
Cuadernos
de la Facultad de
Derecho **18**

CD

18

Palma 1993

Universitat de les Illes Balears

Cuadernos
de la Facultad de
Derecho

18

Palma 1992

Universitat de les Illes Balears

Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm. 18. 1992
Revista de la Facultat de Dret de la Universitat de les Illes Balears

Consell de redacció

Director: Avelino Blasco Esteve

Vocals: Miquel Coca Payeras
Bartomeu Colom Pastor
Bartomeu Sitjar Burguera
Joan Riutord Pane

Secretari: Joan Flaquer Riutord

Coberta: Jaume Falconer

© del text: Els autors, 1992

© de l'edició: Universitat de les Illes Balears, 1992

ISSN: 0212-0577

Dipòsit legal: PM 300/1982

No es permet la reproducció total o parcial d'aquesta revista ni de la coberta, ni el recull en un sistema informàtic, ni la transmissió en qualsevol mitjà, ja sigui electrònic, mecànic, per fotocòpia, per registre o per altres mètodes, sense el permís dels titulars del *copyright*.

Correspondència: Servei de Publicacions. Cas Jai. Campus universitàri.

Cra. de Valldemossa, km.7.5. 07071. PALMA

Preu: 2.500 ptes

Índex

Estudis

- Algunas consideraciones sobre la pervivencia de la legítima en Mallorca* 7
Miquel Masot Miquel
Catedràtic de Dret Civil de la UIB
- El nuevo delito de tráfico de influencias* 19
Gabriel Garcias Planas
Professor Titular de Dret Penal de la UIB
- Las elecciones locales* 33
Andreu Ribas Maura
Professor Titular de Dret Constitucional de la UIB
- Reflexiones sobre el concepto de mayoría absoluta en la Constitución* 43
Andreu Ribas Maura
Professor Titular de Dret Constitucional de la UIB
- El derecho contable en España* 47
Antoni Socias Salvà
Professor Titular d'Economia Financera de la UIB
- La ejecución forzosa del laudo arbitral* 65
Rosa Arrom
Professora de Dret Processal de la UIB
- La creación de un nuevo sistema legal de valoración de edificios
expropiados por la Ley 8/1990, de 25 de julio* 87
Julio Alvarez Merino
Secretari de l'Ajuntament de Manacor
- La apropiación indebida de la cuota obrera: aspectos administrativos* 101
José A. Martínez Lucas
Lletrat de l'Administració de la Seguretat Social

La crítica de Nozick a la teoría lockeana sobre la adquisición de la propiedad 117
Miquel Beltran Munar
Becari de la UIB

El Secretario judicial: comentario sobre sus funciones de documentación y dación de fe 127
Antonio Miralles Enseñat
Oficial de la Administració de Justicia

Derecho y discrecionalidad 133
Caterina Vivern Mayrata
Advocada

Aproximación a las legislaciones deportivas nacionales 145
Miquel Pascual
Advocat

Jurisprudència

Matrimonio no inscrito: su eficacia entre cónyuges. Uso y disfrute de vivienda conyugal 157
José A. Torres Lana
Catedràtic de Dret Civil de la UIB

Contrato de arrendamiento celebrado antes del R.D.L. 2/1985, de 30 de abril; posterior modificación: novación modificativa; sometimiento al régimen de prórroga forzosa anterior a dicha ley 165
Santiago Cavanillas Múgica
Professor Titular de Dret Civil de la UIB

Precontrato. Diferencias con el contrato de opción. Efectos del incumplimiento precontractual 171
María Nelida Tur Faúndez
Professora de Dret Civil del C.E.S.S.J. "Ramón Carande"

Reclamación de daños a una compañía de seguros. Exclusión del pago del I.V.A. de la cantidad a satisfacer como consecuencia de los daños al ser el perceptor empresario o profesional 177
José A. Arbona Femenia
Advocat

**Cuadernos de la
Facultad de Derecho (UIB) núm. 18, 1992
Estudis**

Algunas consideraciones sobre la pervivencia de las legítimas en Mallorca¹

Miquel Masot Miquel

I. Introducción

La cuestión de las legítimas ha sido, es, y posiblemente será, uno de los temas más debatidos del Derecho civil, empezando, de entrada, la controversia por la capital cuestión de si ha de subsistir o no la institución. Con acierto señala Raimundo Clar que las legítimas no deben ser otra cosa que un punto de equilibrio de varias instituciones en evolución y en ebullición: la libertad del individuo (en algunas de sus facetas), la familia, la sociedad y la propiedad². Como todas estas instituciones presentan rasgos absolutamente cambiantes proyectándolas en las coordenadas de espacio y tiempo, ello explica la diversidad de su tratamiento según el ámbito geográfico así como los retoques y variaciones que historicamente se han venido efectuando en su regulación. El tema de las legítimas ha sido, pues, siempre controvertido, y ha alcanzado recientemente, en nuestro ámbito, el cénit de la polémica cuando en el Parlament balear se planteó la cuestión de si suprimir las legítimas, estableciendo la libertad absoluta de testar.

¹ El presente artículo tiene como base la contestación, leída por mí, al discurso de ingreso de Jaime Ferrer Pons en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, bajo el título "Libertad dispositiva "mortis causa" y el Derecho civil de Mallorca".

² Raimundo Clar, REFLEXIONES SOBRE LAS LEGITIMAS, Palma 1991, pág. 25.

¿Legítimas sí?. ¿Legítimas no?. ¿Legítimas juxta modum?.

Posiblemente, dan, de entrada, idea del dramatismo con que se plantea la cuestión, las sabias palabras de Vallet de Goytisolo — cuya cita es obligada en esta materia — cuando nos dice que TODO EL DERECHO, ARTE DE LO JUSTO, SE MUEVE ENTRE DOS FUERZAS FLUIDAS QUE CONTINUAMENTE SE INTERFIEREN Y ENTRAN EN CONFLICTO: LA LIBRE VOLUNTAD DEL SUJETO Y LO PROHIBIDO NORMATIVAMENTE³. El Derecho, diríamos, deviene una lucha entre la esencia de la persona, que de por sí aspira a las más altas cotas de libertad, y la esencia de la colectividad, que aspira a imponer una organización de conducta de manera coactiva, como premisa ineludible para el orden y la armonía. Y esta lucha la encontramos, en toda su cruenta grandeza, en el Derecho sucesorio, y en particular en el tema que nos ocupa, en que la voluntad del testador, suprema ley de la sucesión, se estrella ante el obligado cumplimiento de las disposiciones en materia de legítimas. ¿como se resuelve esta lucha?. ¿Porqué en algunos sistemas vence la voluntad a la norma mientras que en otros es ésta la que prevalece sobre aquella?.

La doctrina⁴ ha hablado, muy justamente, de la conveniencia de acudir a los estudios históricos como elementos de meditación. Y, ciertamente, la historia —según dice Cicerón— es testigo de las edades, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de la vida y heraldo de la antigüedad⁵. Y nuestro vazquez de Mella sentenciaba que los pueblos se enlazan con la muerte el mismo día en que se divorcian de su historia⁶.

Bueno será, por tanto, sumergirnos brevemente en el tunel del tiempo y contemplar someramente como afrontaban la cuestión de la libertad de testar los Derechos históricos que son la base de los Derechos vivos de hoy en día.

II. Síntesis Histórica

I. Derecho Romano

La historia nos dice que en el Derecho romano de la época republi cana, el testador disponia de amplia libertad para disponer de sus bienes como quisiera. Pero que esta libertad se vió pronto limitada por una exigencia formal: era necesario referirse a los SUI HEREDES, ya para instituirlos herederos o desheredarlos, y si no lo hacía así, el testamento estaba viciado de preterición por omisión de algún SUUS, pudiendo éste conseguir la impugnación del testamento y su anulación. Estamos, por tanto, ante lo que

³ Vallet de Goytisolo, LIMITACIONES DE DERECHO SUCESORIO A LA FAÇULTAD DE DISPONER. LAS LEGITIMAS. Tomo I, pág. 3.

⁴ Por todos Jaime Ferrer, en el discurso citado, en el que dice: El conocimiento de la historia, y, en lo que el Derecho se refiere, a los antecedentes históricos de sus instituciones, no se ha valorado debidamente. De la trascendencia del estudio de la historia ya nos habló Bertrand Russell (Ensayos filosóficos. Sobre la Historia): De todos los estudios mediante los cuales los hombres adquieren la ciudadanía en la comunidad intelectual, ninguno es tan indispensable como el del pasado. La historia relaciona el presente con el pasado, y, con ello, el futuro, con el presente.

⁵ Cicerón, DE ORATE II, 9.

⁶ Vazquez de Mella, DISCURSO SOBRE LA PERSECUCION RELIGIOSA Y LA IGLESIA INDEPENDIENTE DEL ESTADO ATEO, Obras Completas, volumen V.

después llamó la pandectística la LEGITIMA FORMAL; y ello nos pone sobre la pista de que las convicciones de la época no veían lógica alguna en un testamento huérfano de mención para los SUI HEREDES.

A partir del Siglo II comenzó a cundir la idea posiblemente, dice Lacruz⁷, por influencia de la filosofía griega de que no bastaba a los SUI un mero nombramiento sino que se les debía transmitir asimismo una parte de la herencia. La conciencia popular consideraba que el testador no podía dejar a sus consaguíneos desasistidos. Por el juego del OFFICIUM PIESTATIS existía un verdadero deber moral de dejarles una parte de la herencia. Pronto se estableció la posibilidad impugnatoria de los testamentos en que no se hacía así, apareciendo la QUERE LA INOFICIOSI TESTAMENTI dirigida a la anulación del testamento en que el testador no dejaba la porción legítima —es decir lo que los pandectistas llamarán después la LEGITIMA MATERIAL— a las personas con derecho a ella. Pero lo que me llama la atención, y quiero subrayar aquí, es que antes de existir la querella inoficiosi testamenti como acción impugnatoria, los retóricos, que impugnaban ante el Tribunal los testamentos en que no se dejaba la porción legítima, basaban la impugnación en que el testamento era obra de un demente, al haber preterido a los parientes más próximos. Y la pregunta que en este punto me hago —y estoy tentado de contestar afirmativamente— es la de si latén todavía en buena parte estas ideas en nuestra sociedad.

2. Derechos germánicos

En los antiguos Derechos germánicos se parte de una situación de comunidad familiar, en la que los bienes son de todos. Al morir el jefe los bienes siguen perteneciendo a la comunidad, en la cual simplemente cambia la dirección. Existía en vida del causante una comunidad patrimonial entre él y los herederos reunidos en el hogar; y, al disolverse la comunidad por muerte del causante, tenía lugar una distribución entre los comuneros, salvo determinados objetos de uso personal que pasaban al hijo considerado más idóneo. De ahí la máxima de que “los herederos nacen y no se hacen”. SOLUS DEUS POTEST FACERE HERES, = NON HOMO. Fué la Iglesia, siempre tan oportuna y siempre al quite, la que preconizó la necesidad de que exista una parte de libre disposición, que pueda ser destinada a limosnas y sufragios, a fin de atender las necesidades del alma y la salvación del testador, introduciendo una PROPIA PORTIO, dentro de un sistema de propiedad comunal del grupo Es la llamada CUOTA PRO ANIMA que se convirtió después en cuota de libre disposición y que coexistía con una legítima de las restantes 4/5 partes de la herencia, que se transmitía OPE LEGIS a los descendientes. Sistema que aparece recogido en la célebre ley DUM INCLITA de CHINDASVINTO obrante en el LIBER IUDICIORUM.

3. Derechos históricos españoles

Los precedentes, pues, del Derecho romano y de los Derechos germánicos configuran la sucesión sobre una base de fuertes restricciones a la libertad de testar. Y, de una u otra

⁷ Lacruz-Sancho, DERECHO DE SUCESIONES, pág. 421.

manera, influyeron notablemente en los sistemas jurídicos que se fueron desarrollando en España, desde Cataluña y Baleares, que muestran fuerte impacto de los precedentes romanos, hasta el Derecho de Castilla, sistematizado en el Código civil, que combina ambos elementos, habiendo dicho, con notable acierto, VALLET DE GOYTISOLO que LAS CONSTRUCCIONES DE LOS CLÁSICOS DEL DERECHO CASTELLANO SE REALIZARON CON MATERIALES ROMANOS, PERO GUARDANDO LAS PROPORCIONES GÓTICAS. EL DERECHO GERMANICO, EVOLUTIVAMENTE ATENUADO, FUE REGULADOR DE LA MEDIDA. EL DERECHO ROMANO EN SU FASE JUSTINIANA EXPLICÓ SU NATURALEZA⁸. Por el contrario, y como es sabido, Navarra, consagra un sistema de legítimas fictas, sin contenido patrimonial, y dirigidas a una atribución meramente formal, lo cual ha sido explicado por la doctrina como consecuencia de la pervivencia de elementos primitivos, aletargados por la dominación romana, que conocían un sistema de heredero único mantenedor de la cohesión del patrimonio familiar, prevaleciendo la necesidad de defender la continuidad de éste sobre el reparto y disgregación del mismo entre los herederos.

Es curioso hoy en día recordar —y termino con ello este breve recorrido por el túnel del tiempo— que las Partidas, en criterio compartido, por cierto, con Bártolo y Socino, consideraban que la legítima era debida por Derecho Natural, en cuanto venía subrogada en la obligación alimenticia. Pero ya otros clásicos como Cino de Pistoia, Baldo y el Abad Panormitano, distinguieron y matizaron con exquisito cuidado —como diríamos con terminología de hoy— señalando que lo único debido por Derecho natural eran los alimentos y que la legítima venía establecida por mandato del Derecho civil, por lo que era factible que tanto la ley como los estatutos pudieran desconocerla.

Entre nosotros, Fernando Vazquez de Menchaca en su Tratado publicado en Salamanca en 1.559, sanciona la diferencia entre ambos conceptos jurídicos, argumentando que la costumbre muestra que en ciertos pueblos solo el hijo mayor sucede en todos los bienes y señalando, además, que no puede fundamentarse la legítima en un derecho de alimentos, pues éste exige que el alimentista los precise, por lo que no puede servir de fundamento a las legítimas, que se atribuyen sin tener en cuenta las necesidades del legitimario y por el solo hecho de la descendencia.

4. Conclusiones

Ciertamente, —según señala la *communis opinio doctrinal*— la cuestión de la libertad de testar no puede hoy en día plantearse con carácter general, sino, en todo caso, referida a una comunidad o sistema jurídico determinado. La adecuación de la normativa a la realidad social debe ser siempre el motor impulsor del desenvolvimiento del Derecho; pero las realidades sociales cambian grandemente al socaire de estas dos grandes coordenadas que son el tiempo y el espacio.

Por ello, el análisis de la cuestión contemplada tiene que hacerse en estrecho contacto con las convicciones hoy en día imperantes en el marco geográfico de nuestras Islas. No otra cosa es lo que viene a proclamar Vallet de Goytisolo al decir que “lo

⁸ Vallet de Goytisolo, APUNTES, primera parte, pág. 19.

fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso, el mismo objeto y contenido de la herencia en cuestión, netamente influído, cuando se traduce en bienes raíces, por la geografía física y económica en que se hallen ubicados”⁹.

Y si las conclusiones del examen pormenorizado de nuestra realidad social exigen la desaparición de la norma, ello ha de hacer se sin escrúpulos derivados de un tradicionalismo mal entendido o de un apego —muy comprensible, por otra parte— a las instituciones pro pias. En un mundo en que todo cambia tan rápidamente, no es extraño que también con el paso del tiempo ciertas leyes deban cambiar. Como decía Goethe, poniendo sus palabras en boca de Mefistófeles, las leyes son como una enfermedad que se transmite de generación en generación, y lo que antes era bueno después se hace malo, y lo que antes era justo deviene injusto. Como la realidad social cambia, las leyes asimismo deben cambiar.

No puede decirse que nuestro Parlament haya legislado haciendo oídos sordos a las convicciones actuales, pues lo cierto es que la ley de 28 de Junio de I. 990 ha cambiado sustancialmente la regulación de la legítima, diciéndose en la exposición de motivos, literalmente, “especialmente importantes son las modificaciones que se introducen en el sistema legitimario”. Más ¿ha cambiado suficientemente?. ¿se ha legislado de acuerdo con los cambios que la realidad social demandaba?. Voy a examinarlo muy brevemente, bien entendido que no hago sino dar mi opinión —necesariamente rápida y resumida— sobre la cuestión.

III. Las legítimas en Mallorca

1. Legítima de los ascendientes

Como es sabido, la ley del Parlament balear de 28 de Junio de 1990 la ha reducido a los padres con exclusión de los demás ascendientes y ha pasado a ser la 4ª parte del haber hereditario

Creo honradamente que la realidad actual no demanda la conservación de esta legítima. La legítima de los padres y ascendientes podía tener su razón de ser en épocas pretéritas en las que no se conocía un sistema de previsión social como existe hoy en día. Hoy los padres ni necesitan, ni quieren por lo general, ser legitimarios de sus hijos y si se diere algún caso de excepción, es evidente que siempre el derecho a los alimentos acudiría en auxilio de las necesidades del ascendiente. Lo cierto, además, es que la legítima de los padres puede plantear problemas en caso de premoriencia del hijo, casado y sin descendencia, si éste ha instituído heredero al cónyuge viudo. En estos casos, si el caudel relicto es de escasa cuantía, limitado posiblemente a la vivienda familiar, el pago de la legítima de los padres, particularmente si ha de pagarse en bienes de la herencia puede obligar a establecer una situación de condominio respecto de

⁹ Vallet de Goytisolo, LIMITACIONES... pág. 49.

aquella verdaderamente absurda.

No hay que olvidar, por otra parte, que juega a favor de los ascendientes el hecho de estar vigente en nuestro Derecho la norma recogida por el art. 812 Cc —cuya vigencia sanciona expresamente el art. 43 in fine del nuevo texto compilado— según el cual los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. También les es favorable la norma del art. 935 Cc —vigente igualmente dentro de nuestro sistema jurídico— que les llama a la sucesión intestada a falta de hijos y descendientes del difunto.

Por todo ello, es posible que estemos ante una legítima destinada a desaparecer en una próxima reforma de la Compilación. No laten en ella las ideas de continuidad en el patrimonio familiar que animan la legítima de descendientes. Y en definitiva: si el hijo no ha testado y muere sin descendientes, heredan como sucesores ab intestato y si ha testado disponiendo de sus bienes a favor de otra persona, parece debe respetarse absolutamente su voluntad al haberlo así dispuesto.

2. Legítima del cónyuge viudo

No solamente se ha conservado en el texto actual de la Compilación, sino que se ha incrementado, pasando a ser el usufructo de la mitad, los dos tercios o la totalidad de la herencia, según concurra el cónyuge viudo con descendientes, padres o personas que no tengan ni uno ni otro parentesco con el causante.

Ciertamente la realidad social muestra como, con muchísima frecuencia, se instituye heredero universal al viudo o, en concurrencia con hijos, se le instituye en el usufructo de la totalidad de la herencia, obligando a los hijos a respetar este usufructo universal en base al juego de la cautela socini.

Lo normal, por tanto, es que los propios conyuges establezcan disposiciones mortis causa a favor del sobreviviente que permitan a éste disponer de lo necesario para seguir manteniendo su acostumbrado nivel de vida. Más, en todo caso, bienvenidas sean estas disposiciones por las que se incrementa la cuota legitimaria, en atención a los supuestos en que no se contienen en los testamentos cláusulas de este estilo o, simplemente, no existe testamento.

Siendo, pues, una constante legislativa la progresiva protección del cónyuge viudo, extraña —aunque lógicamente se respeta— que en el Derecho de Eivissa y Formentera no tenga el mismo derecho a legítima, situación tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que se ha instaurado, en la reciente Ley reformadora, una legítima de los padres que antes no existía.

Indudablemente, debe tener razón Cerdá Gimeno cuando señala que la no inclusión del cónyuge viudo como legitimario deriva del propio sistema jurídico de las Pitiusas, ya que usualmente —vía heredamiento, vía testamento o vía donación— el viudo o viuda goza del derecho de usufructo universal sobre los bienes del causante y en tal situación es

¹⁰ Cerdá Gimeno, COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Y COMPILACIONES FORALES, tomo XXXI, vol. 20, pág. 449.

innecesario otorgarle una legítima¹⁰. Espero y deseo que la situación continúe así, pues lo cierto es que, de darse casos en que no ha existido tan lógica prevención, el cónyuge viudo puede encontrarse en una situación de desprotección altamente desagradable.

La realidad social nos muestra, por otra parte, que, en caso de existir descendientes, la cuota viudal en usufructo convive armoni camente con las disposiciones a favor de aquellos. Sin embargo, para los casos en que así no sea, que pueden darse en ocasiones, particularmente cuando los herederos son hijos de anterior matrimonio del causante, se considera plausible el hecho de que la ley reformadora haya insertado dentro de nuestro sistema jurídico el texto del art. 839 Cc, pudiendo por tanto los herederos satisfacer al cónyuge su parte en usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial; precepto cuya validez entre nosotros era hasta ahora cuestionada por poder atentar contra el principio fundamental de concepción de la legítima como *pars bonorum hereditatis*, pero como vamos a ver enseguida, este principio ha iniciado, a Dios gracias, su crisis particular.

3. Legítima de los descendientes

Indudablemente es ahí donde las opiniones están más enfrentadas.

No existe respecto de ella la coincidencia de criterio que se da respecto de las otras legítimas, pues, en cuanto a la de los padres, muchos abogan por su desaparición, y respecto de la del cónyuge viudo, casi todos preconizan su conservación y mantenimiento.

Es, por el contrario, al tratar de la legítima de los descendientes cuando el tema legitimario alcanza los más polémicos debates.

Debe haber legítima de descendientes, se ha dicho, porque la impone la paternidad responsable (hay que pensar en las necesidades y problemas con que los hijos podrán encontrarse en el futuro), la exige la continuidad del patrimonio familiar (lo que se hereda de un ascendiente se recibe con el mandato tácito de transmitirlo a los descendientes) y la impone el hecho de que la familia haya participado en la formación de la propiedad (habiendo señalado Cimbali que la familia, en particular, los hijos y el cónyuge viudo han ayudado en ocasiones directamente a la creación del patrimonio familiar y siempre indirectamente con el estímulo que de por sí suponen). La familia, la familia nuclear, se ha convertido así en lo que Paul Bourget llamó **ORGANO DE DURACION O CONSERVACION DE LAS ADQUISICIONES HUMANAS DE ORDEN MATERIAL Y MORAL**. Tan atrás como nos remontemos a través de los anales de la Humanidad nos encontramos que su constante esfuerzo, su lucha por la existencia ha dado lugar a la constitución de órganos de duración, gracias a los cuales cada generación no supone una eterna vuelta a empezar. El hogar, donde se agrupa la familia, seres de la misma sangre, la casa, como el lenguaje, como la imprenta es uno de estos órganos de duración. Lo que el padre recibió de sus mayores, lo que ha adquirido, quiere que, en todo o en parte, se transmita a sus sucesores; es el instinto de permanencia que lucha en el corazón humano contra el constante transcurrir del tiempo. Y de esta manera se suaviza e idealiza el duro principio de la propiedad, que de poseer por poseer se convierte en poseer para transmitir.

No importa decir que desde otros puntos de vista se han vertido interesantes

argumentos a favor de la absoluta libertad de testar; y no han faltado sutiles distinciones a la hora de optar entre legítimas cortas y largas, como la que hace Vallet entre PATRIMONIOS DINAMICOS O DE PRODUCCION (fincas agrícolas, pequeñas industrias o comercios) para los que propugna su continuidad por un heredero, percibiendo los otros hijos legítimas cortas, frente a los PATRIMONIOS ESTATICOS O DE AHORRO, respecto de los cuales su continuidad no tiene ningún interés social por lo que es perfectamente factible la división del patrimonio en base a legítimas largas¹¹. Idea que, fundamentalmente, se coincide con la expuesta por Roca Sastre en la conocida conferencia dada en el Colegio Notarial de Madrid en 1943 bajo el título LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR LO RURAL Y LO URBANO EN EL DERECHO SUCESORIO.

Meditando sobre todas estas consideraciones, creo que estaremos todos de acuerdo en la trascendencia e importancia de la familia dentro de la sociedad moderna. El MARQUES DE MIRABEAU, en su DISCOURS SUR LES SUCCESSIONS decía — con razón — que los sentimientos y las costumbres que son base de la felicidad pública se forman en el hogar doméstico. Y yo creo que el sentimiento de familia se robustece si late bajo el mismo la idea de permanencia. No empieza ni termina todo en cada generación sino que a las nuevas generaciones debe llegar algo producto del trabajo y del esfuerzo de las anteriores; algo que en sí simboliza la propia familia. Lo que el sentido común demanda es que lo de los padres sea en todo o en parte de sus hijos. Recordemos que los retóricos decían, ante el Tribunal de los centumviro, que el testamento en que se pretería a los hijos era obra de un demante. Y los hijos lo que quieren es tener algo que haya pertenecido a sus padres, y no solo por mero apego material. He podido apreciar, en mi vida profesional, llevando los menos que he podido, por ser siempre desagradables, pleitos sucesorios, el hondo disgusto que tiene el hijo preterido al dolerse de la manera injusta con que ha sido tratado por sus propios padres.

Abogo, pues, con buena parte de la doctrina, por la conservación de la legítima de los descendientes; pero no quiero terminar estas breves consideraciones en torno a la legítima mallorquina sin efectuar unas pequeñas precisiones que demuestran que mi aceptación del sistema legitimario no es incondicional ni mucho menos.

1ª) En primer lugar, considero plausible que la legítima mallorquina sea una legítima corta, pues de esta manera se puede armonizar más fácilmente el respeto a la legítima con el asimismo exigible respeto a la voluntad del testador. Agudamente ha puesto de relieve Raimundo Clar¹² que es absolutamente infrecuente hoy en día que una familia tenga 5 ó más hijos, con lo que lo normal es que la legítima colectiva quede reducida a una tercera parte del haber hereditario y no a la mitad.

Hoy —dice dicho autor— con la sequía de natalidad dominante parece que —si se quiere mantener el espíritu de la norma— debería reducirse, quizás, a dos el escalón entre la tercera parte y la mitad. Se que esto representaría —añade—, en cierto modo, favorecer o ampliar las legítimas, en contra de lo que vengo defendiendo; pero, aceptado un sistema, hay que aplicarlo en todas sus consecuencias aunque no nos guste.

Creo, por el contrario, que el mantenimiento de una legítima referida en el común

11 Vallet de Goytisolo, LIMITACIONES, pág. 51.

12 Raimundo Clar, Ob. cit. pág. 27.

de los casos a una tercera parte de la herencia armoniza y se conjuga mejor con el principio de libertad de testar, sin que se resienta, por otra parte, la coherencia de nuestro sistema legitimario por el hecho de que se haya operado una obvia disminución del número de hijos en las familias.

2ª) Excepcionalmente, el derecho a legítima de los hijos o descendientes podría quedar sin efecto en el supuesto de existir otro hijo o descendiente incapaz o afectado de minusvalías determinantes de que el padre pueda considerar que es preciso destinar el caudal hereditario en su integridad a asegurar de por vida una asistencia al incapaz.

Todos hemos podido conocer las preocupaciones que anidan, en estos casos, en los padres, quienes temen que, a su muerte, el hijo incapaz o minusválido pueda quedar sin lo preciso para su subsistencia y cuidados.

Darles la oportunidad de destinar todo su caudal a este noble propósito, sin ingerencias legitimarias de los demás hijos, creo que es lo que la equidad y la justicia exigen para estos casos.

3ª) Posiblemente se impone una revisión de las causas de desheredación. La Compilación, en su actual redacción, se limita a hacer una alusión al tema para señalar que “la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza no se probare, si fuera contradicha, o que no sea alguna de las previstas en el Código civil producirá los efectos indicados en el párrafo primero”. Es decir, no se anulará el testamento y el desheredado tendrá derecho a exigir lo que por legítima le corresponde.

La remisión a las causas de desheredación previstas en el Código civil tiene carácter estático y se entiende hecha a las existentes en el momento de entrar en vigor la ley del Parlament de 28 de Junio de 1.990, y en la redacción que entonces tenían de acuerdo con el art. 852 y siguientes del Código civil. Por tanto, hay que entender que sigue figurando dentro de nuestro Ordenamiento jurídico balear como causa de desheredación de la hija o la nieta el haberse entregado a la prostitución, pues la ley 11/1990 de 15 de Octubre que suprimió tal causa de desheredación en el Código civil no tiene eficacia en Derecho civil balear, al existir norma foral reguladora de la materia.

Tal vez la conveniencia de suprimir esta causa de desheredación —que, indudablemente, no deja de ser una discriminación por razón de Sexo— pueda constituir el acicate para que el Parlament balear regule con realismo y valentía las causas de desheredación en general, que no han tenido una regulación demasiado acertada al decir de la doctrina.

Ya Castán, siguiendo a Roguin, ponía de relieve el contraste que en la materia presentan las legislaciones del grupo latino —entre las cuales indudablemente está incluido el Código civil— y las del grupo germánico. Mientras las primeras se caracterizan por el mantenimiento de causas, tomadas del Derecho romano, muy especiales y concretas, casi extravagantes y cuya realización es extraordinariamente rara las germánicas, por el contrario, tienden a ampliar los casos posibles de desheredación dándoles un aspecto moderno susceptible de aplicación práctica. Así, el Código Suizo considera causa de desheredación la falta grave a los deberes que la ley impone hacia el difunto o su familia, y el Código alemán admite una causa tan general y amplia como

13 Castán, DERECHO DE SUCESIONES, vol. 20, pág. 640.

la de llevar conducta deshonrosa o inmoral contra la voluntad del difunto¹³.

En este mismo sentido, aboga también por la revisión de las causas de desheredación Raimundo Clar. A lo largo de los últimos años —dice— he tenido que contestar negativamente a padres que querían desheredar a algún hijo con el que no tienen relación alguna, pero que no les ha “maltratado” ni “negado alimentos”. Solamente he visto utilizar una vez la causa de desheredación por dedicarse a la prostitución.

Creemos —concluye— que deberían haberse actualizado y liberalizado las causas de desheredación¹⁴.

Indudablemente, comparto esta preocupación doctrinal por el tema.

4^a) El tratamiento que el legitimario ha tenido tradicionalmente en el Derecho civil balear ha sido excesivamente favorable. En particular, ha planteado muchos problemas la consideración de la legítima mallorquina como PARS BONORUM HEREDITATIS, que facultaba al legitimario para percibir la legítima en bienes de la herencia, Siendo ineficaz —decía el hoy modificado art. 46— toda disposición en contrario del testador.

Sin embargo, y aunque tal era desde luego la concepción tradicional, el proyecto de Apéndice de 1.920 trataba la cuestión de modo más racional al disponer que “en el caso de que el testador señale la legítima en dinero, al igual que si así conviniesen en cubrirla heredero y legitimante, se entenderá aquella satisfecha con bienes hereditarios”.

La doctrina —Jaime Ferrer, Francisco Noguera, Juan Verger— ha venido señalando que la exigencia de pagar las legítimas en bienes hereditarios era absurda y antieconómica, produciendo una atomización de la propiedad rural. Parece que se ha olvidado —decía Juan Verger tras aparecer la Compilación de 1.961— lo que es inconcebible, que el Derecho foral es esencialmente un Derecho rural, destinado a servir los intereses y necesidades del campo, ya que en éste y para éste nació principalmente¹⁵.

Pero es que si el problema se traslada al ámbito urbano es todavía más pavoroso, particularmente en aquellos supuestos en que el caudal relicto viene integrado fundamentalmente por la vivienda familiar del fallecido, con lo que el pago de la legítima en bienes de la herencia, exige la constitución de absurdos y antieconómicos condominios.

Por todo ello, bienvenida sea la novedad introducida por la Ley reformadora que en el primer párrafo del art. 48 sanciona que, a pesar de deber ser pagada la legítima en bienes de la herencia, el testador en todo caso, y el heredero distribuidor, si no se le hubiere prohibido, podrán autorizar el pago de la legítima en dinero aunque no lo haya en la herencia.

Apostamos sobre seguro al decir que el texto se ha de convertir en una cláusula de estilo que se incorporará a muchísimos testamentos. Y tal vez se haya ya emprendido el camino que enterrará definitivamente los viejos dogmatismos de la legítima como

¹⁴ Raimundo Clar, Ob. cit. pág. 30.

¹⁵ Juan Verger Garau, INNOVACIONES INTRODUCIDAS EN EL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES POR LA RECIENTE COMPILACION, Revista de Derecho Notarial, enero-marzo 1962, pág. 293.

En el mismo sentido, Jaime Ferrer Pons, COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Y A LAS COMPILACIONES FORALES, tomo XXXI, vol. 10, pág. 727.

PARS BONORUM HEREDITATIS, estableciendo su conceptualización como simple PARS VALORIS. Si bien la doctrina ha señalado que la legítima mallorquina ha tenido tradicionalmente el primer carácter, no puede olvidarse que hay otros argumentos a favor de la consideración de la legítima como mero gravamen de la herencia, como es, fundamentalmente, la antigua práctica, que he comprobado, de inscribir las fincas de la herencia a nombre del heredero, “sin perjuicio de los derechos legitimarios”, y poder aquel transmitir las sin intervención de éstos, práctica de la que se hace eco Pascual Gonzalez, quien cita asimismo la conocida contestación dada por el Comité de Consultas de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario en el año 1931 a una consulta del Colegio Notarial de Baleares, permitiendo la inscripción de una escritura otorgada por el heredero sin la concurrencia de los legitimarios, en base a “que no debe denegarse la inscripción de tal escritura ya que los legitimantes no tienen que intervenir más que en el caso de que las fincas quieran transmitirse libres de la responsabilidad que les afecta”¹⁶.

5ª) Y si en un ulterior desenvolvimiento de nuestro derecho se va a la legítima como crédito, entonces no tendrá fundamento la posibilidad, reconocida por el anterior art. 46, y hoy por el art. 47 de nuestra Compilación, del legitimario de acudir al juicio de testamentaría, pues, tal juicio de división del caudal, no tiene razón de ser si la legítima ha de pagarse en metálico, cual señala, por cierto, el art. 47 Compilación.

Es lo cierto que, en una época como la actual, en que la Administración de justicia tiene una problemática muy seria de exceso y colapso de asuntos, que no puede tramitar debidamente, el juicio de testamentaría se convierte en un procedimiento que se perpetúa durante años y años —y no hablemos en el caso de existir de por medio algún incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario—, durante los cuales ni legitimario ni heredero pueden inscribir los bienes a su nombre ni siquiera administrar los, por imponer la ley una administración judicial. De ahí que no en pocas ocasiones se emplee el juicio de testamentaría por parte del hijo o descendiente que solo ha sido instituido en la legítima como medio de presión para exigir de los herederos más de lo que le corresponde por legítima, bajo amenaza de tener que pasar por el calvario de la testamentaría de no acceder a su pretensión.

El peligro puede ser en parte obviado, y los competentes Notarios de nuestro Colegio hacen frecuente uso de ello, mediante la partición realizada por el propio testador o el establecimiento en el testamento de una disposición nombrando contadores partidores, pero lo cierto es que los Abogados somos testigos de testamentarías que se perpetúan y languidecen durante años y años en los Juzgados en perjuicio, al fin y a la postre, de todos los interesados en la sucesión.

Por ello, tal vez sea más justo y racional el tratamiento que se da a la legítima en el Derecho civil catalán, que parte de una conceptualización de la legítima distinta de la de nuestro Derecho y de la del Código civil.

Se respeta, en definitiva, el derecho del legitimario, pero no creo que haya

¹⁶ Pascual Gonzalez, DERECHO CIVIL DE MALLORCA, pág. 212.

necesariamente que darle un tratamiento tan privilegiado como el que actualmente tiene. En ocasiones, un proteccionismo excesivo acaba distorsionando todo el sistema jurídico. En Mallorca sabemos algo de esto: historicamente, quisimos proteger tanto y tanto una institución... que acabamos pariendo el alodio.

Para finalizar, dejadme que vuelva a la pregunta inicial: ¿Legítimas SÍ?. ¿Legítimas NO?.

Contesto en lenguaje coloquial, en el “roman paladino de hoy con el que suele el pueblo hablar a su vecino”. Y digo: Legítimas sí, pero legítimas light, es decir, legítimas bastante descafeinadas.

El nuevo delito de tráfico de influencias

Gabriel Garcías Planas*

Evolución parlamentaria

Estimando el sentir mayoritario —la necesidad de tipificar el delito de tráfico de influencias y la información privilegiada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida— Iniciativa por Catalunya se formuló Proposición de Ley de redacción de un nuevo artículo del Código Penal bajo el número 368 bis, en el Capítulo IV del Título VIII “De los delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus cargos”¹.

Por el Grupo Parlamentario Popular se formuló proposición de Ley Orgánica reguladora del tráfico de influencias y del manejo de información privilegiada².

* Profesor titular de Derecho Penal.

¹ Artículo 368 bis: “El funcionario público que en propio o ajeno beneficio, mediando o no recompensa, participación o dádiva para sí o la persona interpuesta, suministrarle a otro información privilegiada, de la que tenga conocimiento por razón de su oficio para facilitar la ventajosa o más favorable consecución de cualquier negocio o intercediera frente a cualquier clase de autoridad para el otorgamiento de concesión, contrato u operación mercantil, servicio o nombramiento será castigado con la pena de arresto mayor, suspensión y multa de 300.000 a 1.000.000 de pesetas de inhabilitación absoluta.

² Artículo 1º. Concepto legal.

1. Se entiende por tráfico de influencias a los efectos de esta Ley, aquella actividad de aproximación, inducción o persuasión, ante las Administraciones o Poderes Públicos, autoridades o funcionarios, o de intervención ilegítima en asuntos o negocios pertenecientes a la esfera pública, practicadas con el fin de incidir en la formación de la voluntad de los órganos administrativos o sus titulares y obtener de este modo beneficios patrimoniales para sí mismo o para terceros.

Por el Grupo Parlamentario Catalán —Convergència i Unió— se formuló proposición de Ley Orgánica por la que se introduce un nuevo Capítulo en el Código Penal para

2. Se considera manejo de información privilegiada, a los efectos de esta Ley, la utilización, por quien ostenta un alto cargo o lo ha ostentado en los dos años anteriores, de informaciones o datos de los que haya tenido conocimiento en razón de su cargo con el fin de obtener un beneficio patrimonial para sí o para terceros.

Artículo 2º. Tipificación penal.

1. Quienes ejercieran tráfico de influencias o manejen información privilegiada y obtuvieran para sí o para terceros un beneficio patrimonial, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor del beneficio obtenido.

2. Será tipo cualificado de este delito el hecho de que su autor ostente un alto cargo o lo haya ostentado en los dos años anteriores. A tales efectos, se consideraran altos cargos:

a) Aquellos que resultaron elegidos en convocatoria a las Cortes Generales o Parlamentos autonómicos, así como a Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales.

b) Los miembros de órganos cuya provisión corresponda a las Cortes Generales o a los Parlamentos Autonómicos.

c) Los cargos de las Administraciones Públicas cuyo nombramiento exija la forma de decreto, así como todos aquellos que se hallan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983 de 26 de Diciembre.

En este supuesto, la multa será del duplo al tripló del beneficio obtenido y se aplicará, en todo caso, la inhabilitación absoluta.

Artículo 3º. Extensión de la investigación.

1. A los efectos de incoación del proceso, se entenderá que existen indicios racionales de tráfico de influencias o manejo de información privilegiada cuando el alto cargo no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la toma de posesión de su cargo y hasta el plazo de cuatro años desde que cesare en el mismo.

2. Los Tribunales podrán extender la investigación de tales incrementos injustificados a los patrimoniales del cónyuge, ascendiente, descendiente, hermanos o afines en los mismos grados del alto cargo.

Artículo 4º. Obligación de declarar y Registro de intereses.

1. Quienes sean elegidos o designados para desempeñar alguno de los altos cargos comprendidos en el número dos del artículo segundo, deberán efectuar una declaración jurada de actividades y de patrimonio. Ambas declaraciones se efectuarán dentro de los tres meses siguientes al de toma de posesión o cese y al de modificación de las circunstancias de hecho.

2. Tales declaraciones se practicarán según modelo que aprobarán las Mesas de cada Cámara, y el Ministerio u organismo competente en los demás casos.

3. La declaración de actividades incluirá la descripción de la actividad profesional anterior y especificará, en su caso, la pertenencia a Consejos de Administración o cualquiera otra vinculación, con empresas privadas, así como cualesquiera actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos.

4. Las declaraciones se inscriban en un Registro de intereses, constituido en la Cámara correspondiente y en el Ministerio u Organismo competente en los demás casos.

5. El contenido del Registro de Intereses tendrá carácter público, a excepción de lo que se refiere a bienes patrimoniales.

Artículo 5º. Responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

1. El funcionario público que, conocedor de una actividad que pudiera constituir delito de tráfico de influencias o manejo de información privilegiada, no lo denunciare, incurrirá en la pena de arresto mayor y suspensión.

2. Si en el referido delito hubiere mediado beneficio para el funcionario, se le impondrá además la pena de multa del tanto al duplo e inhabilitación especial.

Artículo 6º. Supuestos de Concurso y Comiso.

1. Si los hechos son susceptibles de ser calificados con arreglo a otros preceptos del Código Penal, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito cometido.

controlar el tráfico de influencias y el uso de informaciones privilegiadas³.

A esta proposición de Ley el Partido Socialista presenta enmienda de sustitución por otro texto legal, basándose en la idea de contemplar los diferentes aspectos de ilícitos penales que se corresponde con el que fué finalmente aprobado⁴.

2. En todo caso, serán decomisados los beneficios obtenidos con ocasión de la comisión de tales delitos.

Artículo 7º. Acción pública.

1. La acción penal derivada de los anteriores delitos es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. El Ministerio Fiscal ejercerá de oficio la acción penal, cuando tenga conocimiento de la comisión de alguno de los hechos contemplados en la presente Ley.

Artículo 8º. Obligaciones de control.

1. Los Interventores de la Administración estarán obligados a reparar aquellos expedientes de gasto en los que presuman racionalmente que haya podido existir tráfico de influencias o manejo de información privilegiada, poniéndolo en conocimiento de inmediato de la Intervención General correspondiente.

2. La intervención General remitirá los expedientes con el reparo al Tribunal de Cuentas del Reino.

3. El Tribunal de Cuentas, tras examinar el expediente pasará, en su caso, el correspondiente tanto de culpa al Ministerio Fiscal.

³ ARTICULO UNICO. Se incorpora en el Título VII del Libro II del Código Penal un nuevo Capítulo XII bis con la siguiente redacción: CAPITULO XII, BIS "Del tráfico de influencias y uso indebido de informaciones privilegiadas".

Artículo 404 bis, a):

1. Toda persona que desarrollando acciones ilícitas ante las Administraciones Públicas o de intervención en asuntos o negocios de naturaleza pública, hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno, será castigada con la pena de arresto mayor y multa del tanto al duplo de valor del beneficio obtenido"

"2. Incurrirá en la misma pena establecida en el número 1 de este artículo la autoridad pública, sea electiva o no, que utilizando informaciones o datos procedentes del ejercicio de su cargo hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno".

"3. La autoridad pública, sea electiva o no, que cometa alguno de los delitos expresados en este artículo será castigada también con la pena de inhabilitación especial".

Artículo 404 bis, b)

"Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos regulados en este Título serán de aplicación a todas las autoridades públicas, sean electiva o no."

⁴ Se incorpora en el Título VII del Libro II del Código Penal un nuevo capítulo XIII con la siguiente redacción: CAPITULO XIII, "Del Tráfico de influencias".

Artículo 404 bis a): El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y obtuviere una resolución que comportare un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para alguno de los parientes a que se refiere el artículo 11 de este Código, será castigado con la pena de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

Artículo 404 bis b): El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y obtuviere una resolución que comportare un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para alguno de los parientes a que se refiere el artículo 11 de este Código, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

Artículo 404 bis c): Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaran de terceros dádivas o presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor.

Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial.

Reunida la ponencia constituida en el seno de la Comisión Constitucional elaboró un informe que en lo referente al tráfico de influencias, como se ha dicho, coincidió con la enmienda socialista a la proposición de Ley de Convergencia i Unió y que posteriormente fue aprobada por el Congreso el 13 de Diciembre de 1.990.

Posteriormente, el Senado aprobó alguna enmienda de carácter sistemático sin que de hecho afectase a la esencia del contenido del articulado, finalmente, el Congreso de los Diputados en su sesión de 21 de Marzo de 1.991 aprobó el texto definitivo de la Ley Orgánica que se publicó en el B.O.E. de 27 de Marzo de 1.991.

Introducción

El delito de tráfico de influencias de reciente aparición en nuestro Código Penal, —Ley de 22 de Marzo de 1.991— intenta penalizar unas determinadas conductas, llevadas a cabo en contra del recto proceder de la Administración.

Hasta tal punto, el hacer uso de influencias, ha sido práctica habitual en nuestro país, que determinados cargos, por lo menos, era notorio que no se conseguían sino a través de “influencias”; tratándose con una cierta, conmiseración a quienes carecían de ellas. Pocas han sido en la Sociedad Española, las personas que en un determinado momento, en la Administración, en la Política, etc., no ha hecho uso de aquellas influencias a su alcance para conseguir una plaza, cargo, etc., y es más, entre determinados sectores sociales, se contaba como favor importante el “recomendar” a una persona, no ya sólo por el beneficio que le acarrea, sino por el desgaste de esa influencia de la que tal vez por haber hecho uso de ella, no se podría beneficiar en el futuro.

Pero mas aún, el sujeto que gozaba de influencias, no lo ocultaba, sino más bien al contrario, porque ello era signo de poder socialmente admitido, en buena medida, y que tendía a la corrupción de sectores de la Administración, “amplio sensu” para beneficio propio o de allegados y amigos.

Dicha situación, obviamente, se solía dar en clases influyentes, y hoy, se puede decir, que quien comete la figura delictiva, que comentamos, lo hace desde la prepotencia.

Si atendemos a la tesis de la Adecuación Social, que como es sabido desde que Welzel formulase la teoría de la acción socialmente adecuada, en aquellas conductas enmarcadas dentro de normas ético-sociales de una comunidad en un momento histórico determinado, estarían ausentes de tipicidad.

Por tanto, aquellos comportamientos que se consideran normales, e incluso, en ocasiones necesarios, aún cuando fueran atentatorios de determinados bienes jurídicos y subsumibles en tipos penales, según el tenor literal de éstos, no deben ser considerados como típicos⁵. Así, comportamientos tales, como las lesiones causadas en el tratamiento médico-quirúrgico, o las producidas en determinados deportes violentos, no tendrían la consideración de típicos.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años”.

⁵ SAINZ CANTERO: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. 3ª Edición. Barcelona 1990. Pág. 556.

Autores como Bettiol⁶ intentaron aclarar la falta de tipicidad de éstas conductas, manifestando que los tipos penales describían aspectos patológicos de la vida comunitaria y no acciones normales.

La Doctrina Española mayoritaria ha rechazado la tesis de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad por considerar que va en contra del principio de seguridad jurídica y además porque la mayoría de estos comportamientos estarían amparados en una causa de justificación, concretamente en la eximente 11ª del artículo nº 8. Sin embargo, el Proyecto de UCD de 1.980 en su artículo 177, al referirse a las lesiones causadas con consentimiento del ofendido, establecía que “sólo se castigarían cuando se estimasen socialmente reprobables”.

Finalmente, para Sainz Cantero⁷, los mencionados comportamientos son acciones típicas que si no se persiguen, es, por su insignificancia en el campo del Derecho y por cuestiones de economía procesal.

El tráfico de influencias nunca podrá ser una acción socialmente adecuada, ya que en la actualidad no es admitida por la sociedad ni tiene su resultado la consideración de insignificante.

Dicho ésto, quien hiciese uso del tráfico de influencias en ningún caso estaría amparado por un error de prohibición del artículo 6 bis a), párrafo 3º, pues, el sujeto, en realidad no tiene un error de prohibición ya que sabe que no está actuando honestamente o lícitamente; si de algún error se pudiera hablar, sería de un error de tolerancia; ahora la Sociedad ya no tolera determinadas conductas, llevadas a cabo generalmente entre gentes pertenecientes a un mismo partido político, o en quienes cuando han cesado en un cargo público, están en condición de conseguir, mayores privilegios o prebendas. Pero para ello, será indispensable, que el reproche penal vaya precedido de un reproche social, de tal forma que la Sociedad rechace, en un Estado Social y Democrático de Derecho, todo aquello que atente a la honestidad, lo éticamente desvalorizable y lo penalmente punible, un reproche penal sin un reproche social conduce a muy poco, a nada, o al fracaso.

Si apoyamos la tesis de que los bienes jurídicos, considerados como valores dignos de protección penal, son los recogidos en la Constitución, entendemos que el tráfico de influencias en general, atenta a los principios de igualdad, de libre concurrencia, y como dice el Prof. Muñoz Conde⁸ a lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Española, ya que supone *el anteponer los intereses privados a los públicos*.

Necesidad o no de su tipificación

El término tráfico de influencias, si atendemos al Diccionario de la Real Academia Española, la voz “tráfico” significa, “acción de traficar”; y dicha voz, convenir, negociar, etc.

⁶ Diritto Penale. Parte Generale. Padova, 1976, pág. 303 y ss.

⁷ Ob. cit. Pág. 558.

⁸ “Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada” (Comentario a la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo por la que se reforma el Código Penal). —Apéndice— Derecho Penal. Parte Especial, 8ª Edición. Valencia 1990.

Influencia significa "poder, valimiento, autoridad de una persona para con otra u otras, o para intervenir en un negocio".

El vocablo influencias no es un término nuevo; el Código Penal de 1.928 y concretamente su artículo 476, referido al Cohecho, ya utilizaba una terminología similar⁹.

De igual forma, pero desde otro punto de vista la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1.983, en su artículo 407, párrafo 1º¹⁰ dentro del epígrafe del Cohecho, usa este término. Y en Derecho comparado el Código Penal Francés e Italiano¹¹.

¿Era necesaria la tipificación del delito de tráfico de influencias? o por el contrario, dichos comportamientos ¿podían incardinarse en preceptos del Código Penal ya inexistentes?

En efecto, parece mayoritariamente admitido¹², que los preceptos dedicados al Cohecho, pasivo y activo, e impropio, es decir, los artículos 385, 386, 387, 388, 390 y 391, así como los artículos 358 y 359 referidos a la Prevaricación de Funcionarios, y de Funcionarios Judiciales o no; igualmente los artículos 198 —De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes—, 401 —De los Fraudes y exacciones ilegales— y 404 —De las negociaciones prohibidas a los funcionarios— y si se quiere el artículo 529, apartado 6º, correspondiente a la Estafa permitirían englobar el desvalor de la mayoría de los comportamientos citados.

Analizemos de forma exhaustiva, si el tráfico de influencias, podría incardinarse dentro de las figuras citadas; empezamos por el Cohecho pasivo del artículo 385.

Esta figura, basada en la idea de corrupción, a través del soborno, consta de los siguientes elementos: a) Que el funcionario, o la persona que desempeña la función pública, solicite o reciba, por sí o por persona intermedia, dádiva, o presente, o acepte ofrecimientos o promesas; b) Que el acto ejecutado o que haya de ejecutar el funcionario sea relativo al ejercicio de su cargo; c) Que dicho acto constituya delito siendo indiferente que éste llegue o no a consumarse y d) Existencia de dolo, constituido por la conciencia en el funcionario de la antijuricidad de su conducta.

A mi juicio los comportamientos del artículo 404 bis a) y bis b) podrían en algunos casos subsumirse en el tipo básico de Cohecho pasivo, siempre y cuando se dieran los elementos que el tipo requiere, es decir, dádivas, presentes, ofrecimientos o promesa.

⁹ Primer párrafo: "El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciera prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquellos depende, será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 Pts".

¹⁰ "Los que, ofreciendo hacer uso de influencia cerca de las Autoridades, funcionarios o encargados de servicios públicos solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa, seran castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegaren falsamente que el provecho era en todo o en parte para el funcionario".

¹¹ Código Penal Francés, arts. 165-185; Código Penal Italiano, arts. 318-322 —Delitos de corrupción—.

¹² MUÑOZ CONDE. Ob. cit. pág. 11. MORILLAS CUEVAS. Seminario Instituto de Criminología de la Universidad de Sevilla. Noviembre de 1.991.

La impunidad del sujeto activo del tráfico de influencias sería un obstáculo salvable atendiendo a las reglas del artículo 14.

Respecto al artículo 386 del Código Penal, dado que sus elementos son los mismos que integran el Cohecho del artículo precedente, con la única diferencia de que el acto cometido por el Funcionario ha de ser no delictivo, sino injusto, me remito a lo dicho.

Entiendo que poco tiene que ver el delito de tráfico de influencias con la conducta de abstención prevista en el artículo 387 y con la extensión de antijuricidad prevista en el artículo 388 de nuestro texto legal.

Parece obvio, tras la nueva redacción del artículo 390 e incluso antes, la posibilidad de incardinar los comportamientos de los artículos 404 bis a) y bis b) dentro de ésta figura; el tipo está constituido: a) por el hecho de admitir regalos; b) Que los regalos sean presentados al funcionario en consideración a su oficio o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Según esto, parece que si contempla la posibilidad de considerar como conducta típica el tráfico de influencias, pero plantea igualmente el problema de la posible impunidad de la persona, que ofrece los regalos, o dádivas, aunque, como se ha dicho, podría resolverse formas de autoría del artículo 14.

Finalmente, el artículo 391 que tipifica el Cohecho activo ¿Podría contemplar algunas conductas de tráfico de influencias?.

Partiendo de la base de que son elementos configuradores de esta figura delictiva: a) Un hecho de ofrecer o entregar a un funcionario dádivas o presentes; b) Las dádivas o presentes ofrecidos o entregados deben tender a corromper al funcionario, a que éste ejecute un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito o que sea injusto, o para que se abstenga de un acto que debería practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo y c) el dolo de corrupción.

El tráfico de influencias del particular a funcionario siempre y cuando mediare dádiva, presente, ofrecimiento o promesa encontraría cobertura en este tipo legal de Cohecho activo.

Respecto a las conductas de Prevaricación de Funcionario público no judicial, tipificado en el artículo 358, ha de manifestarse, que determinadas conductas de tráfico de influencias son contempladas por este tipo de injusto que comentamos. Lógicamente nos estamos refiriendo al párrafo 1º, conducta dolosa, ya que en su párrafo 2º contempla un comportamiento imprudente que resulta incompatible con el nuevo delito.

Así, los elementos del tipo, en este párrafo primero del artículo 358 son: a) que se dicte una resolución injusta en un acto administrativo y b) que se dicte a sabiendas, es decir, dolosamente.

Ocurre, sin embargo, que esta tipificación, más que solucionar la impunidad del sujeto activo, abre un camino para penalizar, en determinados casos, el comportamiento del funcionario sobre quien se ha ejercido la influencia.

De igual forma, en las conductas de omisión de funcionario judicial o no, del artículo 359, podrían subsumirse conductas de tráfico de influencias.

Bajo el epígrafe, "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes" y concretamente en

el artículo 198¹³, se describen acciones o conductas que en ciertos casos, podría englobar el desvalor del nuevo delito aparecido el 22 de Marzo de 1.991.

La conducta reviste dos modalidades: a) Ejercer alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales y b) Intervenir directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro. En ambas conductas, el funcionario a de prevalerse de su cargo; dicho prevalimiento consiste en aprovechar las ventajas que entre la población tiene un funcionario por existir la mala conciencia de que contratándolo a su servicio particular, el que lo contrata lo tiene prácticamente a su servicio en relación al trabajo privado y a las prevendas y privilegios que puede obtener por esa misma relación de dependencia laboral¹⁴.

Es fácil darse cuenta que dentro de la proposición normativa del artículo 198, late el espíritu de obtención de ventajas y de tráfico de influencias.

El tipo de injusto del artículo 401, "De los fraudes y exacciones ilegales" esta constituido por el hecho de interesarse el funcionario público en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo; se trata de un delito de simple actividad y no de resultado, cuyo bien jurídico protegido, es el interés de la Administración, pero más aún el moral que el patrimonial, pues aunque este tipo de hechos potencialmente podrían afectar a los intereses económicos, no se exige el requisito efectivo del perjuicio patrimonial —la oferta puede ser ventajosa incluso— como tampoco el lucro efectivo del sujeto; hay una presunción de la posición del interés público al privado¹⁵.

El comportamiento descrito —"interesarse"—, supone una ventaja, que en algunos casos podría coincidir, en buena medida, con el término "influir" que en la actualidad señalan los artículos 404 bis a) y bis b).

En el Capítulo "De las negociaciones prohibidas a los funcionarios" aparece como tipo especial, en los que el Legislador a querido limitar el círculo de los sujetos activos, el artículo 404 constituido por el nuevo hecho de mezclarse en operaciones de agio, tráfico y granjería; pero tal precepto viene siendo inoperante por cuanto se refiere unicamente a "dentro de los límites de su jurisdicción o mando" y ésto en una economía moderna, carece de eficacia práctica.

Pero en cualquier caso, la ratio esendi del artículo 404 era el velar por la pureza de la función de dichos cargos, y no poderse así prevaler de influencias o ventajas.

Por último, dentro de las Defraudaciones y concretamente de la agravación 6ª del artículo 529, como señala Vives Antón¹⁶ "el engaño ha de consistir en la inexistencia

¹³ "La autoridad o funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, ejerciere alguna profesión directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro, incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas".

¹⁴ VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: "Doctrina y Jurisprudencia del Código Penal". Madrid, 1988, Pág. 950.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1.989. Ponente-Magistrado: CARRERO RAMOS. Comentada en La Ley de 3 de Noviembre del mismo año por el Prof. Luzón Peña. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 25 de Enero de 1.990, confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 5 de Marzo de 1.992.

¹⁶ Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, 1.990. Pág. 920.

de la influencia que el autor promete utilizar a favor de la víctima a cambio de una remuneración. Para el citado autor si las influencias existieran, pero no se utilizaran, no cabría apreciar la agravación y estaríamos ante una Estafa simple.

A raíz de lo expuesto, se ha de manifestar que no es posible subsumir el tráfico de influencias, dentro de la agravación 6ª del artículo 529, por cuanto en ésta son supuestas o inexistentes.

Pero esas formas de nepotismo si se quiere, de utilización de poder, como forma de enriquecimiento, han encontrado cobertura específica en nuestro Código Penal con su tipificación en los artículos 404 bis a), b) y c).

Análisis de los tipos penales

Artículo 404 bis a).

“El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerarquía con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido”.

Artículo 404 bis b).

“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido”.

Lo primero que nos vamos a cuestionar es averiguar cual es el bien jurídico y contenido de injusto de dicho precepto. El bien jurídico y contenido de injusto de dicho precepto. El bien bien jurídico protegido es la Administración Pública y concretamente su imparcialidad y su prestigio; en consecuencia el contenido de injusto será su descrédito.

Los sujetos activos del artículo 404 bis a) son el Funcionario Público o Autoridad. Tales conceptos, como es sabido vienen recogidos en el artículo 119 del Código Penal.

El artículo 119 contiene conceptos normativos o como manifiesta Alejandro Del Toro Marzal¹⁷ “El artículo 119 contiene presunciones iuris et iure: siempre que un individuo tuviere mando, ejerciere jurisdicción propia o perteneciere al Ministerio Fiscal, es autoridad; siempre que alguien participare del ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, es funcionario público; todo ello unicamente a efectos penales”.

¹⁷ “Comentarios al Código Penal”. Tomo II, pág. 726.

Por lo demás, debe manifestarse que Autoridad y funcionario tiene aspectos comunes. Pues, como señala Del Toro¹⁸ “es inadmisibile una condición de Autoridad no dirigida a ejercitar funciones públicas sumamente difícil la de un funcionario que no despliegue cierta capacidad de ordenación”¹⁹. Sin embargo, entiendo que la conducta del Funcionario o Autoridad sobre la que se ejerce la influencia podría ser constitutiva del un delito de prevaricación, pues a raíz de influir sobre él puede que dicte una resolución injusta. Si no fuera así, no existiría delito; y en ningún caso, pienso que pudiera considerárseles como sujeto pasivo del delito²⁰.

De igual forma y partiendo de la consideración de autor del artículo 14 de nuestro texto punitivo, la conducta de la persona, que obtuviera un beneficio económico, aún cuando se tratase de un tercero podría ser constitutiva de un delito de Cohecho.

La conducta típica nos viene indicada en el tipo por el verbo “influyere”, que según el Diccionario de la Real Academia, consiste en “ejercer predominio o fuerza moral en el ánimo de otro”; o si se quiere, empleando palabras de Pedrazi “poner en disposición favorable de una persona hacia otra”²¹.

Sin embargo, de la exégesis del precepto se desprende que no toda su influencia parece resultar punible, sino solamente aquellas que se obtienen “prevaliéndose” de las facultades de su cargo o de cualquier otra... En consecuencia, el artículo 404 bis a) que comentamos, denota una superioridad “de facto” entre el sujeto activo y el “influido” nacida tanto de un cargo, como de una jerarquía o de cualquier otra situación derivada de una relación personal de prevalimiento. Precisamente esa voluntad viciada del funcionario “influciado” y coartado en su libertad es lo que a mi juicio, hace afirmar al Prof. Muñoz Conde que puede considerársele como sujeto pasivo del delito.

En el precepto que comentamos es un tipo de resultado ya que no basta con influir prevaliéndose sino que es necesario conseguir una resolución con la que se obtenga un beneficio económico.

El resultado debe consistir en una resolución, por la que se obtenga un beneficio económico. Sin embargo, si ésta resolución es justa el funcionario influenciado no comete delito alguno ya que obviamente se trata de una conducta impune, por el contrario, si la resolución es a todas luces injusta, se daría un concurso con prevaricación a resolver por el principio de especialidad, aplicándose el artículo 404 bis a), por ser norma especial.

Caben formas imperfectas de ejecución. Si la influencia resulta inoperante porque pese a las presiones el funcionario se mantiene incólume, entiendo que estaríamos ante un caso de frustración.

El nuevo precepto y para evitar la impunidad de conductas llevadas a cabo a través de personas interpuestas o de personas allegadas, utiliza la expresión, “directa o

¹⁸ Ob. cit. pág. 730.

¹⁹ Sobre el concepto de Autoridad, veáanse Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 8 de Octubre de 1.990 y 5 de Abril de 1.991.

²⁰ En contra MUÑOZ CONDE, Ob. cit. pág. 13.

²¹ PEDRAZI, C.: “Millantato Credito, Traffic d’Influence, Influence peddling”. Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano, 1.986. Pág. 913 y ss.

indirectamente” todo ello va a plantear en la práctica dificultades probatorias pertenecientes al campo del Derecho Procesal pero con incidencia de capital importancia a la hora de incardinar conductas en el nuevo tipo penal. Sin embargo, no se limita el 404 bis a) al igual que sucede en la mayoría de los delitos de los Funcionarios Públicos, a pensar en la obtención de un beneficio propio sino en el beneficio ajeno, “o para tercero” según expresión empleada por el Legislador. Por último la pena es de arresto mayor y además de inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido. Es de destacar en cuanto a la multa, que se trata de una cuantía fija pero naturalmente variable en cada caso; ello impedirá que los Jueces puedan hacer uso del excesivo, a mi juicio, arbitrio judicial que en el momento de imposición de la pena de multa, otorga el artículo 63 del Código Penal y que entiendo que tras la aprobación de la Constitución Española podría rozar problemas de constitucionalidad, atendida la naturaleza del principio acusatorio.

—*Culpabilidad*—

Sólo cabe la comisión dolosa. No es posible la comisión imprudente ya que no se puede influir ni prevalerse culposamente.

Lo que a mi juicio es perfectamente imaginable es la existencia de dolo eventual; pensemos en que con la actitud adoptada por un funcionario, admita como probable que va a influir sobre otro y con ello obtendrá una resolución beneficiosa y lo acepte.

Parece difícil imaginar un error de tipo ni invencible ni vencible y en este último caso, siempre sería inoperante por cuanto la infracción no admite la forma culposa. Aún cuando con anterioridad se dijo que más que un error de prohibición a veces se dará un error de tolerancia, lo cierto, es que es imaginable, la existencia en algunos casos de un error de prohibición vencible, que obviamente se resolverá imponiendo la pena inferior en uno o dos grados.

El artículo 404 bis b) es idéntico en su estructura y terminología al anterior, lo único que cabe reseñar, como distinto, es el sujeto activo, pues aquí se trata de un particular y no de un funcionario público o autoridad. Y consecuentemente desaparece como pena la inhabilitación especial.

Sin embargo, debe plantearse cual es la naturaleza de este delito; al igual que ocurre con el delito de Cohecho, se polemiza acerca de si se trata de un delito bilateral —un sólo delito con dos coautores necesarios, el particular y el funcionario, o unilateral, y en tal caso, —el funcionario— respondería de un delito y el particular de otro—. En mi opinión, se trata de un delito unilateral, puesto que no es preciso el acuerdo entre ambos.

El injusto no es el mismo en el artículo 404 bis a) que en el bis b), ya que en el 404 bis a) el bien jurídico, es el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario, que redundaría en empañar la integridad de la gestión administrativa; en el 404 bis b), el bien jurídico es el respeto que se debe al normal funcionamiento de los Organos del Estado²².

²² En este sentido, referido al Cohecho pasivo y activo, ORTS BERENQUER. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, 1.990. Pág. 447.

Ofrecimiento de influencia de particular a particular

Artículo 404 bis c)

“Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor”.

“Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial. En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y clausura de sus dependencias al público por tiempo de seis meses a tres años”.

Se hace difícil, incluso tras una lectura sosegada del tipo que comentamos, atinar en cual es el bien jurídico protegido y contenido de injusto. Puesto que aquí, no es en modo alguno la Función Pública, pues ésta, como muy bien señala Muñoz Conde²³ no es sino el objeto de la influencia.

Entendemos, que todo precepto que no justifica la protección de un bien jurídico, entendido éste como valor digno de protección penal, no tiene razón de ser. Tal es el caso que no ocupa, pues si lo primero que debe hacer el penalista, ante la exégesis de un precepto penal, es examinar su bien jurídico y contenido de injusto y estos son de difícil averiguación, tal vez cabría pensar en su carácter superfluo. Además teniendo en cuenta los modernos principios que inspiran el Derecho Penal, tales como, intervención mínima o última ratio, y el carácter fragmentario de nuestro derecho punitivo, podrían justificar su desaparición en un futuro y descado Código Penal. Su inclusión puede calificarse como desacertada empleando una terminología benévola.

El artículo 404 bis c) y el 529-6º no regulan conductas semejantes; y en el primero se hace, un ofrecimiento de una influencia que en principio debe suponerse que se tiene, mientras que en el 529-6º al establecer “traficando con supuestas influencias”, significa obviamente que no se tienen.

Como es de ver la expresión “ofreciendo hacer uso” se desprende que no se trata de un delito de simple actividad, ya que, es independiente que se haga uso de la influencia o no, pues el delito se consume con el simple ofrecimiento; ello significa que no caben formas imperfectas de ejecución.

El sujeto activo es un particular o quien actúa como tal, aún cuando fuese funcionario.

La culpabilidad es dolosa, pues, no cabe un ofrecimiento por imprudencia. La estructura del tipo no permite pues otra conducta que la dolosa.

En el párrafo segundo señala que se impondrá la pena de inhabilitación especial en caso de profesional titulado.

²³ Ob. cit. Pág. 15.

Si el Legislador pensó en los Abogados en ejercicio, la expresión no resultó afortunada; puesto que profesional titulado lo es tanto el Titulado Superior, el de Grado Medio o el Titulado de Escuela de Formación Profesional y cualquiera otra titulación que legitime para el ejercicio de una profesión sin la cual ésta no pueda ejercerse. Asimismo, parece deducirse que la influencia que uno ofrece hacer uso la tenga en virtud de la Titulación que se posee; pues resultaría incomprensible que un particular, Veterinario, Arquitecto Técnico u Optico, porque ofreciesen hacer uso de influencias que tuvieran por algo que nada tuviera que ver con su profesión, se les impusiera la pena de inhabilitación especial.

El último párrafo, establece la “suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias al público...”.

Es la primera vez que se habla de sociedad, y no vemos la razón, ya que ha quedado claro que el sujeto activo, es un particular. Pénsemos que cuando el Legislador ha querido agravar la pena para casos de pertenencia a organizaciones o adoptar el cierre de sus establecimientos, como ocurre en el tráfico de estupefacientes del artículo 344 y 344 bis a) y bis b), ha estructurado el tipo de otra forma, o sea haciendo referencia al sujeto activo como posible miembro de una organización, sociedad, etc., y por sorprendentemente en el artículo 404 bis c) nos encontramos que nos habla de sociedad sin antes haber atribuido al sujeto activo su pertenencia a ésta.

Proyecto de 1.992

En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, se recoge en los artículos 409 al 412. Destacando sobre todo el ligero aumento de las penas y el comiso de las dávidas, presentes o regalos.

Las elecciones locales *

Andreu Ribas Maura**

1. Introducción al tema

El objeto de esta conferencia es el análisis de las elecciones locales desde la perspectiva del Derecho Constitucional; esto es, el estudio del sistema electoral o conjunto de normas aplicables a la elección de las Corporaciones locales: básicamente, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; modificada por la ley orgánica 1/1987, de 2 de abril, sobre elecciones al Parlamento europeo, y, recientemente, por la ley orgánica 8/1991, de 13 de marzo, de modificación de determinados artículos.

En la exposición del tema nos ceñiremos a las elecciones municipales, excluyendo, por tanto, lo referente a las Diputaciones Provinciales y a los Cabildos insulares. Exclusión que se justifica por cuanto se trata de instituciones que no existen en Baleares, por lo que su referencia en esta conferencia carecería de sentido práctico. Al ser Baleares una Comunidad Autónoma uniprovincial, la Diputación ha sido absorbido por la Administración autonómica, pasando sus competencias a esta Administración y, en parte, a los Consejos Insulares. En cuanto a éstos, su elección, debido a las peculiaridades institucionales del sistema balear, coincide con la elección al Parlamento autonómico y, por tanto, se regula por la normativa electoral autonómica (Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

* Texto de la conferencia que, organizada por la "Conselleria Adjunta a la Presidència del Govern balear" y por el "Instituto Nacional de Administración Pública", pronunció el 3 de mayo de 1991 en Ca'n Tàpara (Palma).

** Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universitat de les Illes Balears

La composición y elección de las Corporaciones locales ha tenido en nuestra historia constitucional un pasado de continuas y bruscas alteraciones que han sobrepasado la esfera de lo puramente local. Así, los Ayuntamientos solían ser el blanco, con continuas disoluciones y sustituciones, de las quiebras entre los distintos modelos políticos estatales; o bien, a viceversa, su inestabilidad provocaba la caída de Reyes o Regentes.

Además, el régimen local no solía caracterizarse por una pureza democrática, sino que, al contrario, la intervención autoritaria desde la Administración central, el falseamiento del proceso electoral (fraude en listas, urnas o escrutinio), o la limitación y discriminación del cuerpo electoral local, fueron las notas más características de nuestro régimen local.

Este panorama ha cambiado totalmente con el actual régimen constitucional, caracterizado por la normalidad política y por la aplicación de sistemas representativos de gobierno que cumplen con creces los requisitos de todo sistema democrático. Las elecciones locales no tienen ya hoy este carácter dramático y trascendente que se dio en el periodo republicano. Hoy las elecciones locales, las que a finales de este mes de mayo van a llevarse a cabo, son el instrumento jurídico y político que materializa el principio constitucional de participación democrática de los ciudadanos en los asuntos públicos (arts. 1.1 y 23 Constitución), y sus efectos políticos, fuera del ámbito estrictamente local, no pasan de ser una útil, aunque importante, reválida de las opciones políticas a nivel estatal. Fenómeno éste común en cualquier sistema democrático occidental.

La normativa jurídica que regula el proceso electoral local se concreta en la Ley orgánica del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG); así como en las demás normas que con carácter reglamentario complementan diversos aspectos de la ley general (censos, padrones municipales, locales y material electoral, correos, etc.).

Esta norma sustituyó, por completo, a la Ley de Elecciones Locales de 17 de julio de 1978, aunque, al hacerlo, no se apartó esencialmente del modelo adoptado en dicha ley, y sin que su reciente modificación haya incidido tampoco en alteraciones de entidad con el sistema establecido en la transición política española: Se perdura así un modelo que fue elaborado con cierto carácter de urgencia y provisionalidad, y previamente a propio Texto constitucional. Perduración debida a la utilidad del esquema trazado entonces, a la complejidad del derecho electoral y, también, a la propia inercia institucional que se reflejó en un conformismo de los principales partidos a la hora de elaborar la actual ley. Situación, no obstante, que tuvo diversas quiebras en sus posteriores modificaciones: elecciones al Parlamento europeo y reciente reforma de diversos artículos.

Tres son, a nuestros efectos, las *características* que merecen destacarse de la LOREG:

1^ª) Se trata de un texto normativo que, de forma unitaria y de una sola vez, regula como un verdadero *código electoral* todos los principios aplicables a cualquier proceso electoral, a los que se añaden, como si de un desarrollo normativo posterior se tratara, las peculiaridades más destacadas de cada uno de ellos. Esta característica se debe a la interpretación que el Tribunal Constitucional realizó sobre la expresión "régimen electoral general" del art. 81 de la Constitución; así como de otros preceptos que, referidos al proceso electoral, contiene la Norma fundamental (v., sobre todo, arts. 23.1, 67 a 70, 140 y disp.trans. 8^ª):

a) Ley elaborada de una sola vez, por cuanto, pese a ser materia susceptible de regulación en varios cuerpos normativos, la Constitución obligaba a que, en la primera ocasión, debía derogarse por completo la normativa electoral anterior (STC 72/1984, de 14 de junio).

b) Ley general y única porque por “régimen electoral general” había que entender, tanto “las elecciones que tienen en los artículos 67 a 70 sus líneas constitucionales, como las elecciones que las tienen en el artículo 140”. Así, “el contenido de la ley orgánica no se ciñe... al sólo desarrollo del artículo 23.1, sino que es más amplio, comprendiendo lo que es primario y nuclear en el régimen electoral” (STC 38/1983, de 16 de mayo).

2ª) Como segunda característica, y derivada de la anterior, debe destacarse que la regulación de normas electorales aplicables a cualquier proceso, así como las relativas a régimen electoral local, es de *competencia exclusiva del Estado*. Así, el Tribunal Constitucional, frente a la posible interpretación como materia de competencia compartida Estado-Comunidades Autónomas, ha optado por la exclusividad estatal. Interpretación discutible frente al posible reparto entre regulación de bases por el Estado y desarrollo normativo y reglamentación autonómica, que también permitiría el art. 149. 1 y 18 de la Constitución. Además, acudiendo al instrumento de las “materias conexas” ha incluido preceptos que escapan del ámbito meramente electoral: quorum Corporaciones; disolución; destitución Alcaldes; sustrayéndolos de la ley de régimen local.

3ª) Como, a nuestros efectos, última característica, resalta la considerable asimilación que se produce entre el proceso electoral local y la regulación de las elecciones al Congreso de los Diputados. Este espíritu de emulación, que a mi entender es de carácter mucho más general y ampliable a casi toda institución del Estado, ya se daba en la normativa preconstitucional, y hoy se ve favorecida al tratarse de un texto unitario en el cual —como veremos y por razones de estricta economía legislativa— las remisiones son constantes, limitándose a la mera regulación de algunas peculiaridades.

2. El derecho de sufragio

Consideraciones generales

El derecho de sufragio viene reconocido, en sus dos facetas, por el artículo 23 de la Constitución, y concebido como un derecho fundamental, contenido en otro más amplio: el derecho de participación política, sobre el cual descansa todo el sistema político. Ahora bien, aunque el derecho de participación política admite, por supuesto, diversas modalidades y ámbitos de ejercicio (referendum, iniciativa legislativa popular, participación ciudadana en Ayuntamientos, etc), el Constituyente ha optado claramente por la democracia representativa. Esta, en el ámbito local, se concreta en el ejercicio del derecho de sufragio para la elección, con carácter periódico, de los Concejales por los vecinos de los respectivos municipios (v. arts.23.1 y 140 Constitución).

El derecho de sufragio reúne, según la Constitución, las siguientes características: universal, igual (con los matices que veremos en el apartado del sistema electoral), libre, directo y secreto. Su titularidad corresponde al ciudadano individual, lo que equivale a decir persona física, mayor de edad, de nacionalidad española y en pleno uso de sus derechos políticos. La Constitución establece, además, un nivel máximo de protección

del derecho. Así, no sólo es posible la protección jurisdiccional ordinaria, sino que también se reconoce la posibilidad de utilización de un proceso especial, preferente y sumario ante los tribunales de justicia y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Derecho de sufragio activo

Las condiciones para el ejercicio activo, como votante, del derecho de sufragio son, brevemente, las siguientes:

— Mayoría de edad (art. 12 Constitución: dieciocho años).

— Nacionalidad española. La Constitución (art. 13.2) y la LOREG (art. 176) permiten el voto de los extranjeros en las elecciones locales, dependiendo su desarrollo de ley o tratado internacional, y siempre que en sus respectivos países se permita el voto a los nacionales españoles. Esta es una excepción al principio general de exclusión de derechos políticos a los extranjeros. No obstante, en la práctica no se ha producido aún este supuesto. La reciente modificación de la LOREG contempla el voto de los extranjeros, nacionales de los Estados de la Europa comunitaria, pero sólo con posterioridad al año 1992.

— Plenitud de derechos políticos. Su privación únicamente puede hacerse por resolución judicial (art. 3 LOREG).

— Inscripción en el censo electoral (arts. 2.2 y 4 LOREG). Es imprescindible estar inscrito en el censo electoral (y, en consecuencia, ser residente del término municipal) para poder ejercer el derecho de voto. No obstante, se preve la posible subsanación de los errores materiales.

Derecho de sufragio pasivo

Las condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, o requisitos para reunir la condición de elegible son las mismas que las relacionadas para la condición de elector, pero con tres peculiaridades:

— La nacionalidad española es, en este caso, un requisito insalvable. No se preve la extensión de la condición de elegible a los extranjeros.

— La inscripción en el censo electoral no es necesaria (art. 7.2 LOREG), siempre que acrediten fehacientemente cuando soliciten ser proclamados como candidatos, que reúnen todas las demás condiciones exigidas.

— Además de los requisitos expuestos, los candidatos no deben estar incurso en causa de inelegibilidad (arts. 6 y 177 LOREG). Por inelegibilidad se entiende la carencia de las condiciones generales para el disfrute del derecho de sufragio pasivo, bien por el ejercicio de un cargo o bien de una profesión, cuyos titulares son legalmente excluidos a fin de eliminar posibles presiones sobre los electores y garantizar la libertad en el proceso electoral. Dichas causas se encuentran perfectamente detalladas en la Ley y, en caso de incurrir en ellas, se produce la incapacidad para ser candidato, o, si ésta se descubriera con posterioridad, la anulación de la elección.

3. El sistema electoral local

El sistema electoral local, esto es, el conjunto de reglas jurídicas cuyo objeto es determinar la representación alcanzada por las diferentes opciones políticas que concurren a unas elecciones, según el número de votos obtenidos, se define por una serie de elementos.

Estos elementos, comunes en cualquier sistema electoral, son básicamente los siguientes:

- 1º Circunscripción electoral
- 2º Forma de la candidatura y del voto
- 3º Reglas de atribución de representantes
- 4º Barrera legal.

En la mayoría de estos elementos, podremos comprobar el considerable grado de emulación con respecto al procedimiento seguido para las elecciones al Congreso de los Diputados. Esto se materializa, en varias ocasiones, con remisiones directas a los preceptos que rigen dicho sistema electoral.

3.1. Circunscripción electoral

Dos son las cuestiones que se plantean en este apartado. En primer lugar, la delimitación geográfica de la circunscripción; y, en segundo lugar, la determinación del número de Concejales a elegir por circunscripción.

Con respecto al primer punto, la LOREG (art.179.1) ha optado por el distrito o circunscripción única. De esta forma, la zona que tomamos en consideración a los efectos de la transformación de los votos emitidos en representación, es la totalidad del término municipal.

La delimitación de las circunscripciones, y el criterio utilizado para ello (sea demográfico, histórico, administrativo,...) tiene una especial importancia por cuanto la fijación del mapa de distritos puede buscar el favorecer a determinadas candidaturas; dándose en algunos supuestos la figura de lo que denominamos "gerrymandering". E incluso, sin llegar a acusaciones de manipulación, podría polemizarse sobre la conveniencia, desde un punto de vista racional, de distintos criterios de referencia. Por ejemplo, el dar representación, propia y distinta, a los núcleos de población homogéneos con problemas específicos en el seno de un mismo municipio.

No obstante la existencia de otras opciones posibles, el Legislador ha optado por la identificación del distrito electoral con el término municipal completo. Esta identificación se ha dado desde la Ley de Elecciones Locales hasta la actual LOREG, incluida su reciente modificación, sin que durante su elaboración, se suscitara polémica o se plantearan otras alternativas distintas. Situación muy diferente a la que se ha producido, como es sabido, con relación a las elecciones autonómicas, a las europeas, o, en menor grado, a las generales.

Por mi parte, considero que la elección del Legislador ha sido acertada. Y ello, no sólo por las evidentes dificultades técnicas, las alteraciones o factores coyunturales que influirían, o por la escasa justificación de distintas representatividades políticas (que creo que muy raramente se dan en Baleares), sino también porque ello supondría un

mayor menoscabo del principio de igualdad del voto, entendido como igualdad real o igual valor de cada voto, al producirse una división interna del territorio municipal que, difícilmente, no provocaría una sub o sobrerrepresentación de algunas zonas.

En cuanto al segundo punto, la LOREG (art.179.1) ha optado por el establecimiento de la circunscripción plurinominal, con un número variable de Concejales a determinar según diversos escalones de representación, condicionados por la población de derecho de cada municipio. De dichos escalones se deriva una proporción Concejal/habitante que va de 1 a 50, en el caso del escalón más bajo, a 1 por 4.000 en el superior. O, para referirnos al caso concreto de Baleares, de un Concejal por cada 200-750 habitantes en los supuestos más comunes (poblaciones de 2.000 a 10.000 habitantes).

Por supuesto, y como podemos comprobar, el nivel de representación y, en consecuencia, el valor del voto nunca podrá ser igual en cada municipio. Pero, en este caso, no puede aducirse una infracción del principio de igualdad, por cuanto nos estamos refiriendo a la elección de distintas instituciones de gobierno, con una recíproca autonomía para la gestión de sus propios intereses.

Además, aquí la proporcionalidad o igualdad de voto debe combinarse con otra exigencia, como es la de conseguir la mayor eficacia en la gestión municipal, evitando tanto el defecto en la representación, que provocaría una sobrecarga en la realización del trabajo municipal; como el exceso, que podría dar lugar a la confusión interna.

Por último, para cerrar este apartado es necesario una referencia a la expresión "residente" que utiliza la LOREG como punto de referencia para la escala de representación. Esta expresión se refiere, según la Ley de Bases de Régimen Local (art.16), a todas aquellas personas que figuran inscritas con tal carácter en el Padrón municipal por residir de forma habitual en el municipio. Se trata, por tanto, de un concepto no coincidente con el de elector por cuanto incluye a personas que, en ningún caso, pueden reunir la condición de elector. Este es el caso de los domiciliados: españoles menores de edad y extranjeros, y de los vecinos que, por alguna de las razones previstas por la ley, se hallen privados de este derecho.

El punto de referencia para la determinación del número de Concejales a elegir no es, por tanto, el cuerpo electoral, sino la población de derecho que, según los Padrones municipales, tenga cada uno de éstos. Esta es la interpretación que claramente se sigue en el Real Decreto 282/1991, de 8 de marzo, por el que se dictan las normas sobre la determinación del número de Concejales y Vocales a elegir por las Corporaciones locales.

3.2. Forma de la candidatura y del voto

La forma de la candidatura y del voto están intensamente relacionadas, por cuando de aquella dependerá el tipo de voto a emitir por los electores. Al tratarse de circunscripciones plurinominales, obviamente habrá de acudirse a un sistema de listas, pero, dentro de éstas, son múltiples las posibilidades: lista cerrada o abierta, bloqueada o no, voto único, limitado, preferencial, acumulativo, etc.

De todas las opciones posibles, el Legislador ha optado, salvo la mínima excepción que suponen los pequeños municipios (art.184 LOREG: lista abierta y voto limitado), por el mismo sistema que el de la elección al Congreso de los Diputados. Esto es,

mediante listas cerradas y bloqueadas con respecto a las cuales el elector no tiene otra opción que la de darle, o no, su voto (v. arts.163.1, 169.2, 172.2, 180, 187.2 y 189.2 LOREG).

Con este sistema es evidente que el "aparato" del partido político impone a los electores la composición y el orden interno de las candidaturas, sin que éstos tengan ninguna posibilidad de expresar sus preferencias. Por ello, creo que no estaría de más propiciar un mayor acercamiento de los electores con las personas que van a representarlas; especialmente en el ámbito municipal, en el cual el conocimiento de los candidatos es más alto. Así, podría optarse por un sistema que permitiera, al elector que lo deseara, elaborar su propia lista de candidatos (sistema de lista abierta) o bien, al menos, modificar el orden interno de las listas presentadas (lista cerrada y voto preferencial o acumulativo). Evidentemente, esto supondría una cierta complejidad técnica en cuanto al momento de la votación y, sobre todo, del escrutinio, por lo que podría limitarse a municipios de menor entidad de población, o dejarse, incluso, a la libre opción de las Comunidades Autónomas.

3.3. Reglas de atribución de representantes

Se refiere dicho apartado a la fórmula electoral o conjunto de reglas matemáticas que deben utilizarse para la adjudicación de los puestos de Concejal de cada Corporación municipal, según los votos obtenidos por cada candidatura.

Dos son, básicamente, las fórmulas utilizables: las de mayoría y las proporcionales. Comúnmente, estos términos se utilizan para definir al conjunto del todo el sistema electoral; pero, como hemos visto, son más los elementos a tomar en consideración y que pueden combinarse con la fórmula electoral.

Cada una de estas fórmulas admite, a su vez, diversas variantes, aunque con carácter general las de mayoría se definen por la atribución, completa o no, de la representación a la candidatura más votada; mientras que en las proporcionales, más recientes en la historia política, se busca una representación más precisa o "proporcionada" con la voluntad general expuesta en la votación.

Las ventajas y desventajas de cada sistema son más o menos conocidas, y también discutidas por cuanto no puede olvidarse que, al combinarse con otros elementos del sistema (distritos uninominales o plurinominales; listas abiertas o cerradas; voto único, limitado, preferencial, etc.), sus resultados pueden variar y, en ocasiones, ser muy parecidos. Sobre todo ello no entraremos ya que supondría desviarnos del objeto concreto de la conferencia, pero sí debemos destacar que las posibilidades son múltiples y que la opción por alguna de ellas, sea para su aplicación global a toda elección local o distinguiendo varias posibilidades, depende de la voluntad exclusiva del Legislador por cuando la Constitución deja amplio margen de libertad al mismo.

La opción actual del Legislador ha sido la de remitirse al mismo sistema o fórmula que la Constitución y, en su desarrollo, la LOREG (art. 163.1) establece para el Congreso de los Diputados. Esto es: el sistema o fórmula de representación proporcional en su variante D'Hondt.

Esta fórmula consiste en la división de los votos obtenidos por cada candidatura por una serie correlativa de números, de uno hasta el número total de puestos de Concejal,

atribuyendo las vacantes, por orden, a los cocientes mayores. Si hay igualdad entre cocientes, se atribuye la vacante a la lista más votada, o por sorteo en caso de persistir la igualdad.

Dicha fórmula tiende a favorecer a los grandes partidos, o más exactamente a los partidos más votados, en detrimento de las minorías. No obstante, debe matizarse según esa el tamaño de la circunscripción: el número de Concejales a elegir. Mayor sea el número de éstos, por ser mayor el municipio, más ajustada será la relación votos-representación; menor sea, más desajuste se producirá. Así, en los municipios de hasta dos mil residentes (5, 7 ó 9 concejales), el partidos más votado se ve considerablemente favorecido en la atribución de puestos de Concejal; mientras que el partidos con menos votos no consigue, prácticamente, su ajuste hasta el supuesto de los municipios con más de veinte mil residentes (21 ó más concejales). Al respecto, véase la tabla que a continuación se acompaña.

Ahora bien, no puede olvidarse que no estamos hablando de la representación en Asambleas legislativas, sino de entes de gestión y administración local, y, por tanto, de muy distinta naturaleza y con necesidades muy diferentes. Así, el sistema D'Hondt ha evitado un excesivo fraccionamiento y dispersión del voto, combinando la mejor gestión en la pequeñas poblaciones con la máxima proporcionalidad en la grandes ciudades.

Supuesto hipotético de aplicación del sistema D'Hondt

— Total votos válidos emitidos: 250

— Resultados por Partidos y porcentaje de votos en relación a total: **A:** 100 (40%); **B:** 70 (28%); **C:** 36 (14,4%); **D:** 20 (8%); **E:** 14 (5,6%); y **F:** 10 (4%; excluido por barrera legal).

Supuestos de distribución de los puestos de Concejal

5 Concejales. A:2 (40%), B:2 (40%) y C:1 (20%).

7 Concejales. A:4 (57'14%), B:2 (28'52%) y C:1 (14'28%).

9 Concejales. A:5 (55'55%), B:3 (33'33%) y C:1 (11'11%).

11 Concejales. A:5 (45'45%), B:3 (27'27%), C:2 (18'18%) y D:1 (9'09%).

13 Concejales. A:6 (46'15%), B:4 (30'76%), C:2 (15'38%) y D:1 (7'69%).

17 Concejales. A: 8 (47'08%), B:5 (29'41%), C:2 (11'76%), D:1 (5'88%) y E:1 (5'88%).

21 Concejales. A: 10 (47'61%), B:6 (28'57%), C:3 (14'28%), D:1 (4'76%) y E:1 (4'76%).

25 Concejales. A:11 (44%), B:7 (28%), C:4 (16%), D:2 (8%) y E:1 (4%).

Divisor	Partido A	Partido B	Partido C	Partido D	Partido E	Partido F
1	100	70	36	20	14	10
2	50	35	18	10	7	5
3	33,33	23,33	12	6,6	4,5	3,33
4	25	17,5	9	5	3,5	2,5
5	20	14	7,2	4	2,8	2
6	16,6	11,66	6	3,3	2,33	1,66
7	14,28	10	5,14	2,85	2	1,42
8	12,5	8,75	4,5	2,5	1,75	1,25
9	11,11	7,77	4	2,22	1,55	1,11
10	10	7	3,6	2	1,4	1
11	9,09	6,36	3,27	1,81		
12	8,33	5,83	3	1,66		
13	7,69	5,38	2,76	1,53		
14	7,14	5	2,57	1,42		
15	6,66	4,66	2,4	1,33		
16	6,25	4,37	2,25			
17	5,88	4,11	2,11			
18	5,55	3,88	2			
19	5,26	3,68	1,89			
20	5	3,5	1,8			
21	4,76	3,33	1,71			
22	4,54	3,18	1,63			
23	4,34	3,04	1,56			
24	4,16	2,91	1,5			
25	4	2,8	1,44			

3.4. Barrera legal

El último elemento que nos queda para completar la visión del sistema electoral local es la llamada "barrera legal". Mediante este elemento, que sólo se da en los sistemas proporcionales, se excluyen previamente para el cálculo de la representación obtenida por cada candidatura, todas aquéllas que no alcanzaran, al menos, el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción (art. 180 LOREG).

La existencia de tal límite legal ya ha sido objeto de las consideraciones del Tribunal Constitucional en su Sentencia 75/1985, de 21 de junio (RA 488 y 632/1984, contra la proclamación de electos al Parlamento catalán. Interpuestos por "Entesa de l'Esquerra Catalana" y por el "Partit dels Comunistes de Catalunya").

Este Alto Tribunal, en sus razonamiento jurídicos, señaló que dentro del sistema proporcional todo desarrollo normativo implicaba “necesariamente un recorte a la pureza de la proporcionalidad abstractamente considerada” y, dentro de este desarrollo, la fijación de un límite o barrera electoral era perfectamente constitucional por cuanto su finalidad era “procurar ... que la proporcionalidad electoral ser compatible con el resultado de que la representación... no sea en exceso fragmentaria” puesto que el proceso electoral “no es sólo un canal para ejercer derechos individuales... sino que es también un medio para dotar de capacidad de expresión a instituciones del Estado democrático y proporcionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general a la acción de aquél”. Además, tampoco supone una discriminación de las candidaturas excluidas por cuanto la exigencia de igualdad “ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente elegido por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema”, y lo relevante es que tal regla “se aplica a todas las candidaturas por igual”.

Se trata, en definitiva, de una libre opción o elección del legislador ordinario, como lo es también la opción por el sistema proporcional en su variante D’Hondt. La Constitución no hace ninguna jerarquización democrática de posibles sistemas y técnicas electorales; tan sólo, y no es poco, exige taxativamente (art. 140) el carácter representativo de los Ayuntamientos al establecer que sus miembros serán elegidos directamente por los vecinos del municipio, por sufragio universal, igual, libre y secreto. A partir de aquí, la ley es la que fijará la forma y modos de llevar a cabo dicho mandato constitucional.

4. Esquema general del procedimiento electoral

— Convocatoria de elecciones (arts. 42.3 y 185 LOREG): Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros del Interior y de Administración Territorial. Expedido entre el quincuagésimo cuarto y el sexagésimo día anterior al cuarto domingo de mayo, cada cuatro años. La reciente modificación de la Ley electoral ha establecido una importante novedad al señalar un día fijo para la celebración de las elecciones, entendiéndose que el periodo del mandato de cuatro años termina el día anterior al de celebración de las elecciones.

— Nombramiento de representantes de las candidaturas (art. 186 LOREG): Plazo de nueve días desde publicación convocatoria ante Juntas electorales provinciales y central. Excepción: agrupaciones de electores, en el momento de presentación.

— Presentación de candidaturas (arts. 44 a 49 y 187 LOREG): Mediante lista de candidatos ante Juntas electorales de zona. Publicación de listas presentadas, proclamación de candidaturas y nueva publicación.

— Campaña electoral (arts. 50 a 68 y 188 LOREG).

— Papeletas, sobres y voto por correspondencia (arts. 70 a 75, 189 y 190 LOREG).

— Constitución de Mesas y votación (arts. 80 a 94 LOREG).

— Escrutinio en mesas electorales (arts. 95 a 102 LOREG).

— Escrutinio general por Juntas electorales de zona y proclamación de electos (arts. 103 a 108 y 191 LOREG).

— Reclamaciones y contencioso electoral (arts. 109 a 120 LOREG).

Reflexiones sobre el concepto de mayoría absoluta en la Constitución

Andreu Ribas Maura*

La mayoría absoluta es exigida por la Constitución española de 1978 en aquellos supuestos o materias que el Constituyente consideró de especial importancia; tales como la regulación de los Derechos fundamentales y las libertades públicas, los Estatutos de Autonomía, la organización de determinadas Instituciones, o la investidura del Presidente del Gobierno del Estado en primera votación y su censura; entre otras. En estos casos, se exige para su aprobación la existencia de una mayoría “de consenso” o cualificada de las fuerzas políticas que representen un amplio espectro del Congreso de los Diputados y, en consecuencia, de los ciudadanos. Dicha mayoría especial se halla claramente diferenciada por la Constitución (art.79) de la llamada mayoría ordinaria que se predica con relación a los Diputados presentes en la Cámara en el momento de la votación.

La determinación concreta, la cuantificación, de tal mayoría es algo que, hasta hace poco tiempo, no había suscitado grandes dudas debido tanto a la no producción de importantes vacíos en la representación parlamentaria, como a la existencia de una holgada mayoría por parte de una sola fuerza política. No obstante, en la Legislatura surgida de 1989, cuando el sentido del voto de un número muy reducido de Diputados puede suponer el cumplimiento, o no, de la exigencia constitucional de mayoría absoluta, su determinación y cuantificación pasa a tener una especial trascendencia.

* Profesor Titular Derecho Constitucional. Universitat Illes Balears.

Al respecto, deben resaltarse hechos como la anulación de las elecciones generales de 1989 en las circunscripciones de Murcia, Pontevedra y Melilla, y su posterior repetición; o también, la pérdida de los derechos parlamentarios por parte de los diputados de Herri Batasuna. Dichas circunstancias provocaron vacíos en la representación, provisionales en el primer caso, que dieron lugar a una alteración sobre el número total de Diputados del Congreso. Sucesos sobre los cuales vale la pena hacer algunas consideraciones.

Por mayoría absoluta se entiende el tradicional "mitad más uno", o, más técnicamente, aquel número entero que siga al resultante de dividir por dos el número de miembros de la Cámara. Sobre esta definición no hay discrepancias. No obstante, el problema se sitúa ahora, precisamente, en la interpretación y determinación concreta de cuántos son los miembros de la Cámara. Precisión ésta que afectara, irremediablemente, al cómputo de la citada "más de la mitad" de los Diputados.

La Constitución española, en aquellos casos en que exige la mayoría absoluta del Congreso, la define siempre en parecidos términos: "por mayoría absoluta del Congreso" (Arts. 81.2: leyes orgánicas; y 116.4: estado de sitio), o bien "el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros" (Art. 99.3: investidura), o "el Congreso... por mayoría absoluta" (Arts. 102.2: responsabilidad penal especial del Gobierno; y 113.1: moción de censura). El Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, precisa esta exigencia utilizando siempre la misma expresión: "mayoría absoluta de los miembros del Congreso" (Arts. 131, 164.2, 169.3, 171.5 y 177.5). El problema se centra, por tanto, en la definición de "los miembros del Congreso".

La solución más simple es aquella que lleva a identificar a "los miembros del Congreso" con el número real de los que ostenten la condición de Diputados en un momento determinado, sin computar las posibles vacantes por pérdida de tal condición. Esta es la orientación que parecen haber seguido los órganos de gobierno del Congreso en el ejercicio de su función de interpretación de su Reglamento (art.32.2 Reglamento), en el supuesto del voto de investidura de Felipe González del año 1989. No obstante, pienso que tal solución no es totalmente correcta.

La determinación del número de miembros del Congreso está fijado por la Constitución en su artículo 68.1 que establece un número variable, con un mínimo de 300 y un máximo de 400, remitiendo su determinación concreta a la ley. Esto ha sido realizado por la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que estableció un número fijo de 350 Diputados (art. 162.1). Dicho número únicamente podría ser variado con una modificación de la propia Ley electoral que redujera o aumentara la relación total de Diputados, y siempre, por supuesto, respetando los límites constitucionalmente fijados.

Sobre dicho número debe predicarse la mayoría absoluta del Congreso por cuanto la Constitución, al exigirla, siempre se remite a la Cámara en su conjunto y sin excepciones. Cámara cuya composición, recordemos, se fija por Ley, y únicamente por ley podría ser alterada en su composición. Tal distinción se ve claramente en el artículo 79 de la Constitución al distinguir la mayoría ordinaria, que se predica con relación a los Diputados presentes en la Cámara, de las mayorías especiales, que se establecen con relación al conjunto de la misma.

Evidentemente, la Ley Electoral prevé la posibilidad de vacantes en la representación parlamentaria (arts. 113.2 y 164.1). Ahora bien, dichos vacíos tienen como único efecto la repetición de elecciones o la sustitución inmediata de las ausencias producidas, sin que ello suponga una alteración del número legal de miembros de la Cámara. Lo que se produce, por tanto, en los casos de pérdida de la condición de Diputado es la existencia de vacantes temporales en la representación parlamentaria, pero en modo alguno una disminución del número de escaños que componen la Cámara de los Diputados. Lo contrario sería afirmar que las circunstancias jurídicas personales de los Diputados pueden alterar la composición del Congreso, cuando dicha alteración únicamente puede producirse, según la Constitución, por ley.

Mucho más claro es aún el caso de la pérdida de los derechos de los Diputados (arts. 21.1 y 22 Reglamento Congreso). En este supuesto, no puede hablarse de una disminución, no ya jurídica o legal, sino ni siquiera del número real de miembros de la Cámara. El Diputado electo continúa con tal condición y, por tanto, siendo miembro del Congreso, aunque sin derecho a participar en sus funciones en tanto no cumpla los requisitos reglamentariamente exigidos (entre otros: jurar o prometer la Constitución).

Por estas razones, considero que la Constitución establece un concepto estable, y no transitorio o mutable, de mayoría absoluta, fijado por la voluntad constituyente y legislativa, que se predica del número legal de Diputados. Número fijo y determinado no modificable por circunstancias personales o jurídicas de cada uno de los Diputados en particular. De esta forma, por mayoría absoluta se entendería aquel número de Diputados igual o superior a 176; siempre que la Ley Electoral no modificara el número total de 350 miembros de la Cámara del Congreso.

Las consecuencias jurídicas de esta interpretación no son excesivamente importantes en el tema de la investidura del Presidente del Gobierno, por cuanto siempre queda a salvo la posibilidad de una segunda votación. No obstante, sí tienen especial importancia cuando nos referimos, por ejemplo, a la regulación de los Derechos fundamentales mediante ley orgánica apuntada al principio.

Es evidente que todas estas posibilidades tienen una limitada extensión temporal. Pero, en principio, nada impide que puedan volver a producirse, y que cuando ello suceda puedan producirse situaciones en las que sea necesario acudir al mecanismo de la mayoría absoluta. Si aceptamos la primera interpretación, más simplista, de la mayoría absoluta debemos aceptar, también, las importantes consecuencias que cualquier variación circunstancial o personal del número real de Diputados (por anulación de elecciones, pérdida de derechos parlamentarios, o, incluso, fallecimientos, incapacidades y renunciaciones) pueda suponer en el sentido u orientación de leyes que van a afectar los derechos y libertades de los ciudadanos considerados como constitucionalmente más importantes.

El Derecho Contable en España

Antonio Socías Salvá*

1. El Derecho Contable

En los últimos tiempos se ha venido insistiendo en el surgimiento de una nueva rama del derecho que se denominaría el "Derecho Contable". Como defensor de esa tesis hay que mencionar al Profesor José María Fernández Pirla, el cual mediante su obra "Una aportación a la construcción del Derecho Contable" deja constancia, precisamente, del alumbramiento de esa nueva rama del Derecho.

Pero dejando de un lado la aceptación o no del Derecho Contable como una rama del Derecho, en este artículo nos interesa resaltar la importancia que ha ido adquiriendo el hecho contable en las sociedades modernas lo cual ha supuesto su regulación por el Derecho, dado el fuerte significado social alcanzado.

El Derecho Contable, entendido como aquellas normas contables reguladas a través de normas jurídicas, ya está recogido, de hecho, en nuestro ordenamiento jurídico aunque de forma bastante dispersa. Por lo tanto lo que haría falta es conseguir su sistematización jurídica a través, únicamente, de un acto formal.

De otra parte en el ámbito internacional se encuentran un conjunto de normas contables que tienen la pretensión de ser aplicadas a todas las empresas independientemente de los países a las que pertenezcan. Nos estamos refiriendo a las Normas Internacionales de Contabilidad emitidas por el I.A.S.C. (International Accounting Standard Committee)¹.

* Profesor Titular Economía Financiera y Contabilidad de la U.I.B.
Miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas.

¹ Para más detalles sobre este organismo y sus normas emitidas se puede ver Gonzalo y Túa (1989).

Sin embargo tales normas no son de obligado cumplimiento por lo que únicamente sirven como punto de referencia a tener en cuenta en la regulación de la Contabilidad por los diferentes países.

Sin embargo a nivel europeo sí podríamos hablar de la existencia del Derecho Contable ya que, como más adelante veremos, las normas contables objeto de adaptación por parte de los Estados Miembros de la CEE se encuentran en tres directrices que, como tales, son de obligado cumplimiento a través de la adaptación de las legislaciones correspondientes en cada uno los países que conforman la CEE.

España, como uno de los miembros de la CEE, ha tenido que adaptarse a las mencionadas directrices, lo cual ha supuesto importantes cambios en la normativa contable. En las líneas que siguen intentaremos dar una visión general de la simbiosis producida en nuestro sistema contable como consecuencia de nuestra adaptación a las directrices comunitarias en materia contable, sean constitutivas o no, de lo que recientemente se ha venido denominando el Derecho Contable.

1.1. El sistema contable español

Al hablar del sistema contable español es imprescindible aludir a la diferencia existente entre su configuración antes y después de la adaptación a la Cuarta Directriz Europea, no sólo por el contenido estricto de las normas contables sino que en mayor medida por el cambio brutal en las exigencias relativas a la publicidad y auditoría de la información contable.

Pero antes de entrar de lleno en la situación actual del sistema contable español vamos a realizar algunas consideraciones en torno a sus características. Una de ellas es que, tradicionalmente, las empresas españolas, en general, eran individuales y en muchos casos familiares, característica común a los países latinos en donde la familia es una institución muy importante, moral, social y económicamente hablando. Esta estructura empresarial del pasado tiene consecuencias en la estructura actual del tamaño de las empresas en el sentido de que hoy en día el número de pequeñas y medianas empresas en España son una parte muy importante de la economía.

En el aspecto contable supuso un pobre desarrollo de las normas contables ya que en muchos casos era el propietario el interesado en la información contable y al ser pequeñas empresas en muchas ocasiones utilizaban sistemas contables rudimentarios. En el punto opuesto a este se encontraría el Reino Unido en donde tradicionalmente se formaron grandes empresas, a través de las denominadas "public companies" (sociedades anónimas) y las "private companies" (sociedades limitadas), que conseguían su capital mediante el concurso de un gran número de pequeños propietarios con lo cual los que no gestionaban la sociedad exigían información a los gestores, entre ella la información contable.

No obstante los aspectos formales de la contabilidad han sido regulados por la legislación mercantil a través de diferentes normas jurídicas, las cuales han cambiado sustancialmente, precisamente a raíz de nuestra incorporación en la CEE.

Por otra parte los aspectos esenciales de la Contabilidad se trataron en primer lugar dentro del ámbito fiscal, característica ciertamente determinante, hasta ahora, de nuestro sistema contable; si bien también a raíz de nuestra adaptación a la Cuarta Directriz, se ha producido una disociación clara entre lo contable y lo fiscal.

1.2. La normalización contable

En España se empezó con la verdadera normalización contable a raíz de la publicación del Plan General de Contabilidad en 1973. Sin embargo tendríamos que indicar que previamente a este plan hubo otros realizados por personas y entidades privadas (como, por ejemplo, el del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España) que no tuvieron relevancia a nivel nacional.

En consecuencia el Decreto 530/1973, de 22 de febrero, es el primer Plan General de Contabilidad (P.G.C.), elaborado por el desaparecido, Instituto de Planificación Contable, organismo normalizador público, que dependía del Ministerio de Hacienda.

En términos generales podemos decir que el P.G.C. de 1973 ayudó a elevar el listón de la contabilidad en las empresas españolas, si bien tenía un marcado vicio fiscal ya que la necesidad de su aprobación partió de una norma fiscal previa, siendo en consecuencia un plan que en muchas problemáticas optaba por la solución fiscal más que por la estrictamente contable. Como veremos esta situación a sufrido un cambio importante con la nueva normativa adaptada a la Cuarta Directriz, cuyo máximo exponente, desde el punto de vista contable es el nuevo P.G.C. de 1990.

A pesar de ser una norma jurídica, el mismo P.G.C. de 1973 decía que era de aplicación voluntaria por parte de las empresas, sin embargo, con el paso del tiempo se fue volviendo obligatorio para un número importante de empresas que, para acceder a determinados beneficios fiscales (en concreto para poder acogerse a las "Actualizaciones de Balances"), tenían que adaptarse al Plan como requisito previo. El Plan General de Contabilidad, como su nombre indica, es una normativa general que en principio no entra en cuestiones muy específicas de sectores económicos concretos. Estas problemáticas específicas se han resuelto a través de los Planes Sectoriales adaptados al Plan de 1973. Hasta la aprobación del P.G.C. de 1990 se habían aprobado 23 planes sectoriales que están siendo objeto de adaptación a la nueva normativa.

En lo que se refiere a la normalización privada, es decir, aquella que se realiza a través de organismos profesionales, hay que decir que su participación en la configuración del sistema contable es muy reciente. Hasta hace pocos años, la influencia de la profesión contable en la emisión de normas sobre contabilidad era prácticamente nula. Pero hay que significar que la situación ha cambiado en gran medida, gracias a la creación, en 1979, de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (A.E.C.A.), asociación que incluye profesionales de la contabilidad e incluso profesores de esta materia. A.E.C.A. ha emitido, hasta la fecha, dieciseis documentos, previamente discutidos por sus miembros, que regulan los principios de contabilidad aplicados a diferentes problemáticas. Su conjunto conforma un cuerpo de doctrina contable nada desdeñable y que es bastante seguido por las empresas. También hay que decir que en la elaboración del nuevo Plan General de Contabilidad, se han escuchado diferentes agentes sociales especializados, siendo A.E.C.A. una de las voces que se ha tenido en cuenta en la configuración de la nueva normativa contable de carácter público.

1.3. Las directrices de la CE

La Comunidad Económica Europea fue constituida a través del Tratado de Roma en 1957. En la actualidad los Estados Miembros son Francia, Alemania, Italia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo (los seis miembros fundadores), Reino Unido, Dinamarca, Irlanda (incorporados en 1973), Grecia (1981), España y Portugal (1986).

La forma concreta de desarrollar los objetivos generales plasmados en los Tratados y Actas, es a través de dos instrumentos legislativos² denominados "reglamentos" y "directrices". Los primeros son normas jurídicas de obligado cumplimiento que van dirigidos directamente a los ciudadanos de todos los Estados Miembros. Por lo tanto en este caso se da una supremacía de las normas jurídicas emitidas por la CE sobre las de carácter nacional. Sin embargo esta forma de legislar es mínima y afecta en la mayoría de los casos a cuestiones agrícolas. Las directrices también son normas de carácter vinculante que van dirigidas a los Estados Miembros para que éstos adecúen su legislación a la norma en cuestión, utilizando los instrumentos legislativos que sean necesarios.

Las directrices se han constituido como el instrumento más importante en la armonización de las leyes de los Estados Miembros ya que se dá pie a éstos para que sean ellos mismos quienes modifiquen su legislación. La CE ha aprobado más de un centenar de directrices de diferente índole de las cuales nueve pertenecen al derecho de sociedades y tres a la Bolsa de Valores.

Las directrices de la CEE que normalizan la Contabilidad son las siguientes:

- La Cuarta Directriz, de 25 de julio de 1978, que regula las cuentas anuales.
- La Séptima Directriz, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas.
- La Octava Directriz, de 10 de abril de 1984, relativa a la habilitación de las personas encargadas de la auditoria legal de los Estados Miembros.

Antes de ver cómo se han adaptado estas directrices en España es necesario indicar algunos rasgos comunes a las mismas:

— Como ya hemos significado todas las directrices son normas de carácter obligatorio, por lo que los Estado Miembro tienen que asumirlas en su legislación.

Dado que en el conjunto de los Estados Miembros se encuentran diferentes culturas, diferentes formas de pensar y diferentes leyes, es muy difícil que las directrices tracen un único camino a seguir y, en consecuencia, en ellas se ofrecen diferentes opciones para que los Estados Miembros no sufran un cambio brutal en su legislación. En definitiva se trata de una armonización y no de una verdadera normalización³. Sin embargo el mérito ya es por sí importante debido precisamente a que se trata del "Viejo Continente".

Las directrices constituyen mínimos obligatorios a cumplir, dejando campo al Estado Miembro para que puedan superar, con su legislación, lo exigido en las directrices.

² Además existen otros instrumentos legislativos denominados "recomendaciones" y "dictámenes", de carácter no vinculante.

³ Por este motivo, y a pesar de la adaptación a la Cuarta Directriz de los Estados Miembros, sigue habiendo diferencias importantes. En este sentido se puede consultar Socías (1991 b).

1.4. Aplicación en España de las Directrices Contables

Como ya se ha mencionado España se incorporó a la CE el uno de enero de 1986. Por este motivo los plazos para las adaptaciones a las directrices comunitarias ya aprobadas en aquel momento, tienen como punto de referencia para iniciar los plazos pertinentes, la fecha de incorporación a la CE.

La Octava Directriz fue la primera en asumirse por la legislación española a través de la "Ley 19/1988, de 12 de julio de 1988 de Auditoría de Cuentas" y del Reglamento que la desarrolla aprobado en diciembre de 1990. La adaptación de la Cuarta y Séptima directriz, así como el resto de directrices del derecho de sociedades se llevó a cabo a través de la "Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea (CE) en materia de sociedades".

Hay que manifestar que la mayoría de los Estados Miembros de la CE han incurrido en retrasos⁴ más o menos importantes en la adaptación, sin embargo, la legislación española se ha adecuado a la comunitaria dentro de unos límites de tiempo bastante razonables.

Seguidamente pasaremos a analizar los puntos más relevantes de la adaptación de la cuarta y séptima directriz a la legislación española ya que son estas dos las que incluyen normas contables en sentido estricto, en consecuencia dejaremos al margen la normativa aparecida a raíz de la adaptación a la octava directriz que, como ya hemos mencionado, regula los requisitos que deben reunir las personas que quieran ejercer como auditores.

2. Adaptación a la Cuarta Directriz en España

2.1. Cambios producidos en lo contable

La adaptación a la Cuarta Directriz se hizo en España junto con el resto de directrices del derecho de sociedades, excepto la Octava, a través de la mencionada Ley 19/1989. Esta Ley introdujo las modificaciones necesarias en:

— El Código de Comercio, que afecta a todos los comerciantes, que fue publicado en 1885 y que evidentemente ha sido modificado en varias ocasiones.

— La Ley de julio de 1951, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. Dada la importancia de esta ley el gobierno aprobó el texto resultante de la legislación anterior y sus modificaciones, a través del Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

— La Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

De todo ello podemos decir que se produce una regulación de los principios contables en el nuevo Código de Comercio, que afecta a todos los comerciantes, y una regulación más amplia para las empresas que tomen la forma de Sociedades Anónimas, Sociedades Limitadas y Sociedades Comanditarias por Acciones.

⁴ El detalle de tales retrasos se exponen en *Socias* (1990).

A pesar de que la nueva legislación mercantil⁵ regule de una forma seria los principios contables, las normas de valoración, las cuentas anuales (estado contables); su desarrollo pormenorizado se encuentra en el nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado mediante el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

2.2. El nuevo Plan General de Contabilidad

Una vez aprobada la nueva legislación mercantil adaptada a las normas comunitarias, era preciso que se modificara el Plan General de Contabilidad de 1973, incluso también porque parte de él había quedado desfasado por la evolución del entorno económico-empresarial de los últimos años.

Después de una serie de borradores de P.G.C. revisado, se publicó a finales de 1990 el definitivo nuevo P.C.G., el cual mantiene una estructura similar al anterior, si bien incluye ciertos cambios, siendo el más relevante el que hace referencia a la nueva relación entre contabilidad y fiscalidad.

El P.C.G. está estructurado en las siguientes partes:

— Introducción, en la que se enuncian las características generales del Plan, las diferencias más relevantes con el anterior y se explican algunos conceptos que se utilizan en el desarrollo del mismo.

— Primera parte: Principios Contables. Aquí se regulan los principios básicos sobre los cuales se deben de elaborar las cuentas anuales, así como enuncia el objetivo de que éstas deben ofrecer una imagen fiel (true and fair view) del patrimonio, situación financiera y resultados de la empresa. Esta parte es muy importante ya que es de obligado cumplimiento para todas las empresas.

— Segunda parte: Cuadro de cuentas. Aquí se ofrece una relación de las cuentas propuestas por el P.G.C., debidamente clasificadas por grupos y subgrupos, siguiendo un sistema decimal de clasificación. Esta parte del Plan no es obligatoria por lo que si la empresa lo estima conveniente puede modificarla.

— Tercera parte: Definiciones y relaciones contables. Se explican los contenidos de las cuentas, así como los motivos de cargo y abono más importantes. Esta parte no es obligatoria, excepto en lo que puedan suponer normas de valoración implícitas.

— Cuarta parte: Cuentas Anuales. En este apartado se indican las normas para elaborar los estados contables obligatorios, así como los modelos concretos a seguir, los cuales se adaptan a los de la Cuarta Directriz.

— Quinta parte: Normas de Valoración. Cuando los principios contables se aplican a problemáticas concretas, nos encontramos ante las normas de valoración. En consecuencia son desarrollados de los principios de contabilidad, de carácter obligatorio, que condicionan la información contable contenida en las cuentas anuales.

Para finalizar estos comentarios generales sobre el P.G.C. queremos señalar los cambios más importantes, a nuestro modo de ver, en relación al anterior.

El nuevo Plan General de Contabilidad se ha elaborado dentro de un marco legal ofrecido por una norma mercantil (ley 19/89), y no en base a una norma fiscal como

⁵ La legislación mercantil era muy parca en relación a las normas contables.

ocurría con el P.G.C. de 1973. Aquí se encuentra el inicio de una nueva relación entre la contabilidad y fiscalidad propiciada por la adaptación a la normativa europea.

El P.G.C. de 1990 sigue principios y normas estrictamente contables, y por lo tanto no tiene interferencias de la legislación fiscal, como venía ocurriendo hasta ahora. Esto está suponiendo un cambio importante de mentalidad en las empresas, ya que tienen que contabilizar siguiendo el P.G.C., incluso en los casos en que se entre en conflicto con normas fiscales, siendo en el momento de presentar la debida declaración del Impuesto sobre Sociedades cuando se tienen que ajustar las mencionadas diferencias.

2.3. Imagen fiel

Este concepto fue introducido en la Cuarta Directriz a instancias e insistencia de la delegación británica, ya que en su sistema contable es una pieza fundamental. El Reino Unido tuvo que aceptar a cambio, que se incluyeran modelos normalizados de las cuentas anuales (o estados contables) lo cual no estaba regulado en ese país.

Si bien en el Reino Unido se tiene clara la idea de "imagen fiel" (true and fair view), el resto de los Estados Miembros se han encontrado con ciertas dificultades para su aplicación práctica, ya que, ni tan siquiera, la Cuarta Directriz define lo que es, debido a que tampoco en el Reino Unido se ha definido ya que no ha sido nunca necesario dada la tradición de más de cien años en su utilización.

Los artículos que atañen a este concepto fueron asumidos por la Ley 19/89 y el P.G.C. de 1990 de forma totalmente literal. Concretamente en el Plan, en la primera parte y previo al desarrollo de los principios contables se indica lo siguiente:

"La aplicación de los principios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales, formuladas con claridad, expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

Cuando la aplicación de los principios contables establecidos en esta norma no sea suficiente para que las cuentas anuales expresen la imagen fiel mencionada, deberán suministrarse en la memoria las explicaciones necesarias sobre los principios contables aplicados.

En aquellos casos excepcionales en los que la aplicación de un principio contable o de cualquier norma contable sea incompatible con la imagen fiel que deben mostrar las cuentas anuales, se considerará improcedente dicha aplicación. Todo lo cual se mencionará en la memoria, explicando su motivación e indicando su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa."

Como se puede apreciar se trata de un concepto muy importante ya que en el supuesto de que el sujeto que elabora las cuentas anuales cree que éstas no ofrecen una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, deberá ofrecer informaciones complementarias en la Memoria o Anexo; pero si ello no es suficiente podrá dejarse de aplicar la norma distorsionante en beneficio de la imagen fiel. De alguna forma podemos decir que la imagen fiel da prioridad al fondo de la información contable sobre la forma, siendo esto último lo que tradicionalmente preocupaba en exceso a los sistemas contables de carácter latino.

2.4. Principios contables y normas de valoración

En cuanto a los principios contables el P.G.C. de 1973 ya recogía cuatro de ellos explícitamente y contenía, en el desarrollo de su texto otros de forma implícita, sin embargo en la legislación mercantil prácticamente no se habían enunciado.

Una vez adaptados a la Cuarta Directriz, el nuevo Código de Comercio incluye los principios contables, que también se encuentran, algo ampliados, el nuevo P.G.C. de 1990. Según éste son obligatorios los siguientes principios:

— Principio de prudencia. Indica que sólo deben contabilizarse los beneficios que se han realizado. En cambio los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales deberán contabilizarse tan pronto sean conocidas. En el supuesto de que se diera un conflicto entre este principio y los que le siguen, el principio de prudencia tendrá carácter preferencial.

— Principio de empresa en funcionamiento. Los principios que se aplican no van encaminados a determinar el valor de la empresa a efectos de su enajenación, sino que se debe de valorar teniendo en cuenta que su gestión será prácticamente ilimitada. Evidentemente este principio no se aplica cuando la empresa está en liquidación por los motivos excepcionales pertinentes.

— Principios del registro. El P.G.C. lo enuncia diciendo que los “hechos económicos deben registrarse cuando nazcan los derechos u obligaciones que los mismos originen.”

— Principio del precio de adquisición. Se aplicará el precio de adquisición cuando los bienes se adquieran a terceros, mientras que se utiliza el coste de producción cuando la empresa sea quien fabrique los bienes. El P.G.C. no admite los criterios alternativos al coste de adquisición y en esta cuestión está sujeta, como excepción, a principios fiscales ya que únicamente se permitirá superar el coste de adquisición mediante alguna disposición legal de actualización de Balances.

— Principio del devengo. El P.G.C. lo define indicando que la “imputación de ingresos y gastos deberá hacerse en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan y con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos.”

— Principio de correlación de ingresos y gastos. El P.G.C. lo define señalando que el “resultado del ejercicio estará constituido por los ingresos del período menos los gastos del mismo realizados para la obtención de aquellos, así como los beneficios y quebrantos no relacionados claramente con la actividad de la empresa.”

— Principio de no compensación, que indica que no se deben compensar partidas de activo con partidas de pasivo ni las de gastos con las de ingresos.

— Principio de uniformidad (consistency). Aplicados unos principios y normas de valoración éstas no deben de cambiarse de un ejercicio a otro salvo casos estrictamente necesarios de lo cual se tendrá que informar en la Memoria.

— Principio de importancia relativa. En el sentido de que puede dejarse de aplicar algún principio si su importancia cuantitativa no es significativa para que las cuentas anuales ofrezcan la mencionada imagen fiel.

Como se puede apreciar algunos de estos principios son muy básicos y generales, no obstante su desarrollo concreto se plasma en las denominadas normas de valoración, en

cuyo análisis no vamos a entrar ya que desbordaríamos las pretensiones y dimensión de este artículo⁶.

2.5. Las Cuentas Anuales

2.5.1. Elaboración

Siguiendo las normas de valoración antes descritas se elaboran las denominadas Cuentas Anuales o Estados Contables, mediante una estructura normalizada a través de la Cuarta Directriz, asumida por los Estados Miembros.

Las Cuentas Anuales obligatorias son el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, las cuales coinciden con el mínimo exigido por la Cuarta Directriz. Sin embargo implícitamente la legislación española exige otra más que es el Cuadro de Financiación (Estado de Origen y Aplicación de Fondos) para aquellas empresas que tengan que elaborar la Memoria en su versión normal, es decir, la *no* abreviada.

En cuanto al Balance la Ley 19/1989 incluye en su articulado una adaptación de uno de los dos modelos que prevé la Directriz, es decir, la presentación del Balance en forma de cuenta que, por otra parte, es el modelo que tradicionalmente se venía utilizando. Este mismo modelo, algo más desarrollado, es el que se presenta en el Nuevo Plan General de Contabilidad (Anexo I).

En cuanto a la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, la legislación española ha aceptado un único modelo de los cuatro admitidos por la Cuarta Directriz⁷, que también es el que tradicionalmente se ha venido utilizando, es decir, en forma de cuenta y por naturaleza (Anexo II).

En la Memoria o Anexo se tiene que comentar la información facilitada en el Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias, así como las normas de valoración utilizadas, acontecimientos posteriores al cierre del ejercicio, entre otras informaciones relevantes para la consecución de la imagen fiel de las cuentas anuales.

Además de estas tres cuentas anuales obligatorias se tiene que presentar el Informe de Gestión que deberá contener la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad. Así mismo se tendrán que mencionar los acontecimientos importantes que afecten a la sociedad acaecidos una vez finalizado el ejercicio, la evolución previsible de la sociedad en los próximos ejercicios, las actividades desarrolladas en investigación y desarrollo, y las adquisiciones de acciones propias. Si bien el Informe de Gestión no es una cuenta anual, parte de su elaboración se basa en ellas, y en consecuencia el auditor cuando lleve a cabo sus funciones deberá verificar la concordancia del Informe de Gestión con las Cuentas Anuales.

Tanto la Ley 19/89 como el nuevo Plan General de Contabilidad establecen unas cuentas anuales abreviadas, para cierto tipo de empresas, según sea su tamaño y su forma

⁶ Dichas normas se pueden ver en Socías (1991 a, págs. 224-231).

⁷ En forma de cuenta y por naturaleza.

En forma de cuenta y por funciones.

En forma de lista y por naturaleza.

En forma de lista y por funciones.

jurídica. Como su nombre indica en los modelos abreviados se tiene que ofrecer menos información que en los normales por lo que el Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias adoptan una estructura más esquemática. En la Memoria se exige menos información, y en concreto no se pide el Cuadro de Financiación.

Los modelos abreviados los pueden utilizar las empresas individuales y las sociedades que no limitan la responsabilidad de sus socios. Estas sociedades son la Sociedad Colectiva y la Sociedad Comanditaria Simple, ambas muy poco utilizadas. En lo que respecta a las sociedades que limitan la responsabilidad de socios al capital aportado, es decir, la Sociedad Anónima (incluidas las Laborales), la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Comanditaria por Acciones (poco utilizada), la posibilidad de elaborar o no cuentas abreviadas está en función del tamaño. De las sociedades antes mencionadas podrán elaborar el Balance abreviado, aquellas en las que durante dos años consecutivos al cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las siguientes circunstancias:

- Que el total de las partidas de Activo no supere los 230.000.000 de pts.
- Que su cifra anual de negocios sea inferior a 480.000.000 de pts.
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere a los 50.

Estas mismas sociedades podrán elaborar la Memoria abreviada.

En cuanto a la Cuenta de Pérdidas y Ganancias abreviada, la podrán utilizar las sociedades en las que en dos años consecutivos en la fecha de cierre del ejercicio concurren dos de las siguientes circunstancias:

- Que el total del Activo no supere los 920.000.000 de pts.
- Que su cifra anual de negocios sea inferior a los 1.920.000.000.
- Que el número medio de trabajadores durante el ejercicio no supere los doscientos cincuenta.

2.5.2. La auditoría

Una de las novedades más importantes de la nueva legislación mercantil, en su vertiente contable, es la obligación de que las sociedades que limiten la responsabilidad a sus socios el capital aportado, sometan sus cuentas anuales y el informe de gestión a una auditoría anual. La Cuarta Directriz permite que los Estados Miembros decidan o no aplicar una exención de tal obligación a las pequeñas empresas, que en España son aquellas que pueden elaborar el Balance abreviado. Esto está previsto en la Ley 19/89, y en consecuencia la obligación anual de auditar no afecta a las pequeñas sociedades. Pero además, en las sociedades que, en principio, no están sujetas a la auditoría anual obligatoria, los accionistas que representen el 5% del capital social podrán solicitar del Registrador Mercantil que nombre un auditor de cuentas para que éste efectue la revisión de cuentas. Los honorarios de este auditor irán a cargo de la sociedad a auditar y no por cuenta de los accionistas minoritarios.

Antes de seguir, es preciso recordar que la obligación de la auditoría anual es un precepto que se encuentra en la Cuarta Directriz y que como tal ha sido adaptado en España a través de la Ley 19/89. La Octava Directriz no hace referencia a qué empresas tienen que auditarse sino únicamente a los requisitos que deben reunir las personas para

ser auditores. Esta directriz fue la primera en adaptarse en España mediante la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas, y en ella se incluyeron, además de lo propio de la Octava Directriz, qué empresas se debían de auditar, quizás para ir mentalizándolas de esta nueva obligación.

Lo cierto es que actualmente existen dos leyes que obligan a la auditoría la Ley 19/88 y la Ley 19/89, que en su mayor parte son coincidentes. A las obligaciones ya vistas a través de la Ley 19/89 añadimos las siguientes de la Ley de Auditorías de Cuentas. Estarán sometidas a la auditoría obligatoria las empresas en las que, independientemente de su tamaño y de su forma jurídica, concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- Que sus títulos coticen en cualquiera de las Bolsas de Valores.
- Que emitan obligaciones en oferta pública.
- Que se dediquen de forma habitual a la intervención financiera.
- Las que se dediquen a la actividad aseguradora.
- Las que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones, servicios o suministren bienes al Estado y demás Organismos Públicos.

Las funciones que realiza el auditor en la auditoría anual obligatoria son, dicho de forma resumida y sin entrar en detalles, el comprobar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, utilizando las normas y procedimientos que rigen en auditoría; también comprobarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.

La obligación de someterse a la auditoría empezó para aquellas empresas cuyo cierre del ejercicio fue posterior al 30 de junio de 1990. Dicho de otro modo, aquellas empresas que iniciaron el ejercicio a partir del 1 de julio de 1989. Sin embargo la mayoría de las empresas empiezan el ejercicio con el año natural, por lo tanto, para todas ellas el primer ejercicio a auditar fue el que se inició el 1 de enero de 1990, lo cual quiere decir que en 1991 se ha llevado a cabo la auditoría del ejercicio del año 1990.

Una de las novedades más trascendentes de la nueva legislación contable es la obligación de dar publicidad a las Cuentas Anuales, el Informe de Gestión y, en su caso, del Informe de Auditor, a través de su inscripción en el Registro Mercantil. Antes de entrar en vigor la nueva legislación únicamente los administradores de las sociedades, sus accionistas y el fisco tenían acceso a la información contable de la empresa. Con la nueva legislación cualquier persona puede acceder a una copia de los documentos registrados que son la certificación de los acuerdos de la Junta General de Accionistas en la que se aprobaron las cuentas anuales y la aplicación del resultado; un ejemplar de cada una de dichas cuentas, el Informe de Gestión y el Informe del Auditor, si la empresa está sujeta a tal obligación.

3. Adaptación a la Séptima Directriz

La Séptima Directriz, de 13 de junio de 1983, relativa a las Cuentas Consolidadas fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18 de julio de 1983. Según su propio artículo 49, el 1 de enero de 1988 los Estados Miembros tenían que haber puesto en vigor las disposiciones nacionales necesarias para adaptarse a la Directriz. Sin embargo se facultaba a los Estados Miembros para que se aplicaran por

primera vez tales disposiciones a las cuentas consolidadas de los ejercicios que empezaron a partir del 1 de enero de 1990.

Como ya se ha indicado la séptima directriz (y otras más) fue adaptada a la legislación española a través de una pequeña parte del contenido de la ya citada "Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CE) en materia de sociedades". Las disposiciones referentes a las cuentas consolidadas se tenían que empezar a aplicar en aquellos ejercicios sociales cuya fecha de cierre fuera posterior al 31 de diciembre de 1990. Es decir que, para la mayoría de las sociedades, en 1992 se presentarán las cuentas consolidadas del ejercicio de 1991.

Antes de entrar en las disposiciones específicas sobre las cuentas consolidadas, queremos destacar la importancia de las operaciones societarias en el nuevo marco contable. Ello se denota en la exigencia de distinguir dentro de las cuentas anuales de las sociedades, entre si se trata de operaciones con empresas que pertenecen al grupo, empresas asociadas y otras empresas, exigencia tanto de la Ley 19/89 como del nuevo Plan General de Contabilidad.

En el artículo primero de la Ley 19/89 que, recordemos, modifica el Código de Comercio, es donde se regula por primera vez en la legislación mercantil los grupos de sociedades, concretamente en la "Sección tercera: Presentación de las cuentas de los grupos de sociedades", del artículo 42 hasta el 48 de nuevo Código de Comercio.

Hasta ese momento la normativa existente, en esta problemática, era:

— la de carácter fiscal regulada, básicamente, a partir del Real Decreto-Ley 12/1977 y el Real Decreto 1414/1977,

— las definiciones pertinentes en la introducción del Plan General de Contabilidad, que no disponía de un marco legal de referencia en este aspecto.

— las "Normas del Instituto de Planificación Contable sobre formación de las cuentas de los Grupos de Sociedades", publicadas el 30 de julio de 1982.

Por lo tanto desde el punto de vista de la legislación mercantil y contable los Grupos de Sociedades quedan regulados, en sus aspectos más generales, por el nuevo Código de Comercio, mientras que su desarrollo técnico se ha llevado a cabo a través del "Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas".

El nuevo Código de Comercio establece en su artículo 42.1 lo siguiente:

"Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en algunos de los casos siguientes:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios de la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad

cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en algunos de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo”.

De lo anterior queremos remarcar que la formulación de las cuentas consolidadas se llevará a cabo, en los casos antes descritos, cuando se trate de una *sociedad mercantil*, por lo que quedan fuera de tal obligación las personas físicas y sociedades civiles aun en el caso de poseer la totalidad de las acciones de varias empresas.

La sociedad dominante, también denominada matriz, deberá presentar además de sus cuentas anuales e informe de gestión, las cuentas consolidadas resultantes de la integración de la sociedad dominante con las dependientes (filiales), no sólo las de dependencia directa sino también las de dependencia indirecta. Además será la sociedad dominante, a través de su Junta General quien nombre los auditores que tendrán que revisar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo.

Sin embargo no todas las sociedades antes mencionadas tienen obligación de consolidarse, ya que la Séptima Directriz preveía que los Estados Miembros pudieran eximir a ciertas sociedades de tal obligación. Así pues, según el Código de Comercio, no existe obligación de presentar las cuentas anuales consolidadas cuando en la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad dominante el conjunto de las sociedades no sobrepase dos de los límites señalados para la elaboración de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias Abreviada. Sin embargo se ha aprovechado la aprobación del Real Decreto 1815/1991 (en el que se encuentran las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas) para aumentar sensiblemente los mencionados límites de tal forma que hasta el último ejercicio que se cierre con anterioridad al 1 de enero del año 2000, éstos serán los siguientes:

- Total del activo del Balance, no superior a 2.300 millones de ptas.
- Importe neto de la cifra anual de negocios, inferior a 4.800 millones.
- Número medio de trabajadores, no superior a 500.

Esta excepción no es aplicable si alguna de las sociedades del grupo ha emitido valores admitidos a negociación en un mercado bursátil. También hay que tener en cuenta que la sociedad dominante podrá excluir de las cuentas consolidadas a ciertas sociedades en ciertos casos excepcionales, tales como que su consolidación sea de un interés poco significativo para la imagen fiel de las cuentas consolidadas, y varias situaciones más explicadas en el punto 2 del artículo 43.

BALANCE			
EJERCICIO			
Nº DE CUENTAS	ACTIVO	EJERCICIO	EJERCICIO + 1
190, 191, 192, 193, 194, 195, 196	A) Acciones (series) por desembolsos no exigidos		
20	B) Immovilizado		
	I. Gastos de establecimiento		
210	II. Inmovilizaciones inmateriales		
	1. Gastos de investigación y desarrollo		
211, 212	2. Concesiones, patentes, licencias, marcas y similares		
213	3. Fondo de comercio		
214	4. Derechos de traspaso		
215	5. Aplicaciones informáticas		
219	6. Anticipos		
(291)	7. Provisiones		
(261)	8. Amortizaciones		
	III. Inmovilizaciones materiales		
220, 221	1. Terrenos y construcciones		
222, 223	2. Instalaciones técnicas y maquinaria		
224, 225, 226	3. Otras instalaciones, utillaje y mobiliario		
23	4. Anticipos e inmovilizaciones materiales en curso		
227, 228, 229	5. Otro inmovilizado		
(292)	6. Provisiones		
(282)	7. Amortizaciones		
	IV. Inmovilizaciones financieras		
240	1. Participaciones en empresas del grupo		
242, 244, 246	2. Créditos a empresas del grupo		
241	3. Participaciones en empresas asociadas		
243, 245, 247	4. Créditos a empresas asociadas		
250, 251, 256	5. Cartera de valores a largo plazo		
252, 253, 254, 257, 258	6. Otros créditos		
260, 265	7. Depósitos y fianzas constituidos a largo plazo		
(283), (294), (295), (296)	8. Provisiones		
(297), (298)	V. Acciones propias		
199			
27	C) Gastos a distribuir en varios ejercicios		
538	D) Activo circulante		
	I. Acciones por desembolsos exigidos		
	II. Exigencias		
30	1. Comerciales		
31, 33	2. Materias Primas y otros aprovisionamientos		
33, 34	3. Productos en curso y semiterminados		
35	4. Productos terminados		
36	5. Subproductos, residuos y materiales recuperados		
407	6. Anticipos		
(38)	7. Provisiones		

Nº DE CUENTAS	ACTIVO	EJERCICIO	EJERCICIO + 1
430, 431, 435, (436)	III. Deudores		
432, 451	1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios		
433, 452	2. Empresas del grupo, deudores		
44, 453	3. Empresas asociadas, deudores		
460, 464	4. Deudores varios		
470, 471, 472, 474	5. Personal		
(490), (493), (494)	6. Administraciones Públicas		
	7. Provisiones		
530, (538)	IV. Inversiones financieras temporales		
532, 534, 536	1. Participaciones en empresas del grupo		
531, (539)	2. Créditos a empresas del grupo		
533, 535, 537	3. Participaciones en empresas asociadas		
540, 541, 546, (549)	4. Créditos a empresas asociadas		
543, 543, 545, 547, 548	5. Cartera de valores a corto plazo		
565, 566	6. Otros créditos		
(593), (596), (597), (598)	7. Depósitos y fianzas constituidos a corto plazo		
(597), (598)	8. Provisiones		
57	V. Acciones propias a corto plazo		
480, 580	VI. Tesorería		
	VII. Ajustes por periodificación		
	TOTAL GENERAL (A + B + C + D)		

Nº DE CUENTAS	PASIVO	EJERCICIO	LEGADO N.º
	A) Fondos propios		
10	I Capital suscrito		
110	H Prima de emisión		
111	IJ Reserva de revalorización		
	IV Reservas		
112	1. Reserva legal		
115	2. Reservas para acciones propias		
114	3. Reservas para acciones de la sociedad dominante		
116	4. Reservas estatutarias		
113, 117, 118	5. Otras reservas		
	V Resultados de ejercicios anteriores		
120	1. Remanente		
(121)	2. Resultados negativos de ejercicios anteriores		
122	3. Aportaciones de socios para compensación de pérdidas		
129	VI Pérdidas y ganancias (Beneficio o pérdida)		
(557)	VII Dividendo a cuenta entregado en el ejercicio		
	B) Ingresos a distribuir en varios ejercicios		
130, 131	1. Subvenciones de capital		
136	2. Diferencias positivas de cambio		
135	3. Otros ingresos a distribuir en varios ejercicios		
	C) Provisiones para riesgos y gastos		
140	1. Provisiones para pensiones y obligaciones similares		
141	2. Provisiones para impuestos		
142, 143	3. Otras provisiones		
144	4. Fondo de revalorización		
	D) Acreedores a largo plazo		
	I Emisiones de obligaciones y otros valores negociables		
150	1. Obligaciones no convertibles		
151	2. Obligaciones convertibles		
155	3. Otras deudas representadas en valores negociables		
170	4. Deudas con entidades de crédito		
	II Deudas con empresas del grupo y asociadas		
160, 162, 164	1. Deudas con empresas del grupo		
161, 163, 165	2. Deudas con empresas asociadas		
	IV Otros acreedores		
174	1. Deudas representadas por efectos a pagar		
171, 172, 173	2. Otras deudas		
180, 185	3. Fianzas y depósitos recibidos a largo plazo		
	V Desembolsos pendientes sobre acciones no exigidos		
248	1. De empresas del grupo		
249	2. De empresas asociadas		
259	3. De otras empresas		

Nº DE CUENTAS	PASIVO	EJERCICIO	LEGADO N.º
	E) Acreedores a corto plazo		
	I Emisiones de obligaciones y otros valores negociables		
500	1. Obligaciones no convertibles		
501	2. Obligaciones convertibles		
505	3. Otras deudas representadas en valores negociables		
506	4. Intereses de obligaciones y otros valores		
	II Deudas con entidades de crédito		
520	1. Préstamos y otras deudas		
526	2. Deuda por intereses		
	III Deudas con empresas del grupo y asociadas a corto plazo		
402, 510, 512, 514, 516	1. Deudas con empresas del grupo		
551	2. Deudas con empresas asociadas		
403, 511, 513, 515, 517			
552			
	IV Acreedores comerciales		
437	1. Anticipos recibidos por pedidos		
400, (406), 410, 419	2. Deudas por compras o prestaciones de servicios		
401, 411	3. Deudas representadas por efectos a pagar		
	V Otras deudas no comerciales		
475, 476, 477, 479	1. Administraciones Públicas		
524	2. Deudas representadas por efectos a pagar		
509, 521, 523, 525, 527, 552, 555, 556	3. Otras deudas		
465	4. Remuneraciones pendientes de pago		
560, 561	5. Fianzas y depósitos recibidos a corto plazo		
499	VI Provisiones para operaciones de tráfico		
465, 585	VII Ajustes por periodificación		
	TOTAL GENERAL (A + B + C + D + E).....		

ANEXO II. Modelo de Cuenta de Pérdidas y Ganancias en el nuevo Plan General de Contabilidad

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS								
EJERCICIO								
Nº CUENTAS	DEBE	DEBE	DEBE	Nº CUENTAS	HABER	HABER	HABER	
71	A.GASTOS				INGRESOS			
	1 Reducción de existencias de productos terminados y en curso de fabricación				1 Ingreso neto de la cifra de negocios			
	2 Apogonamientos:			700, 701, 702, 703, 704	a) Ventas			
800, (800), 810*	a) Consumo de mercaderías			703	b) Particiones de liquidación			
(800), (800), 810*	b) Consumo de materias primas y otras materias consumibles			(708), (709)	c) Devoluciones "regallos" sobre ventas			
817*	c) Otros gastos e intereses			71	2 Aumento de existencias de productos terminados y en curso de fabricación			
807	3 Gastos de explotación:			73	3 Trabajos efectuados por la empresa para el mismo grupo			
840, 841	a) Sueldos, salarios y sumos de			75	4 Otros ingresos de explotación:			
842, 843, 849	b) Cargos sociales			7a	a) Ingresos económicos por explotación corriente			
88	c) Dotaciones para amortización de inmovilizado			790	b) Subvenciones			
892, (792)	5 Variación de las provisiones de tráfico:				c) Efecto de devoluciones de compra y gastos			
850, 894, (794)	a) Variación de provisiones de existencias							
855, (795)	b) Variación de provisiones de créditos recibibles							
92	c) Variación de otras provisiones de tráfico							
821, 824, (824), (825)	6 Otros gastos de explotación:							
830	a) Interés en otros							
831, 839	b) Tributos							
830	c) Otros gastos de gestión corriente							
	d) Donación al fondo de reserva							
	RESULTADOS DE EXPLOTACIÓN				PERÍODOS DE EXPLOTACIÓN			
	(81 + 82 + 83 + 84 + 85 + 86 + 87 + 88 + 89 + 90 + 91 + 92 + 93 + 94 + 95 + 96 + 97 + 98 + 99 + 100 + 101 + 102 + 103 + 104 + 105 + 106 + 107 + 108 + 109 + 110 + 111 + 112 + 113 + 114 + 115 + 116 + 117 + 118 + 119 + 120 + 121 + 122 + 123 + 124 + 125 + 126 + 127 + 128 + 129 + 130 + 131 + 132 + 133 + 134 + 135 + 136 + 137 + 138 + 139 + 140 + 141 + 142 + 143 + 144 + 145 + 146 + 147 + 148 + 149 + 150 + 151 + 152 + 153 + 154 + 155 + 156 + 157 + 158 + 159 + 160 + 161 + 162 + 163 + 164 + 165 + 166 + 167 + 168 + 169 + 170 + 171 + 172 + 173 + 174 + 175 + 176 + 177 + 178 + 179 + 180 + 181 + 182 + 183 + 184 + 185 + 186 + 187 + 188 + 189 + 190 + 191 + 192 + 193 + 194 + 195 + 196 + 197 + 198 + 199 + 200 + 201 + 202 + 203 + 204 + 205 + 206 + 207 + 208 + 209 + 210 + 211 + 212 + 213 + 214 + 215 + 216 + 217 + 218 + 219 + 220 + 221 + 222 + 223 + 224 + 225 + 226 + 227 + 228 + 229 + 230 + 231 + 232 + 233 + 234 + 235 + 236 + 237 + 238 + 239 + 240 + 241 + 242 + 243 + 244 + 245 + 246 + 247 + 248 + 249 + 250 + 251 + 252 + 253 + 254 + 255 + 256 + 257 + 258 + 259 + 260 + 261 + 262 + 263 + 264 + 265 + 266 + 267 + 268 + 269 + 270 + 271 + 272 + 273 + 274 + 275 + 276 + 277 + 278 + 279 + 280 + 281 + 282 + 283 + 284 + 285 + 286 + 287 + 288 + 289 + 290 + 291 + 292 + 293 + 294 + 295 + 296 + 297 + 298 + 299 + 300 + 301 + 302 + 303 + 304 + 305 + 306 + 307 + 308 + 309 + 310 + 311 + 312 + 313 + 314 + 315 + 316 + 317 + 318 + 319 + 320 + 321 + 322 + 323 + 324 + 325 + 326 + 327 + 328 + 329 + 330 + 331 + 332 + 333 + 334 + 335 + 336 + 337 + 338 + 339 + 340 + 341 + 342 + 343 + 344 + 345 + 346 + 347 + 348 + 349 + 350 + 351 + 352 + 353 + 354 + 355 + 356 + 357 + 358 + 359 + 360 + 361 + 362 + 363 + 364 + 365 + 366 + 367 + 368 + 369 + 370 + 371 + 372 + 373 + 374 + 375 + 376 + 377 + 378 + 379 + 380 + 381 + 382 + 383 + 384 + 385 + 386 + 387 + 388 + 389 + 390 + 391 + 392 + 393 + 394 + 395 + 396 + 397 + 398 + 399 + 400 + 401 + 402 + 403 + 404 + 405 + 406 + 407 + 408 + 409 + 410 + 411 + 412 + 413 + 414 + 415 + 416 + 417 + 418 + 419 + 420 + 421 + 422 + 423 + 424 + 425 + 426 + 427 + 428 + 429 + 430 + 431 + 432 + 433 + 434 + 435 + 436 + 437 + 438 + 439 + 440 + 441 + 442 + 443 + 444 + 445 + 446 + 447 + 448 + 449 + 450 + 451 + 452 + 453 + 454 + 455 + 456 + 457 + 458 + 459 + 460 + 461 + 462 + 463 + 464 + 465 + 466 + 467 + 468 + 469 + 470 + 471 + 472 + 473 + 474 + 475 + 476 + 477 + 478 + 479 + 480 + 481 + 482 + 483 + 484 + 485 + 486 + 487 + 488 + 489 + 490 + 491 + 492 + 493 + 494 + 495 + 496 + 497 + 498 + 499 + 500 + 501 + 502 + 503 + 504 + 505 + 506 + 507 + 508 + 509 + 510 + 511 + 512 + 513 + 514 + 515 + 516 + 517 + 518 + 519 + 520 + 521 + 522 + 523 + 524 + 525 + 526 + 527 + 528 + 529 + 530 + 531 + 532 + 533 + 534 + 535 + 536 + 537 + 538 + 539 + 540 + 541 + 542 + 543 + 544 + 545 + 546 + 547 + 548 + 549 + 550 + 551 + 552 + 553 + 554 + 555 + 556 + 557 + 558 + 559 + 560 + 561 + 562 + 563 + 564 + 565 + 566 + 567 + 568 + 569 + 570 + 571 + 572 + 573 + 574 + 575 + 576 + 577 + 578 + 579 + 580 + 581 + 582 + 583 + 584 + 585 + 586 + 587 + 588 + 589 + 590 + 591 + 592 + 593 + 594 + 595 + 596 + 597 + 598 + 599 + 600 + 601 + 602 + 603 + 604 + 605 + 606 + 607 + 608 + 609 + 610 + 611 + 612 + 613 + 614 + 615 + 616 + 617 + 618 + 619 + 620 + 621 + 622 + 623 + 624 + 625 + 626 + 627 + 628 + 629 + 630 + 631 + 632 + 633 + 634 + 635 + 636 + 637 + 638 + 639 + 640 + 641 + 642 + 643 + 644 + 645 + 646 + 647 + 648 + 649 + 650 + 651 + 652 + 653 + 654 + 655 + 656 + 657 + 658 + 659 + 660 + 661 + 662 + 663 + 664 + 665 + 666 + 667 + 668 + 669 + 670 + 671 + 672 + 673 + 674 + 675 + 676 + 677 + 678 + 679 + 680 + 681 + 682 + 683 + 684 + 685 + 686 + 687 + 688 + 689 + 690 + 691 + 692 + 693 + 694 + 695 + 696 + 697 + 698 + 699 + 700 + 701 + 702 + 703 + 704 + 705 + 706 + 707 + 708 + 709 + 710 + 711 + 712 + 713 + 714 + 715 + 716 + 717 + 718 + 719 + 720 + 721 + 722 + 723 + 724 + 725 + 726 + 727 + 728 + 729 + 730 + 731 + 732 + 733 + 734 + 735 + 736 + 737 + 738 + 739 + 740 + 741 + 742 + 743 + 744 + 745 + 746 + 747 + 748 + 749 + 750 + 751 + 752 + 753 + 754 + 755 + 756 + 757 + 758 + 759 + 760 + 761 + 762 + 763 + 764 + 765 + 766 + 767 + 768 + 769 + 770 + 771 + 772 + 773 + 774 + 775 + 776 + 777 + 778 + 779 + 780 + 781 + 782 + 783 + 784 + 785 + 786 + 787 + 788 + 789 + 790 + 791 + 792 + 793 + 794 + 795 + 796 + 797 + 798 + 799 + 800 + 801 + 802 + 803 + 804 + 805 + 806 + 807 + 808 + 809 + 810 + 811 + 812 + 813 + 814 + 815 + 816 + 817 + 818 + 819 + 820 + 821 + 822 + 823 + 824 + 825 + 826 + 827 + 828 + 829 + 830 + 831 + 832 + 833 + 834 + 835 + 836 + 837 + 838 + 839 + 840 + 841 + 842 + 843 + 844 + 845 + 846 + 847 + 848 + 849 + 850 + 851 + 852 + 853 + 854 + 855 + 856 + 857 + 858 + 859 + 860 + 861 + 862 + 863 + 864 + 865 + 866 + 867 + 868 + 869 + 870 + 871 + 872 + 873 + 874 + 875 + 876 + 877 + 878 + 879 + 880 + 881 + 882 + 883 + 884 + 885 + 886 + 887 + 888 + 889 + 890 + 891 + 892 + 893 + 894 + 895 + 896 + 897 + 898 + 899 + 900 + 901 + 902 + 903 + 904 + 905 + 906 + 907 + 908 + 909 + 910 + 911 + 912 + 913 + 914 + 915 + 916 + 917 + 918 + 919 + 920 + 921 + 922 + 923 + 924 + 925 + 926 + 927 + 928 + 929 + 930 + 931 + 932 + 933 + 934 + 935 + 936 + 937 + 938 + 939 + 940 + 941 + 942 + 943 + 944 + 945 + 946 + 947 + 948 + 949 + 950 + 951 + 952 + 953 + 954 + 955 + 956 + 957 + 958 + 959 + 960 + 961 + 962 + 963 + 964 + 965 + 966 + 967 + 968 + 969 + 970 + 971 + 972 + 973 + 974 + 975 + 976 + 977 + 978 + 979 + 980 + 981 + 982 + 983 + 984 + 985 + 986 + 987 + 988 + 989 + 990 + 991 + 992 + 993 + 994 + 995 + 996 + 997 + 998 + 999 + 1000							

* con signo positivo o negativo según su caso.

Nº CUENTAS	DEBE	DEBE	DEBE	Nº CUENTAS	HABER	HABER	HABER
810, 845, 8420, 8430, 8440, 8450, 8411, 8414, 8421, 8411, 8441, 8451, 8419, 8418, 8422, 8429, 8432, 8433, 8443, 8453, 849, 846, 867, 8943, 8945, 8946, 897, 898, 899, (7943), (7945), (7946), (797), (798), (799), 846	7 GASTOS FINANCIEROS Y GASTOS ASIMILADOS				5 INGRESOS DE PARTICIPACIONES EN CAPITAL		
	a) Por deudas con empresas del grupo			7400	a) En empresas del grupo		
	b) Por deudas con empresas asociadas			7401	b) En empresas asociadas		
	c) Por deudas con terceros y gastos asimilados			7403	c) En empresas fuera del grupo		
	8. Pérdidas de inversiones financieras			7410, 7410, 7411, 7424, 7413, 7423	6 Ingresos de otros valores negociables y de créditos del mismo emisor		
	d) Variación de las provisiones de inversiones financieras			7420, 7450	a) De empresas del grupo		
	9. Diferencias negativas de cambio			7431, 7453, 7459	b) De empresas asociadas		
	RESULTADOS FINANCIEROS POSITIVOS			744	c) Beneficios en inversiones financieras		
	(85 + 86 + 87 + 88 + 89 + 90 + 91 + 92 + 93 + 94 + 95 + 96 + 97 + 98 + 99 + 100 + 101 + 102 + 103 + 104 + 105 + 106 + 107 + 108 + 109 + 110 + 111 + 112 + 113 + 114 + 115 + 116 + 117 + 118 + 119 + 120 + 121 + 122 + 123 + 124 + 125 + 126 + 127 + 128 + 129 + 130 + 131 + 132 + 133 + 134 + 135 + 136 + 137 + 138 + 139 + 140 + 141 + 142 + 143 + 144 + 145 + 146 + 147 + 148 + 149 + 150 + 151 + 152 + 153 + 154 + 155 + 156 + 157 + 158 + 159 + 160 + 161 + 162 + 163 + 164 + 165 + 166 + 167 + 168 + 169 + 170 + 171 + 172 + 173 + 174 + 175 + 176 + 177 + 178 + 179 + 180 + 181 + 182 + 183 + 184 + 185 + 186 + 187 + 188 + 189 + 190 + 191 + 192 + 193 + 194 + 195 + 196 + 197 + 198 + 199 + 200 + 201 + 202 + 203 + 204 + 205 + 206 + 207 + 208 + 209 + 210 + 211 + 212 + 213 + 214 + 215 + 216 + 217 + 218 + 219 + 220 + 221 + 222 + 223 + 224 + 225 + 226 + 227 + 228 + 229 + 230 + 231 + 232 + 233 + 234 + 235 + 236 + 237 + 238 + 239 + 240 + 241 + 242 + 243 + 244 + 245 + 246 + 247 + 248 + 249 + 250 + 251 + 252 + 253 + 254 + 255 + 256 + 257 + 258 + 259 + 260 + 261 + 262 + 263 + 264 + 265 + 266 + 267 + 268 + 269 + 270 + 271 + 272 + 273 + 274 + 275 + 276 + 277 + 278 + 279 + 280 + 281 + 282 + 283 + 284 + 285 + 286 + 287 + 288 + 289 + 290 + 291 + 292 + 293 + 294 + 295 + 296 + 297 + 298 + 299 + 300 + 301 + 302 + 303 + 304 + 305 + 306 + 307 + 308 + 309 + 310 + 311 + 312 + 313 + 314 + 315 + 316 + 317 + 318 + 319 + 320 + 321 + 322 + 323 + 324 + 325 + 326 + 327 + 328 + 329 + 330 + 331 + 332 + 333 + 334 + 335 + 336 + 337 + 338 + 339 + 340 + 341 + 342 + 343 + 344 + 345 + 346 + 347 + 348 + 349 + 350 + 351 + 352 + 353 + 354 + 355 + 356 + 357 + 358 + 359 + 360 + 361 + 362 + 363 + 364 + 365 + 366 + 367 + 368 + 369 + 370 + 371 + 372 + 373 + 374 + 375 + 376 + 377 + 378 + 379 + 380 + 381 + 382 + 383 + 384 + 385 + 386 + 387 + 388 + 389 + 390 + 391 + 392 + 393 + 394 + 395 + 396 + 397 + 398 + 399 + 400 + 401 + 402 + 403 + 404 + 405 + 406 + 407 + 408 + 409 + 410 + 411 + 412 + 413 + 414 + 415 + 416 + 417 + 418 + 419 + 420 + 421 + 422 + 423 + 424 + 425 + 426 + 427 + 428 + 429 + 430 + 431 + 432 + 433 + 434 + 435 + 436 + 437 + 438 + 439 + 440 + 441 + 442 + 443 + 444 + 445 + 446 + 447 + 448 + 449 + 450 + 451 + 452 + 453 + 454 + 455 + 456 + 457 + 458 + 459 + 460 + 461 + 462 + 463 + 464 + 465 + 466 + 467 + 468 + 469 + 470 + 471 + 472 + 473 + 474 + 475 + 476 + 477 + 478 + 479 + 480 + 481 + 482 + 483 + 484 + 485 + 486 + 487 + 488 + 489 + 490 + 491 + 492 + 493 + 494 + 495 + 496 + 497 + 498 + 499 + 500 + 501 + 502 + 503 + 504 + 505 + 506 + 507 + 508 + 509 + 510 + 511 + 512 + 513 + 514 + 515 + 516 + 517 + 518 + 519 + 520 + 521 + 522 + 523 + 524 + 525 + 526 + 527 + 528 + 529 + 530 + 531 + 532 + 533 + 534 + 535 + 536 + 537 + 538 + 539 + 540 + 541 + 542 + 543 + 544 + 545 + 546 + 547 + 548 + 549 + 550 + 551 + 552 + 553 + 554 + 555 + 556 + 557 + 558 + 559 + 560 + 561 + 562 + 563 + 564 + 565 + 566 + 567 + 568 + 569 + 570 + 571 + 572 + 573 + 574 + 575 + 576 + 577 + 578 + 579 + 580 + 581 + 582 + 583 + 584 + 585 + 586 + 587 + 588 + 589 + 590 + 591 + 592 + 593 + 594 + 595 + 596 + 597 + 598 + 599 + 600 + 601 + 602 + 603 + 604 + 605 + 606 + 607 + 608 + 609 + 610 + 611 + 612 + 613 + 614 + 615 + 616 + 617 + 618 + 619 + 620 + 621 + 622 + 623 + 624 + 625 + 626 + 627 + 628 + 629 + 630 + 631 + 632 + 633 + 634 + 635 + 636 + 637 + 638 + 639 + 640 + 641 + 642 + 643 + 644 + 645 + 646 + 647 + 648 + 649 + 650 + 651 + 652 + 653 + 654 + 655 + 656 + 657 + 658 + 659 + 660 + 661 + 662 + 663 + 664 + 665 + 666 + 667 + 668 + 669 + 670 + 671 + 672 + 673 + 674 + 675 + 676 + 677 + 678 + 679 + 680 + 681 + 682 + 683 + 684 + 685 + 686 + 687 + 688 + 689 + 690 + 691 + 692 + 693 + 694 + 695 + 696 + 697 + 698 + 699 + 700 + 701 + 702 + 703 + 704 + 705 + 706 + 707 + 708 + 709 + 710 + 711 + 712 + 713 + 714 + 715 + 716 + 717 + 718 + 719 + 720 + 721 + 722 + 723 + 724 + 725 + 726 + 727 + 728 + 729 + 730 + 731 + 732 + 733 + 734 + 735 + 736 + 737 + 738 + 739 + 740 + 741 + 742 + 743 + 744 + 745 + 746 + 747 + 748 + 749 + 750 + 751 + 752 + 753 + 754 + 755 + 756 + 757 + 758 + 759 + 760 + 761 + 762 + 763 + 764 + 765 + 766 + 767 + 768 + 769 + 770 + 771 + 772 + 773 + 774 + 775 + 776 + 777 + 778 + 779 + 780 + 781 + 782 + 783 + 784 + 785 + 786 + 787 + 788 + 789 + 790 + 791 + 792 + 793 + 794 + 795 + 796 + 797 + 798 + 799 + 800 + 801 + 802 + 803 + 804 + 805 + 806 + 807 + 808 + 809 + 810 + 811 + 812 + 813 + 814 + 815 + 816 + 817 + 818 + 819 + 820 + 821 + 822 + 823 + 824 + 825 + 826 + 827 + 828 + 829 + 830 + 831 + 832 + 833 + 834 + 835 + 836 + 837 + 838 + 839 + 840 + 841 + 842 + 843 + 844 + 845 + 846 + 847 + 848 + 849 + 850 + 851 + 852 + 853 + 854 + 855 + 856 + 857 + 858 + 859 + 860 + 861 + 862 + 863 + 864 + 865 + 866 + 867 + 868 + 869 + 870 + 871 + 872 + 873 + 874 + 875 + 876 + 877 + 878 + 879 + 880 + 881 + 882 + 883 + 884 + 885 + 886 + 887 + 888 + 889 + 890 + 891 + 892 + 893 + 894 + 895 + 896 + 897 + 898 + 899 + 900 + 901 + 902 + 903 + 904 + 905 + 906 + 907 + 908 + 909 + 910 + 911 + 912 + 913 + 914 + 915 + 916 + 917 + 918 + 919 + 920 + 921 + 922 + 923 + 924 + 925 + 926 + 927 + 928 + 929 + 930 + 931 + 932 + 933 + 934 + 935 + 936 + 937 + 938 + 939 + 940 + 941 + 942 + 943 + 944 + 945 + 946 + 947 + 948 + 949 + 950 + 951 + 952 + 953 + 954 + 955 + 956 + 957 + 958 + 959 + 960 + 961 + 962 + 963 + 964 + 965 + 966 + 967 + 968 + 969 + 970 + 971 + 972 + 973 + 974 + 975 + 976 + 977 + 978 + 979 + 980 + 981 + 982 + 983 + 984 + 985 + 986 + 987 + 988 + 989 + 990 + 991 + 992 + 993 + 994 + 995 + 996 + 997 + 998 + 999 + 1000						
881, 882, 8840, 8841, 8842, 8843, 8844, 8845, 8846, 8847, 8848, 8849, 8850, 8851, 8852, 8853, 8854, 8855, 8856, 8857, 8858, 8859, 8860, 8861, 8862, 8863, 8864, 8865, 8866, 8867, 8868, 8869, 8870, 8871, 8872, 8873, 8874, 8875, 8876, 8877, 8878, 8879, 8880, 8881, 8882, 8883, 8884, 8885, 8886, 8887, 8888, 8889, 8890, 8891, 8892, 8893, 8894, 8895, 8896, 8897, 8898, 8899, 8900, 8901, 8902, 8903, 8904, 8905,							

Bibliografía

- Boletín Oficial del Estado, "Ley 19/1988, de 12 de julio de 1988, de Auditoría de Cuentas", B.O.E. de 15 de julio de 1988.
- Boletín Oficial del Estado, "Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores", B.O.E. de 29 de julio de 1988.
- Boletín Oficial del Estado, "Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades", B.O.E. de 27 de julio de 1989.
- Boletín Oficial del Estado, "Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas", B.O.E. de 25 de diciembre de 1990.
- Boletín Oficial del Estado, "Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad", B.O.E. de 27 de diciembre de 1990.
- Boletín Oficial del Estado, "Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas", B.O.E. de 27 de diciembre de 1991.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, "Cuarta Directiva del Consejo de 25 de julio de 1978 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE)", D.O.C.E. de 14/4/78.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, "Séptima Directiva del Consejo de 13 de junio de 1983 (83/349/CEE)", D.O.C.E. de 18/7/83.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, "Octava Directiva del Consejo de 10 de abril de 1984", D.O.C.E. de 12/5/84.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, "Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 1984 por la que se revisan los montantes expresados en ECU en la Directiva 78/660/CEE", (84/569/CEE), D.O.C.E. 4/12/84.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, "Directiva del Consejo de 8 de diciembre relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras", (86/635/CEE), D.O.C.E. de 31/12/86.
- Fernández Pirla, José María; "Una aportación a la construcción del Derecho Contable", Instituto de Planificación Contable, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid 1986.
- García Echevarría, Santiago; Gonzalo Angulo, José Antonio; "El proceso de adaptación de las directivas contables de la C.E.E. en España: logros y dificultades", Potencia presentada al 12 Congreso de la European Accounting Association, Stuttgart, 5-7 abril, 1989.
- Gonzalo Angulo, Jose Antonio; Tua Pereda, Jorge; "Normas Internacionales de Contabilidad de la I.A.S.C.", Ediciones del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, Madrid 1989.
- Gimeno Zuera, Javier; "La implantación en España de la VII Directiva", Comunicación presentada en el Congreso Anual "Comptabilité en Europe du Sud" de la European Accounting Association, Nice, 16 y 17 de noviembre de 1989.

-
- Socías Salvá, Antonio; "Clasificación de las diferencias en la Normalización Contable Europea", Comunicación presentada en el Congreso anual "Comptabilité en Europe du Sud" de la "European Accounting Association", Nice 16 et 17 novembre 1989. Publicado en la revista Técnica Contable, Febrero 1990, págs. 77-84, 96.
- Socías Salvá, Antonio; "Supuestos prácticos del nuevo Plan General de Contabilidad", Universitat de les Illes Balears, 1991 a.
- Socías Salvá, Antonio; "La Normalización Contable en el Reino Unido, Francia, Alemania y España", A.E.C.A., Monografía 18, Madrid 1991 b.
- Socías Salvá, Antonio; "Pasado y presente de la normalización contable pública española", Actualidad Financiera, abril 1991 c.
- Tua Pereda, Jorge; Gonzalo Angulo, José Antonio; "Directrices de Derecho de Sociedades y de Bolsa", Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, Madrid 1985.

La ejecución del laudo arbitral

Rosa Arrom

I. Introducción

Es una realidad innegable el que las relaciones jurídicas comerciales -incluyendo en las mismas las de carácter internacional-constituyen el sector mayoritario en relación a la totalidad del tráfico jurídico en masa.

La propia esencia de las relaciones mercantiles, o mercantiles-internacionales, exige que éstas discurren con la celeridad que les es propia. Por ello surge, con especial fuerza, la necesidad de regular los mecanismos legales adecuados que resuelvan, con prontitud, las controversias que de ellas puedan suscitarse.

En esta línea se orientó la Ley de arbitraje de 1953 que, a pesar del avance que supuso en relación a la situación anterior (en la que el arbitraje se regulaba de forma extremadamente arcaica en los arts. 790-839 de la LEC), no fue suficiente al circunscribir el tratamiento arbitral a los conflictos civiles derivados de relaciones jurídicas aisladas, por lo que una regulación como la contenida en aquella Ley no parece ya adecuada para regular el tráfico jurídico en masa.

Por todo ello, se vió la necesidad de potenciar, en mayor medida, la institución arbitral lo que se tradujo en la Ley 36/ 1988 de 5 de diciembre que determinó la derogación de la normativa vigente al respecto.

Desde un planteamiento realista no podemos dejar de señalar que si bien se potencia la institución arbitral en respuesta a la demanda social, su justificación se encuentra más en la mala mecánica de la que adolece nuestra administración de justicia que en otras consideraciones de índole técnica o de estricta justicia.

Como se ha señalado,¹ la realidad nos muestra cómo “los períodos de mayor auge de la institución arbitral coinciden con los de máximo declive de los tribunales estatales, y hoy es lamentablemente cierto que éstos, infradotados en medios personales y materiales, sometidos a mecanismos de proceso no actualizados en gran medida, y abrumados por una litigiosidad insospechadamente creciente en número y complejidad, carecen de la capacidad de repuesta ágil, rápida, efectiva y, para no pocas materias, especializada, que una adecuada dispensación de la justicia exige”.

La situación descrita hace que nos planteemos el auge del arbitraje con ciertas reservas ya que es indudable que muchas de las bondades que se predicán del mismo debieran encontrarse en la propia Administración de Justicia (como la celeridad, superación de formalismos, etc).

Los innegables avances que en la materia ha supuesto la nueva Ley no deben de disuadirnos, a la hora de realizar nuestro análisis, de formular y poner de manifiesto los puntos oscuros de los que aún adolece la regulación del arbitraje.

Es intención de este trabajo no el análisis exhaustivo de la nueva Ley sino, en concreto, nuestro objetivo se cibe al estudio del tratamiento procesal que se concede al laudo arbitral (nacional o extranjero) en cuanto título ejecutivo idóneo para producir la apertura de la actividad ejecutiva, así como el estudio de la misma.

Que el laudo arbitral goza de eficacia ejecutiva es algo que quedó perfectamente claro ya en la Ley del 53. La misma en su artículo 31 (en el primer y segundo apartado) señalaba “Firme el laudo arbitral, podrá obtenerse la ejecución del acuerdo, en su caso, ante el juez de primera instancia del lugar donde se ha seguido el arbitraje”². Esta ejecución se llevará a efecto del modo que la Ley procesal establece para las sentencias”.

Por las razones ya reseñadas en las primeras líneas de esta reflexión, señalábamos que el conjunto de la regulación del 53 (a pesar de la trascendencia y mérito que tuvo su creación) se nos mostraba insuficiente e inadecuada para regular la situación actual en la que impera el tráfico jurídico en masa dentro del cual sobresale, con especial fuerza, el tráfico y las relaciones comerciales internacionales. Pues bien, esa necesidad de desarrollo y adecuación legislativa en la materia se observa también -acertadamente a veces desafortunadamente otras- en el tema de la ejecución.

Prueba de ello es el incremento del número de preceptos dedicados a la ejecución (arts 52, 53, 54, 55) y, como novedad de especial relevancia, la regulación, en el Título IX de la nueva Ley, de la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros (arts 56, 57, 58, 59).

¹ Ortiz Navacerrada, “La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales”, Actualidad civil, nº 29-15 de Enero del 89, pág. 150.

² En el apartado tercero se recogía la ejecución provisional, a instancia de parte, del laudo pendiente de casación o de nulidad, si el que la solicitase diese fianza suficiente, a juicio del juez, para responder de las costas y de los perjuicios que se pudieran ocasionar. El cambio sustancial que se ha operado en relación a la regulación de la ejecución provisional sugiere, por su envergadura, la elaboración de un análisis diferenciado que excede los límites marcados por este trabajo.

II. Ejecución forzosa del laudo

Para iniciar el estudio del tratamiento que a la ejecución forzosa del laudo se concede, entendemos que sería conveniente delimitar en primer lugar cuáles son los requisitos que exige la nueva Ley para que el laudo arbitral despliegue su eficacia ejecutiva. La Ley no los especifica y así será necesario inferirlos, por una parte, de los preceptos que dedica a la ejecución forzosa del laudo y, de otra, de los motivos legales de oposición a la ejecución del mismo. Sin embargo, dado que un sector de la opinión doctrinal ha extraído como causas de no ejecutabilidad de la resolución arbitral algunos de los motivos de nulidad de la misma procederemos, una vez alcanzado el objetivo señalado, a analizar los supuestos del art 45 de la Ley y las eventuales relaciones que pudieran darse entre nulidad y ejecutividad del laudo.

A) Requisitos afectantes a la ejecución del laudo

La LA., en los artículos 52 a 55 (Título VIII, con la rúbrica "De la ejecución forzosa del laudo"), incluye una serie de requisitos que deben concurrir para que el juez dicte "auto despachando la ejecución" (art 55.2).

Estos requisitos se infieren por vía negativa unos, y por vía positiva, otros. En efecto, prevé la Ley, con carácter de concurrentes, los siguientes requisitos:

a) Se puede obtener la ejecución del laudo cuando hayan transcurrido diez días de la notificación del mismo siempre que el laudo no haya sido cumplido (art 53, en relación al 46.2).

b) El ejecutante, a su solicitud de ejecución, deberá acompañar necesariamente: copia autorizada del laudo; documento acreditativo de la notificación a las partes; documento acreditativo del convenio arbitral. Además, si el laudo fue recurrido ante los órganos jurisdiccionales, se deberá acompañar la resolución de la Audiencia desestimando el recurso de anulación.

c) Para que pueda ser ejecutado el laudo no debe estar pendiente el recurso de nulidad. Pensamos que este requisito no tiene que ser alegado por el solicitante de la ejecución, sino que, en su caso, lo deberá poner de manifiesto el ejecutado y acreditarlo en su escrito de oposición, como prevé el art. 55.1.

d) Si el laudo ha sido recurrido no debe haber recaído resolución estimatoria de la nulidad por la Audiencia, porque, lógicamente, en este caso se trataría de ejecutar una resolución -la arbitral- declarada nula por los órganos estatales. También en este supuesto, ha de ser el ejecutado el que con su oposición pondrá de manifiesto tal circunstancia, acreditándolo mediante testimonio de la sentencia de la Audiencia que ponga fin al recurso de anulación.

B) Causas de nulidad del laudo. Efectos

Del tenor del artículo 45 se desprenden los motivos que la Ley fija como causas de anulación del laudo. Distinguiremos los motivos de nulidad que afectan al contenido del convenio arbitral de los motivos de nulidad relativos al laudo mismo.

a) Respecto del convenio arbitral, el art. 45.1³ prevé que el laudo pueda anularse; y del articulado de la Ley se desprende que lo será:

a.1) Atendiendo a los sujetos: cuando los compromitentes carezcan de capacidad de obrar (lo que no reza en el supuesto de que aquéllos actúen, en tal caso, a través de sus representantes legales: art 2).

a.2) En virtud del objeto: no será válido el convenio que verse sobre materias de las que las partes carecen de poder de disposición (art 1) o se encuentren inseparablemente unidas a las mismas (art 2) o requieren intervención del Ministerio Fiscal (art 2.c) o, por último, las ya resueltas por resolución judicial firme salvo las surgidas en su ejecución.

a.3) En cuanto a la forma: si el convenio no expresa la voluntad inequívoca de las partes de someter la resolución de todos o algunos de los conflictos que surgiesen entre ellas de relaciones jurídicas determinadas, contractuales o no, al criterio de uno o más árbitros, así como la obligación de acatar esta decisión. (art 5. 1); o no se haya formalizado por escrito (art 6. 1); o cuando -salvo lo establecido en el art. 7- haya sido instituido por la voluntad de una sola persona. Además, será nulo el convenio en aquellos casos en que por el mismo una de las partes obtenga una situación de privilegio en relación a la designación de los árbitros (art 9.3).

b) En relación a los motivos de los que se predica la nulidad del laudo que tienen su origen en el laudo mismo cabe distinguir:

b. 1) de fondo:

-art. 45.4 "Cuando los árbitros hubieran resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal". En este caso se trataría de una anulación parcial. El laudo sólo sería ejecutable en parte. Lo que parece claro es que se sanciona la extralimitación, en el sentido de resolver los árbitros sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje (en este sentido el art 2 de la Ley señala cuáles son las materias que no pueden ser sometidas a arbitraje). Una extralimitación en cualquiera de los dos sentidos apuntados generaría uno de los motivos que prevé la Ley como causa de recurso de anulación (en concreto, el 45.4).

De todas formas, dada la naturaleza y finalidad del arbitraje, la trayectoria de la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de permitir mayor elasticidad en la interpretación o apreciación de las materias o cuestiones objeto de decisión⁴.

-art. 45.5 "Cuando el laudo fuese contrario al orden público".

Pensamos que este motivo por su relación directa con el orden público, es el más complejo y a la vez el más interesante. La complejidad del mismo radica en la propia imprecisión del término "orden público". En efecto, el orden público es un concepto "per se" de difícil concreción. Así, de una parte, no existe identidad entre lo que desde

³ Como podemos ver el primer motivo es más restringido que su predecesor de la ley del 53 como consecuencia de la eliminación, en la actualidad, de la distinción entre contrato preliminar y compromiso.

⁴ Entre otras, sentencia de 17-9-85 Col. leg. nº 522, de 28 de Noviembre de 1988, R. A. 8716.

un plano vulgar se entiende por orden público y lo que pueda concluir el estudioso del derecho en relación a tal concepto⁵.

Una aproximación al concepto se podría intentar a través del C.C. mediante el análisis de algunos de los preceptos que, de forma expresa, hacen referencia al orden público: así, el art 594 señala: "Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público"; o el art 1255 C.C.: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

Como se observa, el orden público aparece, de forma constante y junto con la ley, como uno de los límites de la autonomía privada quedando claro que, en todo caso, nos hallamos frente a limitaciones diferentes. Es por esto por lo que entendemos que entre imperatividad gramatical y orden público no se produce una sinonimia; toda vez que existen sectores del ordenamiento jurídico que, si bien no se hallan configurados en términos imperativos, constituyen una clara limitación a la autonomía privada al incidir de lleno sobre el orden público, y viceversa: existen preceptos formulados imperativamente y que, a pesar de ello, no pueden ser considerados de orden público.

Nos parece interesante y necesario observar el enfoque que la jurisprudencia del TS ha considerado acertado a la hora de fijar el tema. Las sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979, aunque imprecisas, arrojan algo de luz en orden a la comprensión y delimitación del concepto. Recogiendo parte del contenido del tercer considerando de la segunda sentencia reseñada, el T.S. entiende que: "... sabido es que la aplicación de este principio habrá de hacerse con referencia a contenidos determinados o situaciones concretas, lo que ha llevado a la sentencia de esta Sala de 5 de abril de 1966 a declarar que el concepto de orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo y en una época determinada, relatividad de la noción como su característica externa corroborada por el Auto de este mismo Tribunal de 24 de octubre de 1979, que hace cita del art 3 párr. 1º del C.Civ. sobre la necesidad de ajustar la tarea interpretativa de las normas legales a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad.....".

El sentir general de la doctrina en este campo es de inquietud al entender que se barajan conceptos sumamente imprecisos, variables y resbaladizos dado que, como expresamente se contiene en esta sentencia, es nota característica del orden público el variar y adaptar su contenido a la concreta situación socio-cultural y económica del momento.

Por otra parte, y tomando como referencia el texto constitucional, pensamos que la interpretación que del motivo de nulidad recogido por el art. 45.5 de la L.A. se haga

⁵ Y ello a pesar de lo que expresa el art. 3.1 del CC en la idea muy razonable, dada la procedencia y finalidad de las normas jurídicas, de que los términos jurídicos deben entenderse según el sentido propio de las palabras.

deberá partir de un concepto de orden público tal que por su vulneración se entienda toda transgresión o conculcación de los derechos fundamentales y libertades públicas, tal como los entiende el TC a través de la jurisprudencia por él creada (Preámbulo de la CE). Y en este sentido, nos parece interesante traer a colación algunas de las sentencias creadas por este Tribunal al incidir de lleno sobre el concepto que nos hallamos estudiando, así:

-Sentencia de 15 de abril de 1986 (rec. de amparo núm. 325/1985); la misma en el fundamento jurídico nº 4 señala: "Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir las resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art 24 de la Constitución".

-Sentencia de 29 de marzo de 1990 (rec de amparo núm. 1639/1978); la misma en el párrafo segundo de su fundamento cuarto señala: "En este sentido, hemos tenido ocasión de declarar que dicho concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 (STC 43/1986) (R.T. Const. 43) y que "el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social, por lo que "el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitadamente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado" (STC/ 1985) (R.T. Cons.101)."

En el párrafo quinto del fundamento octavo señala el Tribunal: ".....tampoco cabe hablar de siquiera de infracción del "orden público", máxime cuando los recurrentes ejercitaban un derecho fundamental (sic. el de manifestación) que también integra el concepto de "orden público".

Lo que parece claro es que, en todo caso y tal como se desprende de las sentencias estudiadas⁶, los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos por la Const. de 1978 forman parte irrenunciable del contenido del orden público.

Las posturas adoptadas por la doctrina frente al tema discurren en dos frentes bien diferentes. Por un lado hay autores⁷ que se decantan por intentar aportar un concepto

⁶ También sentencia de 4 de Octubre de 1985 (recurso de amparo núm. 85/1982).

⁷ Díez Picazo, "Sistema de Derecho Civil", Madrid 1989, págs. 394 y 395.

de orden público más o menos concreto y, por otra parte, existe otro sector de opinión⁸ que renuncia a tal empresa conformándose con intentar una aproximación, lo más cercana posible al concepto.

No es el objetivo central de esta reflexión el realizar un análisis exhaustivo del concepto de orden público. Baste, pues, esta breve pincelada sobre el sentir y saber doctrinal en este tema concluyendo que, sin entrar en las posibles construcciones teóricas que se pudieran hacer en torno a aquél, lo que parece indudable es que nos hallamos frente a una limitación de la autonomía de la voluntad que varía indeclinablemente con el devenir de los tiempos⁹.

b.2) De forma:

-art 45.2 "Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley"¹⁰.

-art 45.3 "Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo"¹¹.

Estos son los motivos de nulidad que prevé la Ley; a continuación cabría plantearnos si alguno, o algunos de ellos, podrían considerarse también como presupuestos necesarios para que el laudo despliegue su eficacia ejecutiva, aventurándonos a afirmar que de no presentarse el juez puede denegar de oficio la ejecución. A este respecto se ha dicho¹² que: ".....la terminante exclusión por el art. 55.2 de toda otra causa de denegación de la ejecución por el juez resulta excesiva: no puede éste poner su poder ejecutor al servicio de un laudo contrario al orden público o radicalmente nulo por referirse a materias excluidas del arbitraje conforme al art. 2. No ya la excitación de parte, sino su propio conocimiento oficial, han de bastar para una denegación fundada: si el art 44 prevé el rechazo por el Juez de la práctica de pruebas contrarias a la Ley, encomendadas por el árbitro por vía de auxilio, con mayor razón ha de defenderse la procedencia del rechazo, no expresamente previsto en los supuestos contemplados."

⁸ De Castro, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en Anuario de Derecho Civil, 1982, pág. 987.

⁹ Recordemos que, desde la óptica constitucional, se entiende por orden público toda vulneración de los derechos y libertades fundamentales tal y como los entiende el TC a través de la jurisprudencia.

¹⁰ La designación de los árbitros y la determinación de las reglas del procedimiento que se hayan de seguir forman parte del contenido del convenio arbitral que las partes, con carácter facultativo, pueden fijar. Si éstas no lo hubieren determinado podrán hacerlo en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios (art. 9.1). También señala la Ley (art. 9.2) que las partes podrán transmitir a un tercero (sea persona física o jurídica) la facultad de designar los árbitros.

Sea el proceso arbitral estatuido por las partes, o por la Asociación o Corporación administradora del arbitraje o en último término por los árbitros debe, en todo caso, establecerse respetando los P^o de igualdad, audiencia y contradicción y las prescripciones establecidas en la Ley; por lo que el quebrantamiento de las formalidades y la infracción de los principios a los que nos hemos referido son enmarcables en el segundo motivo a los efectos de la anulación del laudo.

¹¹ El plazo exigido lo señala el art. 30.1 (6 días); y las consecuencias de su no cumplimiento el 30.2.

¹² Ortiz Navacerrada, "La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales"; en Actualidad civil n^o 2, 9-15-Enero-89 pág. 165.

A pesar de lo aparentemente razonable de una afirmación como la anterior -a todos repugna la representación de la posibilidad de ejecutar un laudo radicalmente contrario o simplemente contrario al orden público o, que verse sobre materias que no puedan ser objeto de arbitraje- pensamos que la cuestión ha de ser muy meditada. Conceder al juez ejecutor la posibilidad de "revisar" lo juzgado por los árbitros atentaría a la propia esencia de la ejecución y de la institución arbitral.

En este sentido, cuando las partes designan árbitro/s se comprometen a someterse a su decisión lo que supone que asumen o admiten la obligatoriedad del fallo. Sin embargo la decisión arbitral no produce, tan sólo, el efecto de la obligatoriedad de la resolución sino que, además, a tal efecto se anuda el de producir cosa juzgada plena (art 37 de la LA); y ello porque el arbitraje se destina a resolver la controversia jurídica del mismo modo y con los mismos caracteres que el juez en la sentencia¹³.

Por ello y porque pensamos que el juez ejecutor no debe ni puede (dado el efecto de cosa juzgada que recae sobre la decisión arbitral) convertirse en una segunda instancia en la que se vuelva a conocer sobre el fondo- lo que sucedería si se pudiera denegar de oficio la ejecución por ser el laudo contrario al orden público o versar sobre materias que no pueda ser objeto de arbitraje, pensamos que no pueden entremezclarse ejecutividad del título y causas de nulidad del mismo.

Cuestión distinta es que la pendencia del recurso de anulación o la resolución del mismo, apreciándolo, sean causas de oposición; situación lógica dado que el Juez ejecutor la desconoce. Y cuestión distinta lo es también, que durante la ejecución de ese laudo se pueda oponer la nulidad de pleno derecho del mismo por ese motivo. Lo que queremos decir aquí es que el juez de oficio no debe denegar el despacho de la ejecución por ese motivo.

Concluyendo pensamos que de oficio sólo puede ser denegada la ejecución del laudo cuando éste no sea título formalmente regular, es decir, resumiendo y de acuerdo con lo establecido por el art 52 de la LA según el cual, recordemos, son ejecutables los laudos dictados conforme a la presente Ley, pensamos que para que se produzca tal adecuación es necesario que:

a) que el laudo se formalice por escrito debiendo expresar¹⁴, 1º) las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, 2º) el lugar en que se dicta, 3º) la cuestión sometida a arbitraje, 4º) una sucinta relación de las pruebas practicadas, 5º) las alegaciones de las partes y, por último la decisión arbitral.

b) que arbitral una vez firmado el laudo por los árbitros se protocolice notarialmente (art 33 de la LA) y sea notificado de modo fehaciente a las partes.

¹³ Fenech, "El arbitraje en Derecho español", en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1962, pág. 419. Del planteamiento expuesto el autor extrae la siguiente conclusión: "Si cada una de las partes, por sí misma, no puede resolver con estos caracteres una controversia, es evidente que no pueden otorgar dentro del derecho privado a un tercero más de lo que tiene -nomo dat quod non habet-. Por lo tanto, es evidente que el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venirles a los árbitros del Estado, y que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional."

¹⁴ Así lo exige la redacción imperativa del art. 32 de la LA.

Por lo tanto, dándose las circunstancias mencionadas y habiendo transcurrido diez días de la notificación del laudo sin que éste haya sido cumplido (art 53 en relación al 46.2) será ejecutable si ante el juez ejecutor se presenta por el ejecutante: 1º) un escrito solicitando la ejecución al cual se acompañará necesariamente: copia autorizada del laudo; documento acreditativo de la notificación a las partes; documento acreditativo del convenio arbitral; 2º) Si el laudo fue recurrido se deberá adjuntar la resolución de la Audiencia desestimado el recurso de anulación.

Recordemos que, en todo caso, no cabe ejecución provisional del laudo; lo que significa que para que el mismo pueda ser ejecutado no debe existir pendencia de recurso de anulación alguno. Tanto este supuesto como el relativo a la estimación por la Audiencia del recurso de nulidad son circunstancias ambas que deberán ser acreditadas en el escrito de oposición.

Por último, desde un punto de vista positivo, el laudo arbitral requiere para su ejecución la firmeza dado que a tenor de la nueva regulación parece evidente que no cabe la ejecución provisional del mismo.

III. Procedimiento de ejecución del laudo

La ley de 7 del XII del 88 en su título VIII recoge los artículos destinados a regular la ejecución forzosa del laudo dictado en España.

El laudo es título ejecutivo perfecto desde el momento en el que adquiere firmeza -y la adquiere si no se interpuso recurso de anulación en el plazo señalado por la Ley o si interpuesto fue desestimado- a partir del cual es ejecutable por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes (arts. 919 ss) con las especialidades que establece la Ley (arts. 54 y 55 L.A.)¹⁵.

Como se ha señalado¹⁶ fundamos la institución arbitral en la distinción entre los principios de autoridad, predicable y característico de la Jurisdicción que es trasladable al árbitro y que, por tanto, le corresponde de modo pleno, y la potestad que corresponde, con carácter monopolístico, a la Jurisdicción estatal. Consecuencia directa de que la "potestas" corresponda a la Jurisdicción es que la ejecución del laudo sólo se pueda

¹⁵ Como señala Gómez Colomer, "Derecho jurisdiccional", Barcelona 1989, pág. 746, las especialidades mencionadas se pueden reconducir a tres grupos:

1º) Las debidas a la instancia y documentación: al escrito solicitando la ejecución se acompañarán necesariamente copia autorizada del laudo y los documentos acreditativos de la notificación de las partes y del convenio arbitral: en su caso, también testimonio de la sentencia del recurso de anulación (art. 54).

2º) Oposición a la ejecución: se admiten, tan sólo, dos motivos (art. 55) a los efectos de la alegación del ejecutado para la eventual oposición: de un lado que el recurso de anulación que prevé la Ley esté pendiente de resolución, debiéndose acreditar documentalmente (en este caso el juez suspende la ejecución mediante resolución-auto- en tanto la Audiencia resuelva); de otro, que se haya resuelto ya favorablemente al recurrente el recurso sobre la anulación del laudo (en cuyo caso, siendo dicha resolución favorable al recurrente, el auto que emite el juez no es, de suspensión de la ejecución sino de denegación de la misma).

3º) Irrecurribilidad: los autos dictados en ejecución del laudo no son, según el art. 55.3, susceptibles de recurso alguno.

¹⁶ Serra Domínguez, "Juicio ejecutivo", en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, pág. 517 ss.

llevar a cabo por los órganos jurisdiccionales¹⁷. Que esto es así se veía claramente en el art. 31 de la antigua ley de arbitraje de 1953, así como se contempla en la actual de 7 de diciembre de 1988 (art. 53).

De este modo la nueva regulación establece que juez competente¹⁸ para la ejecución del laudo incumplido (competencia funcional) es el de primera instancia del lugar donde se haya dictado el mismo siguiendo los trámites previstos para la ejecución de sentencias firmes con las especialidades previstas en la Ley.

De la lectura de este precepto se sigue la consecuencia inmediata de que el laudo, como cualquier resolución, es susceptible de ejecución; pero, por ese carácter esencial que hemos señalado de jurisdiccionalidad de esta institución, la ejecución de la resolución arbitral se encomienda, en todo caso, a los órganos jurisdiccionales del Estado. Por lo demás el laudo arbitral, reuniendo los requisitos a los que aludimos en el epígrafe anterior, es título ejecutivo perfecto. De este modo una vez firme, por no haberse planteado recurso en el plazo señalado por la Ley o por haberse desestimado el interpuesto, es ejecutable por los trámites previstos para la ejecución de sentencias sin más límites, personales, materiales o territoriales que los correspondientes a éstas.

El procedimiento de ejecución del laudo comienza -como cualquier otro proceso de ejecución presentando una solicitud por escrito, sin que prevea la Ley que deba acomodarse a los requisitos formales de la demanda.

¹⁷ Es preciso recordar, respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, que si bien un amplio sector doctrinal defiende la naturaleza jurisdiccional del mismo, fundándose en la equiparación del laudo y de la sentencia judicial, existe, no obstante, una cierta polémica doctrinal en torno a este tema. Resumiendo y a modo de breve apunte (para una completa exposición de las distintas construcciones doctrinales acerca de la naturaleza del arbitraje, podemos distinguir del conjunto de teorías tres líneas o tendencias bien diferenciadas:

a) De una parte Rocco, "La sentencia civil" (trad. Ovejero), Méjico, 1944, págs. 73 a 75 (uno de los mayores exponentes en este tema, de la doctrina clásica extranjera) y de otra parte de la doctrina española: Guasp, "El arbitraje en el derecho español", Barcelona 1956, págs. 16 ss se decantan por la teoría contractualista, según la cual, al no estar el árbitro integrado en la organización jurisdiccional lo que se produce en el arbitraje es, en realidad, la existencia de un doble convenio: por una parte el contrato de compromiso y por otra parte un contrato de mandato.

b) Otros se manifiestan a favor de posturas mixtas como es el caso de Carmelutti, en "Instituzioni di Diritto processuale civile", Roma 1956, págs 63 ss. (seguido por Ramos y en cierta medida Pietro Castro). En este sentido se dice que si bien existen convenios de Derecho Privado que vinculan por una parte a los sujetos intervinientes en calidad de parte y, por otra, al Juez ello no obsta, inciden estos autores, en señalar que ni el "ius dicere" es una nota esencial de la Jurisdicción ni por sí sola la configura (ya que habría que añadir la potestad de ejecutar lo juzgado) ni es patrimonio exclusivo de la Institución arbitral. En esta dirección señala Carmelutti en "Instituciones..." que el arbitraje es el equivalente jurisdiccional a través del cual se pueden conseguir los mismos objetivos que los perseguidos por la Jurisdicción civil.

c) La tercera postura, seguida por Serra, "Juicio ejecutivo", en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, págs. 578 ss. es la jurisdiccionalista. Encuentra eco en la mayoría de la doctrina española y tiene sus orígenes en Hellwig y Mortara. Para este amplio sector doctrinal el arbitraje posee naturaleza jurisdiccional.

¹⁸ Vemos, pues, que la competencia para ejecutar el laudo se atribuye no a los árbitros, titulares del poder de Jurisdicción en sentido propio ("auctoritas decidendi"; pero no del "imperium") sino al Juez de Primera Instancia del lugar en el que se haya dictado el laudo.

Como ya señalamos¹⁹ el art. 54 exige que a la solicitud de ejecución le acompañen los siguientes documentos:

- copia autorizada del laudo. Protocolización notarial.
- documentos acreditativos de la notificación del laudo a las partes y del convenio arbitral. Este último puede quedar recogido en documento autónomo, ya como cláusula incorporada a un contrato principal, o bien resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que permita la constancia documental de la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje (recordemos que la Ley prevé el supuesto de voluntad unilateral, tan solo para el caso del testador).
- Testimonio de la sentencia de la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de anulación, en caso de que el laudo hubiere sido recurrido.

Presentado el escrito con los documentos antedichos, no se produce el despacho de la ejecución a la sola vista de ese escrito y de esos documentos sino que el Juez, prevé la Ley, debe de dar traslado del escrito y de los documentos a la contraparte. Aquí reside una diferencia fundamental en relación a la ejecución ordinaria de sentencias firmes: quiebra el principio general en toda ejecución consistente en que ésta se despacha "inaudita parte debitoris". Diferencia en cierto modo lógica y explicable si se piensa que el proceso de declaración previo se siguió ante órganos ajenos a la Administración de Justicia.

El ejecutado puede oponerse al despacho de la ejecución. Para ello tiene un plazo de cuatro días en los que deberá alegar alguna de las causas recogidas por la Ley de forma taxativa (art 55.1):

".....Alegar la pendencia del recurso de anulación regulado en el Título VII, siempre que se acredite documentalmente con el escrito de oposición en cuyo caso el Juez dictará sin dilación auto suspendiendo la ejecución hasta que recaiga resolución de la Audiencia"²⁰

".....o la anulación judicial del laudo, acreditada mediante testimonio de la sentencia a que se refiere el art 49.2 de esta Ley, en cuyo caso, el Juez dictará auto denegando la ejecución".

Este y no otro es el contenido posible de la oposición por el ejecutado al despacho de la ejecución. En cualquier otro caso, el Juez deberá dictar auto ordenando el despacho de la ejecución (art.55.2). Cualquiera de estas resoluciones (mandando suspender la ejecución, denegándola u ordenando el despacho) no es susceptible de recurso alguno (art. 55.3).

Como se ha apuntado²¹, la genérica remisión que del laudo se hace en la Ley a las normas reguladoras de la ejecución de sentencias no comprende la posibilidad de

¹⁹ Aunque en otro contexto; el de las especialidades de la ejecución del laudo en relación a la sentencia.

²⁰ Si se recurre el laudo la Audiencia puede confirmarlo o anularlo. Si lo confirma es ya susceptible de ejecución; en caso contrario este auto es inejecutable (art. 45). Pero surge un problema: ¿qué ocurre si la anulación es parcial por afectar el laudo a puntos resueltos y no sometidos a la decisión de los árbitros o a aspectos que no pueden ser objeto de arbitraje, sin afectar dicha anulación a la cuestión principal?, La Ley no da respuesta a este problema; aunque parece lógico pensar que objeto de ejecución lo será lo declarado como válido por la Audiencia.

²¹ Ortiz Navacerrada, "La Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales", en Actualidad Civil, nº 29-15 de enero del 89, pág. 165.

interposición de un eventual recurso de casación en los términos del 1687.2. Las razones que para ello ha dado la reciente Jurisprudencia²² se orientan en dos direcciones, a saber:

No tiene encaje el supuesto que estamos tratando en el 1687.2 dado que no se trata ahora, como establece el mencionado precepto, de un auto dictado en ejecución de sentencia pronunciada en un juicio declarativo ordinario de los comprendidos en el número 1 del precepto.

Al ser el de casación un recurso de carácter extraordinario, presidido por el interés público en tanto en cuanto su objetivo principal persigue el velar por la pureza de la aplicación de la norma jurídica y la uniformidad de la doctrina, la interpretación de los supuestos que lo regulan debe realizarse con carácter restrictivo.

IV. Ejecución de laudos extranjeros

A) Evolución de la institución

Como señalábamos al principio de esta reflexión, es mérito de la Ley el ofrecer una nueva reglamentación del arbitraje comercial internacional; aunque aceptado esto, no podemos dejar de apuntar los puntos oscuros que en materia de ejecución se producen enturbiando la loable intención de la Ley.

Cualquier institución jurídica es de forma constante, y a la vez variable, el resultado de un lento proceso siempre inacabado. El arbitraje no es, pensamos, una excepción sino por el contrario una muestra viva y de lo más significativa de la situación descrita.

Es por esto por lo que creemos que sería interesante realizar un alto en el camino al objeto de contemplar cuál ha sido la evolución que, desde la óptica jurídica, se ha producido en cuanto a la ejecución en nuestro país de los laudos extranjeros.

A tal respecto podemos diferenciar, en esencia, tres etapas:

1) La que comprende la situación existente hasta 1981²³ regulada por la Ley de 1953 de arbitraje privado y por los Tratados internacionales de los que España era parte; así: "Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje" de 24 de Septiembre de 1923 "Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales" de 26 de Septiembre de 1927.

"Convenio de Nueva York de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras" de 10 Junio de 1958.

También como fuente de regulación del momento hay que tener en cuenta los convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras celebrados por España que al extender su ámbito de aplicación a los laudos extranjeros constituían otro punto de referencia²⁴.

²² Sentencia de 1-7-88.

²³ Ampliamente tratada por Remiro Brotons en "Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los convenios internacionales y su aplicación en España", Madrid 1980, pág. 21 ss.

²⁴ Buena muestra de ello es el tratado con Suiza acordado en Madrid el 19 de Noviembre de 1896, publicado en la Gaceta de 9 de julio de 1898. En el mismo se señalaba en su artículo 1º que eran aplicables sus disposiciones a las sentencias arbitrales debiendo entenderse que las eventuales omisiones que pudieran producirse en la materia serían subsanadas con las normas previstas para la ejecución de sentencias judiciales.

Como se ha señalado²⁵ fue la del 53 una Ley que lejos de ayudar y favorecer el arbitraje lo abocó a una rigidez y a una falta de operatividad que en mucho distaba de lo que presagiaba su Exposición de Motivos, la cual pretendía una regulación que, sobre la base de la sencillez y la eficacia, sustituyera a los arts. 1820 y 1821 del CC de 1889 (que regulaban los compromisos) y a los arts 790 y 839 de la LEC de 1881 (reguladores de los juicios de arbitros y amigables componedores). Parece claro que LA del 53 fue el resultado de la desconfianza de los poderes del Estado hacia una institución que rompía el monopolio estatal sobre la función jurisdiccional con el agravante de que ésta (es decir, la función jurisdiccional) constituye el más inmediato reflejo de la soberanía. Todo ello se tradujo en un silencio absoluto de la Ley en materia de ejecución de laudos extranjeros. Ello era en cierto modo lógico si atendemos a la auténtica finalidad de aquélla que, como hemos señalado, consistía en poner trabas y limitaciones al arbitraje, máxime si se trataba de que produjera efectos en el foro un laudo dictado de acuerdo con una ley extranjera, con la intención de reforzar la función jurisdiccional como exclusiva del Estado.

Ante el vacío legislativo la Jurisprudencia se orientó, aunque con ciertos titubeos derivados de concepciones contractualistas²⁶, en la línea de aceptar la aplicación analógica de los preceptos de la LEC relativos a la ejecución de sentencias judiciales extranjeras o, lo que es lo mismo, admitiendo el sistema del “*exequatur*” para los laudos extranjeros; si bien con la condición de considerar de orden público las prescripciones de la Ley del 53 y denegando, en consecuencia, la homologación a todos aquellos laudos extranjeros que no se ajustasen a sus preceptos.

A pesar de las pocas concesiones de ejecución de laudos extranjeros que el TS concedió en esta etapa, lo que queda claro es que éste, durante la misma, aplicó el régimen previsto por la LEC en los arts. 951-954 para la concesión del “*exequatur*”²⁷ siguiendo el procedimiento establecido para el mismo (art. 955) en el cuerpo legal a que hemos hecho referencia.

Con la ratificación en 1975 del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961 y la adhesión posterior española al Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958 (ambos introducían sistemas más flexibles) se produjo un cambio más de carácter teórico que práctico; lo que vino motivado, por una parte, por la ausencia de reforma de la Ley del 53 y por otra, por el mantenimiento, por parte de los tribunales, de una actitud reacia en orden a la concesión de la ejecución de los laudos extranjeros²⁸

²⁵ Remiro Brotóns, ob. cit. pág. 21. Así señala el autor que de la Ley del 53 podría decirse que fue más una Ley contra el arbitraje que de arbitraje.

²⁶ Auto de 4 de marzo de 1964.

²⁷ Así auto de 15 de abril de 1899 de 23 de abril de 1923, de 16 de mayo de 1936, de 5 de Julio de 1956, de 27 de Noviembre de 1958... Recogidos por Remiro Brotón, ob. cit., pág. 26.

²⁸ Esplugues Mota, “Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de Arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1988-1988, pág. 146.

2º) Período comprendido entre 1981 y 1988: durante el mismo se produce un giro copernicano en la jurisprudencia.

Esta etapa viene determinada por la emisión del auto del TS de 8 de octubre de 1981 (Col. Leg. nº 353.bis) que supone una profunda revisión del concepto de orden público tal y como venía siendo articulado, es decir, en relación directa con los preceptos de la Ley del 53.

Así en el segundo considerando del auto mencionado se dice: ".....lo único que se objeta es es la persecución de la actividad en ausencia de aquélla (sic la recurrente), situación a todas luces carente de virtualidad impeditiva de la ejecutabilidad de lo resuelto, pues como acertadamente indica la doctrina *de entender nucleada en el orden público la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 o aplicable el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedarían aquéllos Convenios convertidos en letra muerta, ya que bastaría al comerciante español no cooperar en la designación de los árbitros para evitar la futura ejecución de la sentencia, a todo lo cual nada puede objetar la cita de autos de este Tribunal anteriores a la Ratificación por parte de España de los meritados Convenios o referentes a solicitudes de ejecución no basadas en la normativa*".

A partir del razonamiento sostenido por el TS en el auto estudiado debemos concluir que se consolida una línea jurisprudencial cuya esencia se traduce en considerar que las prescripciones de la Ley de Arbitrajes Privados del 53 no pueden oponerse para evitar el reconocimiento y ejecución de un laudo que fue elaborado al margen de dicha Ley²⁹.

Caracteriza también durante este período a la Jurisprudencia la falta de claridad en orden a la aplicación, por una parte, de los diferentes sistemas de reconocimiento y ejecución previstos en los artículos 951 ss de la LEC³⁰ y por otra dentro del régimen convencional la problemática en torno a la aplicación de los Tratados multilaterales (el de Nueva York del 58 y el de Ginebra del 61) en unos casos y bilaterales en otros (fundamentalmente el hispano-francés del 69 y el hispano-suizo de 1896)³¹.

3º) A partir de la promulgación de la Ley 36/88, de 5 de Diciembre. A ella vamos a hacer referencia en las páginas siguientes.

B) Regulación actual.

La nueva Ley dedica "ex novo" a este tema los arts. 56 a 59.

Conforme al artículo 56 de la Ley, los laudos arbitrales extranjeros -comprendiendo tal categoría a los dictados en países extranjeros o, atendiendo a la literalidad de la Ley, los que no se han pronunciado en España- son ejecutables en España previo proceso de homologación³². El criterio adoptado por el legislador para delimitar el concepto de

²⁹ Situación, como se observa, radicalmente distinta a la que venía produciéndose antes del 81.

³⁰ Así, el auto de 3 de marzo de 1982 (Col. Leg. nº 87) aplica de forma conjunta las disposiciones del Convenio de Nueva York y el art. 954 de la LEC lo que queda reflejado en el 1º considerado. En la misma línea podemos señalar, entre otros, el auto de 10 de mayo del 83 (Col. Leg. nº 259) y el de 19 de diciembre de 1985 (Col. Leg. nº 798).

³¹ En el auto de 15 de abril del 83 nº 200 JC 1983 marzo-abril se procede a la aplicación del Convenio bilateral hispano-francés a diferencia del de 24 de Septiembre del 87 en el que se procede a la aplicación, sin más, de los Convenios multilaterales.

³² De acuerdo con el art. 22.1 de la LOPJ la Jurisdicción española se proyecta, también, sobre el conocimiento referente a la ejecución, o no, de tales decisiones.

“laudo extranjero” es, claramente, el territorialista siguiendo, en este aspecto la solución adoptada en el art 1 del Convenio de Nueva York. Dicho artículo 56 se halla incardinado en el Título IX de la Ley cuya rúbrica reza: “De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”.

De entrada llama poderosamente la atención la referencia única que se hace a la ejecución, y no así al reconocimiento (igual postura se observa en el anteproyecto de la Ley arts 58, 59 y 60 del mismo), a diferencia de lo mantenido por:

1º) el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. 2º) -La propia Exposición de Motivos de la Ley la cual, cuando se refiere al Título IX, señala que éste: “.....prevé el reconocimiento, que se atribuye al Tribunal Supremo, y la ejecución, que se atribuye a los Jueces de Primera Instancia, de los laudos arbitrales extranjeros, sin perjuicio de los tratados internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento interno y de los cuales ya están haciendo uso nuestros Tribunales con relativa frecuencia”.

Las fuentes que deben presidir toda ejecución de laudos extranjeros quedan perfectamente claras en el citado art. 56:

En primer lugar se atenderá a los Tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno.

Y con carácter residual, y en defecto de aquéllos, a las normas que establece la Ley de Arbitraje³³.

Como se ha señalado³⁴, es destacable la ausencia en tales criterios del Pº de reciprocidad presente, por el contrario, en la regulación sobre ejecución de sentencias dictadas en el extranjero o, también, en el caso de ejecución de resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos.

Por lo que respecta a la competencia ya apuntamos la trascendental importancia, en esta materia, del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, elaborado en Nueva York el 10 de Junio de 1958. En relación a la cuestión de la competencia para llevar a cabo tales actividades el Convenio lo deja a la determinación del ordenamiento interno (así se establece en el art VI del Convenio). En nuestro caso autoridad competente para la concesión del exequatur (art. 57 de la ley de arb.) es la Sala de lo Civil del TS³⁵; sin perjuicio de que la ejecución del laudo, en caso

³³ Establece el art. 58 que “La ejecución del laudo se llevará a efecto según las reglas establecidas en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros”.

³⁴ Gómez Colomer, “Derecho Jurisdiccional”, Barcelona 1989, pág. 749.

³⁵ Lo que se adapta a lo previsto por el 955 de la Lec..

Esplugues Mota, ob. cit., pág. 163 y 164, señala que esta solución fue objeto de discusión durante el “iter” parlamentario de la Ley cuya consecuencia se plasmó en una serie de enmiendas por una parte del Grupo parlamentario Vasco y por otra de Minoría Catalana tendentes a otorgar la competencia a los Tribunales Superiores de Justicia con la intención de aliviar en su tarea al TS (lo que se traduciría en rapidez a la hora de ejecutar el laudo) y de posibilitar la impugnación de la decisión sobre la ejecución. Dichas enmiendas fueron denegadas en la consideración, tal vez, de que los procesos seguidos ante el TS se hallan revestidos de mayores garantías sin contar con el sistema de atribución que realiza la LOPJ la cual, como sabemos, no es susceptible de modificación, como toda ley orgánica, por ley ordinaria. En materia de competencia se

de que se otorgue la homologación, se atribuya al Juez de Primera Instancia en el que aquél haya de ejecutarse³⁶.

a) Procedimiento de homologación:

Referente al procedimiento de homologación, éste se llevará a efecto por los trámites establecidos en los artículos 951 ss de la LEC -que son las normas que prevé la LEC para la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros- siendo, a nuestro juicio evidente la remisión, en este punto, realizada por el art. 58.1 L. A., pudiendo ser instada por cualquiera de las dos partes.

El mencionado precepto de la LA, art 58, se encuentra, pensamos, en clara y directa relación con el art 56 en la medida en supone un desarrollo del mismo dado que aquél se aplicaría en defecto de Tratado³⁷.

Como hemos apuntado, la LEC establece en los arts. 951 y ss una serie de criterios en orden a la estimación, o no, por el TS de la petición de homologación de sentencias extranjeras y por extensión, dada la remisión que en esta materia realiza la nueva Ley de arbitraje, de laudos extranjeros. Son éstos criterios estructurados jerárquicamente y, por tanto, aplicables sólo en defectos del que preceda.

A) El artículo 951 de la LEC establece el criterio convencional:

“Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos”³⁸.

suscitan también graves problemas en relación al órgano competente según se dé entrada al régimen multilateral (Conv. de Nueva York de acuerdo con el que el competente es el TS como ya hemos apuntado) o bilateral (ejemplo: Tratado con Suiza por el que devendría incompetente el Ts). Habrá que esperar al desarrollo jurisprudencial en esta materia.

³⁶ En el art. 58 de la Ley de Arbitraje se señala que: “La ejecución del laudo se llevará a efecto según las reglas establecidas en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros” y el art. 958.2 de la Lec señala: “Otorgándose, se comunicará el auto por certificación a la Audiencia, para que ésta dé la orden correspondiente al Juez de Primera Instancia del partido en que está domiciliado el contenido de la sentencia, o del que deba ejecutarse, a fin de que tenga objeto lo en ella mandado, empleando los medios de ejecución establecidos en la Sección anterior”.

³⁷ Al respecto véase Calvo Caravaca, “Reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral extranjero”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982 nº 1, págs. 227 ss.

³⁸ Remiro Brotóns, ob. cit., pág. 255 ss.

España se halla vinculada:

a) multilateralmente a:

- Protocolo relativo a cláusulas de arbitraje adoptado en Ginebra el 24 de Septiembre de 1923. Ratificado por España el 15 de enero de 1930.

- Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de Junio de 1958. España se adhirió el 12 de Mayo de 1977.

- Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 de Abril de 1961. Ratificado por España el 5 de marzo de 1975.

b) y bilateralmente a:

- Tratado para facilitar la ejecución de sentencias en materia civil o comercial, entre España y Suiza, firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1986, y protocolo adicional al mismo determinando el tiempo de su validez, firmado en Madrid el 6 de julio de 1989.

Un problema interesante se suscita en torno al régimen convencional o, más propiamente, a los Convenios de los que España es parte. Así algunos de ellos se refieren al reconocimiento y ejecución contemplándolos de forma separada y otros hablan, sin más, de la ejecución del laudo extranjero.

Pensamos que la segunda orientación, a que hemos hecho referencia, supone un planteamiento excesivamente simplista y desconocedor, en definitiva, de las diferentes consecuencias jurídicas que implican, respectivamente, el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero.

Es evidente que si bien la ejecución presupone el reconocimiento, no se cumple la relación inversa. Así, puede interesar, tan sólo, el reconocimiento de un laudo extranjero en orden a la producción de la consecuencia típica del exequatur, a saber, la producción del efecto de cosa juzgada material en su vertiente positiva y negativa, abriéndose la posibilidad de una eventual ejecución de aquél sin que tal posibilidad tenga nunca, por necesidad, que materializarse.³⁹

A pesar de que en su art. 1 se excluya el arbitraje creemos que sería interesante traer a colación, como muestra del buen hacer legislativo, el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 28 de julio de 1990⁴⁰. El mencionado Convenio dedica los art. 26, 27, 28, 29 y 30 (Sec. I, con la rúbrica "Reconocimiento", Título III) a la regulación del reconocimiento y los art. del 31 a 45 (Sec. I, con la rúbrica "Ejecución", Título III) los destina a la ejecución. Forma ésta que permite una clara diferenciación de ambas categorías.

B) En defecto de Tratado especial con la nación en que se haya pronunciado la sentencia firme establece el art. 952 de la LEC que: "...tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España". Es el régimen llamado de reciprocidad.

Por reciprocidad se entiende tanto la legislativa como la jurisprudencial. Así el art. 953 de la LEC (reciprocidad negativa) señala: "Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrá fuerza en España."

Además la reciprocidad debe ser⁴¹:

- especial: porque exige del juez español actitud idéntica frente a la ejecutoria no nacional que la adoptada por el juez extranjero.

- Convenio relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 26 de noviembre de 1927.

Este convenio extiende su ámbito de aplicación a las sentencias arbitrales en su art. 5.

- Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, entre España y Francia, firmado en París el 28 de mayo de 1969.

- Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, entre España y Italia, concluido en Madrid el 22 de mayo de 1923. Aplicable a las sentencias arbitrales por referencia expresa realizada en las declaraciones iniciales.

³⁹ Así el Convenio Hispano-Suizo de 1898 se refiere únicamente a la ejecución del laudo sin hacer referencia alguna al reconocimiento.

⁴⁰ España lo ratificará previsiblemente en el transcurso de 1991.

⁴¹ Miguel Angel Fernández, "Derecho Procesal Civil", Madrid 1992, Vol. III, pág. 105.

- bilateral: el único punto de referencia para el juez español debe ser el tratamiento que a nuestras ejecutorias se dé en el país en cuestión.

- y actual: es decir la reciprocidad se debe calibrar en el momento en que se va a proceder a la concesión o denegación del exequatur.

C) No existiendo ni Tratado ni reciprocidad de LEC articula un tercer sistema, el denominado por la doctrina "legal", que permite, en caso de que éstas se cumplan, la homologación en España de una sentencia extranjera, por extensión aplicable al laudo extranjero. Así señala el 954 de la Lec:

"Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España, si reúnen las circunstancias siguientes:

1º Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

2º Que no haya sido dictada en rebeldía.

3º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido se lícita en España.

4º Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que haya sido dictada para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España"

La primera y la segunda condición no tuvieron una redacción muy afortunada. Con aquélla se pretendió salvar las competencias exclusivas del foro, en concreto las relativas a los bienes muebles y, sobre todo, a los inmuebles; sin embargo el legislador no pensó que podían quedar igualmente afectados mediante el ejercicio de una acción personal. En cuanto a la segunda condición pensamos que, dado el régimen objetivo que establece la LEC sobre la rebeldía, su redacción es, en exceso, amplia. Ello se mitiga gracias al régimen convencional y de reciprocidad que, como se ha señalado⁴², protegen el Pº de audiencia requiriendo que el demandado sea emplazado con las debidas garantías.

b) Requisitos para la ejecución del laudo extranjero:

En cuanto a los requisitos para la ejecución del laudo la LA. en su art. 56 señala, como ya apuntamos, que aquélla deberá realizarse atendiendo a lo establecido en los Tratados internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento interno y, en su defecto, se atenderá a lo que establezca la Ley.

A tal respecto el artículo IV del Convenio de Nueva York dice:

"1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2 Si esa sentencia o ese acuerdo no estuviera en un idioma del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá

⁴² Miguel Angel Fernández, ob. cit., pág. 86.

presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por traductor oficial o traductor jurado, o por un agente diplomático o consular”.

Dicho precepto de plena aplicación, al ser el Convenio de rango superior al ordenamiento procesal interno, establece cuál debe ser la documentación (se trata de un requisito de carácter esencial para que se obtenga el fin perseguido) que debe acompañar a la demanda ejecutiva⁴³; una vez presentadas la demanda y la documentación exigida la parte, que ha obtenido un laudo favorable, ya puede pedir la ejecución del mismo.

La exigencia de autenticación se adapta a lo requerido por el apartado 4º del art 600 de la LEC que establece los requisitos que deben cumplir los documentos otorgados en otras naciones para tener idéntico valor en juicio a los otorgados en España⁴⁴. A pesar de que la LEC considera suficiente la traducción privada (art 601.1) el convenio es, en este punto, más riguroso ya que establece las cualidades que deben concurrir en la persona que certifica la traducción.

c) Causas de denegación de la ejecución:

El artículo 59 de la Ley⁴⁵ determina, partiendo de una presunción de ejecutabilidad, cuáles son, de forma taxativa, las causas de oposición a la ejecución del laudo arbitral (corresponde al 60 del Anteproyecto que lo reproduce de forma casi idéntica). Así señala el precepto:

“La sala declarará no haber lugar a la ejecución sólo si el laudo es contrario al orden público o si los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la Ley española, no son susceptibles de arbitraje. A instancia de parte o del Ministerio Fiscal la Sala podrá hacer la misma declaración:

- a) Si el convenio arbitral es nulo conforme a la Ley que resulte aplicable.
- b) En los casos del número 2 del artículo 45, conforme a la Ley que resulte aplicable.
- c) cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión”.

Sobre la concreta regulación de las causas de oposición a la ejecución (apartados a, b, c del artículo 59) han recaído duras consideraciones críticas por parte de la doctrina⁴⁶ argumentando las siguientes razones:

⁴³ La Ley no establece cuáles deben ser los requisitos de la demanda ejecutiva.

⁴⁴ De todas formas se observa una orientación antiformalista en la Ley; así el art. 58.2 dice: “Denegada por defectos formales la ejecución del laudo arbitral extranjero, la parte a quién interese aquélla podrá, una vez subsanados dichos defectos, volver a solicitarla”.

⁴⁵ En dicho precepto cabría distinguir dos partes; la primera hace referencia a las causas de denegación del despacho de la ejecución (primer inciso) y una segunda que recoge, más bien, las causas de oposición a la ejecución (segundo inciso).

⁴⁶ Iriarte Angel, “Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según el artículo 60 del Proyecto de Ley de Arbitraje. Análisis crítico, en “Actualidad Civil” nº 31; 29 de Agosto-4 de Septiembre 88, pág. 1905 ss. Esplugues Mota, ob cit, pág. 166 ss.

1º) -El art 59 de la Ley no se adapta, como debiera, a las previsiones que en este punto establece el Convenio⁴⁷ en cuanto a que las causas de denegación alegables por las partes puedan ser alegadas, también, por el Ministerio Fiscal⁴⁸.

2) -Existen al respecto importantes omisiones en las causas de oposición a la ejecución al no incluirse, como tales, algunas que sí aparecen en el artículo V.I del Convenio. Así no aparecen como causa que impida la ejecución la falta de capacidad de las partes según su ley personal para acordar el convenio arbitral, o la falta de respeto de los derechos de defensa de las partes, o la falta de firmeza del laudo.

-Se podría pensar que la falta de determinación, como causa de oposición a la ejecución del laudo, de la capacidad de las partes queda subsanada por el apartado a) del artículo 59; sin embargo, tal solución no parece correcta en la medida en que el artículo VI del Convenio de Nueva York distingue entre los supuestos de incapacidad de las partes y los supuestos en que el convenio arbitral es nulo por otras razones confiriéndoles distinto régimen jurídico. Así, en el primer caso, ley aplicable es la misma que la atribuible a las partes, mientras que en el segundo caso ley aplicable lo será aquélla a la que los sujetos se hayan sometido y, en su defecto, la ley del lugar donde se haya dictado el laudo.

47 Este aspecto lo regula el Convenio en el art. V, según el cual:

"1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esa parte prueba ante la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el art. II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a la que las partes lo han sometido o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que haya sido dictada la sentencia; o

b) Que la parte contra la que se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios o;

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria; no obstante si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas a arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha celebrado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que se ha celebrado el arbitraje o conforme a cuya Ley ha sido dictada esa sentencia."

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) que según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje;

o

b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

48 Este aspecto concreto lo distingue claramente el art. V del Conv. de Nueva York.

Pensamos que en el fondo de la postura adoptada por la LA. en este punto -nos referimos a la participación en igual medida a la de las partes del Ministerio Fiscal- subyace la desconfianza de los poderes públicos frente a una institución, la de arbitraje, que ha venido entendiéndose y sintiéndose por aquéllos como amenaza a la jurisdicción nacional y, a mayor abundamiento, a la soberanía estatal.

-La falta de referencia en el precepto a los derechos de defensa, debido quizá a los abusos que en su nombre se han cometido, nos parece un error. Que esto es así, lo demuestra la Jurisprudencia del TS a través de la cual se pone en evidencia la proyección operativa de los mencionados derechos; y buena muestra de ello es que, a partir de 1981, el TS las pocas veces que ha denegado el “exequatur” de un laudo extranjero (ejem., auto de 3 de marzo del 82, Col. Leg. nº 87) se fundó en la consideración de la existencia de indefensión de la parte⁴⁹.

-Por último en cuanto a la ausencia de determinación de la necesidad de firmeza de laudo, para que sea ejecutado, huelga todo comentario ante la magnitud y gravedad de la omisión.

Aún cabría señalar otros aspectos criticables del artículo, como la falta de determinación de qué Ley deba de ser aplicable al convenio para determinar la nulidad del mismo. En este sentido y, a diferencia del Convenio de Nueva York, el apartado c) no prevé la posibilidad de “exequatur” parcial en relación a aquellos puntos del laudo que sean congruentes y separables del resto de la decisión.

En conclusión, la configuración del artículo 59 de la LA recuerda al artículo V del Convenio: sin embargo hay que lamentar que, en cuanto a su contenido, nos encontramos frente a un precepto injustificado que de ninguna forma supone un régimen de ejecución más favorable que el previsto por el citado Convenio.

Por ello y para evitar la dualidad legislativa (aunque sea aparente puesto que el Convenio prevalece sobre la LA.), con la consiguiente desorientación de los órganos judiciales, creemos que se debiera haber incorporado el Convenio por referencia o remisión⁵⁰.

⁴⁹ La jurisprudencia moderna para evitar los abusos que en nombre de la indefensión se han cometido la entiende como rebeldía a la fuerza. Así el auto de 8 de octubre de 1981.

⁵⁰ En este sentido apuntaba la enmienda nº 36 del PNV que proponía la creación de un precepto con el siguiente contenido “Los laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con el Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958”.

La creación de un nuevo sistema legal de valoración de edificios expropiados por la ley 8/1990, de 25 de julio

Julio Alvarez Merino

1. Introducción

La Ley 8/1990, de 25 de Julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, ha iniciado un proceso de simplificación de las normas legales que contienen los modos de valorar los terrenos expropiados, y que ha dado lugar a la derogación de los correlativos preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa. Pero esta tendencia unificadora se quiebra cuando de edificaciones se trata, de modo que ahora existen dos sistemas legales para valorar un edificio, según sea la causa originadora de su expropiación.

La introducción novedosa de un artículo dedicado expresamente a regular cómo se valora un edificio expropiado por razón de urbanismo, es el objeto de este trabajo, en el cual se intentan analizar tanto los criterios de valoración propiamente dichos como las circunstancias de necesaria concurrencia para predicar inequívocamente su aplicación, sea en lo que hace a causa expropiandi, a las características de la edificación, e incluso a su situación geográfica.

La Ley 8/1990, de 25 de Julio, introduce además un tercer criterio valorativo de edificaciones expropiadas, el recogido en su artículo 24, cuya interpretación resulta inequívoca. No así es el caso del artículo 83.

2. La valoración de edificaciones en la Ley de Expropiación Forzosa

La legislación de Expropiación Forzosa es parca en materia de criterios a aplicar en el cálculo del justiprecio de los edificios, cuestión ésta que aparece regulada en el artículo 38.2 de la Ley, sin que exista desarrollo posterior alguno de este precepto en el Reglamento subsiguiente aprobado por Decreto de 26 de Abril de 1.957.

La técnica de tasación del artículo 38.2. de la Ley de Expropiación Forzosa obedece sin duda al concepto de “valor de sustitución” que la jurisprudencia ha defendido para explicar la naturaleza de la indemnización en que el justiprecio consiste. Y la posibilidad de que el expropiado pueda proveerse de un bien que sustituya a aquél de que ha sido privado no puede materializarse sino recibiendo el importe del valor de mercado de éste para, con él, adquirir otro de iguales o similares características. En expresión del Tribunal Supremo, “el instituto de la expropiación forzosa se ha inspirado siempre en criterios de valoración e indemnización justa, mantenidos a través de los distintos textos legales (artículo 349 del Código Civil, artículo 33 de la Constitución Española y artículos 23 y 48 de la Ley de Expropiación Forzosa) y corroborados a través de la doctrina jurisprudencial, inspirada en los principios de sustitución patrimonial íntegra y de la equivalencia consustantiva” (Sentencia de la Sala Quinta de 5 de Julio de 1.984).

A esta finalidad parece obedecer la redacción del artículo 38.2 ya mencionado en su párrafo primero inciso inicial (“los edificios se justipreciarán en la medida aritmética que resultare del valor actual en venta de otras fincas análogas en el mismo Municipio...”). La referencia al valor en venta se completa con la introducción del criterio fiscal como elemento determinante para el cálculo del justiprecio (“... y de la capitalización del tipo del interés legal del líquido imponible señalado para la contribución urbana”).

La Exposición de Motivos de la Ley de 16 de Diciembre de 1.954 contiene una interesante reflexión sobre la introducción del elemento fiscal en la estimación del justiprecio, según la cual “la determinación del justo precio sobre bases fiscales ha de partir de la premisa de que la riqueza imponible, fiscalmente establecida, suponga una valoración no sólo objetiva y bien ponderada del bien de que se trate, sino, además, rigurosamente al día desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda. Y se comprende que esto no es siempre posible por la forzosa complejidad de las operaciones evaluatorias, que no se pueden llevar a cabo en plazos tan moderados que se sustraigan a oscilaciones de no escasa significación económica. De otro lado, salvo que se entienda que la estimación fiscal constituye lo que desde luego no es, es decir, una declaración administrativa de valoración, eficaz no sólo en la relación fiscal, sino en toda relación con la Administración en que el valor de un bien puede jugar algún papel, esa estimación debe servir como uno de los elementos que concurren a la determinación del justo precio, pero no ser el criterio, de suyo y exclusivamente, determinante. Esto implicaría volver la espada a realidades económicas elementales, en las que precisamente el bien expropiado encuentra la referencia de valor más adecuado. Todo ello hace que sea preciso ponderar las valoraciones fiscales con las valoraciones de mercado y para casos excepcionales dejar abierta la posibilidad de apreciación de circunstancias específicas que, de no tenerse en cuenta, provocarían una tasación por completo irrazonable. Estos son los principios que en este punto inspiran la Ley”.

En este párrafo del Preámbulo quedan expuestos los tres criterios que concurren a la determinación del justiprecio de los edificios según la formulación de la Ley de Expropiación Forzosa, los dos primeros de carácter ordinario y necesario —hasta el punto de someterse a posteriores operaciones matemáticas en forma de media aritmética, lo que parece un exceso en la búsqueda del automatismo legal para el cálculo de la indemnización querida por la Ley— y el tercero de carácter supuestamente extraordinario y eventual, recogido en el artículo 43 de la propia Ley, y que actúa como corrector de los anteriores en la tarea de ajustar hasta el mayor extremo posible la cuantía de la indemnización al valor real de lo expropiado.

2.1. El Valor en Venta

El primer criterio concurrente a la determinación del justiprecio de los edificios es el “valor actual en venta de otras fincas análogas en el mismo Municipio”.

Si la determinación del justiprecio, según declaración jurisprudencial reiterada, no constituye una manifestación de la actuación discrecional de la Administración Pública y si en cambio un concepto jurídico indeterminado, a dicha indeterminación contribuye desde luego el criterio valorativo referido.

Para fijar las pautas determinantes en orden a concretar dicho concepto, la jurisprudencia ha acudido a un sinnúmero de criterios influyentes. Y aún reconociendo que cada expropiación es totalmente diferente de las restantes y que el estudio de todas y cada una de las piezas separadas debe hacerse de manera absolutamente individualizada, es posible sin embargo formular una serie de principios generales sentados por la doctrina del Tribunal Supremo con la indicada finalidad; a saber:

a) El valor actual en venta de otras fincas análogas en el mismo Municipio es una cuestión de hecho sometida a prueba, por lo que corresponde a las partes aportar al proceso los elementos de convicción que permitan al juzgado determinar cuál sea dicho valor.

b) Para ello las partes pueden valerse de la analogía, debiendo demostrar —generalmente el expropiado— que se han producido transmisiones de fincas de características análogas libremente consentidas y el precio de las mismas. Algunas sentencias, mayoritarias, han rechazado como referencia el justiprecio alcanzado de mutuo acuerdo entre el expropiado y la Administración, basándose en que en tal supuesto el administrado ve forzada su voluntad.

c) Dicha carga probatoria es notoriamente más leve cuando la parte utiliza en su argumentación resoluciones administrativas o judiciales recaídas sobre fijación de justiprecio de edificaciones de características similares, toda vez que éstas constituyen un precedente de aplicación al caso. En estos supuestos es procedente la actualización del valor de la tasación en función del tiempo transcurrido desde la anterior, a fin de compensar la depreciación de la moneda. El Tribunal Supremo es especialmente exigente en la similitud de las fincas como requisito para la aplicación de esta regla.

2.2. El Valor Fiscal

El segundo criterio contenido por el artículo 38.2 de la Ley de 16 de Diciembre de 1.954 es el de la capitalización del tipo del interés legal del líquido imponible señalado para la contribución urbana.

El contenido del precepto no ha sido actualizado a pesar de recaer sobre él el paso del tiempo y las muchas reformas sufridas por la legislación reguladora del tributo mencionado, profundas hasta el punto de haber provocado la desaparición de la contribución territorial urbana y su sustitución por el impuesto sobre bienes inmuebles. Y en lo que hace específicamente al valor fiscal de los edificios sometidos a dicha imposición, cabe mencionar los precedentes legales más próximos para concluir la continuada intención del legislador de equiparar aquél con el valor en venta de los mismos. Así, el artículo 18.3 del Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana aprobado por Decreto 1.251/1.966, de 12 de Mayo, prevenía que "la valoración de las construcciones se realizará atendiendo a su coste actual, corregido en función de su edad, destino, clase de edificación y posibilidades de renta y al valor actual en el mercado". El mismo mandato fue recogido por el artículo 267.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de Abril.

El Derecho vigente está hoy constituido por la Ley 39/1.988, de Diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, a tenor de cuyo artículo 66 la base imponible del impuesto sobre bienes inmuebles está constituida por el valor de los mismos, tomando como tal el valor catastral, que se fijará tomando como referencia el valor de mercado, sin que, en ningún caso, pueda exceder de éste. Por su parte, el artículo 67 enseña que para calcular el valor de mercado, sin que, en ningún caso, puede exceder de éste. Por su parte, el artículo 67 enseña que para calcular el valor de las construcciones se tendrán en cuenta, además de las condiciones urbanístico-edificatorias, su carácter histórico-artístico, su uso o destino, la calidad y la antigüedad de las mismas y cualquier otro factor que pueda incidir en el mismo.

La fijación de dichos valores por parte de la Administración tributaria tiene lugar a través de la revisión de las valoraciones catastrales, la última de las cuales tiene su origen en el Real Decreto-Ley 11/1.979, de 20 de Julio, de Medidas Urgentes de Financiación de las Corporaciones Locales, en cuyo artículo 3 se establecía la obligatoriedad de llevarlas a efecto trienalmente. El anteriormente mencionado Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de Abril, mantuvo la misma periodicidad en su artículo 270.5, y la Ley de Hacienda Locales, en un tono más realista ante la imposibilidad del cumplimiento de tales plazos, fija éste en cada ocho años (artículo 70.6).

En desarrollo del artículo 66 y siguientes de la Ley de Haciendas Locales, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de Diciembre de 1.989 (B.O.E. del día 30 siguiente), por la que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, dispone que para el cálculo del mismo se tomará como referencia el valor de mercado (Norma 3 apartado 1).

El inicio del cálculo determinante de tal valor es la definición de unas áreas económicas homogéneas del suelo y de las construcciones, a las que se asigna un módulo básico. Estas áreas delimitan zonas geográficas en las que el mercado inmobiliario tiene una similitud en sus características que permite obtener una modulación de su comportamiento. En general, las áreas económicas homogéneas son asimilables al concepto de término municipal, aunque en los enclaves geográficos de diferentes

valores medios de mercado pueden definirse varias áreas dentro de un mismo término municipal (Norma 15).

Una vez asignado el módulo anterior en pesetas/metro cuadrado, las construcciones se someten a la aplicación de un cuadro de coeficientes para establecer su valor, que tiene en cuenta las circunstancias del uso a que se destine la construcción y, dentro de éste, la clase de edificio de que se trate. La Orden Ministerial contempla hasta nueve usos diferentes (residencial, industrial, oficinas, comercial, deportes, espectáculos, turismo, sanidad y beneficencia, culturales y religiosos) y la posibilidad de existencia de edificios singulares, y un total de treinta y un tipos de construcciones (Normas 11 y 20).

La valoración de cada construcción concreta se hace por el llamado "método de reposición", que calcula su coste actual y lo somete después a los siguientes factores correctores (Normas 13 y 14):

a) antigüedad de la construcción, con aplicación de un coeficiente que tenga en cuenta el uso predominante del edificio, de entre los nueve citados, y la calidad constructiva.

b) estado de conservación, diferenciándose entre cuatro categorías (normal, regular, deficiente y ruinoso).

c) depreciación funcional o inadecuación.

d) viviendas o locales anteriores.

e) fincas afectadas por cargas singulares (histórico-artísticas, catalogadas, protegidas).

f) fincas afectadas por situaciones especiales de carácter extrínseco (destino a viales, expropiación, reparcelación, compensación o fuera de ordenación por uso, mientras tal situación persista).

g) fincas afectadas por situaciones especiales de carácter intrínseco (sometidas a régimen de prórroga forzosa, gravadas con usufructo o concesión administrativa o similar).

Puede intervenir por fin un último coeficiente corrector denominado "apreciación o depreciación económica", que se utiliza para adecuar los resultados obtenidos a la realidad del mercado inmobiliario, y que puede ser aplicado incluso a distintas situaciones dentro de un mismo inmueble.

Hasta aquí las reglas para calcular el valor catastral del edificio. La desactualización de éstos, antes comentada, motiva que el artículo 38.2 de la Ley de Expropiación Forzosa disponga su capitalización al tipo de interés legal (10%, según la Ley 31/1.991, de 30 de Diciembre), lo que supone una regla para la automática puesta al día de los citados valores.

Esto no obstante, preciso es señalar que la Administración Pública viene utilizando otro método de actualización de los valores catastrales distinto al de su revisión trianual y de naturaleza mucho menos rigurosa, consistente en multiplicar los legalmente aprobados por un índice corrector al alza fijado en función de la previsión de aumento del coste de vida para la anualidad de que se trate, índice que aparece incluido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente. El último de ellos fue publicado en el artículo 77 de la Ley 31/1.991, de 30 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.992. Dichas actualizaciones excluyen la capitalización prevista en el artículo 38.2 comentado.

Un último y necesario apunte en cuanto a la incidencia del valor fiscal en la formación del justo precio es su frecuente rechazo jurisprudencial. El Tribunal Supremo ha aceptado a veces que el valor catastral sea un simple dato a tener en cuenta para determinar la indemnización, y en las más de las ocasiones ha proclamado simplemente que tal dato no es aceptable.

2.3. Los Criterios Estimativos

La Ley de 16 de Diciembre de 1.954 persiguió el objetivo de automatizar al máximo las tasaciones indemnizatorias. Como puede leerse en su Exposición de Motivos, "... los criterios automáticos añaden a su intrínseca objetividad la ventaja de eliminar gran número de reclamaciones, ya que sustraen la base sobre la cual cabe plantearlas, que no es otra que la pluralidad abierta indefinidamente de los medios de estimación".

A pesar de tal intención, la práctica cotidiana de los expedientes expropiatorios ha venido a demostrar la excepcionalidad del justiprecio automático frente a la generalidad y la frecuencia del justiprecio valorativo o estimativo. La prevalencia de las reglas contenidas en el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa sobre cualquier otro mandato legal en la materia es un hecho estadístico fácilmente constatable y subrayado por una amplia doctrina. Entre otros, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹ y Pere Verdager².

Los criterios estimativos pueden ser objeto de aplicación por parte de los jurados provinciales o de los Tribunales de Justicia, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, y para su aplicación debe partirse de las reglas del artículo 38.2, fundamentando después las modificaciones introducidas sobre el resultante por motivo de la utilización excepcional del artículo 43.

Como elementos influyentes en la determinación del valor en venta de la edificación pueden citarse un sinnúmero, pero por señalar exclusivamente los más frecuentes e importantes, cabe resaltar:

- a) situación del inmueble, caracterizada por su emplazamiento, distancia a vías de comunicación de importancia, proximidad a núcleo urbano y expectativas urbanísticas.
- b) calidad de la edificación, y de la vivienda en ella existente, con expresión de sus dimensiones, distribución y modernidad.
- c) antigüedad del edificio, estado real del mismo y depreciación por el transcurso del tiempo.
- d) características constructivas, calidad de los materiales empleados y su conservación, y mejoras introducidas en el inmueble.
- e) tratándose de viviendas, se ha aceptado judicialmente indemnizar el traslado material del hogar.
- f) en el supuesto más concreto de que la edificación expropiada esté destinada al ejercicio de una industria o negocio, la doctrina jurisprudencial constituye un cuerpo homogéneo cuyo principio básico es la extensión de la indemnización a todos los daños

¹ Cfr. García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández. Curso de Derecho Administrativo II, Editorial Civitas. Madrid, 1.977, páginas 263 y 264.

² Cfr. Pere Verdager. Expropiación Forzosa. Editorial Bosch. Barcelona, 1.987, páginas 246 y 247.

y perjuicios causados, con observancia meticulosa del concepto de equivalencia consustantiva. Así, el interesado tiene derecho a la cantidad correspondiente a la adquisición de un local de análogas características que el expropiado, al reembolso de los gastos de traslado, a los de reinstalación—incluso obras necesarias para ello en el nuevo local—, a indemnizaciones a empleados, a merma de ingresos durante el período de paralización de la actividad, y a la pérdida de clientela subsiguiente.

3. La expropiación de edificaciones en la legislación urbanística

La Ley de Expropiación Forzosa unificó en 1.954 el régimen jurídico existente en esta materia, habilitando además un total de ocho procedimientos especiales insertos en su Título III. Entre ellos se encuentra regulado el correspondiente a expropiaciones por Entidades Locales o por razón de urbanismo (Capítulo IV). Si bien el artículo 85 de la Ley se remite a su normativa general en materia de determinación del justiprecio, la realidad posterior demostró la escasa vigencia temporal que alcanzarían dichos preceptos, por cuanto los artículos 85 y siguientes de la Ley de 12 de Mayo de 1.956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana establecieron un nuevo sistema de valoraciones específicamente aplicable a las expropiaciones por razones urbanísticas.

No obstante, la Ley de 1.956 no contenía en su Título II precepto alguno regulador de la valoración de las construcciones expropiadas, y a pesar de dedicar una profusa normativa al régimen jurídico de la expropiación y valoración del suelo, su artículo 85.7 enseñaba que las edificaciones que existiesen en el suelo se justipreciarían con independencia del mismo e incrementarán con su cuantía el valor total del inmueble.

En la misma línea, la Ley 52/1.962, de 21 de Julio, sobre Valoración de Terrenos Sujetos a Expropiación en Ejecución de los Planes de Vivienda y Urbanismo, fue desarrollada por el Decreto 343/1.963, de 21 de Febrero, en cuyo artículo 8 se establecía que “el justiprecio de los bienes a que se refiere el artículo 85 apartado 7 de la Ley del Suelo se atenderá a los criterios señalados por la legislación general de expropiación forzosa, y deberá concretarse respecto de cada uno de ellos”.

La dirección de indiscutible remisión a la Ley de Expropiación Forzosa en materia de criterios de tasación indemnizatoria de edificaciones fue seguida por la Ley 19/1.975, de 2 de Mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. El Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1.346/1.976, de 9 de Abril, contenía un precepto, el artículo 106, destinado a excluir las edificaciones e instalaciones del nuevo sistema de valoraciones para la expropiación por razón de urbanismo. La remisión a la Ley de Expropiación Forzosa aparecía aún más nítida en el artículo 137.1 del Real Decreto 3.288/1.978, Reglamento de Gestión Urbanística.

El artículo 83 de la Ley 8/1.990, de 25 de Julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, regula la determinación del justiprecio de las edificaciones poniendo fin a la expresada tradición seguida por la legislación urbanística de remitirse—de modo expreso o no— a los criterios de la Ley de Expropiación Forzosa. Y en su apartado 3 enseña que el valor de la edificación expropiada se determinará en función de su coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad y estado de conservación del edificio y conformidad o no con la ordenación en vigor.

Muy numerosas son las dudas que plantea este precepto, cuyos aspectos son los que se analizan a continuación.

4. La introducción de dualidad de criterios valorativos

El artículo 83 mencionado se incluye en el Título III (Expropiaciones) de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico, que a su vez está formada por tres Capítulos, dedicados a disposiciones generales, supuestos expropiatorios y determinación del justiprecio.

Por extraño que resulte, el Preámbulo de la Ley no dedica una sola palabra al contenido del Título III, aunque su apartado VI sí recoge un extenso comentario sobre el Título II de la Ley, regulador de las valoraciones.

Para deslindar el ámbito de aplicación del artículo 83 es preciso analizar previamente cuál sea el alcance de los preceptos del mencionado Título II. Este contiene exclusivamente reglas de tasación del suelo que son aplicables a toda expropiación, cualquiera que sea la finalidad que la motive y la legislación urbanística o de otro carácter que la legitime (artículo 73 de la Ley 8/1.990, de 25 de Julio).

Con ello termina la anterior diferenciación existente en cuanto a régimen de valoraciones por razón de la causa expropiandi, quedando por tanto sin vigencia los preceptos de la Ley de 1.954 reguladores de los criterios de tasación de terrenos, singularmente sus artículos 38.1 y 39; así como quedaría también sin vigor el artículo 43 de la citada Ley en cuanto no estaría permitido a los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes para la aprobación de la tasación aplicar los criterios estimativos a los terrenos en expropiación, a tenor de los preceptos de la nueva Ley y su sujeción rotunda al criterio del valor fiscal del suelo como único legalmente aceptable para justipreciarlos.

Apoya este argumento sobre la extensión del alcance derogatorio de la Ley 8/1.990 su Disposición Final Primera apartado segundo, que considera los artículos 66 a 75 como de aplicación plena por virtud de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre expropiación forzosa recogida en el artículo 149.1.18a de la Constitución. Y, del mismo modo, la Disposición Derogatoria de la Ley declara que "en especial, quedan derogados los preceptos sobre valoración del suelo contenidos en la legislación expropiatoria".

Cabe concluir entonces que continúa en vigor la regulación de la expropiación de edificaciones por causa de utilidad pública o interés social conforme al procedimiento de la Ley de 1.954 y con sometimiento a los criterios de valoración recogidos en sus artículos 38.2 y 43.

La Ley 8/1.990 acaba con la duplicidad de sistemas de valoración del suelo existentes en nuestro Derecho, aspecto loable sin duda. Pero en materia de valoración de edificaciones la misma Ley ha quebrado la uniformidad para dar paso a la existencia de dos tipos de valoraciones de edificaciones: las sujetas a causa de utilidad pública o interés social se justipreciarán conforme a los artículos 38.2 y 43 de la Ley de 1.954, mientras que las originadas por razón de urbanismo lo serán conforme al artículo 83.3 de la Ley 8/1.990.

Esta dualidad es criticable, sin duda, por el componente de inseguridad jurídica que conlleva toda institución cuyos límites de aplicación fronterizos con otros de igual naturaleza aparecen en ocasiones de manera imprecisa o difuminada, cual es el caso.

4.1. Supuestos Expropiatorios a los que se Aplica el Criterio Valorativo del Artículo 83.3 de la Ley de Reforma

El Título III de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo está dedicado a las expropiaciones urbanísticas, en cuyos supuestos procede la tasación conforme al criterio valorativo de su artículo 83.3, cuando de edificaciones se trate.

El artículo 78 de la Ley, cuyo análisis procede ahora, contiene tres apartados y hasta ocho supuestos expropiatorios por razón de urbanismo. Si bien la generalidad de estos preceptos está preferentemente pensada para la expropiación de terrenos, la introducción del artículo 83 en la Ley obedece a la posibilidad de que sobre uno de aquéllos exista una edificación cualquiera, incluso construcciones abandonadas o ruinosas.

Necesario será, por tanto, detenerse a analizar con cierta minuciosidad tales supuestos:

a) La expropiación-sanción. Los supuestos a) y b) del apartado 1 del artículo 78 obedecen al concepto de expropiación-sanción acuñado doctrinalmente. La fijación de la indemnización al propietario por el valor correspondiente al grado de adquisición de facultades urbanísticas prevenida en el artículo 63.1 parece tener una íntima relación con el contenido del artículo 83 que luego se estudiará.

b) La expropiación como sistema, regulada en los artículos 134 y siguientes de la Ley del Suelo y correspondientes del Reglamento de Gestión Urbanística.

c) La ejecución en suelo urbano de sistemas generales, así como las dotaciones locales no incluidas en unidades de ejecución, cuando no se obtengan mediante las transferencias de aprovechamientos.

En realidad este párrafo regula la adquisición de suelo urbano para los llamados "terrenos dotacionales", en equívoca expresión de la rúbrica del Capítulo IX del Título I de la Ley, en la cual se engloban los destinados a sistemas generales (artículo 12.1.b.) de la Ley del Suelo) y los para las dotaciones establecidas en el artículo 12.2.1.c) y d) de la misma Ley, y concordantes del Reglamento de Planeamiento Urbanístico en ambos casos. Ambas previsiones deben contenerse en el Plan General de Ordenación Urbana, requisito éste de estricta observancia previa para que estas expropiaciones puedan ser calificadas como de por razón de urbanismo, por cuanto sólo la aprobación del Plan legitima la procedencia de dicha figura. A dicho fin, aquéllas deben ser ejecutadas antes de la siguiente revisión del programa de actuación del Plan General (artículo 58.1 de la Ley de 25 de Julio de 1.990), dando paso de otro modo a la iniciativa del administrado en orden a la fijación del justiprecio.

La jurisprudencia es especialmente rigurosa en la previsión del Plan General como condición habilitante de la sujeción de la expropiación a la normativa urbanística, si bien en los Municipios dotados de Normas Subsidiarias tal exigencia es dulcificada por la imposibilidad legal de que esta clase de planeamiento contenga idénticas previsiones que el anteriormente mencionado, y se somete entonces la habilitación a la previa aprobación de un Plan Especial. Así pues, sólo en ambos supuestos será de aplicación

el criterio valorativo del artículo 83.3 de la Ley del Suelo³.

El resto de expropiaciones llevadas a cabo por Entidades Locales se someten al artículo 85 de la Ley de Expropiación Forzosa, y son de aplicación los artículos 38.2 y 43 de la misma.

d) Para la obtención anticipada del suelo destinado a sistemas generales en suelo urbanizable. El artículo 12.1 de la Ley del Suelo de 1.976 establece la exigencia de que los sistemas generales estén previstos en el Plan General de Ordenación Urbana, cualquiera que sea la clase de suelo en que se ubiquen, requisito del que cabe repetir lo expresado en el apartado anterior. La obtención anticipada da lugar a expropiación por cuanto la Administración no espera a la aprobación y ejecución del Plan Parcial correspondiente a formular sobre el suelo urbanizable de que se trate.

e) Para la constitución o ampliación del patrimonio municipal del suelo u otros patrimonios públicos de suelo y para la obtención de terrenos destinados en el planeamiento a la construcción de viviendas de protección oficial u otro régimen de protección pública, así como a otros usos declarados expresamente de interés social.

En el primer caso la expropiación se legitima también por la inclusión de los terrenos en el Plan General de Ordenación Urbana, conforme prevén los artículos 89 y siguientes de la Ley del Suelo de 1.976; si bien, como enseña el apartado 3 del artículo 78 de la Ley de Reforma, la expropiación de los mismos sólo será posible antes de la aprobación del Plan Parcial en suelo urbanizable. Y en el caso de viviendas de protección pública, es requisito su inclusión en el correspondiente programa de actuación pública⁴.

f) En los demás supuestos legalmente previstos. Se trata de una remisión abierta a otros supuestos de expropiaciones por razón de urbanismo contenidas en el ordenamiento urbanístico o que el legislador pueda en lo sucesivo establecer, incluso por vía de legislación procedente de las Comunidades Autónomas, como luego se explicará. De cualquier modo, la jurisprudencia es partidaria de una aplicación restrictiva del concepto, y predica la sumisión de los supuestos dudosos a la Ley de Expropiación Forzosa.

4.2. El Concepto de “Edificación Legalmente Concluida” del Artículo 83.1 de la Ley de Reforma

Es pacífica la opinión de que el artículo 83 de la Ley 8/1.990, de 25 de Julio, regula el criterio de valoración de las edificaciones en los supuestos de expropiaciones urbanísticas. Sin embargo, el apartado 1 de dicho precepto contiene un confuso mandato según el cual “en los supuestos de expropiación de un terreno con la edificación legalmente concluida, el justiprecio expropiatorio diferenciará el valor del suelo y el de la edificación”.

El inciso final es superfluo. La diferenciación referida procede en todos los supuestos en que se expropia un terreno con una edificación, según enseña una vasta

³ En tal sentido, sentencia de 30 de Diciembre de 1.988. Ref. Aranzadi 9.723.

⁴ Sobre el grado de concreción del Plan General de Ordenación Urbana, cfr. Lliset Borrell. Nuevo Régimen de Urbanismo. Publicaciones Abella. Madrid, 1.990, páginas 228 y 229.

jurisprudencia; y tal aserto es de aplicación a las expropiaciones urbanísticas o no. Por lo tanto, la hipótesis según la cual en los supuestos de expropiación de terrenos con edificación no legalmente concluida no cabría tal diferenciación, que es la que se desprende prima facie de la lectura del párrafo en cuestión, debe descartarse por absurda, y revela su defectuosa redacción.

Antes parece que el legislador desea excluir de la indemnización expropiatoria a las edificaciones no legalmente concluidas. En ellas no cabría diferenciar entre valor del suelo y valor de la construcción simplemente porque ésta no se valora, toda vez que no puede formar parte del patrimonio del sujeto expropiado, conforme dispone el artículo 25 del propio texto legal.

Siendo clara la intención legislativa, no lo son ni mecho menos sus consecuencias. ¿Qué edificaciones serán objeto de valoración por aplicación del artículo 83.1 de la Ley de Reforma? Por supuesto, las legalmente concluidas con certificación de final de obra expedida y susceptibles de ser registralmente inscritas, y también las asimiladas a ellas por aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley. Respecto de las demás, conviene analizar sus circunstancias:

a) desde luego, no deben ser indemnizables las edificaciones expropiadas concluidas o no y realizadas sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones que sean incompatibles con el planeamiento, respecto de las cuales procede su demolición previo el expediente preceptivo (artículo 26 apartado 1). Se trata de un expediente nuevo no previsto en la Ley del Suelo de 1.976 en el que, con audiencia del interesado, debe declararse dicha incompatibilidad. De ser así, el edificio será demolido⁵.

b) si la obra es legal por ajustada al planeamiento o legalizable porque practicando sobre ellas ciertas reformas pueda producirse su acomodación a áquel, el interesado podrá solicitar y obtener licencia si no han transcurrido los plazos de los artículos 18 y 19 (los establecidos en el Plan General, o en su defecto dos años si tras la aprobación de éste se permite la directa obtención de licencia en suelo urbano). Una vez legalizada, la edificación expropiada es indemnizable.

c) las obras no legales por contrarias al Plan o porque carecen de licencia obtenida en el tiempo legalmente previsto para ello tienen un plazo establecido para su demolición, actualmente cuatro años por imperativo del artículo 9 del Real Decreto-Ley 16/1.981; transcurrido éste no cabe que la Administración adopte medidas de protección de la legalidad urbanística sobre ellas. Siendo la ordenación del territorio competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.3. de la Constitución Española), tal plazo puede ser modificado por éstas, como de hecho así ha ocurrido.

Si bien la vocación de la Ley 8/1.990 es que todas las obras ilegales sean demolidas, lo que no supone novedad respecto de la Ley de 1.976, es lo cierto que las no derribadas constituirán después edificios fuera de ordenación, igual que las que siendo legales resulten afectadas por nuevos instrumentos de planeamiento y queden en situación de disconformidad con ellos. En ambos casos es procedente indemnizar cuando se expropia el edificio, y constituye entonces la circunstancia de fuera de ordenación un

⁵ Cfr. Lliset Borrell. Op. cit., página 306.

factor corrector del valor de la edificación previsto en el propio apartado 3 del artículo 83 de la Ley de Reforma (conformidad o no con la ordenación en vigor).

d) las edificaciones amparadas en licencia luego declarada ilegal no se incorporan al patrimonio del interesado (artículo 27) pero originan derecho a indemnización a favor de su titular (artículo 21). Por tanto, la compensación por la privación de la propiedad de la edificación se materializa en este supuesto por vía de responsabilidad administrativa sometida al artículo 121 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa entre otros, siendo aplicable al criterio del daño causado (artículo 134 del Reglamento de Expropiación Forzosa).

4.3. La Vigencia Territorial de las Valoraciones de Edificios

La Disposición Final Primera de la Ley de 25 de Julio de 1.990 confiere naturaleza de preceptos de aplicación plena a sus artículos 78 y 81 a 85. A la espera de pronunciamiento jurisdiccional, tal previsión es discutible.

El Tribunal Constitucional tiene enseñado en su Sentencia 37/1.987, de 26 de Marzo, el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación expropiatoria. El fallo citado impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser valorados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional, y también que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio. Desde esta doble premisa estaría justificada la constitucionalidad de los artículos 81 a 85.

La consideración del artículo 78 como precepto de aplicación plena es muy dudosa. De hecho, algún autor como González Pérez discute su constitucionalidad⁶. Si de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional corresponde a las Comunidades Autónomas la potestad de definir legalmente los supuestos en que debe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la causa expropiandi, dicho precepto debería incluirse más bien en el apartado tercero de la Disposición Final Primera, aún cuando ello pudiera dar lugar a que las Comunidades Autónomas establezcan un mayor número de supuestos de expropiación por razones urbanísticas que el existente, en perjuicio del ciudadano. Pero esta conducta tendría otro tipo de corrección por vía jurisdiccional, diferente de la indebida atribución de tal competencia legislativa al Estado recogida por el artículo 78.

5. El valor del edificio expropiado según el artículo 83.3 de la Ley de Reforma

Como ya se ha dicho, el artículo 83.3 señala como criterio a observar en la determinación del justiprecio de los edificios expropiados por razón de urbanismo el coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad, al estado de conservación del edificio, y a su conformidad o no con la ordenación en vigor.

El criterio del coste de reposición es nuevo en materia expropiatoria, y se aparta notablemente del previsto tanto en la Ley de Expropiación Forzosa como en la Ley de

⁶ Cfr. González Pérez. Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. Editorial Civitas. Madrid, 1.990, página 546.

Haciendas Locales, pues en estos dos últimos casos la fijación del justiprecio obedece al valor de mercado, determinado en el caso del valor catastral por el sistema expuesto en la Orden Ministerial de 28 de Diciembre de 1.989 antes mencionada. En ella el llamado "método de reposición" se utiliza como una simple expresión del valor del edificio, entendido como valor en venta.

Pero el coste de reposición a que hace referencia el artículo 83.3 de la Ley de Reforma no parece corresponderse con el valor catastral, porque en tal caso el legislador hubiera empleado una fórmula de redacción similar a la del artículo 38.2 de la Ley de Expropiación Forzosa. De otra parte, el Preámbulo de la Ley 8/1.990 se refiere con profusión al criterio fiscal como sistema de valoración de los terrenos, pero evita pronunciarse en idéntico sentido en lo que hace a los edificios. Y, por último, la redacción del precepto parece dejar patente el abandono del anterior sistema de remisión en bloque de la legislación urbanística a la legislación expropiatoria en este punto.

En la búsqueda de la intención legislativa que insufla la redacción del artículo 83.3 puede advertirse en primer lugar una cierta similitud entre su contenido y el criterio establecido en el artículo 24 de la misma Ley 8/1.990. que hace referencia a la expropiación de terrenos con edificaciones en los supuestos de extinción del derecho a edificar, en cuyo caso el criterio para la valoración de las obras es su coste de ejecución. Evidentemente, el artículo 24 hace referencia a obras nuevas legalmente ejecutadas, lo que explica la no introducción en él de criterios adicionales correctores, que sí tienen acomodo en el artículo 83.3 de la Ley porque éste regula la expropiación de obras que en casos pueden ser antiguas y disconformes al planeamiento.

El coste de reposición del edificio puede entenderse que es la cantidad que habría de pagarse a la fecha de expropiación por construir de nuevo el mismo edificio y con idénticos materiales, mas no lo que recibiría el propietario por el producto de su venta.

En Derecho Urbanístico existe otro supuesto en que también opera el coste de reposición del edificio, y es el aplicable para la determinación de su ruina económica, regulada ésta en el artículo 183.2 de la Ley del Suelo de 1.976. Una extensa jurisprudencia tiene sentado que la fórmula más correcta para la fijación del "valor actual del edificio" a que se refiere dicho precepto es aquella que parte del coste actual de construcción del mismo, detrayendo después el porcentaje de depreciación que proceda en razón al estado y antigüedad de la finca. Y este último, aplicable por motivo de la devaluación por el uso del inmueble, es el utilizado por las compañías aseguradoras de incendios, establecido en el 0,5% acumulativo por cada año de vida del edificio.

Se trata de un nuevo sistema legalmente consagrado para determinar la valoración de una construcción, que se acerca notoriamente al previsto en el artículo 83.3 porque recoge tres elementos que son comunes a ambos criterios: el coste de reposición del edificio entendido como importe o precio a pagar por su construcción actualmente, la antigüedad y el estado de conservación; con el añadido de que en ambos casos el primer elemento —el coste de reposición— es básico, y los dos restantes son correctores.

En conclusión y resumen, no cabe hacer un pronunciamiento seguro sobre cuál de los criterios admitidos en Derecho ha sido elegido por el legislador para justipreciar las edificaciones expropiadas por razón de urbanismo, por más que sin duda el sistema se aparta de los recogidos en la Ley de Expropiación Forzosa, buscando probablemente un

abaratamiento de los justiprecios. Como quiera que sea, establecer diferentes cuantías indemnizatorias a favor de los expropiados según sea la causa que origina su privación de propiedad resulta siempre criticable, pues parece hacer a algunos ciudadanos de mejor condición que a otros. El criterio de los Tribunales sobre el sentido del artículo 83 de la Ley de Reforma y doctrina que sea dictada en orden a su adecuación a los principios constitucionales que perfilan el concepto de la propiedad privada irán aportando luz a esta materia.

La apropiación indebida de la cuota obrera: aspectos administrativos

José Antonio Martínez Lucas*

I. Introducción

Uno de los temas que, sin duda, ha preocupado más a la doctrina administrativista es el relativo al Derecho Administrativo Sancionador debido, fundamentalmente, al gran auge y espectacular desarrollo que está tomando el poder sancionador de la Administración pública española, a diferencia del panorama que nos ofrece el Derecho comparado caracterizado por el rechazo del poder punitivo de la Administración, si bien matizado en estos últimos tiempos a través de la vía de la despenalización¹.

Consecuencia de esta honda preocupación, se ha tratado de elaborar una teoría general de la infracción administrativa, a la que resulten de aplicación los principios y

* Letrado de la Administración de la Seguridad Social

¹ ESTEVE PARDO. Sanciones administrativas y potestad reglamentaria, REDA nº 49, 1986. GARCIA DE ENTERRIA. El problema jurídico de las sanciones administrativas, REDA nº 10, 1976. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Supremo, REDA Nº 29, 1981. Curso de Derecho administrativo, volumen II, Madrid, 1988, págs 147 y ss. GARRIDO FALLA. Tratado de Derecho administrativo, volumen II, Madrid, 1987, págs 137 y ss. PARADA VAZQUEZ. El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP nº 67, 1972. Derecho administrativo. Parte general, Madrid, 1989, págs 327 y ss. PAREJO ALFONSO. Manual de Derecho administrativo, Barcelona, 1990, págs 242 y ss. SUAY RINCON. El Derecho sancionador, perspectivas de reforma, RAP Nº 109, 1986.

parámetros propios del campo del Derecho penal², influida claramente por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al establecer como límites a la potestad sancionadora de la Administración los recogidos por el artículo 25 de la Constitución³.

El presente trabajo tiene una diversidad de finalidades. De una parte, contribuir a la formación y desarrollo del estudio del Derecho administrativo sancionador mediante el análisis de una específica sanción administrativa que se inserta en el campo de la Seguridad Social. De otra, intentar si el posible encontrar matices diferenciales con la conducta delictiva de la "apropiación indebida de la cuota obrera"⁴. Finalmente, solucionar alguno de los problemas que pueden comportar la aplicación del principio non bis in idem en el caso de concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

II. La protección administrativa de la Seguridad Social

La instauración de un sistema público de Seguridad Social de corte predominantemente contributivo en la realidad española hace necesario, de un lado, allegar los medios económicos suficientes para sufragar los gastos dimanantes de la protección que proporciona el sistema y, de otro, dotar de un aparato coactivo con la finalidad de prevenir y reparar aquellas conductas que sean contrarias a los pilares básicos de su sostenimiento.

La virtualidad del principio contributivo se traduce en la obligación de cotizar por los dos sujetos con intereses contrapuestos en la relación laboral: el empresario y el trabajador. Esta obligación de cotizar la asume en mayor medida el empresario debido, principalmente, a la incapacidad contributiva de los trabajadores, justificándose en base a la responsabilización legal del empresario por las necesidades de los trabajadores a su servicio.

En el régimen jurídico vigente, el empresario se concibe, por una parte, como sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, debiendo ingresar la cuota total (art. 68 LGSS); por otra parte, como sujeto responsable del descuento de la aportación de los trabajadores al tiempo de realizar el pago de los salarios, de manera que, si no se realizase el descuento en ese momento, no podría realizarlo con posterioridad (art. 68.2 LGSS).

² Ejemplos de esta teorización los encontramos en autores como GARBERILLOBREGAT. La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y procedimiento administrativo sancionador, Madrid, 1989. SANZ GANDASEGUI. La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1985. SUAY RINCON. Sanciones administrativas, Bolonia, 1989.

³ STCo 77/1983, de 3 de octubre. Anteriormente, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 y 25 de marzo de 1972 entendió que los principios del Derecho penal eran de aplicación a las infracciones y sanciones administrativas.

⁴ Una reiterada doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo, condensada en las sentencias de 21 de diciembre de 1978, 22 de enero de 1979, 23 de junio de 1980, 25 de marzo de 1981, 28 de abril de 1983, 7 de junio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero de 1986, 11 de noviembre de 1988 y 29 de septiembre de 1989, viene instando la conducta de no ingresar a la Tesorería General de la Seguridad Social de la cuota correspondiente al trabajador, una vez descontada, dentro del tipo penal del artículo 535 del Código Penal.

Esta responsabilidad es mayor en el supuesto del apartado 3 del artículo 68 al disponer que “el empresario que habiendo efectuado tal descuento (se refiere a la retención de la aportación del trabajador) no ingrese dentro del plazo la parte de cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las Entidades Gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan”.

El legislador ha expresado, por tanto, la necesidad de la protección del pilar básico de la Seguridad Social: la obligación de cotizar. Esta responsabilidad se bifurca en dos tipos, queriendo hacer compatible la reacción del orden penal y administrativo, fruto de la concepción política de la época, que vendrá a poner fin la promulgación de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional.

La responsabilidad administrativa del empresario, recogida en el anterior apartado, se regulará en el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, cuyo artículo 4.1.3.a) y c) consideraba como faltas muy graves la de “retener indebidamente, no ingresándola dentro del plazo, la parte de cuota descontada a sus trabajadores” y la de “descontar a sus trabajadores una cantidad superior a la que legalmente proceda como parte de la cuota que a éstos corresponda”. La consecuencia de esta infracción será la imposición de la sanción de multa “en su grado mínimo de 100.001 a 200.000 pesetas; en su grado medio, de 200.001 a 300.000 pesetas; y en su grado máximo, de 300.001 a 500.000 pesetas” (art. 6.3 del citado Reglamento).

La Constitución de 1978 iba a consagrar la identidad de principios entre el orden represivo penal y el administrativo. De ahí, la necesidad de dotar de una cobertura legal adecuada a las infracciones laborales tipificadas en la etapa anterior por vía de Reglamento⁵.

El resultado final será la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, que destina su capítulo III a las “infracciones en materia de Seguridad Social”.

El artículo 15.2 del anterior texto legal considera como infracción muy grave “retener indebidamente, no ingresándola dentro del plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores, o efectuar descuentos, no ingresándolos, superiores a los legalmente establecidos”, llevando aparejada como sanción una multa “en grado mínimo, de 500.001 a 2.000.000 de pesetas; en su grado medio, de 2.000.001 a 8.000.000 de pesetas; y en su grado máximo, de 8.000.001 a 15.000.000 de pesetas⁶”.

⁵ Las sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, 42/1987, de 7 de abril y 3/1988, de 21 de enero, aclaran los límites de la potestad sancionadora de la Administración.

⁶ Un estudio general de la Ley 8/1988 lo realiza GARCIA BLASCO en “Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril”, Madrid, 1989. También se puede consultar el artículo de GARCIA FERNANDEZ: “La Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social”, en LA LEY núm 2083, de 21 de octubre de 1988.

III. La conducta típica

El nuevo artículo 15.2 podemos descomponerlo en dos modalidades distintas de acción: la primera, consistente en la falta de ingreso dentro del plazo reglamentario de la aportación obrera descontada; la segunda, la falta de ingreso de descuentos superiores a los establecidos legalmente.

1. Retención indebida de la parte de cuota de la Seguridad Social descontada a sus trabajadores, sin su ingreso dentro del plazo.

El núcleo de la conducta típica viene constituido por la retención indebida del empresario que al abonar los salarios a los trabajadores descuenta las cuotas correspondientes a la participación de éstos para contribuir al sostenimiento de los gastos de la Seguridad Social y, reteniendo las mismas, no las transfiere a la Tesorería General de la Seguridad Social. Los presupuestos básicos para que podamos aplicar esta modalidad son los siguientes:

a) La constitución de la relación jurídica de cotización.

Aunque la literalidad del texto no lo recoja expresamente, constituye un requisito imprescindible la válida constitución de la relación jurídica de cotización, para lo que es necesario la inscripción del empresario y la afiliación y el alta de los trabajadores a su servicio. Cumplidos estos requisitos surge la relación jurídica de cotización perfecta y, por tanto, el deber específico de retener e ingresar las cantidades descontadas.

En el supuesto de ausencia de alta o de baja del trabajador, no puede haber contravención administrativa, al faltar el presupuesto necesario para que sea obligatorio efectuar el descuento de la cuota en el salario del trabajador y su ingreso posterior a la Tesorería General de la Seguridad Social. De esta manera, cuando el trabajador engañado por el empresario cree estar dado de alta, si el empresario descuenta la cuota y la retiene indebidamente, lo que se da es una estafa en concurso con el delito del artículo 499 bis del Código Penal y no la infracción administrativa del artículo 15.2 de la Ley 8/1988, ya que al faltar el alta no estaremos ante una relación jurídica de cotización perfecta, faltando la condición indispensable para que pueda realizarse legalmente la retención. En el caso de pagarse contra legem con los trabajadores la omisión del alta y la entrega a éstos de la totalidad del salario, la infracción que se daría es la regulada en el artículo 14.1.2 de la Ley 8/1988 y no la del artículo 15.2 o el delito de imposición ilegal de condiciones de trabajo del artículo 499 bis.1 ya que para su incriminación es irrelevante el consentimiento del trabajador.

b) El descuento de la cuota relativa a la aportación de los trabajadores.

Para que estemos en presencia de esta conducta es necesario, además, que el empresario descunte la parte de cuota correspondiente a la aportación del trabajador. Este descuento se realiza por el empresario en el momento de abonar el salario a los trabajadores a su servicio, teniendo reflejo formal en las nóminas. De no realizarse el descuento en el momento de hacer efectivas las retribuciones a los trabajadores, entraría en juego el número 2 del artículo 68 de la LGSS, quedando el empresario como sujeto obligado de las cuotas no descontadas en ese espacio temporal⁷.

⁷ El artículo 68.2 LGSS dispone que "el empresario descontará a sus trabajadores, en el momento de

En cuanto al ámbito objetivo del descuento, debemos tener en cuenta que la aportación del trabajador se concreta mediante la aplicación de unos tipos de cotización a la base de cotización que a cada concreto trabajador corresponda. El empresario podrá descontar por contingencias comunes o generales, por desempleo, por horas extraordinarias y por formación profesional, debiendo estar para fijar la cuantía total de la cuota descontada a los Reales Decretos de cotización⁸.

c) Retención indebida.

El descuento de las aportaciones de los trabajadores es una operación que normalmente la realizan los empresarios en el momento de hacer efectivas las retribuciones a los trabajadores a su servicio. Pero no por esa mera circunstancia estamos en presencia de una infracción administrativa. Es necesario, además, que se retenga estas cantidades y que se retengan indebidamente.

La palabra "retener", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "detener, conservar, guardar para sí". Es decir, el empresario al descontar la cuota obrera y no ingresarla, está realizando una desviación de cantidades que ha recibido de los trabajadores, recepción de carácter jurídica, ya que al constituirse el empresario como un recaudador indirecto de la Seguridad Social, no tiene sentido una recepción material de la parte del salario descontada debido a las características intrínsecas del dinero que, a diferencia de las demás cosas muebles, la simple entrega supone la transmisión de la propiedad⁹.

La utilización del término "indebida" supone que el empresario que haya descontado tales cantidades a los trabajadores no puede compensarlas de algún modo con derechos o créditos que ostente con la Seguridad Social. El empresario puede compensar un derecho a la devolución de ingresos indebidos de cualquier recurso, el pago de prestaciones satisfechas por las empresas en forma delegada, como consecuencia de su colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social o créditos respecto de los cuales, por disposición de carácter general, se prevea esta causa de extinción y en los términos que la misma regule (art. 46.2 del Real Decreto 716/1986). Esta compensación

hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos. Si no efectuase el descuento en dicho momento no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo".

⁸ Para el año 1989, la cotización a cargo del trabajador era: para contingencias comunes, el 4'8%; para desempleo, el 1'1%; para horas extraordinarias estructurales, el 2%; para las demás horas extraordinarias, el 4'8%; y para formación profesional, el 0'1%. La cotización para contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedad profesional) incumbe exclusivamente a la empresa y, por tanto, sin posibilidad de efectuarse descuentos a su cargo.

⁹ Dentro de las cualidades que distinguen el dinero de las demás cosas muebles, se señalan por la doctrina la ultrafungibilidad o fungibilidad por excelencia y su consumibilidad, al considerarse como un medio de cambio. La propiedad del dinero se transmite con la "traditio", es decir, que su utilización comporta la pérdida de la propiedad, pues el uso adecuado a su naturaleza es el gastarlo o consumirlo. Sobre las características del dinero, puede consultarse: BONET CORREA. Las deudas de dinero, Madrid, 1981, pags 273 y ss. CASTAN TOBEÑAS. Derecho civil español, común y foral, tomo I, volumen II, Madrid, 1982, pags 615 y ss. GARRIGUES. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, Madrid, 1983, pags 188 y ss. PUIG BRUTAU. Derecho general de obligaciones, tomo I, volumen II, Barcelona, 1988, pags 325 y ss.

comporta respecto de las aportaciones de los trabajadores a la cotización, deducidas de los salarios y no ingresadas, una exclusión o disminución de la retención indebida de aquellas cuantías, siempre que la compensación se lleve a efecto de conformidad con la normativa vigente¹⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayor de 1988 desestimó el alegato de la empresa actora de la compensación por cuanto que "resulta imposible a la vista de los datos suministrados si se produce o no, aun partiendo de que fuera posible, que no lo es en el caso de autos". Esta sentencia traía causa en la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1986 que desestimó la compensación al no haberse suministrado por la empresa el dato correspondiente a la cuantía económica de la cuota de Seguridad Social que como empresa le correspondía.

Finalmente, interesa destacar que en el ordenamiento vigente se le da una mayor importancia a la aportación obrera que a la cuota empresarial, como resulta de: a) el artículo 40 del Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, al establecer la imposibilidad de aplazamientos de la aportación de los trabajadores; b) los artículos 83 y siguientes de la Orden de 23 de octubre de 1986, al regular el procedimiento de ingreso separado de las aportaciones de los trabajadores; y c) el apartado 3 del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, al establecer la prohibición de cláusulas por virtud de las cuales se pusieran a cargo de la empresa la cotización que les corresponda a los trabajadores. Esta importancia cualitativa reseñada se completa con el aparato coactivo consistente en la infracción administrativa que es objeto de estudio.

d) Falta de ingreso de la cuota descontada dentro del plazo.

Además de la retención indebida de la cuota descontada a los trabajadores a su servicio, el empresario dispone de un lapso temporal dentro del cual no se puede incriminar por la contravención del artículo 15.2. Es necesario que transcurra el plazo de ingreso para considerar sancionable la conducta del empresario. La cuota total y, dentro de ella, la aportación descontada a los trabajadores, debe ingresarse por mensualidades vencidas, en un solo acto y durante el mes siguiente a su devengo (artículos 8 de la Ley 40/1980 y 69 del Real Decreto 716/1986). Excepcionalmente, en los casos en que se considere conveniente por la Tesorería General en razón de la índole de la actividad de la empresa o fijeza de sus trabajadores y para una mayor facilidad y simplicidad del proceso recaudatorio, dicho plazo puede ampliarse a dos o más meses naturales, si bien esta excepción no afectará a la forma y tiempo en que haya de efectuarse el descuento de la aportación que corresponda a los trabajadores (art. 71 de la Orden de 23 de octubre de 1986).

No obstante, el principio de integridad en el ingreso de las aportaciones de la cuota como regla general, los empresarios pueden ingresar las aportaciones de los trabajadores

¹⁰ El juego legal de la compensación, recogido por la Orden de 25 de noviembre de 1966, el Real Decreto 1694/1982, de 9 de julio y la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, ha sido suavizado por la jurisprudencia, como se desprende de las sentencias de 1 de junio de 1979, 26 de octubre de 1982, 2 de mayo de 1983 y 21 de septiembre de 1984. También deben consultarse los artículos 46 a 49 y 72 del Real Decreto 716/1986 y los artículos 38 a 42 de la Orden de 23 de octubre de 1986.

por separado cuando prevean que va a ser incumplido el plazo general, entendiéndose aquéllas como ingreso a cuenta de la totalidad de la cuota, a cuya cantidad restante se aplicarían las normas de recaudación extemporánea y de responsabilidad, pero no cabría la sanción por infracción del artículo 15.2.

e) La disposición de medios de pago.

Aunque este requisito no está incluido en la redacción literal del precepto, debe insertarse como presupuesto necesario, pues sólo el empresario que tenga disponibilidad de medios de pago puede realizar efectivamente el descuento y retener indebidamente la cuota obrera.

Hacemos, pues, extensible este requisito que se exige en el delito de apropiación indebida de la cuota obrera a la infracción administrativa del artículo 15.2¹¹, si bien serán escasos los casos en que encontremos una ausencia total de liquidez. Si a pesar de una supuesta carencia de medios, el empresario realiza pagos a proveedores, podemos concluir que el empresario que ha retenido la cuota obrera tiene capacidad de pagos. Cualquier acto posterior al transcurso del plazo para el ingreso en la Tesorería General que implique una adquisición, compra, liberalidad o, en definitiva, un gasto, supone una disponibilidad de medios de pago y, por tanto, su calificación como infracción administrativa.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1986 desestimó el alegato de la crisis económica que padecía la empresa declarando que "no es causa eximente de su responsabilidad en cuanto a la obligación legal que sobre ella pesaba de ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social las cuotas correspondientes a la Seguridad Social de sus trabajadores, siendo de estimar tal circunstancia sólo como atenuante de dicha responsabilidad, como precisamente tuvo en cuenta la Administración sancionadora cuando impuso la sanción en su grado mínimo".

Tal doctrina resulta criticable por las razones antes expuestas: el empresario que carezca de capacidad de pago no puede retener efectiva y realmente las cuotas descontadas a sus trabajadores. En todo caso, creemos que se recorrerá una postura paralela al delito de apropiación indebida de la cuota obrera que, en un primer momento, el Tribunal Supremo no consideró este requisito como imprescindible al entender que el empresario al realizar el descuento en las nóminas tenía por este hecho capacidad de pago¹².

¹¹ La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1980 estimó que no había delito de apropiación indebida de la cuota obrera por cuanto que los hechos declarados probados manifiestan "la situación angustiosa y caótica de la empresa de autos, el esfuerzo denodado con el que se logró pagar parte de lo adeudado a los trabajadores de la misma, la ausencia de deducciones o descuentos, imposibles ante la penuria total y la carencia de recursos en que la empresa se hallaba a la sazón, y la falta de acreditamiento del adueñamiento pretendido o de que 'el procesado haya dispuesto de tales sumas', totalmente imposible, por lo demás, pues nadie puede apropiarse de lo que no tiene existencia real.

¹² La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1976 frente a la alegación de la carencia de medios de pago por el empresario declaró que si "el recurrente o la empresa se quedaron con la cantidad descontada, no puede en buena lógica aducirse que no se ingresó por carencia de medios, ya que lo que había de ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto". En el mismo sentido, las sentencias de 17 de febrero de 1977 y de 22 de enero de 1979.

Concluimos, por tanto, que sólo ante una carencia total de medios de pago podemos descartar el ilícito administrativo. Por consiguiente, la suspensión de pagos no puede suponer la carencia de medios de pago, ya que se caracteriza por una falta accidentada de liquidez, en cuanto que el activo debe ser superior al pasivo. Consecuencia de la capacidad de pago limitada del empresario, puede hacer efectivas facturas de sus proveedores, cobrar sumas de dinero debidas por sus clientes o realizar adquisiciones de mobiliario, máquinas o instalaciones para su mejor funcionamiento. Son actos dispositivos que nos indican que efectivamente existe disponibilidad de medios de pagos y, si a pesar de ello, el empresario prefiere hacer frente a tales gastos en función de las cantidades que le han abonado sus clientes, será posible su calificación como infracción administrativa.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 1985 estimó el expediente de suspensión de pagos como un hecho que debe tenerse en cuenta en el momento de imponer la sanción, dando lugar a que la Sala modificara el acto administrativo impugnado rebajando la sanción a la cantidad de 301.000 pesetas en lugar del millón de pesetas impuestas por la Administración.

2. Efectuar descuentos superiores a los legalmente establecidos, sin su ingreso posterior.

El antecedente de este supuesto lo encontramos en el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social de 1970, al considerar como falta muy grave la de “descotar a sus trabajadores una cantidad superior a la que legalmente proceda como parte de la cuota que a éstos corresponda”.

El núcleo de esta conducta está constituido por la falta de ingreso del empresario que realiza descuentos superiores a los establecidos en el ordenamiento jurídico, siendo presupuestos básicos de esta modalidad los siguientes:

- a) La constitución válida de la relación jurídica de cotización como *prius lógico* de la realización de descuentos por el empresario.
- b) La realización de descuentos superiores por el empresario. Los descuentos que puede realizar el empresario son los expuestos anteriormente.
- c) La falta de ingreso que supone la retención indebida de las sumas descontadas por encima de las previstas en la ley.

IV. Los sujetos responsables

Es sujeto responsable de la infracción el empresario, que puede ser tanto una persona física como jurídica, según establece el artículo 2 de la Ley 8/1988. La delimitación del concepto de empresario como sujeto responsable de la infracción la obtenemos de la conjunción de la normativa laboral y de Seguridad Social. El empresario, desde un punto de vista laboral, “es la parte del contrato de trabajo frente a la que se asume la obligación de trabajar por la otra, y que asume a su vez respecto de ésta la obligación de remunerar”¹³.

¹³ ALONSO OLEA. Derecho del Trabajo. Madrid, 1987., pag 137.

El empresario, desde un punto de vista de Seguridad Social, es quien realiza una actividad económica que figure inscrito como tal en la Tesorería General de la Seguridad Social, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades (art. 63 LGSS) y como presupuesto necesario para la constitución de la relación jurídica de cotización.

V. El principio de culpabilidad

Las dos modalidades que acaban de ser examinadas se incluyen dentro del Capítulo III de la Ley 8/1988, relativo a las infracciones en materia de Seguridad Social.

El concepto de estas últimas está recogido en el artículo 12 del mencionado texto legal al establecer que “son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables, a que se refiere el artículo 2.2, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el Sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley”¹⁴.

La anterior definición no comporta la exigencia del elemento voluntario o de culpabilidad en el sujeto responsable de la infracción, lo que conlleva a un distanciamiento con la técnica utilizada por el artículo 1.1 del Código Penal que, desde la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se rechaza del ámbito punitivo penal todas las manifestaciones de responsabilidad objetiva.

Ante este estado de la cuestión, podemos adoptar dos posturas bien diferenciadas. Primera, considerar que la infracción en materia de Seguridad Social tiene una naturaleza diversa de la infracción penal; de aquí se sigue que no tengan que aplicársele los principios y garantías que rigen en el Derecho Penal, como es el caso de la exigencia de culpabilidad para que se pueda calificar un hecho como delictivo. Segunda, considerar que la infracción en materia de Seguridad Social tiene naturaleza análoga a la penal, por cuanto que ambas son manifestaciones del ius punitivo que detenta el Estado, siendo necesario la concurrencia de todos los requisitos necesarios en el ámbito penal para la existencia de una infracción y, por tanto, la exigencia de la culpabilidad en el sujeto responsable.

En este último sentido, SUAY RINCON se expresa en los siguientes términos: “Conocemos los elementos esenciales de la institución que nos ocupa (las sanciones administrativas), así, pues, podemos preguntarnos si partiendo de alguno de tales elementos (sujeto, objeto, finalidad, forma y presupuesto) puede o no sostenerse con fundamento la existencia de una diversidad de signo cualitativo entre estas sanciones y las penales. Si así fuera sus principios también habrían de ser diferentes (hablamos — claro está— en un sentido puramente dogmático). En caso contrario, sin embargo, la conclusión no podría ser otra que la existencia de una profunda y sustancial identidad entre las dos figuras, y no habría modo de defender para las sanciones administrativas

¹⁴ La regulación anterior establecía que “constituirán infracciones al Régimen General de la Seguridad Social las acciones u omisiones que se señalan en el presente Reglamento respecto a los distintos sujetos responsables (art. 1 del Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre).

la aplicación de unos principios que no fueran los de las sanciones penales” “. para terminar, en fin, afirmando que, desde un punto de vista sustantivo, no hay nada que , en realidad, diferencie las sanciones administrativas de las penales, por lo que, en conclusión, serán los principios propios de estas sanciones los que mejor se adecúan a las características intrínsecas de aquéllas” ¹⁵.

El Tribunal Supremo no aclara la cuestión, adoptando posiciones totalmente contradictorias en relación con la exigencia de culpabilidad. De un lado, hay pronunciamientos donde se estima la culpabilidad como un pilar básico del Derecho laboral sancionador. De otro, en ocasiones, no se estima necesario la concurrencia de culpa y vale, en consecuencia, la responsabilidad objetiva con carácter general, y como mucho aquélla opera como agravante de la sanción.

En la primera línea jurisprudencial se sitúa la sentencia de 23 de noviembre de 1981 que declaró que “en materia de culpabilidad cualquiera que sea la zona del derecho en que se valore no puede resolverse por meras presunciones o indicios, sino que hay que tener en cuenta la voluntad del autor y que su acción, objeto del expediente sancionador sea querida por él, conociendo la trascendencia y el alcance de la misma, lo que es consecuencia de una aplicación analógica de los preceptos que sigue el orden penal y sancionador...” ¹⁶.

Sin embargo, la sentencia de 3 de abril de 1979 declaró que “la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre el agente y el resultado típicamente punible, no es elemento esencial para la existencia de infracciones sancionables en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, toda vez que lo castigado en ese ámbito es el mero incumplimiento de los preceptos de la Ordenanza General” y la sentencia de 16 de enero de 1968 estimó que “la infracción de mandatos imperativos del Ordenamiento laboral presupone elementos subjetivos de culpabilidad del infractor, cuya prueba de ausencia corresponde acreditar a éste, ante el hecho objetivo de la transgresión” ¹⁷.

Nos adherimos a la postura que considera que la exigencia de la culpabilidad es un requisito imprescindible del Derecho administrativo sancionador, al considerarla más acorde con los postulados básicos del Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional exige la presencia de este elemento al reiterar en varias ocasiones ¹⁸ que el derecho fundamental de presunción de inocencia es un derecho de aplicación directa, vinculante

¹⁵ SUAY RINCON. Sanciones administrativas, Bolonia, 1989, pags 73 y ss.

¹⁶ En el mismo sentido, las sentencias de 6 de noviembre de 1967, 27 de febrero de 1969, 6 de octubre de 1978, 1 de octubre de 1979, 17 de abril de 1979 y 22 de noviembre de 1979.

¹⁷ La sentencia de 31 de octubre de 1986 declaró que “respecto de la eficacia que el sobreseimiento en causa penal instruida por la muerte del trabajador pueda tener en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha de recordar la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 29 diciembre 1981 (R. 2162), según la cual incluso las sentencias recaídas en aquella jurisdicción carecen de efecto vinculatorio en ésta, pues admitida la realidad del hecho contemplado en ambos campos penal y administrativo, se opera en uno y otro con técnicas y criterios diversos, ya que mientras en el primero es esencial el elemento voluntarista en que está la esencia de la culpabilidad, en el segundo tal circunstancia sólo opera como agravante de la sanción...”. En el mismo sentido las sentencias de 28 de febrero de 1983 y 15 de junio de 1984.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio, 13/1982, de 1 de abril y 55/1982, de 26 de julio.

a todos los poderes públicos y con vigencia no sólo en el orden penal, sino también en el laboral y en el civil. Este principio tiene tal fuerza expansiva que proyecta su eficacia al conjunto del ordenamiento jurídico, especialmente hacia aquellas zonas que tienen una finalidad punitiva ¹⁹.

Partiendo de la anterior postura, debemos de criticar el artículo 12 de la Ley 12 de la Ley 8/1988 puesto que se impone una línea objetivadora al no exigir la concurrencia de la culpabilidad en la definición genérica de las infracciones en materia de Seguridad Social, constituyendo este elemento un presupuesto básico para poder sancionar la conducta de la infracción prevista en el artículo 15.2.

VI. La protección penal y administrativa por unos mismos hechos

1. El principio non bis in idem.

El apartado tercero del artículo 68 de la LGSS establece en su inciso final las consecuencias de la conducta del empresario de no ingresar, una vez descontada, la cuota obrera: "sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan".

Ante la existencia doble de una responsabilidad administrativa y penal, se nos plantean varios problemas: ¿cabe una duplicidad de sanciones administrativa y penal por unos mismos hechos?; en caso negativo, ¿qué conexión o conexiones se producen entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal?.

Para dar cumplida respuesta a tales cuestiones, debemos distinguir dos etapas, cuyo punto de tránsito se sitúa en el momento de entrada en vigor de la Constitución.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución y, por tanto, desde la sentencia de 30 de octubre de 1971 primaba el principio de compatibilidad de las sanciones administrativas y penales ²⁰. Así la conducta prevista como "impago de la cuota obrera por el empresario que la ha descontado del salario del trabajador" podía estar sancionada doblemente: por una parte, la sanción penal del artículo 535 del Código Penal y, por otra, la sanción administrativa del artículo 6.3 del Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social.

La Constitución supuso un vuelco total al sistema anterior por cuanto que, si bien no se recogió expresamente el principio non bis in idem, este principio iría íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución ²¹.

¹⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987 declaró que el principio constitucional de presunción de inocencia resulta de inequívoca aplicación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Además, sería una incongruencia que el administrado estuviera en peor situación que el delincuente, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1987.

²⁰ GARCIA DE ENTERRIA en "El problema jurídico de las sanciones administrativas", REDA, 10, 1976, había calificado de "aberrante" la legitimación del "bis in idem".

²¹ La literatura jurídica en torno al non bis in idem ha sido abundante: AGULLO AGÜERO. El principio "non bis in idem" en materia tributaria, LA LEY, núm 1355, de 26 de diciembre de 1985. ARROYO ZAPATERO. Manual de derecho penal del trabajo. Barcelona, 1988, pags 13 a 19. COBO DEL ROSAL y

GARCIA DE ENTERRIA, entre otros, sostuvo esta tesis desde un principio y, posteriormente, el Tribunal Constitucional, la haría suya en sentencia de 30 de enero de 1981 al establecer que el principio *non bis in idem* supone “que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc— que justificase el *ius punendi* por los Tribunales”.

El principio *non bis in idem* no sólo conduce a una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, sino que también determina “la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre.

Consecuencia de lo anterior es que la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los Tribunales de Justicia, debiendo respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado.

Una vez expuesta en grandes rasgos la significación del “*non bis in idem*” que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución, se hace necesario su concreción en el terreno laboral y, más concretamente en el Derecho sancionador en materia de Seguridad Social por la posibilidad de una duplicidad de sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos. El artículo 15.2 de la Ley 8/1988 ha complicado la cuestión al definir infracciones que pueden estar incriminadas en el ámbito penal.

Para resolver este problema de presencia en una misma conducta de infracciones administrativas y penales que podría dar lugar a procedimientos diferentes, el legislador ha previsto en el artículo 3 de la Ley 8/1988 “la concurrencia con el orden jurisdiccional penal” de la siguiente forma:

“1. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento.

VIVES ANTON. Derecho penal. Parte general, Valencia, 1990, pags 75 y 76. GARBERI LLOBREGAT, ob. cit., pags 149 a 163. GARCIA DE ENTERRIA. Curso de Derecho administrativo, volumen II, Madrid, 1981, pags 170 a 172. MANZANO MORENO. El ilícito penal y el administrativo, el principio *non bis in idem* y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, BIMJ, núm 1386 de 15 de junio de 1985. MUÑOZ QUIROGA. El principio *non bis in idem*: STC de 3 de octubre de 1983, REDA, núm 45/1985. PARADA VAZQUEZ. Derecho administrativo. Parte general, Madrid, 1989, pags 359 a 362. PAREJO ALFONSO. ob. cit., pags 251 y 252.

2. De no haberse estimado la existencia de delito la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

3. En todo caso deberán cumplirse de modo inmediato las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la seguridad e higiene de riesgo inminente”.

En virtud de esta nueva regulación, ante la falta de ingreso por el empresario de la cuota obrera descontada, la Administración, una vez levantada el acta, pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, quedando el procedimiento administrativo en suspenso hasta que el órgano judicial no dicte sentencia firme u otra resolución que ponga fin al procedimiento penal.

Los supuestos que pueden producirse son varios:

1. El Ministerio Fiscal, una vez examinado el expediente administrativo, puede devolver las actuaciones sin formular querrela, por no estimar indicios de criminalidad, con la consiguiente continuación del procedimiento sancionador.

2. Si ante una conducta constitutiva de delito la Administración no se abstuviese de pronunciarse, la imposición de la sanción administrativa daría lugar además de a la nulidad por vicio de incompetencia, a la consiguiente responsabilidad de funcionarios y autoridades administrativas por usurpación de funciones judiciales (art 378 del Código Penal).

3. Si la jurisdicción penal dicta sentencia condenatoria, queda definitivamente cerrada la posibilidad de que la Administración imponga sanción posterior para la persona y por el hecho que ya fue enjuiciado. El contenido del principio *non bis in idem* impide la duplicidad de sanciones administrativas y penales siempre que se cumpla la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento²². Como dice ARROYO ZAPATERO, “si en el hecho constitutivo de la infracción penal y de la administrativa interviene, además de un autor persona física, una persona jurídica o una comunidad de bienes, el Tribunal penal puede condenar a la persona física pero no a la jurídica y una vez firme la sentencia condenatoria contra la primera, el procedimiento administrativo sancionador puede dirigirse —con el límite de los hechos considerados probados en la sentencia penal— contra la segunda. No hay aquí infracción del *ne bis in idem*, pues no se da en ambas condenas identidad de autor”²³.

4. Si no se ha estimado la existencia de delito —por sentencia absolutoria, archivo de actuaciones o sobreseimiento— cabe continuar el expediente sancionador administrativo en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados”. Somos de la opinión de ARROYO ZAPATERO, por cuanto “creemos que esta limitación constituye el más grave defecto de la regulación legal del *ne bis in idem* en materia de infracciones laborales, regulación coincidente con la dispuesta en materia fiscal por el Real Decreto nº 939, 26 abril 1986 en su artículo 66... salvo que tal limitación se entienda exclusivamente en el sentido siguiente: el expediente sancionador continuará respetando los hechos declarados probados por el Tribunal penal pero sin que se excluya

²² Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981.

²³ *ob. cit.*, pag 18.

la apreciación de otros hechos nuevos o diferentes en el expediente administrativo que no se hallen afectados por la declaración del Tribunal penal”²⁴.

2. Identidad sustancial entre las sanciones administrativas y las penales.

El problema que nos plantea el apartado es que a primera vista la conducta estudiada puede ser objeto de incriminación dentro de un ilícito penal. Así, la primera modalidad se identifica con el presupuesto de hecho objeto del ilícito penal de la apropiación indebida de la cuota obrera. La segunda modalidad podría incluirse en el delito de estafa cuando medie engaño del empresario o bien en el de imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales regulado en el artículo 499 bis.1 del Código Penal. Sin duda, el problema es mucho más agudo en el primer caso por cuanto hay reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que considera subsumible en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal la conducta consistente en la falta de ingreso por parte del empresario de la cuota obrera de la Seguridad Social descontada del salario del trabajador²⁵, lo que ha provocado reacciones favorables y contrarias en la doctrina penal²⁶.

El legislador, desde la vigencia del non bis in idem, debería diferenciar los ilícitos penales y los administrativos, al efecto de no haber concurrencia entre ambas infracciones. Esta distinción podría darse en base a elementos objetivos o subjetivos de la conducta. El elemento subjetivo debemos, desde un principio, rechazarlo por las razones que hemos expuesto anteriormente. Solamente nos queda el elemento objetivo y, dentro de éste, sería válida la distinción en base a elementos cuantitativos, tal y como sucede con el delito fiscal.

Es preocupante, por tanto, la regulación que realiza el artículo 15.2 de la Ley 8/1988. No disponemos de un criterio válido para diferenciar el ilícito penal y el administrativo de apropiación indebida de la cuota obrera ni tampoco para no incriminar la conducta de la falta de ingreso de descuentos superiores en el ilícito penal del artículo 499 bis.1 del Código Penal. Al ser insostenible la distinción en base al juicio de culpabilidad que supondría la falta de voluntariedad para la calificación de las conductas como infracciones administrativas, el legislador debiera haber buscado una distinción cuantitativa que estableciera los límites entre el ámbito penal y el administrativo.

Estamos en presencia de un supuesto más de identidad sustancial de ilícitos administrativos y penales que permite concluir, una vez más, en favor de los que propugnan una igualdad de naturaleza entre las penas impuestas por los órganos

²⁴ ob. cit., pags 18 y 19.

²⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo, ha entendido que la incriminación de la conducta de retención y no ingreso de las cuotas obreras descontadas en el artículo 535 del Código Penal es compatible con el principio de legalidad, recogido en el artículo 25.1 de nuestra norma fundamental.

²⁶ La tesis jurisprudencial de incriminación de la conducta en el artículo 535 ha encontrado apoyo en un sector de la doctrina española: ARROYO ZAPATERO, CONDE PUMPIDO TURÓN, FINA SANGLAS y MORILLA CUEVAS. Sin embargo, RODRIGUEZ DEVESA considera que, en virtud del principio de intervención mínima, tales conductas no son merecedoras de persecución penal. BAJO FERNANDEZ, entre otros, preconiza, de lege ferenda, la creación expresa de este delito, como hizo el Proyecto de 1980. Finalmente, CASTAÑEIRA considera que la incriminación de tal conducta es incompatible con el principio de legalidad.

judiciales penales y las sanciones acordadas por la Administración pública, sin que pueda fundamentarse una merma de garantías al aplicar los principios del ámbito penal al ámbito administrativo sancionador ²⁷.

VII. La determinación de la sanción

Para la determinación de la sanción a imponer, el artículo 37.4 distingue la multa en grado mínimo, medio y máximo, lo que supone una remisión al artículo anterior que establece en su apartado primero que "... las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada, como circunstancias que puedan atenuar o agravar la infracción cometida".

Aunque no se recoja en el precepto, la precaria situación económica de la empresa debe tenerse en cuenta bien como circunstancia que pueda atenuar la infracción cometida, bien como compensación entre circunstancias atenuantes y agravantes.

Así lo estimó la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1988 al declarar que "en cuanto a la gravedad de la falta, no se ha prescindido de las circunstancias previstas en el art. 5º del Decreto 2892/1970, relativas al número de trabajadores afectados, perjuicio producido a los mismos, importancia económica de la empresa, repercusión social y conducta observada por aquélla, pues la sanción señalada en la sentencia corresponde al grado máximo de las infracciones tipificadas como muy graves, según el art. 6º.2 de la norma citada; lo único que ha hecho la sentencia es imponer ese grado máximo en su alcance mínimo, a la vista de las circunstancias económicas que atravesaba la empresa. Y puesto que está acreditado, que se encontraba en situación de suspensión de pagos, al no haber sido objeto de contradicción las afirmaciones que al respecto efectuó la empresa, ha de estimarse correcta la valoración jurídica de esta circunstancia realizada por la Audiencia pues, el citado precepto —el art. 5º.— admite la ponderación atenuatoria de otras circunstancias, además de las antes descritas, para la graduación de la faltas".

La sanción podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, con el límite de 15.000.000 de pesetas si se apreciase reincidencia, es decir, cuando se cometa una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta, siempre que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza (artículo 38 de la Ley 8/1988).

La sentencia del Tribunal Supremo antes señalada, comentando el antiguo artículo 6.4 del Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, que recogía el concepto reincidencia

²⁷ Las sentencias de 10 de febrero de 1983 y 21 de febrero de 1984 del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos establecen la imposibilidad de la distinción sustantiva entre ambos tipos de sanciones, por lo que les son de aplicación las garantías prescritas en los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

declaró que "para que sea apreciable esa causa de agravación, se exige que haya mediado una anterior resolución administrativa de la que derive la sanción a que el precepto alude como objeto de la notificación que expresa. En el caso de autos, si bien el Acta de la Inspección se refiere a reincidencia, ello lo hace cuando realiza la valoración jurídica de los hechos que la propia Acta describe. Y entre esos hechos se limita el Inspector a reseñar que en fechas de 13 de septiembre de 1979 y 30 de abril de 1980, se habían levantado a la empresa imputada otras dos Actas por hechos similares, pero sin hacer la más mínima referencia a que por los mismos se hubiera llegado a la imposición de sanciones. Por consiguiente, si, como es sabido, la presunción de certeza de las Actas de la Inspección, no se extiende a las valoraciones jurídicas del Inspector y no se había aportado prueba alguna que demostrara la concurrencia de esa anterior sanción efectivamente impuesta por resolución administrativa, como exige la norma, forzoso es concluir que era acertada la decisión de la sentencia apelada acerca de la falta de concurrencia de la agravante cuestionada y la improcedencia de la duplicación de la sanción efectuada por la Administración en consideración a dicha reincidencia".

VIII. Conclusiones

El estado de la cuestión en relación con la conducta comentada no deja de ser más desesperanzador. Si, en un sentido global, la Ley 8/1988, de 7 de abril, merece dar una felicitación al legislador debido a la caótica y dispersa regulación de las infracciones y sanciones en el orden social, amén de cumplir con los principios de legalidad y tipicidad definidos claramente por la doctrina del Tribunal Constitucional, al descender al análisis pormenorizado de un supuesto de hecho el legislador no ha sido consciente de que ya estaban insertos en el ámbito penal. Y decimos que no ha sido consciente porque no podemos llegar a otra conclusión en el sistema administrativo en que nos encontramos.

En el caso que tratamos no nos encontramos ante una técnica de despenalización, por las siguientes razones: primero, porque la conducta estaba recogida anteriormente en el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social de 1970; segundo, porque la utilización de la política legislativa de despenalización es propia de ordenamientos comparados donde el poder sancionador de la Administración era muy limitado y el nuestro se caracteriza justamente por la nota opuesta; tercero, porque en la Ley de 7 de abril de 1988 se ha previsto el supuesto de concurrencia del ámbito sancionador administrativo con el orden jurisdiccional penal.

La cuestión se complica aún más en el caso de la apropiación indebida de la cuota obrera ya que algún sector de la doctrina penal ha criticado con dureza la inclusión de la mencionada conducta en el artículo 535 del Código Penal, con lo que llegamos a una clara contradicción al estar convirtiendo el legislador hechos merecedores de penas privativas de libertad, en infracciones y sanciones administrativas, que únicamente se podría obviar en base a un criterio delimitador de naturaleza cuantitativa.

La crítica de Nozick a la teoría lockeana sobre la adquisición de la propiedad

Miquel Beltrán

Introducción: Locke sobre la propiedad

Locke entendió que la Razón enseña a la humanidad que todos los hombres somos iguales e independientes, y que, por lo mismo, nadie puede legítimamente dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. Porque, además, perpetrar un ataque contra éstos es violar la Ley natural, y el hacerlo expone al transgresor a la libre reacción del individuo agredido, pues quien no observa la Ley Natural —afirma Locke— vive “bajo otras reglas que las de la Razón”, y por ello está a merced de la presumible réplica, en su contra, de todos los demás (proporcional o no al daño causado).

Dado asimismo, que la preservación de la propiedad (que se entiende como la de la misma persona) es el fin principal de los individuos, éstos tienden a unirse para la mutua protección de sus vidas y libertades.

Lo que ab initio pertenece a una persona son su vida, miembros, y libertad. Pero, al igual que Grocio, Locke extiende la esfera de la propiedad con el fin de incluir en ella objetos materiales, por lo que debe haber un modo legítimo de adquisición de éstos que justifique su inclusión en la esfera individual que conforma la persona. En Locke, además, no es unívoco el uso del término ‘propiedad’. Unas veces connota lo que pertenece a una persona, y en dicho sentido se refiere a los objetos incluidos en la esfera del suum. Otras concierne al modo en que puede darse la propiedad sobre la tierra; y así, significa un derecho a la tierra, no el objeto del derecho. Pese a todo, el fundamento último de ambos tipos de propiedad es el mismo: la donación original que hizo Dios a

la humanidad, fuente de legitimación en la que concuerdan Locke y sus precursores, desde las primeras teorías sobre el dominium en el siglo XIV (Cf. Tuck, 1.980). Pero si bien sólo por la voluntad de Dios pueden los hombres llegar a poseer, legítimamente, alguna cosa sobre la tierra —en el sentido de ser sus propietarios— la Razón nos enseña que el hombre, desde que nace, tiene derecho a su propia preservación, y, en la misma medida, a las cosas que la Naturaleza le proporciona para hacerla posible. El problema del tránsito a la propiedad privada —que Grocio y Pufendorf resuelven, como es sabido, recurriendo al contrato— es enfrentado por Locke del modo siguiente: si la tierra ha sido dada al común de los hombres, la efectiva distribución privada de los recursos resulta injusta, mientras no se pruebe la existencia del derecho a la propiedad. Y sin embargo, incluso en el estado de naturaleza, los hombres pueden apropiarse de las cosas que precisan para subsistir. Apropiarse tiene su significado característico, es decir, el de hacer de una cosa algo propio, hacer que sea nuestra. Y la idea subyacente a esa definición es que el individuo no podrá usar una cosa para su beneficio si previamente no la ha hecho suya (porque lo contrario sería inferir una injuria a los demás). Dios, al respecto, ha institucionalizado el modo por el cual es posible apropiarse de aquello que permite satisfacer las necesidades. Pero no puede suponerse un acuerdo previo general (acuerdo, por lo demás, fácticamente imposible) que cree ese derecho a la propiedad privada.

Así pues, en su solución al problema del origen de la propiedad, Locke evita recurrir al concepto de facultas moralis. La sola apropiación, es su opinión, fundamenta el derecho de propiedad. Esto es, el acto de la apropiación, por sí mismo, incluye el objeto en la esfera de la personalidad (el *sum de Grocio*). Una vez inserido en la esfera, sería una injuria privar del objeto a quien lo posee, porque su persona es exclusivamente suya. La idea es que mediante la apropiación el individuo infunde algo de su personalidad en el objeto, y ello en virtud de que labora en él, o sobre él, puesto que ha de admitirse que “la labor de mi cuerpo, y el trabajo de mis manos... son propiamente míos” (*Two Treatises on Government*, III). En la medida en que algo de mí mismo se contiene en el objeto de mi propiedad, el objeto forma parte de mí, y ello hasta el punto de que nadie más puede tener derecho sobre él. El derecho de propiedad viene dado, así, por el hecho de que el propietario ha fusionado con el objeto lo que ya antes era suyo, su trabajo, que forma parte de su personalidad. Además, el derecho a la propiedad privada deriva incondicionalmente, como ya he apuntado, del derecho a la vida —siempre según Locke— de modo que éste la legitima. Pues si cada individuo precisara del consentimiento general, con el objeto de apropiarse privadamente de lo que fue originariamente común, los hombres vivirían en la escasez a pesar de estar inmersos en la abundancia.

Conque el derecho a la propiedad es un derecho natural porque tenemos derecho a la vida (esto es, a la propia preservación). Este previo derecho, sin embargo, hace precisamente que se dé un límite a la apropiación, en el estado de naturaleza. Si laborar es el único modo por el cual alguien puede apropiarse de un objeto (laborar describe en Locke un amplio espectro de actividades), nadie debe causar un perjuicio a los otros no dejando “lo suficiente y de igual valor para los demás”. Esta última condición (a la que Nozick (1.974), siguiendo el uso común, se refiere como al ‘requisito lockeano’ (lockean proviso)), establece una línea de base imaginaria que no puede verse rebasada.

Existe un segundo límite para la apropiación: es un límite moral, derivado de la Ley de la Naturaleza, la cual estipula no sólo que el hombre procure su propia preservación, sino la de toda la humanidad (*Two Treatises on Government*, II). Así pues, la misma ley que establece, en función del derecho a la vida, un derecho natural a la propiedad, impone sin embargo un límite con respecto a la última: en la primera edad del mundo, cuando impera el estado de naturaleza (y dado que no existe el dinero), nadie puede apropiarse de más de lo que puede serle útil sin que se malogre. Porque es inmoral dejar que las cosas se desperdicien por habernos apropiado de ellas. Aún más, si tuviéramos un derecho ilimitado a la propiedad, ésta podría llegar a constituir una amenaza para el derecho a la vida (puesto que cabría la posibilidad de que alguien se viese en la situación de no poder obtener aquello que precisa para vivir, por habérselo apropiado los demás). Y si así ocurriera, Locke, ante la posibilidad de conflicto entre derechos, se inclinaría sin dudarle en favor del derecho a la vida, para cuya realización la propiedad no es, según él, sino un medio necesario.

Nozick y su transmutación de la jerarquía lockeana entre los derechos a la vida y a la propiedad

En el capítulo 7 de su *Anarchy, State and Utopia*, Nozick lleva a cabo una crítica a la 'teoría lockeana de la adquisición', aunque no deja de subrayar su importancia, que reside —opina Nozick— en que sólo a partir de ella es posible acceder a la estructura de la teoría intitular (*entitlement theory*) de la justicia que él propugna. Pese a todo, la tesis de Locke, según la cual infundir la propia labor en un objeto que no pertenece previamente a nadie origina un derecho de propiedad sobre el mismo, es susceptible de objeciones diversas. Porque ¿de qué modo infundir mi labor sobre un objeto me hace su propietario?... Acaso —aventura Nozick— el hecho de que laboro sobre un objeto lo mejore, lo haga más valioso, “y cada uno tiene un derecho titular de propiedad sobre algo cuyo valor ha creado” (1.974, p. 185). Pero a menudo ocurre que mi acción sobre un objeto no acrecienta su valor, sino que lo disminuye (supóngase, por ejemplo, que alguien siembre cizaña sobre una tierra, o pade indiscriminadamente un jardín, o restaure un Grunewald con acrílico). Y aunque no fuera así, persiste el interrogante acerca de cómo el derecho titular se extiende al objeto en su totalidad, y no incide solamente sobre el valor que he añadido al objeto por el hecho de que he trabajado sobre él. Se precisa, aquí, introducir el requisito lockeano, porque la tesis de que mejorar un objeto —al trabajar sobre él— otorga un pleno derecho de propiedad sobre el mismo, resulta implausible si el número de objetos no pertenecientes a nadie es limitado, ya que en tal caso, “el hecho de que el objeto llegue a ser propiedad de una persona cambia la situación de todas las demás” (1.974, p. 175). Así, la apropiación de algo, por parte de un sujeto, no llega a suponer un perjuicio para nadie sólo en el caso de que se deje lo suficiente y de igual valor a los demás. Sólo si se cumple este requisito no ocurre que la situación de algún otro se vea menoscabada. Y sin embargo, hay diversos modos de entender el requisito: porque puede entenderse que se menoscaba la situación de los demás si, por un lado, éstos pierden la oportunidad de mejorar su situación precisamente mediante la apropiación del objeto en cuestión, pero también, simplemente, si ya no

pueden hacer más uso de aquello que, con anterioridad, sí podían usar (y precisaban hacerlo). A Nozick —no hace falta decirlo— le importa demostrar que el primer modo de entender el menoscabo es incorrecto, porque si no lo fuera, todo derecho a la propiedad se trocaría en ilegítimo ab origine. Éste es su argumento:

Considérese la última persona Z a la que no se le deja 'lo suficiente y de igual valor de lo que apropiarse'. Si así ocurriese, no hay duda de que la penúltima persona Y, se apropió de algo, dejó a Z sin su previa libertad de actuar sobre ese objeto, de modo que menoscabó —si entendemos menoscabar según el primer planteamiento— la situación de Z, y así, según el requisito lockeano, la apropiación realizada por Y no habría sido legítima. En consecuencia, la antepenúltima persona X, que se apropió de algo, menoscabó, a su vez, la situación de Y, porque con su acto concluyó toda apropiación legítima, e Y se encuentra en una circunstancia en la que no puede apropiarse de nada. Entonces, y por la misma razón, tampoco resulta permisible la apropiación efectuada por X, dado que Y ha perdido, debido a ella, su previa libertad sobre los objetos. Así habríamos de retroceder hasta la primera persona A que se apropió de algo, y adquirió sobre ello un derecho de propiedad permanente, porque ello habría conducido, a largo término, a la injusta distribución de la propiedad que impide que el requisito se cumpla. De este modo, la única posibilidad de considerar derechos legítimos a la propiedad privada consiste en que no consideremos que los demás ven menoscabada su situación simplemente por el hecho de que no pueden apropiarse de aquello de lo que otro se ha apropiado con anterioridad (Cf. Nozick 1.974, c. 7).

No obstante, Nozick sostiene que toda teoría 'adecuada' de la justicia habrá de contener una condición similar a la del requisito supuesto por Locke, porque gracias a él la situación de los individuos no se verá menoscabada pese a que ya no puedan ser propietarios de aquello que ha llegado a ser posesión de alguno de los demás. Porque el proceso que da lugar a la propiedad privada —permanente e intransferible (salvo por voluntad de su poseedor)— sobre algo que previamente no pertenece a nadie, no debe empeorar la situación de los demás, aun cuando ya no puedan ser sus propietarios. En este sentido, Nozick llega a afirmar que, si alguien al apropiarse de algo, violará en principio el requisito, podría seguir siendo propietario del objeto, siempre y cuando compensara a los demás de modo que su situación no se viera menoscabada, lo que resulta posible puesto que Nozick, al cabo, no vindica literalmente la restricción impuesta por Locke a los derechos de propiedad, sino lo que él supone un principio subyacente a la misma, pero mucho más amplio: que si ocurre que los demás no se ven perjudicados por una adquisición original, cuando ésta se produce, podremos calificarla de legítima, principio al que Kavka (1.982) se refiere como al 'requisito nozickiano', y que da entrada a todo un sistema de supuestas compensaciones que lo que hacen, a la postre, es validar cualquier adquisición originaria, sea que ésta viole el requisito lockeano o bien que no lo haga.

Y si el requisito ha sido, por lo común, una condición esencial de las teorías de la justicia (desde una perspectiva liberal), porque impide que alguien se apropie incondicionalmente de la total provisión de las cosas necesarias, en general, para la subsistencia, Nozick no parece suponerlo necesario en ese sentido. El ejemplo ya clásico entre los teóricos del liberalismo es el de que alguien se apropie del único pozo de agua

en medio de un desierto. El requisito lockeano obra aquí de modo que condiciona la adquisición del pozo —en el sentido de que impone, a quien se apropie de él, la condición de que provea de agua a quienes lo precisen, y que lo haga a precios estipulados en función de las posibilidades de éstos, por cuanto los demás precisan del agua de ese pozo para subsistir—. Parece, por tanto, que quien mantenga el requisito supedita el derecho de propiedad —condicionándolo— al derecho a la vida. Y sin embargo Nozick afirma precisamente lo contrario, al subrayar que “el derecho a la vida no es un derecho a cuanto se precisa para subsistir” (1.974, p. 179). Porque, dado que otras personas pueden tener derechos de propiedad sobre los objetos en cuestión, el derecho a la vida sólo será un derecho a poseer cuanto se precisa para vivir siempre y cuando con ello no se violen los derechos de propiedad de los demás. No cabe duda de que la teoría de la adquisición originaria, propia de Locke, está lejos de las miras de interés de Nozick —en su validación de la propiedad privada—. Porque, en lo que respecta a los objetos materiales, lo crucial resulta saber si el hecho de intentar apropiarse de ellos (sean necesarios o no para la subsistencia del individuo) viola previos derechos de propiedad que puedan tener sobre ellos los demás. Hasta el punto de que “se precisa de una teoría de los derechos de propiedad antes de que pueda aplicarse cualquier supuesto derecho a la vida” (1.974, p. 179, el subrayado es mío), o lo que es lo mismo, sobre el derecho a la vida no tiene por qué fundamentarse, en ningún caso, la teoría de los derechos a la propiedad privada. Por tanto, la oposición de Nozick a Locke no puede ser más explícita, pues, como hemos visto, el inglés no vió otro modo de fundamentar la adquisición originaria de propiedad privada que apelar al primario derecho a la auto-preservación. Nozick, inversamente, define la propiedad privada como un derecho natural irreductible (justificándolo sobre una pretendidamente primaria libertad ontológica de la voluntad, que, como veremos, no puede ser coartada por imposiciones sociales). Así, el derecho a la propiedad no precisa fundamentarse sobre ningún derecho, ni en rationale alguno de la índole que sea, porque el que los hombres seamos individuos es suficiente argumento moral —en opinión de Nozick— para que nuestro libre albedrío, con respecto a las cosas, no pueda ser limitado por supuestos derechos de cada uno de los demás individuos a su propia preservación (Cf. Nozick, 1.974, c. 3, y 1.981, c. 4 y 5).

Es claro que el ahistórico estado de naturaleza socializado de Locke descansó sobre axiomas teológicos (Cf. Dunn, 1.969, c. 9). Y que las bases epistemológicas de la teología natural fueron relevantes, en la teoría política del inglés, para la descripción de los individuos, que comparten un estatuto de igualdad, sin autoridad intrínseca de unos sobre los otros, sólo debido a que son criaturas de Dios. Y que Nozick, por supuesto, no hace aparecer ninguna referencia a ese respecto. Porque para él, justamente, los individuos son desiguales. Y lo son en la medida en que su voluntad los hace desiguales. Así, los axiomas metafísicos de Locke se substituyen por otro apoyo metafísico de muy distinta índole, que Nozick deberá probar como substantivo en lo tocante a la moralidad. A su examen dedico las páginas que siguen:

La formación del Estado Mínimo

Como es sabido, Nozick parte de un al parecer anacrónico estado de naturaleza (réplica del descrito por Locke), desde el cual, y a través de pasos bien estipulados — y un tanto inverosímiles—, se llegará al Estado Mínimo, sin que hayan sido violados los derechos individuales de nadie, razón que legitimará, precisamente, el estado de cosas final. Retomando, pues, la perspectiva clásica, Nozick ilustra del siguiente modo la posesión de derechos en el estado de naturaleza: una línea delimita en torno a cada individuo un área o espacio moral constituido por sus derechos naturales (y sus posesiones). Éstos imponen 'moral side-constraints', restricciones morales co-laterales sobre la acción de cada uno de los demás, puesto que nadie, sin previo consentimiento del individuo afectado (o previa negociación con él) puede traspasar la línea que delimita su espacio moral. El derecho natural esencial en el estado de naturaleza es el que impide a los otros, justamente, transgredir ese espacio 'que ocupamos con derecho moral', lo que es lo mismo que definir la libertad en términos negativos: todo individuo tiene el derecho a no ser coaccionado, en la medida en que, por su cuenta, extienda o incremente su espacio moral sin irrumpir por ello en las áreas de los demás. Pero es de notar que Nozick difiere de los clásicos en que se cuida de no incluir en dicho espacio derechos axiomáticos a la libertad (positiva, esto es, como opuesta a la esclavitud), a la salud, o a la propia vida. En este sentido la esfera de un individuo —como ya he apuntado— podría expandirse, eventualmente, hasta el punto de no permitir a otros incluir en la suya los bienes o posesiones necesarios para sobrevivir, lo que sería legítimo si en el proceso de adquisición dicho individuo no hubiera violado los derechos (como áreas morales) de ninguno de los demás. La libertad se define, pues, exclusivamente, como el derecho a la no interferencia de nadie entre nosotros y aquello de lo que nos hayamos apropiado legítimamente.

Como sea que los derechos naturales, en el estado de naturaleza (aun cuando son reconocidos por sus miembros) pueden ser violados, la fragilidad del orden natural resulta patente. Ocurre que la puesta en práctica de la justicia privada (cada individuo tiene el derecho a reaccionar frente a quienes invaden su área moral) no es lo suficientemente disuasoria —en todos los casos— como para impedir las constantes violaciones de los derechos naturales. Por ello los individuos se deciden a la formación de una asociación privada de mutua protección, que llega a convertirse en una agencia especializada a tal fin. Como era de esperar, la formación de una agencia protectora estimula la formación de otras, e induce finalmente la aparición de toda una red de agencias de idéntica índole. La 'explicación de mano invisible' de Nozick desarrolla la idea de que la formación de una asociación protectora desencadena un proceso que, inintencionadamente (es decir, sin que ello forme parte de los designios de nadie), y sin violar ningún derecho individual, lleva al Estado Mínimo. Es éste un proceso por etapas:

1. Desde la situación inicial hasta la formación del sistema de agencias privadas de protección, la necesidad de salvaguardarse de los demás individuos, en el estado de naturaleza, justifica el que se transfieran a la agencia los derechos privados para ejecutar la ley natural. La asociación protectora ejerce, en nombre de sus 'clientes', el derecho de éstos a castigar —para protegerse— a quienes puedan transgredir sus áreas morales.

2. Por efecto de las solas fuerzas del mercado, el sistema de múltiples agencias se irá convirtiendo, paulatinamente y por selección competitiva, en una sola agencia protectora, dominante en todo un territorio bien delimitado.

3. El siguiente paso conduce, desde la asociación protectora dominante, hasta el Estado Ultramínimo. Nozick supone que los clientes transfieren a la agencia dominante, junto con su derecho a ejecutar la ley natural, sus derechos procesales. Tales derechos son universales, y sin duda los independientes (quienes no han querido formar parte de la agencia protectora) han renunciado a ellos; pero aunque cualquiera tiene derecho a defenderse frente a procedimientos que no juzga fiables ni equitativos, no todos tienen la posibilidad de ejercer ese derecho de forma efectiva. En virtud de su posición de poder, la agencia puede prohibir el uso privado de la fuerza (la argumentación de Nozick en este punto es compleja, porque tiene que probar que la agencia puede, sin violar sus derechos, prohibir a los independientes el ejercicio de sus derechos de defensa). En suma, la agencia dominante está en condiciones de ejercer un monopolio (sólo fáctico, no de iure) del uso de la fuerza, para la defensa de los derechos individuales.

4. Desde el Estado Ultramínimo al Estado Mínimo. Tras prohibir a los independientes la ejecución privada de la ley natural (derecho al que aquellos no han renunciado motu proprio), se les debe compensar por el perjuicio que esta prohibición les ocasiona, y la compensación adopta la forma de universalización de los servicios de protección (hasta entonces destinados exclusivamente a los 'clientes'). Con ello, y dado que se protege ahora a todos los individuos que habitan el territorio en cuestión, parece que hemos llegado a un Estado, cuyas funciones se limitan, sin embargo, a la protección y seguridad de los ciudadanos. Según se ve, el proceso no requiere de contrato social, sino que es el resultado de transferencias individuales de derechos, guiados por la mano invisible sobre el mercado de servicios de protección. Pero —y esto es lo importante— en el proceso no emergen derechos nuevos (artificiales), ni el Estado resulta una entidad que detente derechos distintos de los que los individuos han tenido a bien transferirle. Todo derecho 'estatal' es, a la postre, la suma de los derechos de los que gozaban antes los distintos individuos que habitaban el estado de naturaleza.

El argumento ontológico de Nozick

Se sigue que el Estado Mínimo no es otra cosa que un número de individuos que actúan de tal modo que no violan los derechos de los demás, mientras que un estado más extenso se definiría por ser, justamente, una congregación de individuos algunos de los cuales actuarían violando los derechos ajenos. Pero en ambos casos —y al nivel ontológico— el Estado sería una ficción, porque Nozick se definiría sin duda como lo que Reiman (1.978) denomina un 'nominalista político extremo'. Pues, no contento con afirmar que el Estado no es otra cosa que los individuos que lo conforman, supone Nozick que las personas, por lo general, ignoran todo lo que se refiere a las posiciones preeminentes. Por implicación, los ciudadanos están sujetos al Estado, pero como si éste se tratara de un individuo más, contra el cual cada persona deberá tenerse en el caso de que transgrede —deliberadamente o no— los derechos absolutos de otros individuos. En realidad todos los términos que denotan entidades sociales tienen, según el libertarismo,

referentes ficticios. Son sólo modos convenientes de hablar de una realidad que es una suma o compilación de individuos.

Los argumentos de Nozick, al respecto, son reduccionistas, y tienen la finalidad de mostrar cómo las teorías o concepciones de la política que conciernen, supuestamente, a entidades supra-individuales, pueden ser transcritas, sin residuo, como exposiciones que presuponen sólo la existencia de individuos.

Existen, sin embargo, dos importantes sentidos de reducción en la obra de Nozick. Porque si la explicación de estado de naturaleza intenta dar cuenta de que el contexto político no contiene entidades propiamente políticas —y en este sentido las premisas metodológicas de *Anarchy, State and Utopia* (como Barber (1977), entre otros, ha observado) son indiscutiblemente reduccionistas, esta reducción, que en primera instancia parece ser sólo descriptiva, comporta también una reducción ontológica, porque sólo ésta puede validar la tesis capital del libertarismo nozickiano, según la cual todo Estado 'más que mínimo' es ilegítimo.

La reducción descriptiva se da, en este caso, si toda descripción política (de individuos o situaciones) es coextensiva con alguna descripción no política, es decir, si ambas son verdaderas de las mismas cosas. Quienes proponen esta forma de reducción arguyen que cuando dos descripciones son verdaderas exactamente de las mismas cosas, no se distinguen rasgos diferenciales en la realidad a la que conciernen. La propuesta de Nozick es, en tal sentido, descriptiva —y así lo entiende él mismo—. Una explicación 'fundamental' —como la de estado de naturaleza— tiene como objeto dar cuenta de que los rasgos y relaciones políticos son reducibles a relaciones y características no-políticas. Pero si, como base de una concepción política determinada, se presuponen tesis empíricas acerca de la racionalidad y el auto-interés de los individuos, y sobre el afán competitivo de las agencias protectoras (todas ellas explícitas en *Anarchy, State and Utopia*), la reducción no puede limitarse a lo estrictamente metodológico. Por ello, la explicación fundamental de estado de naturaleza comporta la reducción ontológica del dominio político a una congregación, con fines económicos, de cierto número de individuos. El estado de naturaleza tiene como fin demostrar que nada en la organización colectiva que es el Estado podría, eventualmente, disolverse en los individuos que lo componen, porque no es una entidad en sí mismo. Pero sólo la reducción ontológica puede permitir a Nozick afirmar que la política, por ser generada individualmente, no tiene una constitución colectiva propia. Y desde esa perspectiva ontológica, el estado de naturaleza no está destinado a dar cuenta de la clase de personas que somos —v. gr., seres aislados o asociales, carentes de toda conciencia pública— sino mostrar que, incluso desde el punto de vista político, los individuos son lo único que existe. En este sentido el aparentemente arcaico estado de naturaleza de Nozick es novedoso en su misión: la de dar soporte al individualismo ontológico que permite fundamentar las bases políticas del libertarismo, y sobre todo su teoría de los derechos de propiedad.

"Existen sólo individuos, individuos diferentes con sus vidas privadas. Y usar a alguno de ellos para beneficio de otros es justamente eso: usarle y beneficiar a otros, lo cual no tiene en consideración el hecho de que todo individuo es una persona distinta, separada (a separate person)" (Nozick 1974, p. 33). Y sólo las mínimas restricciones morales que impone el derecho a no ser coaccionado respetan ese hecho primario,

básico, de nuestras existencias separadas. La autonomía moral que comporta, según Nozick, nuestra posesión de derechos naturales, bien es cierto, se traduce en una forma de socialización (porque nos impone normas con respecto a los demás). Pero esta socialización no crea una obligación hacia la sociedad por parte del individuo. Los beneficios personales emanan exclusivamente de la cooperación voluntaria entre las personas, por lo que puede decirse que la sociedad (por no ser) nada hace por nosotros, y ningún derecho tiene a imponernos deberes. Sólo el capitalismo puro, el libre mercado, refleja la autonomía-como-carácter-moral de los individuos.

Conclusión

Este trabajo tenía como finalidad primordial mostrar que, pese a que Nozick declara reiteradamente su deuda para con Locke, a la postre subvierte no sólo la aplicación de los principios morales, por parte del inglés, a la formación del Estado, sino su propia concepción del individuo y de su autonomía. Sin embargo, para finalizar quiero apuntar ciertas críticas al crudo libertarismo que Nozick defiende. Las objeciones a éste, no hace falta jurarlo, pueden ser numerosas, y no se hicieron esperar desde la aparición de *Anarchy, State and Utopia*: unas réplicas denuncian el libre mercado como un mecanismo que funciona justamente porque cada participante es tratado por los demás como un medio (lo que Nozick parece pretender evitar), especialmente si el individuo en cuestión es miembro de una minoría desprotegida, o contribuye sólo con su trabajo (Cf. Rae, 1.976). La congregación 'de mercado' nos 'usa' de un modo que nunca aceptaríamos voluntariamente, porque sus fuerzas, aun cuando no respondan al designio de nadie, son coercitivas. Por lo demás, el intercambio individualista puede tener consecuencias generales irracionales, moralmente indeseables, de las cuales, como colectivo, seríamos responsables (Cf. Barber (1.977), Cohen (1.977)). Nozick parece ignorar esas propiedades emergentes del capitalismo, precisamente en aras de su argumento reduccionista. Con todo el individualismo ontológico es un supuesto tan extendido en las sociedades democráticas liberales, que éstas parecen desconocer su relevancia (su no-trivialidad) como base o sustrato de principios normativos y políticos. En el caso de Nozick, el individualismo ontológico implica que las resultantes colectivas o propiedades emergentes no son entidades superables de los individuos que las instituyen, porque no pueden existir realmente. Se trataría de descripciones colectivas de los mismos individuos, y no refieren 'hechos' en el sentido literal de la palabra. Las propiedades emergentes —como las 'estatales'— no son en realidad nada. Por supuesto las leyes públicas y otros fenómenos sociales se concretan en términos no individualistas. Pero el individualismo ontológico niega que sean algo más que pautas o patrones epifenoménicos de la existencia individual, que, por lo demás, 'emergerían' igualmente si no se diera la cooperación social, ni el intercambio de bienes. En este sentido Nozick (1.974, pp. 185-187) observa que incluso individuos que vivieran en islas incomunicadas entre sí generarían patrones de distribución de riqueza, con lo que pretende probar que las 'propiedades emergentes' pueden aflorar en situaciones que sólo cabe definir como individualistas. Pero lo cierto es que Nozick necesita, por cualquier medio, adscribirse a ese individualismo con el fin de arguir que los individuos tienen derechos de propiedad

(sobre las cosas) que nadie, ni siquiera el Estado, puede erradicar. Y por esa razón las características del individuo, para el libertarista, son cruciales en su defensa de los derechos absolutos, del no-intervencionismo estatal y de sus teorías de la justicia anti-redistributivas. Así, Nozick está condenado a suponer esa existencia separada (esa tesis metafísica) como un hecho crucial acerca de la constitución de los individuos, hecho que sin embargo no puede demostrar.

Referencias

- Allison, Henry E. (1966): 'Locke's Theory of Personal Indenty: A Re-Examination', *Journal of the History of Ideas* 27, 41-48.
- Barber, Benjamin (1977): 'Desconstituting Politics: Nozick and Philosophical Deductionism'. *Journal of Politics* 39, 2-23.
- Benn, Stanley (1976): 'Freedom, Autonomy and the Concept of a Person'. *Proceedings of the Aristotelian Society* 66, 109-130.
- Bogart, J. M. (1985): 'Lockean Provisos and State of Nature Theories', *Ethics* 95, 828-836.
- Cohen, G. A. (1977): 'Robert Nozick and Wilt Chamberlain: How Patterns preserve Liberty'. *Erkenntnis* 11, 5-23.
- Culver, Charles M. y Gert, Bernard (1979): 'The Justification of Paternalism', *Ethics*, 89, 189-210.
- Day, J. P. (1966): 'Locke on Property', *Philosophical Quarterly* 16, 207-220.
- Drury, S. B. (1982): 'Locke and Nozick on Property', *Political Studies* 30, 128-141.
- Dunn, John (1969): *The Political Thought of John Locke*. Cambridge University Press.
- Fishkin, James S. (1979): *Tyranny and Legitimacy: A Critique of Political Theories*. Baltimore. Johns Hopkins University.
- Goldsmith, M. M. (1979): 'The Entitlement Theory of Justice Considered', *Political Studies* 27, 578-593.
- Grafstein, Robert (1983): 'The Ontolotical Foundation of Nozick's View of Politics', *Philosophical Studies* 44, 401-424.
- Kavka, Gregory S. (1982): 'An Internal Critique of Nozick's Entitlement Theory', *Pacific Philosophical Quarterly* 63, 371-380.
- Locke, John (1690) [1975]: *An Essay concerning Human Understanding*. Ed. por H. Nidditch. Clarendon Press. Oxford.
- Nozick, Robert (1974) *Anarchy, State and Utopia*. Basil Blackwell.
- Nozick, Robert (1981): *Philosophical Explanations*. Oxford University Press.
- Rae, Douglas (1976): 'Review of Nozick (1974)', *American Political Science Review* 70, 1289-1291.
- Reiman, Jeffrey H. (1978): 'Anarchism and Nominalism: Wolff's latest Oblituary for Political Philosophy', *Ethics* 89, 95-110.
- Sampson, Geoffrey (1978): 'Liberalism and Nozicks's 'Minimal Sate'', *Mind* 87, 93-97.
- Tuck, Richard (1979): *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*. Cambridge University Press.
- Tully, James (1980): *A Discourse on Property: John Locke and his adversaries*. Cambridge University Press.

El secretario judicial: comentario sobre sus funciones de documentación y dación de fe

Antonio Miralles Enseñat

El Secretario Judicial¹ nace, históricamente, en el Derecho Canónico, con la Decretal de Inocencio III de 1.216, que exige la documentación de los actos judiciales para evitar se cuestione el proceder del Juez. La promulgación de esta Decretal “De probat” por el antedicho Papa marca el nacimiento del Escribano, que adquiere su condición de fedatario, perdiendo la de mero amanuense que hasta entonces tenía.

De su carácter inicialmente religioso se pasa posteriormente al plano secular, y surge al lado de la figura del Juez, que administra justicia en nombre del Rey, la del fedatario que controla y legitima su actuación, adverbando con su fe la regularidad de los juicios, transformándose aquél en un especialista en Derecho Procesal que, siguiendo un devenir histórico, sale del mundo del proceso para actuar fuera del mismo, originando así el doble cariz judicial y extrajudicial de la fe pública, que subsiste en nuestra patria unida hasta el año 1.862 con la Ley del Notariado.

¹ Denominación que ha recibido cuantiosas críticas adversas de la inmensa mayoría de autores y comentaristas, habiéndose propuesto, entre otros, los nombres de “Notario Judicial” o “Actuario”. Como dato anecdótico, en la desaparecida Zona Internacional de Tánger, que gozaba de una organización judicial propia, se les denominaba “Greffiers”.

En España, aparece la fe pública en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo, Fuero Real y las Partidas que afirman que “el pro que nasce dellos es muy grande quando fazen su oficio bien y lealmente”².

De lo referido se desprende claramente que el ejercicio de la fe pública ha sido desde sus orígenes y es hoy en día una de las funciones más características e importantes del Secretariado Judicial.

Puede aseverarse que la fe pública judicial se manifiesta en dos vertientes, que no son sino dos caras de la misma moneda:

A) La dación de fe o autenticación, entendida como la autorización por el Secretario de todas las actuaciones procesales, tanto a efectos de su validez como a fin de garantizar la certeza del acto.

B) La documentación, concebida como la encaminada a la formación de documentos, constituyendo la garantía formal de los actos procesales.

Ambas se encuentran reguladas en la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante, L.O.P.J.), en su Capítulo I del Título IV del Libro III, bajo la denominación “De la fe pública judicial y de la documentación” (arts. 279 a 282, ambos inclusive)³.

Dicha Ley Orgánica recoge la función de autenticación en su artículo 281.1 y 2, al estimar que el Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos en las actuaciones judiciales, sin precisar la intervención adicional de testigos, lo que refrenda el artículo 473.1 de la propia Ley.

La función de documentación viene expresamente atribuida al Secretario en los artículos 279.1 y 2 y 280 de la L.O.P.J., que recogen la denominación y contenido de esta función

Hay que indicar, asimismo, que estas dos funciones se encuentran estrechamente interrelacionadas, provocando que se confundan en una sola, hasta el punto que es muy difícil concebirlas separadamente. En este sentido, la autenticación podría calificarse como la acreditación o comprobación de la evidencia de un acto procesal y la documentación su constatación formal, sin la que aquélla no perduraría en el tiempo.

De poco o nada serviría —al menos no tendría practicidad alguna— que el Secretario validara un determinado acto procesal sin que el mismo tuviera reflejo en autos. Precisamente, el efecto esencial de la actividad de constancia es el de lograr, por documentación o incorporación —según que los actos se verifiquen oralmente o por escrito— una colección o conjunto de documentos, a los que deberemos remitirnos siempre que se quiera conocer o comprobar lo acaecido en el proceso de que se trate. Y hay que pensar que esta eficacia no sólo es immanente dentro del proceso, sino trascendente fuera del mismo, ya que la situación procesal constatada válidamente goza de la fe pública en todo el mundo jurídico, cuando se la quiera o tenga que hacer valer en esferas de derecho distintas de aquella en que se produjeron⁴.

² RAMOS GAVILÁN, A., “La L.O.P.J. y el Secretariado de la Admón. de Justicia”, Revista General de Derecho nº 519, año XLIV, Valencia, Diciembre de 1.987, págs. 6265-6266.

³ Ver también: arts. 248 a 252 (ambos inclusive) de la Ley de Enjuiciamiento Civil y apartados a), c), d), e), f) y j) del 6.1 y el 6.2, ambos del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

⁴ GUASP, J., “Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.977, Tomo I, pág. 489.

Las funciones comentadas se vieron ya en su día potenciadas por la Fiscalía del Tribunal Supremo que, en Circular de fecha 14 de Junio de 1.925, estableció la nulidad de todas las actuaciones sumariales no autenticadas por el Secretario, a lo que hay que añadir ineludiblemente el significativo y trascendental reforzamiento experimentado por aquéllas en la vigente L.O.P.J., siendo digno de resaltar, en virtud de lo en ella preceptuado, que:

A) El Secretario es el único titular de la fe pública judicial con facultad de documentación (art. 281.1. de la L.O.P.J.).

B) En el ejercicio de la función de documentación, el Secretario ostenta el carácter de autoridad, con particular importancia a efectos de su protección penal (art. 281.1 de la L.O.P.J.).

C) La plenitud de la fe pública judicial por el Secretario no necesita intervención adicional de testigos (art. 281.2 de la L.O.P.J.), debiendo interpretarse que han de considerarse derogados todos aquellos preceptos que contradigan dicha normativa orgánica, por la simple aplicación del principio de jerarquía legal (por ejemplo, arts. 263, 268 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, L.E.C.—).

D) De la posibilidad de habilitación de uno o más Oficiales para que autoricen las actas a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y comunicación (art. 282 de la L.O.P.J.), ha de entenderse con carácter restrictivo y utilización excepcional para casos concretos, dado que el Secretario es el único titular de la fe pública judicial. Tampoco aparece en el texto legal la posibilidad de habilitación de los Oficiales para los actos de ejecución, y siembla que, salvo casos particularizados derivados de esta actividad encuadrados en las diligencias de constancia o comunicación, no es función delegable.

E) La distinción entre actas, diligencias y notas (arts. 279.1 y 280 de la L.O.P.J.) coincide con la dirección de la doctrina dominante y no plantea ningún problema importante, salvo lo relativo al posible contenido de las diligencias de constancia.

F) Las diligencias de constancia aludidas en los mencionados artículos 279.1 y 282.2 de la pueden utilizarse para la ordenación del proceso, especialmente para la simple unión de escritos o documentos, cuando no impliquen el traslado a la parte contraria o la dación de cuenta al Ponente, Sala o Juez.

G) La expedición de copias certificadas o testimonios corresponde exclusivamente al Secretario, sin que tal facultad sea delegable en el Oficial (arts. 279.2 y 282 de la L.O.P.J.).

H) Otorgamiento de la representación en juicio ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que se haya de conocer del asunto (art. 281.3 de la L.O.P.J.). Se entiende que tal representación sólo puede ser válida para la instancia respectiva y no necesita el bastanteo del Letrado exigido por el artículo 10 de la Ley Rituaria Civil ni es función delegable en el Oficial (art. 282 de la L.O.P.J.)⁵.

⁵ SEOANE CACHARRÓN, J., "Hacia una moderna configuración de las actividades jurisdiccionales del Secretariado en la nueva L.O.P.J. de 1 de Julio de 1.985", Revista Poder Judicial nº 3, C.G.P.J., Madrid, Septiembre de 1.986, págs. 54-55.

Sin embargo, a pesar de ello, desde el punto de vista extrajudicial, hoy subsisten todavía graves atentados e interferencias en la fe pública judicial, especialmente desde el campo notarial que, en algunos casos, afectan igualmente a la esencia de la propia jurisdicción; y a este respecto cabe poner de relieve que:

A. El poder general para pleitos debería otorgarse siempre ante el Secretario Judicial, ya que se trata de un documento de finalidad puramente procesal (art. 3 de la L.E.C.).

B. El protesto por falta de pago de las letras de cambio, requisito fundamental para que el título cambiario tenga fuerza ejecutiva, debería ser efectuado por el Secretario Judicial, ya que su finalidad es, igualmente, exclusivamente procesal (art. 146 de la Ley Cambiaria y del Cheque).

C. En las transmisiones de inmuebles realizadas mediante subasta judicial, debería eliminarse la exigencia que se otorgue escritura de venta ante Notario prescrita por el artículo 1.514 de la L.E.C., tal como ha hecho el artículo 131 de la Ley Hipotecaria —en adelante, L. H.— (Regla 17ª) y ha seguido, al regular su procedimiento de ejecución, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (Regla Décima del art. 84 de dicha Ley).

D. La protocolización del procedimiento o de la resolución final que se prescribe para el testamento ológrafo (art. 693 del Código Civil), para el testamento cerrado (art. 1.968 de la L.E.C.), para los otorgados en peligro de muerte o en caso de epidemia y para los militares o marítimos (art. 1.955 de la L.E.C.), así como la de las operaciones particionales en los procesos sucesorios (arts. 1.083 y 1.092 de la L.E.C.) debería ser proscrita. Estos testamentos o particiones, una vez legalizados por la correspondiente resolución judicial, tendrían que quedar archivados en el propio Juzgado que los legalizó.

E. Lo mismo ha de decirse de las protocolizaciones de las informaciones judiciales para perpetua memoria de hechos de importancia (art. 2.007 de la L.E.C.) o las que exigen las actas que se extienden en los procedimientos judiciales de deslinde (art. 2.068 de la L.E.C.), pues tales documentos deberían quedar archivados en los lugares judiciales que les correspondieran.

F. Los votos de los acreedores que han de otorgarse en el procedimiento escrito, que regula el artículo 19 de la Ley de Suspensión de Pagos, deberían otorgarse siempre ante el Secretario Judicial, y sólo permitir la intervención notarial en el caso que no lo haya en el domicilio del acreedor votante.

G. Los requerimientos de un pago notariales que dentro de los procedimientos hipotecarios se hacen al tercero poseedor (arts. 126 de la L. H. y 222 de su Reglamento) deberían eliminarse, ya que en un proceso judicial el único que puede y debe hacer tales requerimientos es el Secretario Judicial.

H. Los requerimientos de pago a los deudores que las leyes hipotecarias permiten se hagan notarialmente (Reglas 3ª, apartado 3ª y 4ª del art. 131 de la L. H., así como Reglas Primera, apartado 2ª C) y Segunda, párrafo 1º del art. 84 y Regla Tercera del art. 92, de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) deberían por idéntica razón ser exclusivamente judiciales, puesto que son auténticos requisitos de procedibilidad de los respectivos procesos de ejecución.

I. Los procedimientos ejecutivos extrajudiciales contemplados en los artículos 129

de la L. H. y 234 a 236 (ambos inclusive) de su Reglamento, así como 87 y 94 de la Mobiliaria, contradicen el principio de atribución de la función de ejecución procesal al órgano jurisdiccional.

J. Las clases de notoriedad que, como medio de lograr la concordancia entre el Registro y la realidad, regula la L. H. (arts. 199b), 200 y 203) y desarrolla su Reglamento (arts. 288 a 297, ambos inclusive), en los que se permite que el Notario tramite un auténtico procedimiento que somete al “conforme” del Juez, atenta gravemente a la fe pública, pues el único funcionario competente para ejercitarla es el Secretario.

K. El laudo, que según la Ley de Arbitraje (art. 33.2) debe otorgarse ante Notario, debería ser emitido ante el Secretario Judicial, ya que predomina una finalidad estrictamente procesal.

Pero también existen atentados e intromisiones a la fe pública judicial y al funcionario que la ostenta que podríamos venir en denominar intrajurisdiccionales, que si bien no inciden directamente en aquélla, sí la condicionan o menoscaban, siendo de destacar en tal sentido que:

A. El artículo 261 de la L.E.C., en la nueva versión dada por la Ley 34/1.984, de 6 de Agosto, de reforma urgente de dicha Ley Procesal, atribuye al Secretario la facultad de designar al funcionario que haya de realizarla, pero no le faculta para que determine el medio en que ha de llevarse a efecto, cuando es el Secretario, precisamente, quien debería responsabilizarse de ambas cuestiones.

B. El Secretario Judicial no ostenta una jefatura real, encontrándose ésta mermada, dado que las funciones que se le encomiendan en este aspecto en la L.O.P.J. — desarrolladas en los arts. 8 y 9 de su Reglamento Orgánico— “se entienden sin perjuicio de las facultades de los Jueces y Presidentes” (art. 473.2 de la L.O.P.J.).

C. El artículo 428 de la L.E.C. exige una resolución de la Sala o Juez —en la actualidad propuesta de auto, con el “conforme” del Juez— para la aprobación de la tasación de costas. En todos los supuestos en que no hubiera impugnación la tasación efectuada debería ser ejecutiva con la sola diligencia del Secretario de haber transcurrido los plazos concedidos.

D. En el acto de reconocimiento judicial que prescribe el artículo 634 de la Ley de Procedimiento Civil se debería precisar que la función de descripción de la cosa objeto de reconocimiento corresponde al Secretario Judicial, sin perjuicio de que este funcionario deberá, además, recoger las observaciones que el Juez, de oficio o a instancia de parte, pueda realizar.

E. Es ilógicamente obligatoria la firma del Juez, junto con la del Secretario, para la realización de las órdenes de pago, a pesar que éste responde “... del debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan” (art. 473.3 de la L.O.P.J.)⁶.

Evidentemente, a nadie se le escapa que si se potenciara la fe pública judicial en lo concerniente a las intromisiones que hemos dado en calificar como extrajurisdiccionales

⁶ TOMÉ PAULE, J., “El Secretario Judicial en el P.L.O.P.J.” Jornadas sobre el Poder Judicial, Revista Documentación Jurídica núms. 45 y 46, Centro de Publicaciones, Tomo XII, Madrid, Enero-Junio de 1.958, págs. 258 a 262 (ambas inclusive).

—las intrajurisdiccionales tendrían prácticamente tan sólo consecuencias formales— ello llevaría aparejado un aumento muy considerable de trabajo en la oficina judicial. Piénsese por un momento, a modo de ejemplo, en la ingente cantidad de apoderamientos “apud acta”, protestos de cambiales o requerimientos de pago derivados de procedimientos hipotecarios que podrían llegar a efectuarse, así como las innumerables resoluciones (autos de adjudicación) que deberían dictarse como consecuencia de las transmisiones de inmuebles realizadas a través de subasta judicial en toda clase de litigios.

De la misma manera, hay que tener presente que la supresión de la protocolización notarial en los casos citados implicaría la obligada llevanza —cuidada y esmerada— de un registro y un archivo especiales que deberían reunir las máximas garantías para el ciudadano.

Por consiguiente, si se excluyera la actividad notarial en todos los casos referenciados, sería a todas luces esencial y básica una mayor dotación de medios personales y materiales, sin la cual de nada serviría alterar la letra de la Ley. Y sobre todo si a ello añadimos que, en la práctica diaria (sin perjuicio de su valoración teórico-procesal), debe reconocerse que el Notariado ha cumplido y cumple en estos supuestos —así como en otros muchos— una importante y elogiada función, desgravando a los Juzgados y Tribunales de tareas como las antedichas.

Por todo cuanto se ha expuesto, cabe deducir que, si bien la vigente L.O.P.J. confiere mayores prerrogativas al Secretario Judicial que su antecesora (Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1.870) en lo que respecta a sus funciones de autenticación y documentación, revalorizando la figura del mismo como Notario Judicial que es, no parece que se le haya otorgado el carácter preponderante que debería tener, olvidando que constituye la máxima garantía del proceso.

Como corolario, haciendo referencia a cuanto aquí se ha relacionado y en palabras de GOMEZ GIL⁷, puede afirmarse que “el concepto de la fe pública no debe ser una ficción legal ni una entequeia”..., sino “algo tangible y serio o no valdrá la pena seguir hablando de su existencia ni de sus orígenes y fundamentos..., porque incide en las garantías procesales y éstas, en un país libre, son patrimonio de todos y para todos”.

⁷ GOMEZ GIL, M. G., “Una infraestructura judicial diferente”, Revista Poder Judicial nº 15, C.G.P.J., Madrid, Junio de 1.985, pág. 77.

Derecho y discrecionalidad

Caterina Vivern Mayrata

Exordio

El Derecho no alcanzará nunca la Justicia, pero solo la constante, la azarosa, la obsesiva persecución de sus valores le permitirá no perderse y destrozarse en los bajíos del arbitrio y de la arbitrariedad.

Curso de Derecho Administrativo
Eduardo García de Enterría
Tomás—Ramón Fernández
Prólogo a la Quinta Edición

Las Potestades discrecionales de las que gozan, sin duda y necesariamente, los poderes públicos, tiene, en todo caso, su límite en la arbitrariedad. La Constitución, como es sabido, la proscribió garantizando, en su artículo 9.3, “la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Mantengo en la enunciación la copulatividad de la redacción constitucional que enlaza, (en mera enunciación cardinal), el principio de responsabilidad de los poderes públicos con el de interdicción de la arbitrariedad, recordando la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1975 que, pronunciándose sobre la indemnización debida por la Administración por lesiones a los particulares en sus bienes y derechos, establecía ya la relación causal responsabilidad-- indemnización por el “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa”. Es decir, se establecía indemnización por daños provenientes de actos discrecionales. Recordemos que en aquel momento histórico todavía la hermenéutica

perfilaba jurídicamente la figura de la discrecionalidad como acto, en principio, no controlable amalgamándola, en su justificación, con la doctrina de los actos políticos y de la libertad para hacer jugar “la oportunidad”.

El contenido jurídico de la discrecionalidad se ha movido, en su historia de definición conceptual, dentro de una exegético jurídica amplia. La dificultad que entraña *per se* la figura, de gran incidencia orgánica, aún en la hermenéutica jurisprudencial del caso concreto, ha propiciado su movición en vaivén articulando su naturaleza sobre muy distintas vértebras. El hacer libre y prudencial sin control; la posibilidad de que la Administración utilice en sus actos la “oportunidad”; el tímido control judicial, a través de la posibilidad del recurso por “excés de pouvoir”, (nacido en el Conseil d’Etat), o por la justificación de aumento de control, todavía contenido por la confianza en la “política jurisprudencial de tacto de los jueces”.

En los albores de los años 60 nuestra Jurisprudencia ya admite, y entra, en el control material de los elementos que, necesariamente reglados, deben regirla aunque, en ocasiones, sigue dejando en sombras parcelas que considera “actos políticos” en configuración un tanto amplia.

Las potestades discrecionales, nutridas indefectiblemente por el principio de oportunidad consustancial a todo gobierno de los hombres que aspire a una línea de progreso, ya no se formulan hoy como actividades liberadas y absolutas de los poderes públicos¹. El marco del Derecho y de la Ley configura la discrecionalidad imponiendo, además del ya sabido control sobre los hechos determinantes y los elementos reglados de la potestad, su funcionalidad técnica en virtud del Derecho, orden jurídico que se manifiesta, especialmente aquí, a través de sus Principios Generales.

Las manifestaciones jurisprudenciales que se acogen a esas técnicas para recriminar el mal uso de la discrecionalidad ya son, afortunadamente, frecuentes aunque tal vez no tanto como la realidad social demanda. El principio de *igualdad* como medida de las potestades administrativas²; el principio de *buena fe* para con los administrados³; el de *razonable proporcionalidad*⁴; el de *favor libertatis*⁵; el de *motivación* de las Sentencias⁶; o el de *razonabilidad* como presunción *iuris tantum*⁷, son conceptos jurídicos que emplea la Jurisprudencia.

Hoy, en somero intento de reflexión, esbozo estudio sobre esta figura jurídica institucionalizada, la discrecionalidad, consustancial con el necesario “*genio expansivo del Estado de Derecho o con el talante expansivo del ordenamiento jurídico*”⁸. El estímulo

¹ Ello ha cristalizado paradigmáticamente en la Doctrina, siendo su exponente último, el ilustrativo libro de Tomás—Ramón Fernández, “*Arbitrariedad y discrecionalidad*”, Civitas 1991.

² Sentencias de 24 de Diciembre de 1956, 28 de Mayo de 1963, 22 de Mayo de 1967, 21 de Noviembre de 1974.

³ Sentencias de 23 de Diciembre de 1959, 12 de Marzo de 1975, 5 de Julio de 1979, 5 de Febrero de 1981.

⁴ Sentencias de 25 de Marzo de 1972, 14 de Febrero de 1975, 12 de Noviembre de 1980.

⁵ Sentencias de 22 de Mayo de 1967, 21 de Noviembre de 1974.

⁶ Sentencia de 13 de Julio de 1984.

⁷ Sentencia de 24 de Octubre de 1959 y la de 27 de Febrero de 1975.

⁸ talante expansivo consustancial también al quehacer político junto con el orden jurídico, como expresan las Sentencias tan, y nunca suficiente, invocada de 27 de Enero de 1965, “*el genio expansivo del Estado de Derecho*”, y la de 27 de Febrero de 1975 “*el talante expansivo del ordenamiento jurídico*”.

motor, el libro "Arbitrariedad y Discrecionalidad" de Tomás—Ramón Fernández, del cual extraigo la frase, significativa y enunciativa del "suelo" actual en donde se debe seguir construyendo el edificio jurídico, que nos revela el afilado y perfeccionado trazador de la "razón" del que la enuncia: "*La refundación y depuración conceptual, la liberación del lastre de los viejos tópicos, la sustitución de la antigua mística por el nuevo aliento del constitucionalismo*"⁹.

1. Surcos doctrinales hermenéuticos que dan luz a la composición de la discrecionalidad en función de la realidad del momento

1.1 Líneas en las que se mueve el derecho comparado

La consolidación del Estado de Derecho en Europa, (lo que se realizó, como es sabido, después de la Segunda Guerra Mundial), llevó a la restricción del margen de que hasta ahora había gozado los Poderes Públicos para su decisión libre de control.

El Tribunal Constitucional Federal alemán perfila la discrecionalidad desde su prístino sentido clásico: discrecionalidad existe cuando se debe completar la norma al no predeterminar la ley sus criterios fijos. Los instrumentos que se van afianzando en los Tribunales para depurar la Doctrina de la discrecionalidad, serán: la aplicación de la hermenéutica de los conceptos jurídicos indeterminados, (inevitable enjuiciamiento jurídico valorativo del caso concreto), que ya purifica en gran medida el "espacio subjetivo de oscilación" del poder actuante, virtualidad de entender al órgano judicial como no capaz de reconstruir el proceso real de valoración de los hechos y consecuencias jurídicas aplicables; y el depuramiento del "escalonamiento de la densidad de control", proveniente de la Doctrina del *Conseil d'Etat* francés, dispuesto a conceder, a posteriori, a la Administración una parte de competencia en la decisión final, delimitándose él mismo con "prudencia judicial". Por el contrario, en Alemania la potestad delimitadora la tenía, *a priori*, la Administración.

La evolución en la doctrina alemana pasa de la nueva etapa de "libertad de elección" entre varias soluciones igualmente válidas, hacia la "flexibilidad limitada" donde ya no existía discrecionalidad sino, tan sólo, ejecución del *fin* de la ley, y por lo tanto su pura aplicación. Hoy, en esa Doctrina, se revaloriza la extensión de la discrecionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en base a la "teoría de la esencialidad" que permite, por un lado, mayor libertad para el legislador, que así solo debe legislar, (liberándose de excesiva y rigurosa productividad, a la postre inútil por su ineficacia en el cumplimiento y en la aplicación), las directrices por las que se debe regir la potestad discrecional; y, por otro, el Órgano obtiene flexibilidad suficiente para cubrir la dinámica necesaria para su función. El Tribunal Federal Constitucional compensa esa disminución del control judicial, conformando las reglas del procedimiento administrativo como elemento esencial para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Martin Bullinguer¹⁰ establece conclusiones ejemplificativas doctrinales a la discrecionalidad, configurándola como elemento necesario de una Administración

⁹ Tomás—Ramón Fernández, op. cit. p.130.

¹⁰ La discrecionalidad de la Administración Pública, La Ley, 1987 de 20 de Diciembre.

eficiente, (la Administración como paradigma de los poderes públicos), solo predicable de atribución gradual de responsabilidad para que aquella configure directrices legales de manera similar a la potestad reglamentaria. En ellas, limita el control judicial al marco de la Ley, impeliendo la observancia de reglas estrictas de organización y procedimiento, al mismo tiempo que preconiza necesaria existencia de alto grado de flexibilidad y adaptación, (sobre todo para la discrecionalidad de dispensa o la de *management*), partiendo de sus funciones típicas. Ello es, otorgando atribuciones a la Administración dentro del marco del Derecho y de la Ley, con mas o menos determinación, (tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica), según las finalidades que con ella se pretendan. Afirma la imposibilidad de limitar la discrecionalidad al campo de las consecuencias jurídicas. No hace referencia, en este artículo, sobre la incidencia de la determinación procedimental, administrativa o judicial, a la que está sujeto el supuesto de hecho del caso concreto, lo que comporta, a su vez, nuevas consecuencias jurídicas. Personalmente, echo a faltar energía para llegar mas claramente al fondo, configurando, al menos un mínimo perfil que yo no he alcanzado a vislumbrar, que nos dé alguna pista sobre el núcleo esencial. Pues, aún en el supuesto de que lo que se esté diciendo, tácitamente, sea que ese núcleo esencial es un concepto jurídico indeterminado, ya ayuda a perfilar la doctrina que propugna. En todo caso, la aplicación de la teoría de la *esencialidad*, estará sujeta, en los actuales niveles jurídicos doctrinales, al control de los jueces, hasta donde sus atribuciones lleguen, y con los medios de que dispongan.

1.2 La exégesis de nuestra doctrina

1.2.1 De los autores

Nuestra literatura jurídica de los años 60 ya se interesaba y esforzaba, con estudio y rigurosidad, sobre los modos de penetrar en la naturaleza antigua de la discrecionalidad, (que lo era necesariamente mas en aquella época histórica debido al orden jurídico imperante, puesto que en el Estado democrático de Derecho las reglas del juego jurídico están mas definidas y claras), llegando, ya en aquel entonces, juntamente con la Jurisprudencia, a establecer fundamentos límites que en nada desmerecen a los necesarios en un Estado de Derecho.

Encomiaba Garcia de Enterría¹¹ el nervio doctrinal de la Sentencia de 20 de Febrero de 1959, por la construcción de un límite material de justificaciones objetivas a la potestad reglamentaria, (la potestad discrecional se veía en esos momentos históricos como un paradigma). La Sentencia entraba a valorar el supuesto de hecho, llegando, incluso, a apuntar “la existencia de otros medios mas adecuados” para conseguir el fin que se pretendía, invocando, para un adecuado ejercicio de la discrecionalidad, el principio de proporcionalidad y el de legalidad. Preconiza, en su doctrina, Garcia de Enterría, citando a Forsthoff, el principio de igualdad como principio de Derecho informador de un orden social justo con prevalencia del interés general, diciendo, en recordatorio de la jurisprudencia aplicable, que hay “mala aplicación de la

¹¹ “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, RAD nº 30 1959, p. 132.

discrecionalidad” cuando se produce discriminación ante similitud de circunstancias. Ya se entra así, en la época, a esbozar el principio de interdicción de la arbitrariedad, posibilitando a través del control judicial pleno de los actos susceptibles de discrecionalidad.

La técnica interpretativa de la aplicación de la potestad discrecional en los actos administrativos, debe llevar a la revisión de la correcta determinación de los hechos del caso, (que nunca pueden ser indeterminados ni valorados a priori); a la salvaguarda de los principios del Derecho, (mencionando, entre otros, el de legalidad; el de necesaria razonabilidad; el de buena fe; el de congruencia; el de justicia y el de proporcionalidad). Todos ellos de presencia imprescindible en los soportes del acto administrativo discrecional. Técnicas de control en las que el profesor García de Enterría expone sus consideraciones doctrinales, en conocida, y mítica, publicación, *“La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”*, Civitas 1974.

Los surcos doctrinales que hoy nos muestran la impronta del Derecho y de la Justicia¹² en la discrecionalidad, siguen siendo los presupuestos jurídicos enunciados y perfeccionados desde el año 1959 por García de Enterría, junto con las publicaciones de Sainz Moreno¹³ y la de Tomás—Ramón Fernández¹⁴ que, poco a poco, nos encamina éste último autor en su obra, (en recopilación jurisprudencial abundosa y plasmando su indudable virtud de convicción al introducimos paso a paso en el proceso lógico en el que tenemos que hacer nuestras las inevitables conclusiones), en el sendero y acervo jurisprudencial que diseña la figura de la discrecionalidad

Notas jurídicas ineludibles de la discrecionalidad son: 1º) la inevitable sujeción en nuestro Estado de Derecho a la Ley y al Derecho, siendo objeto pleno susceptible de control judicial¹⁵; 2º) la necesidad de que la discrecionalidad “venga respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”, *ad ex.*, expediente administrativo explícito y “suficiente” para que la motivación de la resolución administrativa, aún sucinta, pueda entenderse como coherente y razonable, al mismo tiempo de que, en su caso, el control judicial pueda tener suficientes elementos para poder pronunciarse sobre el fondo; 3º) la revisión jurisdiccional debe verificar la realidad de los hechos, (y reglas procesales de carga de la prueba afines); el control sobre la correcta interpretación de los elementos reglados, (necesarios en toda potestad discrecional), y la valoración exegética de los principios generales o valores constitucionales que sean de aplicación; 4º) dicha revisión debe contener un juicio sobre la coherencia, razonabilidad y proporcionalidad entre la decisión administrativa y su presupuesto inexorable de la realidad, pues, “si tal coherencia falta, la decisión, en doctrina jurisprudencial, <resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y mas concretamente, el principio de

¹² No puedo resistir el traer aquí la cita de García de Enterría de que “*conviene recordar que el servicio de la justicia no se cumple con declamatorias y retóricas invocaciones, sino precisamente con técnicas jurídicas concretas*”.

¹³ “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*”, Civitas 1976.

¹⁴ “*Arbitrariedad y Discrecionalidad*”, Civitas 1991.

¹⁵ Aquí conviene recordar que “*El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se pretende que ésta se realice*” Manuel Aragon, “*El control como elemento inseparable del concepto de constitución*”, REDA, nº 19, p. 16.

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 de la Constitución— que aspira a evitar que se transpasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna>; 5º) que el derecho a la tutela judicial efectiva, plasmado en nuestro orden constitucional, exige “restablecer en su integridad el *statu quo ante* que indebidamente alteró el acto recurrido”. Lo que quiere decir que la anulación puede ser suficiente en muchos casos, requiriendo otros que la Sentencia concrete adopción de medidas para su ejecución.

1.2.2 De los órganos jurisdiccionales

El Tribunal Constitucional, sentando doctrina sistemática, ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la exégesis de la discrecionalidad. El diseño de sus características constitucionales, muchas veces vienen definidas al configurarse el perfil de su límite: la arbitrariedad.

Así, la arbitrariedad puede predicarse de *todos los poderes públicos, incluido el legislativo, el cual se revela arbitrario cuando engendra desigualdad real*¹⁶. Se diferencia la noción de arbitrariedad que hasta el momento había sido utilizada por la Doctrina Administrativa, puesto que no es la misma la disposición jurídica de la Administración que la del Legislativo o la del Gobierno en relación con la Ley o el Derecho. La existencia de arbitrariedad es constitutiva de inconstitucionalidad¹⁷, lo que obliga, en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad, *a tomar en consideración la finalidad de la norma y las circunstancias específicas que concurren*¹⁸. La no discriminación, la racionalidad, la justicia¹⁹, son adjetivables a la interdicción de la arbitrariedad.

Tanto si encontramos satisfactoria la Doctrina de los órganos jurisdiccionales, desde el punto de vista jurídico pero también (desde el punto de mira de la materialización en la realidad social actual de la justicia sustantiva), como si la cuestionamos, conviene recordar al juez Benjamín N. Cardozo²⁰ cuando argumentaba, “Ustedes podrán decir que no hay ninguna seguridad de que los jueces interpretarán las “mores” de su época mas sabia y verdaderamente que otros hombres. Pero el problema no es éste. La cuestión consiste en que esta facultad debe ser puesta en algún sitio y la Constitución la ha puesto en los jueces”.

2. Los poderes públicos

La noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución, (artículos 9, 27, 39, a 41, 44 a 51, 53 y otros), sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes, (y sus órganos), que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación mas o menos larga, del propio pueblo²¹.

16 STC 99/1987 de 11 de Junio, f. j. 4º y STC 27/1981 de 20 de Julio.

17 STC 99/1987 de 11 de Junio, f. j. 4º.

18 STC 126/1987, f. j. 11.

19 STC 108/1986, f. j. 18.

20 Como recuerda Sainz Moreno, F., orb.cit.

21 STC 35/1983 de Mayo.

Los mandatos genéricos que el constituyente impone a la actuación de los poderes públicos, en los artículos mencionados, no son sino garantías para el ciudadano que así ve preservada su esfera jurídica y ejercitada su potestad política soberana.

Aquellos tienen un deber general positivo que los obliga a realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución²². Lo que no obsta, (recuerda expresamente el órgano constitucional), que también se le respete en el supuesto de que lo que se pretenda sea su modificación por el cauce que establece la Norma Fundamental. Doctrina que también ha mantenido el Tribunal Supremo en, entre otras, la de 16 de Noviembre de 1982.

3. Discrecionalidad y poder legislativo

3.1 La potestad Legislativa

La existencia de producción legislativa en un Estado de Derecho, condiciona el actuar de los otros Poderes Públicos. Sin ella, toda actividad, excepto aquella que previamente estuviera definida en la Norma constitucional, está radical y jurídicamente viciada. Esta actividad de producción de normas, primigenia de todo hacer público, debe emanar del Poder que tiene bajo su responsabilidad la potestad legislativa: las Cortes Generales (artículo 69 de la Constitución). Órgano constitucional representante, en su totalidad única y directa, de la soberanía de la totalidad del pueblo español. Soberanía contemplada como valor supremo en nuestro orden jurídico en significación de pluralidad política.

El Poder Legislativo, como todo Poder en un Estado de Derecho, tiene límites. La potestad discrecional de la que goza en su hacer, debe ser concebida, como toda discrecionalidad dentro de la realidad actual de nuestro Orden constitucional, en el proceso de aplicación de la norma²³, con el lógico margen de libertad de decisión para el que ejerce la potestad.

Nuestra actual configuración de Estado, —similar a la de todos los países del área accidental—, viene dada por los principios y valores indeclinables, que no por conocidos deben dejar de repetirse: democracia, pluralismo político, justicia, libertad e igualdad, todos bajo el manto de la concepción social del Derecho. En él, no tiene cabida fundamentar la discrecionalidad bajo el argumento de la *naturaleza de las cosas* cifrándola en la dificultad técnica o valorativa de la decisión o en el criterio de la importancia del hecho. No es de recibo el antiguo dicho “la discrecionalidad aparece donde el Derecho no llega o la discrecionalidad surge en las lagunas vacías del Derecho”. En un Estado de Derecho la legalidad carente de ilicitud de toda actividad de los poderes públicos debe estar, está, asegurada por el Derecho positivo o por los mecanismos generados por el ordenamiento jurídico, —entre ellos, los principios constitucionales, la Jurisprudencia o el control judicial—, que integran, unificando su juridicidad, todo el acervo relacional fáctico de la actividad pública.

²² STC 101/1983 de 18 de Noviembre.

²³ STC de 11 de Diciembre de 1971.

Aún en el caso de que el acto emanado en virtud de la potestad discrecional tenga naturaleza netamente política, como lo tienen, sin duda, los actos legislativos de las Cámaras, hoy no cabe hablar de decisión libre de control. El poder legislativo, resultado de una potestad, no es abstracto, utilizable para cualquier finalidad. Es un poder funcional otorgado por la Constitución con un fin específico que condiciona su legitimidad. La misma Constitución ya establece, directa y explícitamente, el mecanismo por el que se debe controlar la actividad del legislativo: el recurso de inconstitucionalidad, que se depura con el de conflicto de competencias al existir diversidad de legisladores en el orden territorial.

Si “la discrecionalidad surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público”²⁴. Y si todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, en primacía del principio de legalidad, hemos de concluir que el Órgano constitucional que tiene atribuida la potestad de legislar, está sujeto, también, al principio de legalidad. Si en anteriores puntos hemos constatado cual es el principio de legalidad que gobierna la potestad discrecional, sólo nos cabe aquí aplicar tal Doctrina a la potestad discrecional que posee el órgano del Estado encargado por nuestro ordenamiento jurídico de legislar. Siguiendo los presupuestos, principios constitucionales, de jerarquía normativa y competencia, cabe constatar que el principio de legalidad al que debe sujetarse el poder legislativo viene definido por la Constitución que contiene los elementos reglados de la potestad discrecional del poder legislativo.

La existencia del Derecho a Legislar viene determinada jurídicamente por la Constitución, (*norma normarum*), en diversos artículos que imponen la necesidad de existencia de Ley. La competencia originaria viene atribuida a las Cortes Generales (artículo 66.2 de la Constitución), atemperada por la diversificación de competencias materiales y territoriales (artículos 149 y 150 de la Constitución). Los límites vienen dados en la propia Norma, única que ineludiblemente constriñe al Órgano. Límites prefijados, por un lado: a) por la extensión material, es decir, materias a las que el derecho alcanza, constreñidas en su contenido sustancial por lo que disponga el propio articulado de la Constitución: todo lo fáctico es susceptible de regulación legislativa en tanto se respete el límite formal del artículo 168 de la Constitución. b) El otro límite de la Ley, intrínseco y sustancial, (constreñido en su forma por el anterior dicho, ello es, en el caso de que se quieran variar los términos definidos en el artículo 168, se procederá a la aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes), es el respeto a los valores, a los principios, a los derechos fundamentales, a las libertades públicas y a la regulación constitucional de la figura órgano Jefe del Estado. Los otros límites cualitativos determinantes gradacionales de la materia que se regule entran dentro de la potestad discrecional del Legislativo.

En ocasiones, la actuación legislativa podrá ejercitarse, y vendrá literalmente definida tanto para los supuestos de hecho como para sus respectivas consecuencias

²⁴ Según definición de la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 1956.

jurídicas. Será una normación en *numerus clausus*. En otras, ambos elementos de la norma serán conceptos jurídicos abiertos cuya aplicación requerirá del operador jurídico un relleno interpretativo en el caso concreto. O bien el legislador puede optar por emplear la técnica rígida de enunciación normativa en un elemento, *ad ex*, el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, dejando indeterminado el otro. Sin olvidar que el *fin* del legislador siempre debe estar, por definición, al ser órgano que la ejerce representante de la soberanía popular, al servicio de la voluntad del pueblo, (artículo 1.2 de la Constitución).

Otros elementos reglados por el constituyente que determinan la legalidad constitucional de la potestad discrecional del legislativo son: la *forma* necesaria de la actuación legislativa, el procedimiento que debe haber seguido el acto para devenir Ley. Forma que puede variar según la materia, (ejemplificando: leyes orgánicas para regular los derechos fundamentales, delegación legislativa para normación bancaria); el *control*. Sólo el órgano designado por el constituyente podrá ejercerlo, el Tribunal Constitucional, cuya misión es única y fundamental para la salvaguarda de nuestro orden jurídico ya que debe velar por la traducción social efectiva de las normas constitucionales.

Es en el proceso de aplicación de la potestad legislativa cuando, a través del control de esos elementos reglados *ex constitutione*, se podrá determinar, en el orden jurisdiccional, si la discrecionalidad es constitutiva de violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. A través de la interpretación y definición jurídica, en el caso concreto, de cada uno de esos elementos constitucionales antes definidos, se depurará si ha existido resultado exento de arbitrariedad.

El legislativo, junto con el Gobierno, es tal vez el poder público cuya actuación opera más frecuentemente con elementos netamente políticos nutridos de oportunidad. Ello favorece la dificultad de elaborar una teoría sobre su sujeción, como poder público, a la interdicción de la arbitrariedad. Las peculiaridades que se pueden predicar de su potestad discrecional en cuanto al control del que es deudor, son, primeramente, con independencia de que no se pueda dictaminar fácilmente la violación del principio jurídico que nos ocupa aplicado al órgano legislativo, el que puede recibir un adicional control de sanción política. La otra peculiaridad es que, a su vez, debe estructurar y decidir la potestad discrecional de los otros poderes públicos.

En referencia a la actuación discrecional del poder legislativo a la hora de configurar la discrecionalidad de los otros poderes públicos dice el Tribunal Constitucional:

“Solo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución,

ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la Doctrina establecida en las sentencias del 10-VII-82, 14-VII-82, 10-XI-83 y sentencias del Tribunal Europeo.

Las herramientas que usa el órgano que controla la discrecionalidad del legislador, además de las que se desprenden del texto, para determinar si su actividad es constitutiva de inconstitucionalidad, son los principios y contenidos del artículo 9 de la Constitución y los principios hermenéuticos usuales en la interpretación jurídica, (entre ellos, el artículo 3 del Código Civil), que, como criterios hermenéuticos, son factores determinantes para extraer, en su aplicabilidad, los criterios doctrinales que usa en dinámica jurídica, para plasmar la voluntad del legislador.

3.2. Notas sobre la discrecionalidad del poder legislativo

En epílogo a lo hasta ahora dicho, diremos que: para tachar la actividad del poder legislativo de arbitraria habría que ofrecer una demostración convincente de que la configuración legal es inconsecuente, incoherente o caprichosa. La potestad del legislador no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente con sacrificio excesivo o innecesario²⁵, puesto que su misión es dar respuesta a la cambiante realidad social²⁶, no debiendo permanecer la potestad legislativa, inerte ni inactiva ante las transformaciones sociales, so pena de consagrar la congelación del ordenamiento jurídico o la prohibición de modificarlo²⁷.

Solo se incide en inconstitucionalidad cuando las modificaciones del ordenamiento jurídico incurren en manifiesta arbitrariedad caprichosa o en cualquier otra vulneración de la norma suprema²⁸.

La obligación de todos los poderes públicos, incluidos los autonómicos, de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, implica un deber de lealtad en el ejercicio de sus propias competencias de tal modo que no se obstaculice el ejercicio de las ajenas. La misma sentencia proclama que la creación de incertidumbre jurídica vía legislativa es generadora de inseguridad jurídica que vicia de raíz la Ley, y recuerda²⁹ que, por otro lado, el legislador dispone de amplio margen para decidir.

El órgano legislativo debe necesariamente contemplar categorías y no situaciones concretas³⁰. Por su misma función directriz jurídica y por la característica de que su actividad orienta, o debe orientar, la política de la comunidad. Las funciones concretas del órgano que la materializa, contienen también, dice el Tribunal Constitucional, en parte, directrices políticas. Componente político ineludible en la actividad de todos los poderes públicos que tienen en su haber algún punto elemento de dirección política³¹, de lo que no está exento ni siquiera el órgano representante de la Justicia constitucional.

²⁵ Es en estos términos en los que se basa la STC 99/1987 de 11 de Junio para analizar si ha existido arbitrariedad en la actividad del legislador, matizando que la discrepancia política o el "arbitrio legítimo" no son asimilables a arbitrariedad.

²⁶ STC 227/88 de 29 de Noviembre, f. j. 10.

²⁷ STC 99/87 de 11 de Junio, f. j. 4º.

²⁸ STC 46/90 de 15 de Marzo.

²⁹ STC 76/1990.

³⁰ STC 3/1983.

³¹ García Pelayo, "El estatus del Tribunal Constitucional", REDC nº 1, 1981.

4. Para finalizar

En conclusión añadir, o reiterar, que en la actual concepción jurídica, nuestra y de nuestro entorno, cabe el control jurisdiccional, en su mas amplio sentido, y su pronunciamiento sobre la existencia de violación, en un caso concreto, del principio de interdicción de la arbitrariedad.

El principio de oportunidad no exime al órgano de otorgar una solución técnica respaldada y justificada por datos objetivos, encarrilada en Derecho y congruente y concordante con la realidad en la cual se aplica. El fin de toda potestad es la adecuación a los hechos determinantes, como tuvo ocasión de decir la Audiencia Territorial de Barcelona el 10 de Julio de 1984, añadiendo que la jurisdicción contenciosa puede, y debe, sustituir la solución que contravenga los límites racionales de la discrecionalidad atendiendo a la realidad social y al fin de la potestad.

Todos los actos de la Administración son reglados, nos dice el Tribunal Supremo el día 26 de Enero de 1987, bien conformes a tipos preestablecidos, bien a fines o razones justificantes, pero en todo caso, siempre acorde con el principio de objetividad de la actuación administrativa. Mal puede sostenerse, dice, que la potestad discrecional consista en libertad incondicionada de elección entre indiferentes jurídicos.

La teoría sobre el poder discrecional debe, pues, construirse sobre los principios constitucionales, sobre la protección dinámica de los derechos fundamentales, y sobre el interés social y público que debe presidir toda actuación de los poderes públicos, siempre condicionada por el Derecho, sin olvidar la dignidad de la persona y los derechos que le son afines.

5. Bibliografía utilizada

La bibliografía que se ha utilizado, en mayor medida, es la de los autores:

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. I. Civitas 1990.

Eduardo García de Enterría, *La lucha por las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Civitas 1974, y *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad*.

Tomás-Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas 1976, y *Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos*. Derecho Político 1982.

Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas 1976, y *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*.

Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel 1987.

Martin Bullinger, *La discrecionalidad de la Administración Pública*. La Ley 1987, 30 de Diciembre.

Luis López Guerra, *Funciones del Gobierno y dirección política*. DA nº 215.

Manuel Aragón, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*. REDC nº 19.

Aproximación a las legislaciones deportivas nacionales

Miquel Pascual

1. Deporte y Estado

1.1. Introducción

Acometemos, con una breve exposición, un elemento clave de nuestro trabajo: el examen histórico de las relaciones y vínculos entre el Deporte y el Estado, así como las formulas de relación entre ambos desde finales del siglo XIX, la actitud del llamado "mundo deportivo" frente a los poderes públicos y la de estos frente a aquel.

A efectos de análisis y con la pretensión de centrar el tema a partir de finales del siglo XIX y siglo XX analizaremos la relación del mundo deportivo con dos tipos de estructura estatal, la comunista y la liberal y posteriormente entre el Estado contemporáneo y el deporte.

1.2. Estado liberal y deporte

Las relaciones entre el Estado y la sociedad civil se caracterizan por el respeto por su separación y por tanto la constitución de dos órdenes separados e independientes. En el siglo XIX la creciente y poderosa sociedad burguesa buscó bases y principios para su organización y estructura y los encontró en el Derecho natural de vigencia universal. A finales del siglo XVII, XVIII se desarrolla la tesis de que frente al Estado existe una sociedad que no es creación del Derecho, que ha creado al Estado, sino producto de la naturaleza o del orden moral. Estas ideas se impusieron en las mentes liberales.

Entendemos como deporte moderno el que apareció a mediados del siglo XIX, en plena eclosión liberal. Fue considerado como un valor social y privado, que se regía por sus propias reglas y que no admitía ningún tipo de injerencia pública. El deporte se remitió, por tanto, a la ordenación de la sociedad, disciplinado por reglas naturales y ajeno a los poderes públicos. Así el deporte como cualquier otra actividad privada y social quedaba en manos de las fuerzas sociales.

Intervino en esta situación de final del siglo XIX la poca importancia económica del deporte en dichas fechas, ya que se trataba de un fenómeno que movía muy poca cantidad de dinero. Pero pronto cambió al tener que hacer frente a la construcción de instalaciones deportivas de cierta importancia y se solicitó enseguida un esfuerzo de colaboración económica de las administraciones públicas, previo fracaso de la iniciativa privada para obtener los fondos para dichas construcciones. "El esquema formalista primero-liberal hizo aguas en este punto a finales del siglo XIX, cuando ya sus formulaciones más extremadas no eran más que conceptos en buena manera vacíos de contenido"¹.

Lo que demuestra que mientras pudo organizarse y conseguir fondos el llamado mundo del deporte se organizó por sí mismo, pero en cuanto comenzó a adquirir cierta relevancia todas las miradas se volvieron hacia los poderes públicos para obtener fondos sin dejar que estos mismos que aportaban los fondos necesarios para su supervivencia se inmiscuieran en su organización.

En el transcurrir de los años, y lógico fruto de la evolución del deporte, en los años treinta y cuarenta fueron adquiriendo relevancia los grupos y asociaciones deportivas, con lo que cesó la inhibición pública manifestada en los primeros pasos del desarrollo del deporte.

La tesis del autogobierno deportivo empezó a empalidecer en beneficio de la tesis de una actividad de regulación general de los poderes públicos debido a su implicación con el gran número de parcelas sociales, políticas y económicas que tenía.

Por lo que la regulación de las asociaciones deportivas y su actuación pasó de ser un sector ordenado exclusivamente por los poderes privados a ser crecientemente ordenado por los poderes públicos.

A finales del siglo XIX la actividad deportiva solo estaba al alcance de una clase social, la nueva aristocracia con raíces burguesas, y fue como resultado del mejoramiento de las condiciones sociales económicas y políticas de la clase baja y de un mejoramiento de las condiciones mínimas de bienestar económico que un fenómeno profundamente clasista como el deporte moderno se convirtió en un auténtico fenómeno interclasista. Este cambio se produjo como resultado del cambio de condiciones sociales, económicas y políticas, pero en ningún caso por las características intrínsecas del propio fenómeno deportivo.

1.3. Estado comunista y deporte

En 1917 los dirigentes bolcheviques catalogaron al deporte como pasatiempo burgués. Lógico si se tiene en cuenta que por una parte en Occidente seguía siendo un

¹ Luis M.^º Cazorla Prieto "Deporte y Estado", Editorial Labor, 1979.

acontecimiento exclusivo de burgueses y clases sociales de posición elevada y en la Rusia de los zares era un diversión y entretenimiento de la clase social que quería eliminarse con la revolución.

Pronto va a cambiar la situación. Gracias a sus "valores educativos" el deporte encuentra su lugar en el entremado ideológico revolucionario siendo la educación física la esfera que más impulso recibió, como contrapartida al rechazo del deporte de la alta competición entendido como característica del capitalismo y de la clase burguesa.

Con el tiempo, el deporte de competición también se incorporó a los valores que integraban el ideal revolucionario comunista por lo que el Estado paso a convertirse en el máximo impulsor del mismo, protegiéndolo, planificándolo y fomentándolo.

Es de destacar el trato similar que dan los dos esquemas de Estado al deportista de élite, empleando dos sistemas distintos:

a) El Estado comunista convierte en funcionarios a sus deportistas de élite para que tengan tiempo libre y caso de que no lo sean se articula un rígido sistema según el cual, si abandonan su profesión, se les concede el tiempo libre que necesita para su preparación deportiva.

b) El Estado occidental resuelve el problema de los deportistas de élite, cuya dedicación al entreno les impide dedicarse a otra profesión mediante su profesionalización mas o menos encubierta.

1.4. Estado actual y deporte

En el estado contemporáneo, la distinción entre sociedad civil y poderes públicos desaparece, se mezclan el uno con la otra, ya no hay funciones estrictamente privadas o que sean totalmente ajenas a los poderes públicos. El papel del Estado se ha incrementado mucho y acomete funciones encaminadas a satisfacer determinadas necesidades individuales de los ciudadanos. "En nuestro tiempo, en que las funciones del Estado se han confundido inexcusablemente con los procesos sociales, no podría hablarse en modo alguno de una reparación de Estado y sociedad", como proclama Forsthoff².

"El presumiblemente válido, en otras épocas, principio del deporte para los deportistas, en nuestros días es difícilmente sostenible por cuanto el deporte no es una cuestión que afecta a uno practicantes iniciados, sino a toda la sociedad y, en consecuencia, el Estado, ante esta necesidad vital, se ve precisado a hacer acto de presencia en un ordenación regulación"³.

Jean Meynaud, en el "El Deporte y la Política" plantea de forma acertada la situación actual al decir "El deporte, sin entrar todavía en distinciones, es un hecho que ha de ocupar un lugar preferente en las atenciones del Estado contemporáneo. Cualquier postura abstencionista es incorrecta y de ninguna forma correcta con las necesidades y requerimientos de los días que corren"⁴.

² E. Forsthoff. "El Estado de la Sociedad Industrial. Madrid, 1975.

³ M. Bassols Coma: Comunicación a la Asamblea General del Deporte, organizada por el Consejo Superior de Deportes en 1977.

⁴ Jean Meynaud. El Deporte y la Política. Análisis social de unas relaciones ocultas.

En general la organización interna del deporte recae en la sociedad a través de las federaciones, Clubs, asociaciones, lo que de ninguna manera ha sido obvio, para que los poderes públicos asuman de cada día más sus competencias y aumente su presencia en el mundo del deporte, como consecuencia de su importancia y arraigo en la sociedad moderna.

Sigue diciendo Jean Meynaud "Con motivo de la importancia creciente del deporte los poderes públicos se ven incididos cada vez más por el hecho deportivo, que supera con creces el ámbito estrictamente deportivo. Ante tales circunstancias el Estado contemporáneo se ha de plantear una cuestión de no poca enjundia, ¿esta nueva dimensión del fenómeno deportivo obliga a variar la actitud que confía al propio mundo del deporte su organización y control?"⁵.

Por lo que la situación que se plantea es si los poderes públicos que de cada día asumen unas funciones en el campo deportivo, si cada día aumentan los fondos públicos que se destinan a apoyarlo, decidirán dejar de un lado la "acción tuitiva" que defienden los partidarios del autogobierno, pero financiado por dinero público, por una actuación más consecuente con los gastos y la implicación de los poderes públicos.

"Aunque no han prosperado ciertas tesis que abogaban por la "administrativización" de la actividad deportiva, en el sentido de trasladar al Estado y demás entes públicas las responsabilidades plenas en este peculiar sector de la sociedad, lo cierto es que el intervencionismo de las Administraciones Públicas en el deporte ha adquirido carta de naturaleza"⁶.

Resumiendo de acuerdo con las implicaciones económicas, las funciones y responsabilidades sociales que en materia de deporte asume el estado moderno, es del todo irracional poco razonable negar a los poderes públicos el derecho de control y dirección, ya que no es admisible limitar su papel a un simple subvencionado a fondo perdido.

El propio Jean Meynaud dice textualmente: "cabe pensar en infundir nueva vida, en la medida de lo posible, a la impugnación pluralista y de confiar, al mismo tiempo a los poderes públicos responsabilidades importantes, las principales incluso, en la esfera deportiva"⁷.

2. Situación actual organización nacional

2.1. Introducción

Las legislaciones que regulan el deporte en los diferentes países, gobernados, a veces, con regimenes diferentes muestran en su mayoría numerosos puntos de coincidencia.

⁵ Ver nota 4.

⁶ José Bermejo Vera, ponencia presentada a las I Jornadas de derecho deportivo celebradas bajo los auspicios de la Universidad Internacional Deportiva de Andalucía. 1984.

⁷ Ver nota 4.

De la lectura de estas leyes se desprende que, en la práctica totalidad, el deporte constituye un elemento importante del sistema educativo, un factor corrector de desequilibrios sociales y como un elemento determinante de la calidad de vida.

“Casi todos los Estados se muestran de acuerdo en afirmar que las actividades físicas suponen un factor de equilibrio, de salud, para la vida social y para la educación”⁸.

La importancia del deporte ha sido recogida en casi todas las Constituciones en los principios rectores de la política social y económica.

2.2 Administración Deportiva

Los poderes públicos, en todos los países, se interesan desde hace tiempo por los acontecimientos y comportamientos deportivos. Del análisis de las normas que componen los ordenamientos generales, se deduce la valoración y la consideración que el fenómeno deportivo ha recibido por parte de las autoridades.

Resulta sorprendente comprobar que la organización de las estructuras internas del deporte es muy parecida en todos los países.

Su organización es piramidal en la base existen los deportistas que se agrupan en clubs y asociaciones, agrupadas en Federaciones por modalidad deportiva, que, a su vez, se agrupan en el consejo o comisión estatal de deportes.

2.3. Instituciones dirigentes a nivel estatal

2.3.1. Ministerio

En casi todos los países, el gobierno de la nación incluye un ministerio encargado de todos los aspectos del desarrollo del deporte y de fomentar el movimiento deportivo nacional.⁹ Es frecuente de todas formas que se cree una secretaria de Estado o una Dirección, Gral. como es el caso de España, y esta dependa como ocurrió en nuestro país del Ministerio de Cultura y luego de Educación o el Ministerio de Sanidad y hasta de Interior. Así el art. 7 de la ley del deporte de 1990, dice: “la actuación de la Administración del Estado en el ámbito del deporte corresponde y será ejecutada directamente por el Consejo Superior de Deportes salvo los supuestos de delegación previstos en la presente ley”

2.3.2. Comisión nacional de Deportes

Dependiendo del Ministerio correspondiente existe un órgano de centralización creado por ley, en el caso de nuestro País, El Consejo Superior de Deportes: “es un organismo autónomo de carácter administrativo abscrito al Ministerio de Educación y Ciencia”¹⁰.

⁸ Michele Arnaud. Estudio de las legislaciones deportivas nacionales. Mensaje Olímpico n.º 11 Setiembre 1985.

⁹ Ver nota 4.

¹⁰ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

En Francia, desde la promulgación de la ley Mezard de 16 de julio de 1984, el deporte dependió sucesivamente del Ministerio de la Guerra, de Instrucción Pública, de Salud Pública y de educación.

Si bien ha tardado mucho tiempo, el gobierno federal canadiense ha creado un ministerio responsable de la forma física de los ciudadanos y del deporte con un ministro al frente; la estructura federal gubernamental está encabezada por un subsecretario a las órdenes directas del ministro; en el marco del Ministerio federal de Sanidad Nacional y de Bienestar Social (Dirección de la Sanidad y del Deporte Amateur, encargada de llevar a la práctica los programas confeccionados en función de la ley federal de 1961 sobre la sanidad y el deporte.

En Israel, en 1961, se creó una Dirección gubernamental de los Deportes, dependientes del Ministerio de la Educación y de la Cultura.

En Alemania Federal, la dirección de todas las medidas tomadas para promover el deporte federal, y de la concesión de subvenciones federales al deporte se ocupaba el Ministerio del Interior. Sin embargo, en los casos especiales de promoción participaban también los otros ministerios correspondientes para cada caso particular, Ministerio Federal de Educación y Ciencia, Ministerio Federal para la Juventud, Familia y Salud (Comité de Relaciones Extranjeras de la Comisión de Educadores Deportivos Alemanes, ADL).

En la República Popular de China, el responsable de dirigir el trabajo en cultura física y deportes a lo ancho del país y diseñar las líneas maestras, políticas y programáticas del deporte es la Comisión para la Cultura Física y los Deportes, órgano gubernamental a nivel ministerial bajo la supervisión del Consejo de Estado.

En Chile (año 1983) la organización oficial deportiva se encuentra concentrada en la Dirección General de Deportes y recreación, dependiente del Ministerio de defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra.

En Bélgica, el Instituto Nacional de Educación Física y de los Deportes depende del Ministerio de Sanidad pública; en Dinamarca el Ministerio del Interior es el que tiene competencia para subvencionar las actividades deportivas. En Noruega existe un Servicio del Estado para el Deporte y la Juventud adscrito al Ministerio de la Iglesia y de la Educación. Luxemburgo ofrece un estatuto particular, por cuanto dispone de un Ministerio de Educación Física que actúa en coordinación con los Ministerios de la Educación Nacional, de la Guerra y del Turismo; el organismo jurídico para el deporte de este Ministerio es el Comisariado General de los Deportes.

En Perú en el Consejo Nacional del Deporte, dependiente del Ministerio de Educación quien dicta la política deportiva y organiza, norma, planifica, promueve, dirige, controla y evalúa a nivel nacional el deporte y sus relaciones internacionales (ley general del Deporte nº 642, aprobada por la Cámara de Diputados el 19/05/1983)

En Portugal es la Secretaría de Estado de los Deportes dependiente del Ministerio de calidad de vida quien fomenta y coordina todas las áreas de actividades gimnástico-deportivas.

En Austria depende directamente del Ministerio Federal para la Educación y las artes.

En Chipre dependiente del Ministerio de Educación, creada y establecido por ley un

comité público denominado Organización de los Deportes en Chipre, que ejerce el control sobre las actividades deportivas, financia y regula sus actividades y se cuida de la construcción de instalaciones.

Todo lo referente al deporte y a la cultura física, depende en Polonia del Consejo Superior de la Cultura Física y del Deporte que es un órgano superior autónomo de la Administración Central que depende directamente del Consejo de Ministros (Ley de 1. 01. 1985).

2.3.3. Composición de las comisiones de deportes

La composición de las comisiones nacionales de deportes son bastante similares en todos los países.

Están formadas por los representantes de la administración nombrados por el ministro encargado de Deportes.

Asimismo, en estados federales incluye a los representantes de los distintos gobiernos autónomos.

En algunos países incluye a los delegados de las federaciones deportivas, así como a los delegados de los atletas, los entrenadores, etc. y en algunos casos un representante del Comité Olímpico nacional.

En España, el art. 10 de la mencionada ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte dice textualmente. "En el seno del Consejo Superior de Deportes se constituirá una Comisión Deportiva integrada por representantes de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Federaciones deportivas españolas cuya presidencia corresponderá al propio Presidente del Consejo. Igualmente, formarán parte de esta Comisión personas de reconocido prestigio en el mundo del deporte designadas por el Presidente del Consejo Superior de Deportes".

2.3.4. Competencias de las comisiones de Deportes

También en este apartado las misiones que se les encomienda en prácticamente todos los países son las mismas: acelerar el desarrollo del deporte, creación de instalaciones deportivas, recogida de fondos y su distribución y control.

En general, los Consejos Nacionales de Deportes, en España Consejo Superior de Deportes, tienen un carácter eminentemente reglamentario, con particularidades como el que existe en Nueva Zelanda que es meramente consultivo.

Los consejos supervisan dos tipos de estructuras, una horizontal que reúne a todos los deportes a nivel local, provincial, regional y autonómico y otra estructura vertical a través de las federaciones nacionales, agrupaciones regionales y de las asociaciones deportivas locales.

Por lo general el cometido de los Consejos es la de coordinar y controlar las actividades deportivas.

Tienen un papel preponderante, respecto a las federaciones Deportivas, y de gran importancia: aprobar sus estatutos y reglamentos, la existencia de una modalidad deportiva, así como aprobar y vigilar sus planes y programas deportivos.

Se encargan por sí mismas o por persona jurídica creada al electo, de los recursos presentados contra las decisiones de las federaciones nacionales, así en España existe

un órgano independiente que se denomina Comité Superior de Disciplina Deportiva, en Colombia existe un órgano independiente denominado Tribunal Nacional del Deporte.

Por último, y no por ello menos importante, estas Comisiones juegan un papel muy importante en el ámbito de la protección de los deportistas, en los planes de ejecución, construcción y mejora de instalaciones deportivas, en la promoción de estudios investigaciones en el ámbito deportivo, tal es el caso en España que se ha creado el Instituto de Ciencias de la Educación Física y el Deporte y en Francia con el Comité Nacional de Investigación y Tecnología.

2.3.5. Recursos financieros de la comisión

El papel financiero de la Comisión nacional de Deportes (en España Consejo Superior de Deportes) es importante puesto que es la encargada de distribuir las cantidades destinadas para el desarrollo del Deporte. Además de disponer de recursos financieros, establece las condiciones para atribuir subvenciones y controlar su utilización por parte de las Federaciones Deportivas y demás entidades y Asociaciones Deportivas.

Los principales recursos de que dispone son: las cantidades que se incluyen anualmente en los Presupuestos Generales del Estado, que es la primera y más importante fuente de financiación. Los que proceden de las tasas y los precios públicos. A veces, las instituciones locales y autonómicas también financian este organismo, a través de convenios. Y todos los demás beneficios económicos que puedan constituir a la realización de los fines y objetivos señalados en las correspondientes leyes.

2.4. Las Federaciones Deportivas nacionales

2.4.1. Descripción

Son entidades, generalmente con personalidad jurídica propia integradas por las federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubs deportivos, deportistas, entrenadores, jueces y árbitros.

Coordinan sus actividades y deciden los reglamentos que han de seguir sus respectivos deportes, según las directrices de las Federaciones Internacionales.

La administración de estas organizaciones se rigen normalmente por la ley que les regula su estructura interna y su funcionamiento. Pueden ser entidades privadas con personalidad jurídica propia que además ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, cual es el caso de España, que deben estar inscritas en el Registro de Asociaciones deportivas o por el contrario corresponden a estructuras de sociedades mercantiles, cual es el caso de Singapur, donde tienen que inscribirse en el Registro Mercantil.

2.4.2. Atribuciones

Establecen las normas que rigen la práctica de su actividad deportiva, califican y organizan las actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal. Colaboran con la Administración en los programas de preparación de los deportistas en la construcción de instalaciones. Ejercen la potestad disciplinaria en primera instancia.

2.4.3. Recursos financieros

Los recursos están formados entre otros por las subvenciones que las entidades públicas puedan concederles, los beneficios que produzcan las actividades y competiciones deportivas que organicen y cualquier otro que puedan serles atribuidos por disposición legal o por convenio.

Hay otros medios de financiación que son más originales ya que en algunos países están exentas del pago de impuestos municipales y/o estatales.

2.5. Los Comités Olímpicos Nacionales

El art. 4 de la Carta Olímpica dispone que "solo los Comités Olímpicos Nacionales reconocidos por el Comité Olímpico Internacional tienen competencia para inscribir a los participantes en los Juegos Olímpicos". Cuidan el desarrollo y la protección del Movimiento Olímpico y del deporte en cada país, son los únicos competentes para asegurar la representación de sus países en los Juegos Olímpicos y demás y demás manifestaciones patrocinadas por el COI y para ayudar a organizar dichas manifestaciones cuando tienen lugar en sus países.

El papel de los Comités Olímpicos Nacionales varían según los países, y de hecho se pueden distinguir tres grandes tipos de CON:

El primer tipo, es el que goza de atribuciones estrictamente olímpicas de acuerdo con la Carta Olímpica, tal es el tipo del Comité Olímpico Suizo, del Comité Olímpico Chino, del Comité Olímpico Peruano, el de Hong-Kong, Malasia.

El segundo tipo, es aquel en que la legislación nacional del país atribuye competencias mas amplias, tal es el caso de Francia en el que el CNOSF además de las actividades olímpicas propiamente dichas se encarga de vigilar las normas deontológicas del deporte y de mediar en los conflictos que puedan enfrentar a las federaciones y los federados y/o asociaciones/grupaciones deportivas.

El tercer tipo, es el caso de Italia, en el que el Comité Olímpico Nacional Italiano (CONI) ocupa el lugar que en otros países ocupa el Consejo Nacional de Deportes bajo el control del Ministerio de Turismo y Espectáculos.

En España de los tres modelos se ha optado por el suizo, así el Título V, art. 48 de la vigente ley del Deporte de 1990, el Comité Olímpico Español (COE) es una asociación sin fines de lucro, declarada de utilidad pública y cuyo objeto es el desarrollo del movimiento olímpico y la difusión de los ideales olímpicos, asimismo organiza la inscripción y participación de los deportistas españoles en los Juegos Olímpicos, colabora en su preparación y estimula la práctica de las actividades representadas en dichos Juegos.¹¹

¹¹ Relación de Países con cuya información deportiva se ha elaborado el presente trabajo: Argentina, Australia, Austria, Islas Barbados, Bélgica, Benín, Brasil, Bulgaria, Burkina-Faso, Camerún, Canada, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Emiratos Arabes Unidos, Ecuador, España, Fiji, Francia, Gran-Bretaña, Holanda, Hong-Kong, Islandia, Italia, Luxemburgo, Malasia, Mónaco, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, República Federal Alemania, San Marino, Singapur, Suecia, Siria, Suiza, Turquía, USA.

Conclusiones

La organización nacional del deporte en los diferentes países, como hemos visto, está sujeta a una incidencia grande de actuación de las correspondientes administraciones públicas.

“Las intervenciones de los poderes públicos en este dominio tienden hoy a multiplicarse y ampliarse, siendo uno de los aspectos más habituales de las mismas la concesión de fondos públicos para costear actividades o facilitar la realización de proyectos que los medios deportivos no podrían, con sus recursos, financiar”¹².

“La fórmula tradicional británica, que se caracteriza por la inhibición total del Estado en esta esfera o por la limitación de su papel a la simple concesión de subvenciones, parece hoy estar en franca recesión”¹³.

¹² Ver nota 4.

¹³ Ver nota 4.

Matrimonio no inscrito: su eficacia entre cónyuges. Uso y disfrute de vivienda conyugal.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección tercera). Sentencia de 9 de enero de 1991, nº 2.

Ponente: Dn. Carlos Gómez Martínez.

Doctrina

“2. Aunque en el escrito instaurador de la litis no se especifique qué concreta acción se ejercita, la superación de la vieja teoría de la “editio actionis” obliga a estudiar tanto el petitum como los fundamentos fácticos y jurídicos para averiguar que se pretende mediante la interposición de la demanda. Puesto que el actor pide que le sea restituida la posesión de un inmueble de su propiedad e invoca la falta de título de la demandada para usar del mismo habremos de concluir que se ejercita o bien una acción reivindicatoria (art. 348 del Código Civil) o bien una acción de desahucio por precario (art. 1.565.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En efecto, para el éxito de la pretensión, tanto en uno como en otro caso, es indispensable la falta de título del poseedor no propietario (S.S. T.S. de 23 de enero y 10 de marzo de 1.989) o la posesión de un inmueble sin título alguno que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda (S.T.S. de 30 de octubre de 1.986).

3. El mencionado requisito no se cumple en el caso de autos porque la demandada era, y sigue siendo, la esposa del actor y ello a pesar de que el matrimonio contraído en Alemania no se haya inscrito en España.

En efecto, el párrafo primero del art. 61 del Código Civil coincidiendo con el antiguo art. 76 al que dió redacción la Ley de 24 de abril de 1.958 establece que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración y el párrafo segundo del mismo precepto añade que para su pleno reconocimiento será necesaria la inscripción en el Civil. En igual sentido, el apartado primero del art. 70 de la Ley del Registro Civil dispone que los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración y que para que tales efectos sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio.

De los anteriores preceptos se deduce que la inscripción del matrimonio no tiene carácter constitutivo. Es una “conditio iuris” para el reconocimiento de los efectos civiles derivados del matrimonio pero no para su producción. La inscripción es la afirmación oficial del matrimonio, la forma pública y solemne en que consta. No es un simple medio de probar, es la única e insustituible prueba, sólo suplible por otros medios cuando aquélla no haya existido o hubiesen desaparecido los libros del Registro o ante los Tribunales se suscite contienda pero no es forma esencial para la existencia del matrimonio sino solo “ad probationem” ya que se admiten otros medios, aunque excepcionales, de prueba.

4. El matrimonio no inscrito debe ser considerado válido y eficaz en todo lo que

se refiere a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Así se desprende: a) del párrafo tercero del art. 61 del Código Civil con arreglo al cual el matrimonio no inscrito no perjudicará a los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. En consecuencia, los efectos entre los contrayentes se producen de modo pleno con dicha única salvedad, no existe ninguna otra limitación en cuanto a la efectividad del matrimonio no inscrito. La doctrina, ya en relación con los hoy derogados arts. 76 y 77 del Código Civil, viene distinguiendo entre dos clases de efectos con relación al matrimonio: inseparables o primarios y separables o secundarios e incluye en el primer grupo el parentesco por afinidad, la posibilidad de incurrir en bigamia si se contraen nuevas nupcias antes de disolverse el matrimonio anterior, la creación del vínculo de filiación matrimonial y los derechos y deberes dimanantes de los arts. 66 y siguientes del Código Civil. Pues bien, estos efectos primarios o inseparables se producen siempre entre los contrayentes y frente a terceros, desde la celebración del matrimonio y, por su parte, los efectos secundarios o separables se producen siempre entre los contrayentes también desde la celebración, pero respecto a terceros sólo si se inscribe el matrimonio inmediatamente después de celebrarlo; b) del tratamiento que el art. 79 del Código Civil da al matrimonio que es declarado nulo que surte los efectos del matrimonio putativo y respecto al cual el matrimonio no inscrito no puede ser de peor condición.

5. De lo hasta aquí expuesto se deduce que el matrimonio contraído en Alemania entre los hoy litigantes, cuya nulidad, por lo demás, no postula el actor, produce efectos entre los cónyuges a pesar de su no inscripción en España, por lo que la

demandada ocupa la vivienda de autos en virtud de la obligación-derecho de convivencia en el domicilio conyugal que establecen los arts. 68 a 70 del Código Civil. Existiendo título para la posesión o uso y disfrute del inmueble, no puede prosperar la acción reivindicatoria o de desahucio entablada por el marido propietario contra la esposa detentadora."

Comentario

1. Doña Angélica S., de nacionalidad alemana, y Dn. Santiago M. C., de nacionalidad española, contrajeron matrimonio el día 2 de agosto de 1978 en el Ayuntamiento de Braunschweig (Alemania). El matrimonio, ajustado a las formalidades de la legislación alemana, no fué inscrito en el Registro civil español.

Una vez en España, los cónyuges fijaron su domicilio conyugal en un piso, propiedad del marido, sito en Magalluf, término municipal de Calviá, en la isla de Mallorca.

En 1982, Dn. Santiago abandonó el domicilio conyugal en el que siguió residiendo Doña Angélica, si bien los gastos derivados del mismo continuaron siendo abonados por Dn. Santiago. En 1989 Dn. Santiago demandó a Doña Angélica solicitando que le restituyera la posesión del piso y que le reintegrase el importe de los gastos y servicios producidos por el mismo. Doña Angélica se opuso a ambas pretensiones alegando la validez y vigencia de su matrimonio con el actor y, a su vez, reconvino solicitando la prestación de alimentos a su favor por parte de Dn. Santiago desde el año 1982 en que se produjo la separación de hecho.

En primera instancia, el Juzgado estimó la primera pretensión deducida por Dn. Santiago y condenó a la demandada a

restituir al actor la posesión de la vivienda y desestimó, tanto la segunda pretensión como la reconvencción. Doña Angélica interpuso recurso de apelación, relativo tan sólo al problema de la restitución de la vivienda. La Sala revocó la Sentencia del Juzgado de primera instancia, sentando la doctrina que he transcrito más arriba.

2. Varios son los problemas que plantea el supuesto de hecho de esta acertada Sentencia. La resolución no se refiere a todos ellos, puesto que se encuentra condicionada por el principio de justicia rogada. Sin embargo, al hilo del comentario, resulta conveniente reflexionar sobre los mismos para clarificarlos y evitar las consecuencias a que conduce un planteamiento nada correcto de los términos del debate, como ocurrió en este caso.

El primero de estos problemas, de carácter estrictamente procesal aunque con incidencia en el ámbito sustantivo, hace referencia a la naturaleza de la acción ejercitada por Dn. Santiago. Los restantes pueden plantearse del siguiente modo: 1) Derecho aplicable, tema éste al que la Sentencia ni siquiera se refiere, dándolo seguramente por hecho; 2) Eficacia -y alcance de la misma- del matrimonio no inscrito; 3) Calificación jurídica de la situación existente entre Dn. Santiago y Doña Angélica en el momento de plantearse la demanda de aquel; 4) La cuestión de fondo, es decir, el derecho de Doña Angélica al uso y disfrute de la vivienda que ocupa; 5) El eventual derecho a alimentos pretendido por Doña Angélica, así como otras alternativas posibles, y 6) La concurrencia de causa de separación o divorcio, así como la legitimación activa, en su caso, para ejercitar las acciones correspondientes.

3. La primera de las cuestiones

señaladas -la relativa a la clase de acción ejercitada- no merecería, sin duda, mayor análisis si no fuera por la incidencia que la respuesta que a ella se dé tiene respecto al Derecho aplicable al caso o, por mejor decir, respecto al mecanismo técnico que conduce a dilucidar el Derecho aplicable.

Efectivamente; no subsiste ya en nuestro Derecho -y la Sentencia lo subraya con acierto (Fundamento jurídico segundo)- el sistema de acciones típicas, propio del Derecho romano. El art. 524 de la Ley de enjuiciamiento civil se limita a ordenar que "en la demanda se fijará con claridad y precisión lo que se pida", para añadir en el párrafo segundo del mismo artículo que "también se expresará la clase de acción que se ejercite, cuando por ella haya de determinarse la competencia". En este caso, la naturaleza de la acción ejercitada por Dn. Santiago podría influir, no tanto en la competencia, cuanto en el Derecho aplicable, debido a la presencia de un factor de extranjería: la nacionalidad de Doña Angélica.

La Sala estima con acierto que Dn. Santiago ejercita una acción de naturaleza estrictamente patrimonial: bien una reivindicatoria (acción real), bien una de desahucio por precario (acción personal). En cualquiera de los dos casos el Derecho aplicable sería el español (*lex fori*), a tenor de lo dispuesto por el art. 10.1 del Código civil. Sin embargo, la reconvencción de Doña Angélica se inscribe claramente en la órbita del Derecho matrimonial. La Sentencia, evidentemente, no ha discurrido sobre este punto, puesto que el fallo de primera instancia fué consentido por la demandada. Pero, en puridad de doctrina, ello obliga a plantearse nuevamente el problema del Derecho aplicable. La conclusión a la que se llegaría sería la misma -aplicabilidad del Derecho español-

pero esta vez en virtud del juego del inciso final del primer párrafo del art. 9.7 del Código civil: aplicación de la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación.

4. Es obvio que la pretensión de Dn. Santiago se basa en la supuesta ineficacia del matrimonio contraído con Doña Angélica debida a la falta de inscripción del mismo en el Registro civil español. Sin embargo esto no es así, como expondré a continuación.

La inscripción no convalida los actos y contratos nulos. Por tanto, la validez del matrimonio constituye un presupuesto inexcusable para que la publicidad registral despliegue la eficacia que le es propia. En este sentido, no parece haber dudas sobre dicha validez que, por otra parte, Doña Angélica debió alegar en la contestación a la demanda y probar en la correspondiente fase procesal.

Indudablemente la forma de celebración del matrimonio entre Dn. Santiago y Doña Angélica hubo de ser la autorizada expresamente por el párrafo segundo del art. 49 del Código civil: “[Cualquier español] también podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”. El respeto a la forma, unido al cumplimiento por ambos contrayentes de los requisitos generales de capacidad matrimonial exigidos por el art. 46 del Código, dan como resultado un matrimonio válido para el Derecho español. Siendo esto así, es de aplicación, respecto a la eficacia del mismo, el art. 61 del Código civil, cuyo primer párrafo dispone que “el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”. Consecuentemente, a la falta de eficacia convalidante de la inscripción se añade ahora la falta de carácter constitutivo de la misma.

Obsérvese, además, que los párrafos segundo y tercero del art. 61 operan como excepción a la regla general que está contenida en el primero. De aquí se deduce que el matrimonio tiene eficacia plena desde que ha sido válidamente contraído. La falta de inscripción no limita esta plenitud de eficacia, sino tan sólo -y eventualmente- la plenitud del reconocimiento de la misma, en la medida en que exista un perjuicio a derechos adquiridos de buena fe por terceros.

En conclusión, cabe establecer que el matrimonio no inscrito es, en todo caso, plenamente, eficaz en las relaciones entre cónyuges, tanto personales como patrimoniales. Entre aquellas, hay que mencionar señaladamente, por lo que respecta al caso examinado, la obligación de convivencia impuesta por el art. 68 del Código civil que, lógicamente, ha de cumplirse en el domicilio conyugal, fijado de consuno en el caso que nos ocupa (art. 70 del Código civil).

5. La salida de Dn. Santiago del domicilio conyugal -no constan los motivos en la Sentencia- configuró entre los cónyuges una separación de hecho que ha persistido al menos hasta la fecha de la interposición de la demanda. La limitada eficacia jurídica de esta anómala situación matrimonial no obsta a que constituya causa de separación y de divorcio, tema al que me referiré más adelante, y a que, una vez acreditada, destruya la presunción de convivencia establecida con carácter *iuris tantum* por el art. 69 del Código civil. No afecta, en cambio, al resto del estatuto personal o patrimonial del matrimonio.

Por lo dicho hay que concluir que no quedan suspendidos los deberes integrados en el estatuto personal del matrimonio, a pesar de su carácter metajurídico y de su difícil exigibilidad. Conviene también

tener presente que fué exclusivamente el actor, con su conducta, quién originó el cese de la convivencia; Doña Angélica, por el contrario, continuó residiendo allí donde técnicamente tenía el deber de hacerlo: en el domicilio conyugal fijado de común acuerdo.

6. Lo anteriormente expuesto constituye la base del derecho que asiste a Doña Angélica para seguir ocupando la vivienda conyugal. Ello, pese a que se trata de un bien propiedad exclusiva del marido; algo que no se ha discutido y que, con certeza, ha constituido la causa eficiente de su demanda. Demanda desenfocada, que podría, no obstante, haber obtenido el resultado apetecido por Dn. Santiago -es decir, la recuperación de la posesión de su apartamento- de haberse planteado sobre bases distintas -hipótesis que analizaré más abajo-.

A raíz de la reforma de 1981 la noción de domicilio familiar ha adquirido una especial relevancia de la que antes carecía. Son manifestaciones típicas de esta relevancia las normas contenidas en los arts. 96, párrafo cuarto, y 1320, párrafo primero, del Código civil. Ambas hacen quebrar de forma notoria el régimen de disposición de los bienes privativos de cada cónyuge, puesto que exigen el consentimiento del otro, si es el usuario de la vivienda, aunque no sea titular de la misma. Ello con independencia del régimen económico por el que se rija el matrimonio que, en este caso, sería con toda probabilidad el de separación de bienes.

No cabe duda -como he dicho más arriba- de que el deber de convivencia ha de prestarse en el domicilio conyugal. Ambos cónyuges ostentan un derecho equivalente de uso y disfrute del mismo que evidentemente no se pierde por el

hecho de que uno de los dos renuncie a él o abandone el domicilio. Esta conducta implica, por el contrario, un quebrantamiento de dicho deber, pero, como acabo de decir, no enerva el derecho del otro cónyuge a seguir disfrutando el domicilio conyugal, al margen de que rechace, tolere o consienta el abandono. Es más, quien permanece en dicho domicilio continúa cumpliendo el deber legal, aunque tampoco podría prohibir, sin justa causa, el reingreso de quien se ausentó.

7. La separación de hecho constituye uno de los pocos supuestos que en la actualidad genera deuda alimenticia entre cónyuges. Aunque el art. 143 - en la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981 - omite que los cónyuges no deben estar separados legalmente, el art. 97 despeja toda duda al respecto. En efecto; lo que procede cuando, tras la separación legal, uno de los cónyuges ha empeorado y desequilibrado su situación constante el matrimonio es la pensión compensatoria que el artículo citado en último lugar prevé. Y esta pensión -conviene recordarlo- no tiene carácter alimenticio; de ahí que su cuantía pueda ser -y sea en muchos casos- muy superior a las necesidades estrictamente alimentarias.

Consecuentemente a lo expuesto, puede concluirse con Delgado Echevarría que, cuando se cumplen por los cónyuges los deberes de convivencia y de socorro mutuo (art. 68 del Código) el deber alimenticio resulta superfluo, pero aflora al romperse la unidad de vida: preparación y sustanciación de los procesos de nulidad, separación o divorcio y separación de hecho. Respecto a este último extremo la jurisprudencia ha podido parecer vacilante hasta que se ha afirmado, ya en época reciente, en la línea de que ningún precepto

condiciona la prestación de alimentos al deber de vivir juntos (así, Sentencias de 14 de enero de 1956, 17 de junio de 1972 o 25 de noviembre de 1982). Sin embargo, un examen más detenido de las Sentencias que aparecen como contrarias a la exigibilidad de la prestación alimenticia en los casos de separación de hecho (16 de octubre de 1903, 17 de noviembre de 1916, 10 de diciembre de 1959 ó 23 de octubre de 1972) revela que se rechazó la pretensión del demandante como sanción ante el abandono injustificado del domicilio conyugal, por haberse acreditado la suficiencia de medios propios del reclamante e incluso por faltar la justificación de que el marido actor no podía ejercer profesión u oficio (Sentencia de 24 de octubre de 1951).

En el caso de la Sentencia comentada el mero hecho de la subsistencia de Doña Angélica por sí misma durante los siete años largos que tardó en plantear su reclamación -y aún ésta en forma reconventional- acredita sobradamente que contaba con medios de vida propios. Es decir, que faltaba el esencial requisito de la necesidad del alimentista. De ahí que haya que calificar de prudente su consentimiento a la Sentencia de primera instancia en el extremo en que rechazaba su petición alimenticia; acceder a la misma hubiera supuesto, sin duda, un enriquecimiento injustificado de Doña Angélica.

Por lo que respecta a la pensión *ex art.* 97 la solución es la misma, aunque el razonamiento técnico sea otro. En la situación en que se hallaba al ser demandada Doña Angélica carecía también de legitimación activa para solicitarla, puesto que no estaba judicialmente separada o divorciada. Es más; si pidiese y obtuviese la separación o

el divorcio no podría acreditar la incidencia de uno u otro en su situación patrimonial posterior. Lo que pudo causar su empobrecimiento fué, en todo caso, la separación de hecho.

8. No deja de sorprender que el actor no interpusiese la acción que con más probabilidad de éxito le hubiese proporcionado la restitución del apartamento, es decir, la acción de separación o de divorcio.

En efecto, si se revisan las causas de separación y de divorcio podrá apreciarse que concurrían en el caso al menos dos de ellas. No consta que el abandono por Dn. Santiago del domicilio conyugal fuese injustificado. Tampoco consta -más bien hay evidencia de lo contrario- que el abandono fuese consentido por la esposa en los términos exigidos por el art. 82, nº 5 del Código. Pero el nº 6 de ese mismo artículo no exige ya ninguna clase de consentimiento, sino tan sólo el hecho objetivo de la quiebra o cese efectivo de la convivencia conyugal por más de tres años. Lo mismo puede decirse respecto al divorcio, ya que en el caso se cumplen sobradamente los requisitos previstos en el nº 4 del art. 86.

En ambos caso cualquiera de los cónyuges estaría legitimado activamente para ejercitar las acciones de separación o de divorcio. En uno y otro caso, la Sentencia hace cesar la obligación de convivencia y debe resolver además -en defecto de acuerdo de las partes- sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar (art. 91) lo que supondría un replanteamiento de las bases del litigio con más posibilidades de éxito para el actor.

Finalmente, no me parece posible que Doña Angélica hubiera podido reconvenir solicitando en el mismo proceso la

separación o el divorcio, habida cuenta de las especialidades procesales que la reforma de 1981 estableció en sus

disposiciones adicionales; hubiera debido, pues, plantear un nuevo proceso.

José Angel Torres Lana

Contrato de arrendamiento celebrado antes del R.D.L. 2/1985, de 30 de abril; posterior modificación: novación modificativa; sometimiento al régimen de prórroga forzosa anterior a dicha ley.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª). Sentencia de 21 de marzo de 1990, nº 178.

Ponente: D. Guillermo Rosselló Llaneras.

Doctrina

“En el Derecho español la novación tiene una concepción amplia, frente al derecho romano y germánico, en base a la libertad contractual sancionada en el art. 1255 del C.c., y facultad de los arts. 1203 y 1207 del mismo cuerpo legal, para modificar las obligaciones variando su objeto o sus condiciones principales, que permite inducir dentro de la novación no solo la llamada propia o extintiva, que se traduce en la extinción de la obligación existente mediante constitución de una nueva que ocupa el lugar de aquélla, sino también la modificativa o impropia, que nace de la mera modificación de una obligación existente sin destruir su identidad, o sea, siempre que por razones especiales no se justifique la hipótesis del efecto más fuerte, lo que puede emanar, entre otros supuestos, de la modificación de la prestación debida en cuanto a su contenido, tiempo, lugar o condiciones (contrato de modificación), y así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo en constante doctrina (S.S.T.S. de 6 de noviembre de 1971, 5 de mayo de 1978, 29 de enero de 1982, 26 de noviembre de 1984, etc.). Son requisitos para que se produzca novación, según recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 24

de enero de 1984, recogida por la sede esta Sala de fecha 20 de noviembre de 1987, los siguientes: 1º) la existencia de una obligación preexistente que se modifique o extinga, 2º) la creación de una nueva obligación, cuando se trata de novación propia, 3º) disparidad entre ambas obligaciones sucesivas, 4º) capacidad de las partes para el acto, y 5º) voluntad de llevar a cabo la extinción de la obligación primitiva y su sustitución por otra (*animus novandi*). Igualmente ha señalado el Tribunal Supremo en reiterada doctrina legal —por todas S.T.S. de 16 de mayo de 1981— que la novación nunca se presume y debe constar expresamente, exigiendo su concepto la creación de una relación obligatoria nueva, tan dispar y distante de la que altera, que sea con ella incompatible, pues la novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro, debiendo aparecer de los términos del acto, con toda claridad, la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación. Doctrina ésta que aplicada al caso debatido evidencia clara y terminantemente que la voluntad de las partes plasmada en el documento de fecha 1 de abril de 1986 era una simple novación modificativa de las obligaciones contenidas en el de fecha 9 de enero de 1978, afectantes fundamentalmente a la

renta y a su revisión, sin que en el mismo se aprecie la más mínima sombra de duda acerca de la hipotética renuncia por los arrendatarios a la prórroga legal que venían disfrutando desde hace más de 23 años”.

“Efectivamente, el Real Decreto-Ley 2/1985 de 30 de abril, sobre medidas de política económica, permite a partir de su entrada en vigor que los contratos de arrendamiento, tanto de viviendas como de locales de negocio, tengan la duración que libremente pacten los contratantes, dejando de tener virtualidad la prórroga forzosa del art. 57 de la L.A.U., todo ello sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1566 del Código civil; los celebrados con anterioridad a su entrada en vigor se siguen [rigiendo] en su totalidad por lo dispuesto en la Ley arrendaticia especial, la cual consagra como norma imperativa o de *ius cogens* el beneficio de la prórroga legal obligatoria para el arrendador cuyo derecho inicialmente no puede ser renunciado por el arrendatario antes de haberlo incorporado a su patrimonio, precisándose para la validez de la renuncia posterior a dicho beneficio, que la misma sea clara, terminante y explícita: y en el presente caso ni tan siquiera se alude a dicha renuncia ni al Decreto en cuestión, presumiendo la alctora la *supuesta* renuncia por ser posterior su firma a la entrada en vigor del Decreto en que apoya su equivocada pretensión”

Comentario

I. El precipicio abierto por el R.D.L. 2/1985, coloquialmente conocido como “Decreto Boyer”, entre los arrendamientos anteriores y los posteriores a su entrada en vigor ha generado en los propietarios el explicable afán de someter los antiguos

contratos a la nueva regulación. Una de las formas de lograrlo es la de conducir cualquier renovación de las condiciones del arrendamiento interesada por el arrendatario a la firma de un nuevo contrato. Examinar cuándo este nuevo contrato estará efectivamente sometido al R.D.L. 2/1985 será el objeto de este comentario, al hilo de la sentencia de la A.P., que resulta perfectamente ilustrativa del problema.

Como muy bien se expresa en la sentencia comentada, el núcleo del conflicto reside en saber si nos encontramos ante un nuevo contrato o, mejor, ante una nueva relación contractual, por novación extintiva de la anterior, o, si, por el contrario, la relación, pese a las modificaciones introducidas, sigue siendo la misma. La novación extintiva puede producirse de forma expresa o de forma presunta, supuestos que estudiaré separadamente, para su mejor comprensión.

II. La novación es expresa si los propios contratantes explicitan su deseo de poner fin a la relación preexistente e iniciar una nueva, que, en expresión de DIEZ-PICAZO, no herede “el sistema de organización, el contenido previsto y los efectos señalados” para la anterior.

La novación extintiva expresa de un arrendamiento sometido a la L.A.U. tiene una doble naturaleza: por un lado, produce la sustitución del contrato anterior por el nuevo; por otro lado, en la medida en que implica el sometimiento al R.D.L. 2/1985, supone la renuncia al derecho de prórroga forzosa por parte del arrendatario. Esta dualidad se refleja en la sentencia comentada, cuyo fundamento primeramente transcrito *supra* alude a la ausencia de voluntad novatoria, mientras

que el segundo se refiere a la inexistencia de renuncia por parte del arrendatario.

Los rasgos abdicativos de la novación extintiva no suponen infracción del art. 6 de la L.A.U., que establece la irrenunciabilidad de los derechos del arrendatario y, con especial vigor, el de prórroga forzosa. En efecto, tal como declara la S.T.S. de 17 de octubre de 1956 —y en idéntico sentido otras muchas, como las de 26 de enero de 1966 y 29 de diciembre de 1969—, “la función protectora [de la normativa imperativa de la L.A.U.] es preventiva, en periodo de formación, y obliga a los intervientes al respeto de las condiciones que vienen predeterminadas, estimando lesivo y vicioso de nulidad todo pacto que las contraríe, pero cuando el vínculo arrendaticio, de derecho abstracto ha pasado a derecho subjetivo, por haberse incorporado al patrimonio particular y quedado a la libre disposición del titular, la renuncia en tal situación a favor de un tercero, equivale a abandono del derecho o al no ejercicio de lo que constituye una potestad (...) lo que se ha de reputar como lícito, válido y eficaz”. En suma y en palabras de DIEZ-PICAZO, el art. 6 de la L.A.U. “no regula —ni prohíbe— la renuncia de derechos como situaciones concretas de poder”.

Ahora bien, aunque la renuncia latente bajo la novación extintiva no la impida, sí que debe tomarse como necesario punto de referencia para: a) interpretar la concreta expresión con la que los contratantes parecen querer expresar su *animus novandi* y b) para valorar esta declaración a la luz de la teoría de los vicios del consentimiento.

El punto de partida en dicho análisis se encuentra en la causa de la renuncia. Al respecto, entiendo que pueden distinguirse,

principalmente, tres grupos de posibles causas en la renuncia a un derecho, con aplicación concreta a la renuncia a la prórroga forzosa. En primer lugar, la motivación del renunciante puede consistir en el deseo de deshacerse del derecho en cuestión, por no interesarle ya o por resultarle gravosa alguna de las cargas conexas al mismo; puede hablarse, en tal caso, de una *causa derelinquendi*. Tal causa afectará, normalmente, al abandono de una cosa mueble o a la renuncia liberatoria permitida al copropietario en el art. 395 del C.c.. En segundo lugar, el renunciante puede moverse por un ánimo de liberalidad, por el deseo de enriquecer al beneficiado por la renuncia. Frecuentemente se presentará esta *causa donandi* en supuestos de condonación de deuda o renuncia de un derecho real en cosa ajena. Por último, puede ocurrir que la causa de la renuncia se encuentra en una ventaja concedida u ofrecida por el beneficiado por la renuncia. Podemos decir, entonces, que nos encontramos ante una causa de reciprocidad o causa onerosa.

La distinción entre los distintos tipos de causas me parece importante a la hora de proceder a la interpretación de la declaración abdicativa. Creo, por eso, que no debe acudirse, con la facilidad con que habitualmente se hace, al consabido criterio de interpretación restrictiva de las renunciaciones (“la renuncia de derecho concedidos por las leyes para ser eficaz requiere, según constante doctrina de esta Sala, que se haga de forma clara y terminante, sin que pueda deducirse de actos o expresiones de dudosa significación —S.T.S. de 18 de marzo de 1982—). Tal limitación resulta justificada para las renunciaciones con *causa donandi*, respecto de las cuales no es sino manifestación del principio de mínima

prestación (art. 1289 1º del C.c.). No veo inconveniente en extender la misma doctrina a las renunciaciones con *causa derelinquendi*. En cambio, encuentro injustificado llevarla a las renunciaciones basadas en causa de reciprocidad, cuya interpretación, sin limitación alguna, debe guiarse por los dispuestos en los arts. 1281 y siguientes del C.c..

Aplicando esta distinción al supuesto que nos ocupa, creo que podría estimarse con mayor generosidad la existencia de renuncia y, por tanto, de novación extintiva, según que dicha renuncia tenga o no su causa en una prestación o ventaja ofrecida por el arrendador. Ello ocurre en casos como los siguientes: a) en el arrendador concurre una causa de necesidad que le permitiría denegar la prórroga al arrendatario, pero, en lugar de ejercitar la correspondiente acción, permite al arrendatario continuar en la vivienda con un nuevo contrato de duración limitada; b) el arrendador autoriza la cesión o subarriendo no permitidos por la ley o la realización de obras que modifican la configuración del inmueble; c) el arrendatario ha incurrido en causa de resolución, pero, en lugar de presentar la correspondiente demanda, el arrendador conviene con él un nuevo contrato; d) se rebaja la renta. En caso contrario, debe seguirse la pauta de interpretación restrictiva. Obsérvese que la adopción de un criterio interpretativo más o menos lato puede, según las circunstancias del caso, decantar a favor de una de las partes la comprensión de fórmulas como "este nuevo contrato queda sometido al Decreto Boyer" o "se regirá por la legislación vigente en la fecha de su firma" o, incluso, pese a que en tal caso la renuncia sería tácita, "se declara expresamente extinguido el contrato anterior; los

derechos y obligaciones de los contratantes serán exclusivamente los que dimanen de este nuevo contrato".

No acaba aquí, sin embargo, la trascendencia de la causa de la renuncia a la prórroga forzosa. Es preciso, en efecto, que los tribunales permanezcan en guardia ante la posibilidad de que una renuncia tan trascendental, como es la del derecho de prórroga forzosa, está viciada por error, sea o no provocado por la otra parte.

La prueba del error, por su carácter psicológico o interno, ha de basarse normalmente en indicios. Sin perjuicio de otros hechos que puedan fundar la correspondiente presunción judicial, destacaré aquí dos de ellos.

Un primer e importante indicio lo constituye la imposibilidad de encontrar una causa justificada a la renuncia. Si el arrendatario no obtiene ninguna ventaja con la celebración del nuevo contrato, si tampoco hay razones que hagan pensar que le interesó, en un momento determinado, abandonar el arrendamiento y si, por último, tampoco se trasluce en su actuación un ánimo de liberalidad hacia el arrendador, hay muchas razones para pensar que firmó equivocadamente, por error obstativo, dicho contrato, en la ignorancia, probablemente, de que contenía una estipulación con la renuncia en cuestión.

Un segundo indicio puede hallarse en el hecho de que la relación contractual previa se halle insuficientemente documentada: por ejemplo, documento de arrendamiento de temporada (por once meses) que se ha ido renovando tácitamente durante varios años o contrato verbal. Si a eso se une que el nuevo contrato es repetición calcada del anterior, salvo la mencionada renuncia, que se incluye en el mismo de forma nada destacada, hay

buenas razones para pensar que el arrendatario creía estar accediendo a la mera documentación de la relación contractual preexistente.

Si, en todo caso, el error del arrendatario es excusable o no lo es, dependerá de las circunstancias del caso. Tanto más destacada se encuentre la cláusula de renuncia y tanto más explícita sea su redacción, tanto menos excusable será la actuación del arrendatario.

III. Sin necesidad de declaración expresa, la novación también se produce como consecuencia de la introducción de cambios de cierta entidad en el contenido del contrato. Obviando la discusión doctrinal sobre qué cambios han de ser éstos y sobre la relación entre los arts. 1203 y 1204 del C.c., lo cierto es que el Tribunal Supremo viene exigiendo que haya "una alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva" (S.T.S. de 10 de julio de 1986), "una modificación sustancial" (S.T.S. de 24 de junio de 1948), que varíe "la esencia de la obligación" (S.T.S. de 26 de enero de 1961), "la creación de una relación obligatoria nueva, tan dispar y distante de la que altera que sea con ella incompatible" (S.T.S. de 23 de mayo de 1980), etc.; no puede decirse,

sin embargo, que dicha doctrina jurisprudencial constituya una guía infalible en la detección de supuestos de novación extintiva, pues, como el propio Tribunal Supremo reconoce, en S.T.S. de 26 de enero de 1988, "los límites que separan la novación extintiva de la modificativa cuando la misma se opera por variación del objeto o condicionantes de la obligación son harto imprecisos, por lo que ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar la existencia de una o de otra".

Ni la modificación de la renta, ni la inclusión de una cláusula de estabilización, ni la autorización para la realización de obras o para la cesión o subarriendo constituyen cambios tan radicales como para aparejar una novación extintiva del primitivo contrato de arrendamiento. Probablemente lo sería, en cambio, la sustitución de la vivienda o local arrendados por otro distinto, salvo que se produzca por derribo y reedificación de la finca (arts. 78 y ss. de la L.A.U.). Como supuesto dudoso o límite podemos imaginar la conversión de un arrendamiento de vivienda en arrendamiento de local de negocio o viceversa, por cambio en el destino del inmueble.

Santiago Cavanillas Múgica

Precontrato. Diferencias con el contrato de opción. Efectos del incumplimiento precontractual.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª). Sentencia de 21 de enero de 1.992, nº 18.

Ponente: D. Carlos Gómez Martínez.

Doctrina

“Antes de abordar la cuestión de la eficacia del precontrato que (...) constituye el punto nuclear del pleito, descartaremos la prosperabilidad de la tesis del contrato de opción que la parte demandada esgrimió (...)

La figura contractual de la opción de compra (...) debe concebirse como aquel convenio en virtud del cual una parte concede a la otra la facultad, en exclusiva, de decidir sobre la celebración o no del contrato principal, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante. Sus elementos principales son la concesión al optante de la decisión unilateral con respecto a la realización de la compra, el señalamiento de un precio para la futura adquisición y la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, siendo elemento accesorio el pago de la prima. Cuando esta última se pacta, el contrato adquiere carácter bilateral. Esta bilateralidad hace referencia a las obligaciones que nacen de contrato de opción (...), pero en la perspectiva del ulterior contrato de compraventa que puede llegar a perfeccionarse, la opción constituye, para el optatario, una promesa unilateral de vender.

La bilateralidad del pacto de autos en relación a la compraventa misma excluye, como acertadamente razona el Juez a quo, su calificación como contrato de opción, lo que viene a ser ratificado por: a) la cláusula última del convenio en la que las partes pactan que si los compradores desisten del contrato la suma de 500.000 pts. que entregaron en el momento de la firma quedaría en poder de la vendedora “como indemnización de daños y perjuicios”. Si dicha cantidad hubiera sido una prima de una opción, en caso de no tomar los optantes la decisión de comprar, no habría indemnización, sería simplemente la contraprestación o precio por haber mantenido el optatario la cosa a disposición de la compradora potencial durante el plazo pactado para la opción; b) el intento de P.R.,S.A. de devolver las 500.000 pts. satisfechas en el momento de suscribirse el contrato (...), no tendría sentido de tratarse de una opción ya que si no se había ejercitado la opción el optatario podía incorporar a su patrimonio la prima, no tenía obligación alguna de restituirla.” (Fundamento de Derecho tercero).

“(…) La Jurisprudencia, al interpretar el art. 1451 del Código Civil (...), ha venido distinguiendo entre dos modalidades de precontrato con diferentes consecuencias.

La primera modalidad se daría cuando los precontratantes no manifiesten de modo

indubitado su intención de quedar efectiva y definitivamente vinculados por un contrato futuro; lo único que hacen es “obligarse a obligarse”, sobre la base de los condicionamientos previos que en la relación precontractual hubieran podido pactarse (...) en tales casos (...) suele optarse por la indemnización de daños y perjuicios (...)

La segunda modalidad de precontrato se da cuando las partes prestan su consentimiento no para obligarse en un futuro contrato sino para cumplir en el futuro una relación previamente concertada. En este caso, el incumplimiento podrá dar lugar al ejercicio de una acción tendente, directamente, a obtener el cumplimiento coactivo, ya que aquí no se precisa de un nuevo consentimiento, siendo válido el prestado con anterioridad (...)” (Fundamento de Derecho cuarto)

Comentario

1. De la Sentencia objeto de este breve comentario se deducen los siguientes hechos, que contribuirán a la mejor comprensión del supuesto: En fecha 6 de junio de 1988 se suscribió un contrato entre la entidad P.R., propietaria de un aparcamiento, y los Sres. C. y A. En el documento se establecía que los Sres. C. y A. entregaban en el momento de la firma del mismo la suma de 500.000 pts., que quedaría en poder de la vendedora si los compradores desistían del contrato, como indemnización de daños y perjuicios. Del contenido de la Sentencia no es posible deducir a qué se comprometían exactamente las partes en dicho documento (si a celebrar un contrato de compraventa posterior, o si se les concedía a los Sres. C.

y A. la posibilidad de perfeccionar un contrato de compraventa comprometiéndose a mantener la entidad P.R. su ofrecimiento durante un plazo de tiempo), ni tampoco cómo se produjo el incumplimiento (si había o no plazo y, si lo había, si se incumplió o no), por lo que centraremos nuestro comentario en otros aspectos que no exijan el conocimiento exacto de esos hechos. Los Sres. C. y A. demandan a la entidad P.R. solicitando el cumplimiento del precontrato de 6 de junio de 1988, pedimento que es acogido por la Sentencia dictada en primera instancia, confirmada en la segunda.

Vamos a centrarnos, pues, en el análisis de los dos puntos fundamentales que plantea la Sentencia: la diferencia entre el contrato de opción y el precontrato, y los efectos que se producen como consecuencia del incumplimiento de un precontrato; dos cuestiones complejas y discutidas por la doctrina y la jurisprudencia.

2. La diferencia entre contrato preliminar y contrato de opción no está tan clara como pretende la Sentencia que comentamos. En efecto, la doctrina no es unánime al respecto, pues mientras algunos autores entienden que el contrato de opción es un contrato preliminar, otros sostienen que son cosas distintas. Examinaremos, de forma muy breve y generalizada, las posiciones doctrinales más representativas que existen sobre el particular.

Concepciones que consideran que el contrato de opción es un contrato preliminar.- Para los seguidores, en primer lugar, de la teoría clásica el precontrato es un contrato en virtud del cual las partes se comprometen a repetir en el futuro el consentimiento contractual; afirman la sustantividad del precontrato. En cuanto a la opción, la configuran como un

precontrato de carácter unilateral, aunque cuando se trate de una opción con prima se transformará en una promesa de contrato bilateral. Si el contrato futuro no llega a celebrarse, los efectos de ese incumplimiento se traducen en la indemnización por los daños y perjuicios causados, porque la sentencia no puede sustituir un consentimiento que no se ha prestado (así, CASTAN, ESPIN).

Según ROCA SASTRE, en el contrato preparatorio las partes sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraen la obligación de desarrollarlas en el futuro, a fin de que este último quede concluso. El contrato futuro no va a ser un contrato distinto, sino el precontrato desarrollado. La opción (con referencia a la de compra) se configura como un pacto adjunto a la compraventa que condiciona el contrato, que sin dicho pacto tendría inmediata vigencia. La opción, por tanto, altera la compraventa al someterla a una condición suspensiva o "de querer" por efecto del pacto incorporado (PUIGBRUTAU acoge asimismo esta posición, aunque con algunas matizaciones).

DE CASTRO, finalmente, considera que la promesa de contrato debe ser valorada como una etapa preparatoria de un iter negocial que puede desembocar en la relación contractual definitiva. Así, hay que distinguir dos etapas: la de promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con cierta independencia porque tiene causa propia; y la etapa de exigencia del cumplimiento de la promesa. Por lo que se refiere a la opción, entiende que es una promesa unilateral (también DIEZ PICAZO mantiene esta posición).

. Concepciones que diferencian entre la opción y la promesa de contrato.-

OSSORIO Y GALLARDO defiende la integridad del contrato de opción, que no considera preliminar o precursor, sino como un contrato independiente. La diferencia entre la opción y la promesa de venta del artículo 1451 CC. está en que en la segunda existen obligaciones recíprocas, cosa que no ocurre con la opción. De este modo, contraponen el contrato de opción, básicamente unilateral, y la promesa bilateral de compraventa.

TORRES LANA, por su parte, mantiene la diferencia entre la opción y la promesa unilateral de contratar contraponiendo el carácter contractual de la opción frente a la naturaleza no contractual de la promesa unilateral. En la opción existe un cruce de declaraciones de voluntad que integran el consentimiento, mientras que en la promesa unilateral sólo hay una declaración de voluntad. Encanto a la diferencia entre la promesa de contrato y la opción, afirma que la opción es un contrato preparatorio pero no un contrato preliminar, porque el contrato preliminar implica la obligación del contrato definitivo, para lo cual necesita el consentimiento de ambas partes, mientras que para hacer eficaz la opción es suficiente con la declaración del destinatario, por estar la del promitente ya manifestada y ser irrevocable.

Vistas las posiciones doctrinales más significativas sobre el contrato preliminar y la opción, vamos a ver qué posición asume la Sentencia de la Audiencia Provincial.

La Sentencia -que parece seguir la posición de OSSORIO- considera que la opción es una figura distinta del contrato preliminar y mantiene que esta diferencia se encuentra en el carácter bilateral del segundo frente a la consideración de la primera como una promesa unilateral de

vender (carácter unilateral que debe tenerse en cuenta desde la perspectiva de una eventual compraventa ulterior, ya que admite plenamente la naturaleza contractual de la opción y la posibilidad de que ésta sea bilateral).

La teoría en que se funda la Sentencia resulta insuficiente, nos parece, para establecer con carácter general las diferencias entre el contrato de opción y el contrato preliminar. Es cierto que la opción tiene naturaleza contractual autónoma y que debe ser diferenciada del contrato preliminar. Efectivamente, en la promesa recíproca de venta las partes no venden ni compran, sino que se obligan a vender y a comprar, mientras que en la opción el promitente ofrece la venta, que al ser aceptada por el optante se perfecciona. Pero de este modo únicamente se explica la diferencia existente entre el contrato unilateral de opción y la promesa bilateral. Existen también diferencias entre la opción unilateral y la promesa unilateral de vender (en contra de lo que parece deducirse de las afirmaciones de la Sentencia) y entre la opción bilateral y la promesa bilateral de contrato o contrato preliminar, tal y como hemos visto anteriormente (TORRES LANA), por lo que no se puede recurrir a la bilateralidad o unilateralidad para determinar cuándo se está ante un contrato de opción y cuándo ante un contrato preliminar.

Además, aunque se admitiera la tesis que asume la Sentencia, no se comprenden los argumentos que ésta esgrime en el Fundamento de Derecho tercero (que hemos transcrito más arriba) para afirmar el carácter bilateral del contrato celebrado entre las partes, consistentes en negar que la cantidad entregada por los Sres. C. y A. lo fuese en concepto de prima o precio de la opción, o en referir el intento de la

entidad P.R. de devolver dicha suma. Lo máximo que se podría demostrar de esta forma es que en caso de que el contrato fuera de opción de compra, sería una opción de carácter unilateral, pero en ningún caso puede concluirse, entendemos, que el documento que se suscribió no regulaba un contrato de opción, sino un contrato preliminar. Creemos que para poder llegar a afirmar que el contrato celebrado entre las partes era un contrato preliminar y no un contrato de opción, lo que debería haber quedado probado es que en el documento ambas partes se obligaban a celebrar un contrato futuro, siendo necesario otorgar nuevos consentimientos por las dos. En caso contrario, si del contrato se deducía que el promitente ya había manifestado su voluntad, de forma que para la perfección del mismo sólo se necesitaba la declaración del destinatario, se habría podido concluir que estábamos ante un contrato de opción.

3. La naturaleza del contrato celebrado entre las partes tiene gran trascendencia en la determinación de los efectos de su incumplimiento; incluso para determinar si hubo o no incumplimiento. Así, si lo que se suscribió fue un contrato de opción de compra, la no celebración de la compraventa ulterior por no haberse ejercitado el derecho de opción por el optante no supone un incumplimiento de dicho contrato; las obligaciones de las partes son la de vender, para el concedente, y la obligación de pagar la prima, en su caso, para el optante, y si se cumplen éstas no puede hablarse de incumplimiento. Por el contrario, si las partes celebraron un contrato preliminar, ambas se comprometieron a suscribir el contrato de compraventa posterior, por lo que si éste no se celebró hay incumplimiento contractual.

En el caso concreto de la Sentencia de la Audiencia Provincial, no es posible conocer, a partir de los hechos que se pueden extraer de la misma, cuál era el contenido exacto del documento en el que se contenía el contrato y no podemos valorar, por consiguiente, si las partes celebraron un contrato de opción o un contrato preliminar. Por ello, nos limitaremos a comentar los argumentos en que dicha Sentencia se apoya para llegar a condenar al cumplimiento coactivo del contrato preliminar como efecto de su incumplimiento.

La Sentencia que nos ocupa distingue dos modalidades de precontrato: la primera se da cuando los precontratantes no manifiestan de modo indubitado su intención de quedar efectivamente vinculados por un contrato futuro (en estos casos, si hay incumplimiento se opta por la indemnización de daños y perjuicios); la segunda modalidad se produce cuando las partes prestan su consentimiento para cumplir en el futuro una relación previamente concertada (en este otro caso el incumplimiento podrá dar lugar a una acción tendente a obtener el cumplimiento coactivo). Considera la Sentencia que el convenio de autos debe incardinarse en la segunda de las modalidades expuestas, porque se trata de una relación contractual cuyo objeto es dar eficacia en el futuro a un contrato que contiene ya todos sus elementos propios, y por ello condena a la entidad demandada a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa (condenándose así al demandado al efectivo cumplimiento del contrato). En este punto, la Sentencia adopta, por tanto, la teoría de ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, que, como a continuación veremos, no es la única posición doctrinal válida al respecto.

Del incumplimiento de un contrato preparatorio nace una acción para exigir la conclusión de este contrato completo y definitivo. Y la doctrina discute sobre si esa acción está dirigida a obtener una indemnización de perjuicios por el incumplimiento, o si puede el juez condenar a los resultados que el precontrato perseguía. Para algunos (entre otros, los seguidores de la teoría clásica, antes mencionada, del precontrato), la acción sólo puede ir dirigida a obtener la indemnización por los daños y perjuicios, porque consideran el consentimiento como un acto personalísimo que no puede ser sustituido por la sentencia. ROCA SASTRE, en cambio, entiende que el precontrato da acción para exigir del juez que suministre el resultado que hubiera proporcionado el contrato definitivo, mediante el desarrollo de las bases ya contenidas en el precontrato, salvo que la prestación prometida sea infungible o las líneas básicas sentadas en el mismo sean insuficientes (en semejante sentido, PUIG BRUTAU). A parecidas conclusiones llega DE CASTRO partiendo de la base de que no hay que exigir una nueva declaración de voluntad, puesto que no existen dos contratos sino el desarrollo de dos momentos de una compleja relación contractual; la promesa de contrato produce, pues, la obligación de cumplir lo pactado, pudiéndose condenar al que prometió la venta a la entrega de la cosa y al otorgamiento de la escritura pública. En cuanto al Tribunal Supremo, éste no ha seguido un criterio uniforme al respecto. Inicialmente adoptó la primera de las posiciones expuestas, pero la Sentencia *de 1 de julio de 1950* marcó el comienzo de la dirección contraria, admitiendo el alto Tribunal la ejecución forzosa del precontrato; sin embargo, otras sentencias

posteriores no han seguido esta última dirección.

Estamos, como puede verse, ante un tema muy controvertido en la doctrina y

que no ha sido resuelto definitivamente, tampoco, por la jurisprudencia.

Maria Nélida Tur Faúndez

Reclamación de daños sufridos a una compañía de seguros. Exclusión del pago del impuesto sobre el valor añadido de la cantidad a satisfacer como consecuencia de los daños al ser el perceptor empresario o profesional.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sala de lo Civil).

Sentencia de 27 de enero de 1.992.

Ponente: D. Guillermo Rosselló Llaneras.

Doctrina

“EL I.V.A. es un impuesto que, en definitiva, incide sobre el consumidor final y no sobre los empresarios y profesionales, quienes se constituyen en simples recaudadores al trasladar la carga impositiva a la siguiente fase del proceso productivo, hasta llegar al consumidor final que es sobre quien recae el impuesto y no puede repercutirlo, razón por la cual en la moderna técnica tributaria, este impuesto está conceptualizado como “un impuesto neutro” para los empresarios o profesionales. Este mecanismo deductivo se halla recogido y regulado en el R. D. 2028/1.985, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el IVA, en cuyo artº 64 se establece que el derecho a la deducción “nace en el momento en que se devengan las cuotas deducibles”—igualmente conocidas como cuotas soportadas—, disponiendo el siguiente artº 65 que, “en las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada uno de los períodos de liquidación, los sujetos pasivos podrán deducir globalmente el montante total de las cuotas deducibles soportadas en dicho período del total importe de las cuotas del impuesto devengadas durante el mismo período de

liquidación, como consecuencia de las entregas de bienes o prestaciones de servicios por tales sujetos pasivos realizadas”. Pero aún en el supuesto de que el empresario o profesional, que ha soportado el impuesto, no pudiera desarrollar, en el mismo período impositivo, actividad mercantil o profesional alguna, tampoco tendría que absorber la carga de este Impuesto, porque el artº 84 del Reglamento se prevé que los sujetos pasivos que no hayan podido efectuar las deducciones originadas en un período de liquidación, por el procedimiento previsto en el citado artº 65, por exceder continuamente la cuantía de las mismas de la de las cuotas devengadas, tendrán derecho a solicitar la devolución del saldo a su favor existente en 31 de diciembre de cada año. En definitiva, pues, se puede afirmar que, en el particular supuesto contemplado, sea cual fuere la actitud de asegurado, tanto activa como pasiva, con respecto a la reposición de bienes y elementos que permitan el reinicio de la actividad mercantil, en ningún caso tendría la consideración legal de “contribuyente”, que es, según el artº 31 de la Ley General Tributaria, “la persona natural o jurídica a quien la Ley impone la carga tributaria

derivada del hecho imponible", y, en lógica consecuencia, no tiene derecho a percibir cantidades derivadas de liquidaciones tributarias que únicamente le afectan como sujeto pasivo pero no como contribuyente, ya que, en caso contrario, se produciría un injusto enriquecimiento a favor del asegurado."

Comentario

El supuesto de hecho que aborda la sentencia que analizamos es el de un empresario dedicado al alquiler de yates de recreo que reclama contra una compañía de seguros para que le indemnice por los daños causados en una de sus embarcaciones por un asegurado de dicha compañía. Dicha reclamación incluye, junto al coste de la reparación, la cantidad que corresponde al I.V.A..

Puede parecer que la resolución comentada trata el Impuesto sobre el Valor Añadido desde un vertiente singular y atípica, pero lo cierto es que el problema en cuestión puede presentarse en multitud de ocasiones, aunque los interesados no suelen reparar en su importancia y ni siquiera formulan las pertinentes alegaciones. En efecto, el problema que resuelve esta sentencia se plantea siempre que: 1º) Se solicite la reparación de un daño patrimonial, no meramente moral; 2º) Consista el daño en la pérdida o deterioro de un bien del actor, incluida su propia salud o integridad física (daño emergente) o en la no entrada del mismo en su patrimonio (lucro cesante), siempre que se cuantifique mediante la aplicación del valor de adquisición de un bien de la misma especie y calidad o del precio de la prestación destinada a la reparación de los desperfectos ocasionados; 3º) Los contratos de venta de dicho bien o de

prestación de tal obra o servicio de refacción estén sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido; 4º) El demandante sea un empresario o profesional.

La solución dada por esta sentencia al caso enjuiciado nos parece del todo acertada. En una breve exégesis de lo que es el Impuesto sobre el Valor Añadido y su carácter, constata su naturaleza indirecta y neutra, y concluye estableciendo que al ser el asegurado un empresario, y como tal poder deducir las cuotas de I.V.A. soportadas de las repercutidas por él a sus clientes, compensándolas o solicitando a Hacienda su devolución, se produce una recuperación de dicha cantidad vía deducción, compensación o devolución, por lo que su pago no le supone un gasto. Por ello, tal y como acertadamente establece la sentencia comentada, en el caso de que al empresario reclamante se le abonara la cantidad reclamada en concepto de daños, más el correspondiente I.V.A., al poder recuperar posteriormente el actor la cantidad cobrada en concepto de I.V.A., se produciría un enriquecimiento injusto en su favor, ya que se habría beneficiado en la cantidad correspondiente a dicho impuesto en la referida operación.

Sin embargo, aunque lo anteriormente expuesto es plenamente aplicable al supuesto de hecho de la sentencia, no es aplicable a todos los casos, sino que el problema planteado tendrá diferente solución según el régimen del Impuesto sobre el Valor Añadido a que se halle sometido, bien obligatoriamente, bien por opción, el actor empresario o profesional.

En efecto, si el actor (que debe ser necesariamente un empresario profesional, ya que de lo contrario no se plantea este problema) se halla sometido al régimen general del Impuesto sobre el Valor Añadido, la solución debe ser la

contemplada en la sentencia, pero si no se halla sometido a dicho régimen, la solución puede no ser la misma.

El Título V de la Ley del Impuesto Sobre el Valor Añadido regula diferentes regímenes especiales: régimen simplificado, régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, régimen especial de los bienes usados, régimen especial de los objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, régimen especial de las agencias de viajes y los regímenes especiales del comercio minorista, que son el régimen especial de determinación proporcional de las bases imponibles y el régimen especial del recargo de equivalencia.

Si el actor se halla sometido al régimen especial de los bienes usados, al de los objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, al de las agencias de viajes, o es un comerciante minorista adscrito al régimen especial de determinación proporcional de las bases imponibles, la solución establecida en la sentencia sigue siendo perfectamente válida, si bien con algún insignificante matiz que no viene al caso comentar.

Pero si el demandante se halla sometido al régimen simplificado, al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, o es un comerciante minorista sometido al régimen especial del recargo de equivalencia, la solución a que llega la sentencia comentada no sería plenamente aplicable en algunos supuestos.

Así, si el empresario actor tributa por el régimen simplificado, ello supone que la cuota a ingresar en concepto de I.V.A. se determina a través la estimación objetiva mediante signos, índices o módulos, con la particularidad de que si la cuota real fuere superior, será exigida por la Administración sin sanciones ni intereses

de demora. Por ello, en principio parece que podría aplicarse la solución establecida en la sentencia que comentamos. Sin embargo, en el caso de que la cuota a ingresar determinada por signos, índices o módulos sea superior a la real, al no poder el sujeto pasivo recuperar todo el I.V.A. soportado, debería, en el supuesto de hecho de la sentencia, serle satisfecha la cantidad reclamada más el I.V.A., ya que si no se hiciera así, ese I.V.A., sería para él un gasto.

Si el empresario actor tributa en el Impuesto sobre el Valor Añadido en el régimen especial de agricultura, ganadería y pesca, el sujeto pasivo no puede deducirse las cuotas soportadas, ni tampoco repercute el impuesto en sus operaciones, teniendo únicamente derecho a obtener de sus clientes en ciertos casos una compensación a tanto alzado deducible para éstos, ya que, según lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley del I.V.A., los sujetos pasivos acogidos a este régimen gozan de una suerte de exención plena con estimación porcentual sobre el volumen de las cuotas soportadas, pudiéndose de esta forma calificar de deducibles dichas cuotas, aunque la deducción y recuperación de las mismas se cumpla a través de un procedimiento específico y peculiar. Por ello, podemos decir que en general será aplicable la solución establecida en la sentencia comentada, si bien no de forma tan clara como con el régimen general, ya que en algunos casos particulares, dicho I.V.A. no podrá ser recuperado en su totalidad.

Por último, queda por analizar el caso más claro: el del comerciante minorista adscrito al régimen especial de recargo de equivalencia.

Si nos encontramos ante un actor acogido a cualquiera de los dos anteriores

regímenes especiales, tal como hemos visto, deberemos analizar cada caso en particular para saber exactamente si es aplicable la tesis establecida establecida en la sentencia comentada, aunque en general podemos decir que desde un punto de vista práctico y para evitar farragosas discusiones en cada caso concreto sobre si resulta recuperable todo el I.V.A. soportado o sólo parte de él, la tesis establecida en la sentencia es, en general, perfectamente aplicable.

Sin embargo, si el demandante es un comerciante minorista adscrito al régimen de recargo de equivalencia, la solución adoptada en la sentencia comentada no será de aplicación, ya que los minoristas acogidos a este régimen soportan de sus proveedores la repercusión de una cuota compleja que incluye el llamado recargo de equivalencia, y no pueden deducir las cuotas soportadas ni están obligados a la liquidación ni al pago del I.V.A. por sus operaciones comerciales sujetas a este régimen especial, aunque deben especificarse el I.V.A. en las facturas que han de emitir por sus operarios para otros sujetos pasivos. Por ello, las cuotas soportadas no son deducible (Vid. artículo 64.3 de la Ley del I.V.A.), por lo que éstos deben reputarse mayor coste de

adquisición. Resulta pues, claro, que si el empresario actor se halla acogido a este régimen, nunca será aplicable la tesis establecida en la sentencia comentada, por cuanto, si privamos al actor del I.V.A. correspondiente a la cantidad que tiene derecho a percibir, le estamos perjudicando, ya que, para adquirir el bien que sustituya al perdido o obtener la reparación del deterioro padecido, deberá satisfacer un I.V.A. que para él es un gasto, dado que no puede recuperarlo.

En definitiva, la doctrina mantenida por la resolución comentada es plenamente aplicable a los casos en que, como ocurre en el de la sentencia comentada, el actor sea un empresario o profesional adscrito al Régimen General del Impuesto sobre el Valor Añadido; aplicable con pequeñas matizaciones, según hemos visto, cuando esté sometido a alguno de los regímenes especiales; y, en nuestra opinión, no debería aplicarse en el caso de que el actor sea un empresario dedicado al comercio minorista y adscrito al régimen especial de recargo de equivalencia, aunque, eso sí, deberá ser el mismo actor quien demuestre al juzgador que se halla en dicha circunstancia, puesto que al él le corresponde, en definitiva, la prueba del daño efectivamente sufrido.

Juan Antonio Arbona Femenía





Universitat de les Illes Balears