal de las distintas publicaciones en papel.
- Servicio Aranzadi**. Con un servicio preventa y postventa para adecuar las B.D.A. a su sistema informático.
- Instalación sencilla**, tanto para un único usuario como para despachos con red local con varios terminales



**GRATIS** este lector óptico Multidisco Pioneer por suscribirse conjuntamente a las B.D.A. de Legislación y de Jurisprudencia.

### NOVEDADES B.D.A.

- B.D.A. de Legislación** 2 CD ROM • Más de 140.000 disposiciones. • Sistema de vigencias. • Interrelación con otras B.D.A. • A texto completo. • En entorno Windows y MS DOS. • En constante evolución.
- B.D.A. de Jurisprudencia** 3 CD ROM • Más de 130.000 sentencias y resoluciones. • Tribunal Constitucional. • Tesoro jurídico de conceptos. • Interrelación con otras B.D.A. • En constante evolución.
- B.D.A. de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales** 1 CD ROM • La más completa selección de sentencias y resoluciones. • Tesoro integrado de voces. • Interrelación con otras B.D.A. • Selección exhaustiva. • Entorno Windows y MS DOS.
- B.D.A. de Jurisprudencia Civil** 1 CD ROM • Derecho civil y mercantil. • Completo Tesoro de voces. • Permanente actualización. • Interrelación con otras B.D.A. • Entorno Windows y MS DOS.
- B.D.A. de Jurisprudencia Social** 1 CD ROM • Reproducción íntegra de los fundamentos de derecho. • Recursos de unificación de doctrina. • Interrelación con otras B.D.A. • Entorno Windows y MS DOS.
- B.D.A. de Jurisprudencia Tributaria** 1 CD ROM • Todos los supuestos. • Permanentemente actualizada. • Interrelación con otras B.D.A. • Entorno Windows y MS DOS.

### SOLICITUD DE DEMOSTRACION GRATUITA



Sí, deseo recibir gratis y sin compromiso información detallada sobre todas las ventajas que me ofrecen las nuevas Bases de Datos de Aranzadi.

Diskette interactivo

Demostración en mi despacho

DATOS PERSONALES (Rellene todos los datos)

Apellidos \_\_\_\_\_  
 Nombre \_\_\_\_\_  
 Profesión \_\_\_\_\_ Especialidad \_\_\_\_\_  
 Empresa \_\_\_\_\_ Actividad \_\_\_\_\_  
 Domicilio \_\_\_\_\_  
 Teléfono \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_  
 Población \_\_\_\_\_  
 Provincia \_\_\_\_\_ N.I.F./C.I.F. \_\_\_\_\_

Ex. Juris.

Rellene y envíe este cupón a: EDITORIAL ARANZADI  
Carretera de Aoiz, km. 3,5 • 31486 Elcano (Navarra)

Si tiene dudas, no dude en consultarnos.



948 - 33 02 26  
33 18 11



948 - 33 08 45  
33 09 19

ARANZADI  
EDITORIAL

Carretera de Aoiz, km. 3,5 • 31486 Elcano (Navarra)