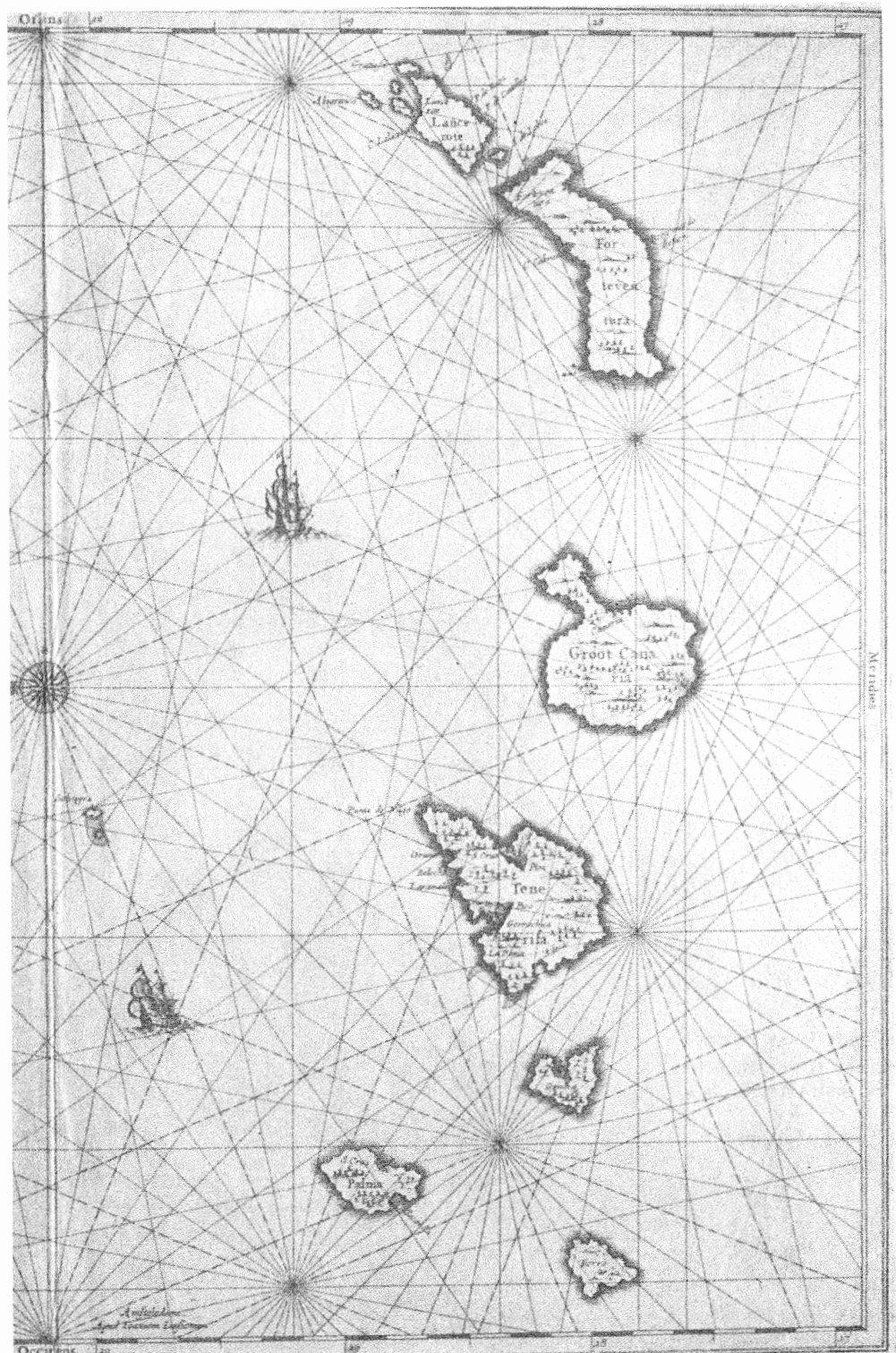


Revista del Foro Canario

81

Las Palmas de Gran Canaria, 1991



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Segundo Franco Vega

Diputado Primero

Jaime Santana Castellano

Diputado Segundo

Serafín García Zumbado

Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora

Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz

Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto

Diputado Sexto

Jaime Rubio López

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

José María Palomino Martín

Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIV

Enero - Abril

1991-I

SUMARIO

Págs.

“Los emigrantes y las nuevas leyes sobre nacionalidad y pensiones contributivas” por don VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA 9

“El empresario individual de responsabilidad limitada” por don SANTIAGO RIVERO ALEMÁN 23

“La reforma penal de la Ley 3/89, la nueva prisión por deudas” por don JOSÉ VICENTE REIG REIG 41

“Estudio comparado de la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985 de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por razón de productos defectuosos y la Ley nacional 26/84 de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores. Posibilidad y alcance de la aplicación de la Directiva Comunitaria en España” por don ÁLVARO LATORRE LÓPEZ 85

	Págs.
<i>“Aproximación a algunos aspectos de la Ley 19/1989”</i> por don RAFAEL TRUJILLO PERDOMO	105
<i>“La responsabilidad patrimonial de la administración”</i> por don FERNANDO MARTÍN GONZÁLEZ	131

LOS EMIGRANTES Y LAS NUEVAS LEYES SOBRE NACIONALIDAD Y PENSIONES CONTRIBUTIVAS

VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA
ABOGADO

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.
2. TRATAMIENTO A LOS EMIGRANTES ESPAÑOLES EN LA LEY ESTATAL 18/1990, DE 17 DE DICIEMBRE, DE NACIONALIDAD.
3. TRATAMIENTO A LOS EMIGRANTES ESPAÑOLES POR LA LEY ESTATAL 26/1990, DE 20 DE DICIEMBRE DE PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS.
4. CONCLUSIÓN.

1) ANTECEDENTES

El contenido de la Ley de Reforma del Código Civil en materia de Nacionalidad y la que establece, en la Seguridad Social, prestaciones no contributivas, fueron objeto de profundo debate de la reunión de la Comisión Permanente del Consejo de Entidades Canarias en el Exterior celebrada el 15 de febrero en Caracas.

La consideración de que las indicadas leyes, en sus textos definitivos, no resuelven situaciones concretas del mundo de la emigración, no cumpliendo, por tanto, las expectativas de los emigrantes, justificó, a la vista de los informes jurídicos examinados, del Asesor y del Jefe del Servicio de Estudios de la Presidencia, el que se acordara solicitar la intervención del Gobierno, del Parlamento de Canarias, del Instituto y del Consejo de la Emigración para obtener aquellos pronunciamientos necesarios para suplir las omisiones detectadas en esta nueva normativa.

En nuestra conferencia “Canarios en Venezuela”, editada en agosto de 1990 por el Hogar Canario Venezolano de Caracas, decíamos: “La posibilidad de disfrutar pensiones no contributivas, para quien no hubiera podido cotizar, y la simplificación de los trámites de Nacionalización, son objetivos —en estos momentos— a cumplimentar”.

En ambas Normas, y al momento de anunciarse su tramitación parlamentaria, pusieron nuestros emigrantes y concretamente, los residentes en Venezuela, grandes esperanzas para solucionar, especialmente, situaciones de necesidad. Sin embargo, la presentación inicial de ambos proyectos, produjo la más profunda decepción, y, aunque a lo largo de la tramitación, y a la vista de algunas enmiendas, renacieron las esperanzas, es cierto que el texto final no las satisface, ya que, por ejemplo, la percepción de la pensión no contributiva —tan necesaria en Venezuela donde ha existido un Régimen de Seguridad Social de afiliación voluntaria, por ello poco utilizado— se declara incompatible con la residencia, fuera de España, durante algún tiempo, por lo que, prácticamente, y aparte de tenerse que cumplir los requisitos de edad, necesidad, imposibilidad de trabajo y carencia de ingresos, obliga al retorno, lo que resulta difícil para el emigrante que ha creado su familia en el país de asentamiento.

En lo que se refiere a la Ley de Nacionalidad, recibe críticas duras por considerarla restringida respecto a los efectos retroactivos concedidos para optar a la adquisición de la nacionalidad española. En relación con ello, es decir, con las limitaciones de esta última ley, José A. Baeza, director de Radio Popular, en trabajo publicado recientemente, señala “que la Ley condena a todos a la desnacionalización, pero después permite salvarlos uno a uno. Pero, además, hay que valorar en la realidad esos preceptos y comprender que una población emigrante de origen español, repartida por ciudades, campos y aldeas, no tiene más que en un grado muy pequeño la posibilidad de realizar un trámite administrativo en su Consulado lejano”.

El conocimiento de los textos definitivos ha provocado una profunda decepción entre los españoles que, por razón de emigración, residen fuera de España, como hemos tenido ocasión de comprobar en la reunión de la Comisión Permanente de Entidades Canarias en el exterior, a la que antes aludíamos.

Por supuesto, al referirnos preferentemente a la emigración a Venezuela, lo hacemos, aparte de ser el país de asentamiento del mayor número de canarios, por celebrarse allí la última reunión de entidades canarias y por plantearse la cuestión por la representación de dicha nación, pero sin exclusión de las dificultades planteadas, y de la necesidad de solucionarlas, a todos los españoles residentes fuera de España.

2) TRATAMIENTO A LOS EMIGRANTES ESPAÑOLES EN LA LEY ESTATAL 18/1990, DE 17 DE DICIEMBRE, DE NACIONALIDAD

2.1. La regulación de la nacionalidad española contenida en el Código Civil, en la versión del mismo que estuvo en vigor durante todo el período franquista, conllevaba la pérdida de la nacionalidad española de nuestros emigrantes, cuando, forzados por la legislación del Estado de acogida, adquirirían la nacionalidad de éste, salvo en el supuesto en que se hubiera previamente suscrito un tratado de doble nacionalidad, circunstancia que no concurría en el país de máximo destino de los emigrantes canarios: en Venezuela.

La Constitución española de 1978, —como señala Alcázar Crevillén en su informe— abrió la esperanza a todos nuestros emigrantes en países iberoamericanos acerca de la posibilidad de recuperar su primitiva nacionalidad española cuando, en su artículo 11.3º, se dispuso lo siguiente:

“El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen”.

La literalidad de este precepto, añade Alcázar, unida a la no prohibición de la retroactividad de las disposiciones ampliatorias de derechos individuales, (artículo 9.3 de la Constitución), hizo pensar a muchos de los españoles de origen que habían perdido su nacionalidad por adquisición de la venezolana, que podrían recuperar automáticamente ésta.

Estas expectativas, sin embargo, se han visto frustradas con la reciente promulgación de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre Reforma del Código Civil en materia de Nacionalidad (BOE nº 302, de 18 de diciembre), que comentamos.

Como no podía ser menos, dado el mandato constitucional al que antes nos referimos, el nuevo artículo 24 de este Código, tras consagrar en su apartado 1 la pérdida de la nacionalidad española por los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación, (transcurridos tres años desde cualquiera de esos dos hechos), en su número dos, excepciona de esa regla general la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, la cual no es bastante para producir la pérdida de la nacionalidad española de origen, salvo en el caso del número 3 del mismo precepto, es decir, cuando el español emancipado renuncie expresamente a la nacionalidad española.

Este precepto, obviamente, permitirá conservar la nacionalidad española a nuestros emigrantes que adquieran a partir de ahora, en el caso de Venezuela, la nacionalidad venezolana sin renunciar expresamente a la nuestra, pero, no es bastante para que puedan recuperar su nacionalidad quienes la perdieron, por esa circunstancia, con anterioridad a la entrada en vigor de esta nueva ley, puesto que la disposición transitoria primera de la misma no otorga efectos retroactivos a esta declaración, sino que, por contra, señala que *“...la pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior, mantiene su efecto, aunque la causa de pérdida no esté prevista en la ley actual”*.

No obstante, se palia en algo la “frustración” de la que veníamos hablando, a través de dos instituciones contenidas en esta misma ley:

— La posibilidad de adquirir la nacionalidad española por residencia en España durante el plazo de un año, reconocida en el artículo 22.2, apartados b) y f), a los que no hubieran ejercitado oportunamente la facultad de optar y al nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.

— Y la facultad que, por plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de la ley, se otorga en la disposición transitoria de la misma a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, de optar por la nacionalidad española, incluso sin que residan en España si es dispensado de este requisito por el Gobierno al tratarse de hijo de emigrante, (artículo 26.1.a)).

Ahora bien, la adquisición de la nacionalidad, en estos dos casos, y como es visto, no es automática, sino a través de una residencia previa o una dispensa del Gobierno.

2.2. Además de lo que acabamos de reseñar, la nueva versión del Código Civil en materia de nacionalidad, ha supuesto también algunas modificaciones importantes respecto al régimen anterior, con incidencia para nuestros emigrantes, y que pueden considerarse también desfavorables para éstos.

Cabe destacar en este sentido las siguientes:

a) Tradicionalmente España, país exportador nato de ciudadanos como consecuencia del fenómeno de la emigración, había mantenido como criterio determinante de la atribución de la nacionalidad española, como nos recuerda Alcázar, el conocido como principio del “ius sanguinis”, en virtud del cual son españoles los nacidos de padre o madre españoles, cualquiera que sea el lugar en que se produzca el nacimiento. De esta forma se conseguía mantener la nacionalidad de los emigrantes españoles y de sus descendientes, mientras no perdieran dicha nacionalidad por adquirir la del estado receptor.

Este principio tradicional del Derecho Civil Español ha recibido un recorte substancial en la nueva Ley, en claro detrimento de la hasta ahora fácil conservación de la nacionalidad española para los nacidos en el extranjero de emigrantes españoles. En efecto, si bien el artículo 17.1.a) sigue declarando como españoles de origen a los nacidos de padre o madre españoles, el número 2 de ese mismo artículo lo condiciona al establecer lo siguiente:

“La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos

causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación”.

El cambio es importante: hasta la entrada en vigor de esta ley, la determinación legal de la filiación respecto del padre o madre españoles producía automáticamente la adquisición de la nacionalidad española de origen. Frente a ello, ahora, si la determinación legal de la filiación se produce después de los dieciocho años de edad, el interesado no es español de origen, sino que simplemente podrá adquirir la nacionalidad española si opta por ella en el plazo de los dos años contados desde aquella determinación y siempre que, además, según establece el artículo 20.c), no haya cumplido veinte años de edad.

Esta nueva regulación, conlleva que los hijos de padre o madre españoles nacidos en el extranjero cuya filiación no se haya determinado antes de que cumplan veinte años, no sólo no son españoles de origen, sino que tampoco pueden optar por la nacionalidad española. Es decir, que desaparece el automatismo anterior, por supuesto, más favorable para el emigrante.

A quienes se encuentren en esta situación, por tanto, tan sólo se les permite la adquisición de la nacionalidad española por residencia de un año en España, legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, con los demás requisitos que establece el artículo 22 del Código.

b) También constituye una novedad la fórmula del artículo 18 de la nueva redacción del Código, de adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado, es decir, por la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, aunque después se anule el título que la originó.

Las notas anteriores se construyen con fundamentos exclusivos en una interpretación estricta de la ley, de la que deducimos, en su conjunto, un trato más desfavorable para el emigrante del que resultaba de la legislación anterior. En definitiva, que, cuando se esperaba de la nueva normativa jurídica un trato más favorable para los españoles residentes en Venezuela, y en general para los residentes fuera de España, respecto a la problemática de la nacionalidad, nos encontramos con un tratamiento, al menos de su estricta aplicación, y en su conjunto, más restringido, aun admitiendo, que, parcialmente, existan normas favorables como la prevista en el artículo 26, para la recuperación de nacionalidad.

En otro informe jurídico examinado por la Comisión Permanente de Entidades Canarias en el Exterior, elaborado por los Servicios de Estudios de la Presidencia del Gobierno Canario, y complementario del antes examinado de Rafael Alcázar, se discute, como veremos a continuación, la posibilidad de que la nueva Ley pueda restringir los derechos anteriormente adquiridos.

En síntesis, el campo de aplicación de la disposición transitoria de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, queda reducido al mantenimiento de la regulación vigente en 1982, respecto a los supuestos de adquisición o pérdida de la nacionalidad española causados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1982; otra cosa significaría atribuir eficacia retroactiva desfavorable, en contra de lo dispuesto en el artículo 9.3 CE, a la propia disposición transitoria de 1990.

Como dato significativo en este análisis, hay que hacer notar, como señala el indicado informe del Servicio de Estudios, que, a partir de la Ley de 1982, se diferencia, en materia de nacionalidad, un estatuto jurídico privativo de los emigrantes, cuyos elementos más relevantes son los siguientes: no se pierde la nacionalidad española por adquisición de otra, si se justifica que tal circunstancia se ha producido por razón de emigración; la recuperación de la nacionalidad por los emigrantes está dispensada del requisito de residencia previa en España y, por último, la recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes queda dispensada también de la renuncia a la nacionalidad extranjera, conforme establece la disposición transitoria de la Ley de 1982.

Debe notarse que esta Ley de 1982, de modificación del Código Civil, implícitamente admite la pérdida de la nacionalidad española por emigración anterior a su entrada en vigor, con lo que viene a excluir en este particular la aplicación de la disposición transitoria primera del Código Civil.

En la Ley de 1990 se mantiene el estatuto del emigrante, pero —como hemos visto— con una protección más debilitada. No hay más que ver la redacción de 1982 del artículo 26 del Código Civil y la expresada en la Ley de 1990. En la primera, se dice que el requisito de la residencia para recuperar la nacionalidad española *será* dispensado por el Ministro de Justicia a los españoles emigrantes que justifiquen tal condición. La dispensa, pues, se configura, en este caso, Ley de 1982, como un acto reglado, en contraposición con el régimen de los no emigrados, para los que expresamente se predica su naturaleza discrecional, la Ley de 1990, en cambio, se pronuncia sobre el mismo tema de la siguiente manera: cuando se trate de emigrantes o de hijos de emi-

grantes, este requisito de residencia legal en España *podrá* ser dispensado por el Gobierno. Como puede apreciarse, se introduce la valoración discrecional en toda su amplitud y se politiza la decisión sobre la dispensa atribuyéndose su competencia al Gobierno.

El desarrollo de la Constitución debe merecer críticas en cuanto no ha profundizado en el espíritu del texto fundamental reflejando las consecuencias de la concepción de la nacionalidad como derecho subjetivo fundamental. Críticas que deben agudizarse respecto a la modificación de 1990, por lo que tiene de regresiva, según hemos señalado; parece que las precisiones técnicas que venía a llenar, son sólo, en realidad, el resultado de una evaluación de las consecuencias de la reforma con una reorientación hacia políticas de control demográfico, concordantes con el tratamiento del régimen de extranjería.

En resumen, es posible —añade el informe del Servicio de Estudios— tener dos versiones de la regulación de la nacionalidad en relación con los residentes en Venezuela. La primera deriva de la aplicación directa de la cláusula constitucional de doble nacionalidad automática y del régimen de derecho transitorio previsto en el Código Civil; según esta versión, los españoles que se hayan asentado en Venezuela no habrán perdido su nacionalidad española. La segunda se desprende de la regulación legal, en virtud de la cual la nacionalidad española se habría perdido, pero cabría recuperarla sin residencia legal en España y sin renuncia a la nacionalidad venezolana. En estos términos, la recuperación de la nacionalidad española, prácticamente, constituiría una declaración administrativa con efectos hacia el Registro Civil, puesto que concebida con otro sentido, sobre todo en lo que afecta a la dispensa del requisito de residencia, supondría una contradicción con la doble nacionalidad automática que establece la Constitución.

En cuanto al cumplimiento de los objetivos pretendidos por la Emigración, en síntesis, y principalmente, la recuperación por el emigrante de la nacionalidad española, en los casos que la hubieran perdido por la adquisición de la nación de asentamiento, o la adquisición por sus hijos, parece oportuno, en primer término, y buscando soluciones sencillas, alejándonos de complicadas batallas jurídicas, acudir a las previsiones de la ley, aun aceptando las limitaciones reseñadas, y en el supuesto de recuperación, y por aplicación del artículo 26, solicitarlo, declarando, ante el Encargado del Registro Civil, la voluntad de recuperar la nacionalidad española y su inscripción, pidiendo, simultáneamente, ser censado por el Gobierno, de residir en España.

En el caso de adquisición de la nacionalidad por los hijos del emigrante, estarían exentos de complicación si tuvieran menos de 18 años, y de tenerlos, y no haber cumplido los 20, aun perdiendo la anterior automaticidad, basta con formular la correspondiente opción. Sólo en el caso de rebasar los 20 años, se complicaría la cuestión al exigirse 1 año de residencia en España.

En nuestra opinión, y para evitar las complicaciones a las que antes aludíamos, el acudir a un pronunciamiento de los Tribunales, debe quedar pendiente para los supuestos de que —impidiendo la adquisición o recuperación de la nacionalidad— no se dispensara el requisito de la residencia en España, con fundamento, además, “en que el requisito de la dispensa está —tal como hemos visto anteriormente— en contradicción con la doble nacionalidad automática que establece la Constitución”.

En todo caso, debemos tener en cuenta, como nos dice el artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la Constitución es la Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, que, por otra parte, están obligados, cuando consideren, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Carta-Magna, a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979 y, ello, además, sin perjuicio de que sea causa suficiente para fundamentar un recurso de casación, el alegar la infracción de precepto constitucional.

3) TRATAMIENTO A LOS EMIGRANTES ESPAÑOLES POR LA LEY ESTATAL 26/1990, DE 20 DE DICIEMBRE DE PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

En la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, (BOE nº 306, de 22 de diciembre), tampoco se ha dado muchas facilidades a los emigrantes españoles para que puedan disfrutar de este nuevo tipo de pensiones, lo cual resulta especialmente grave respecto a los residentes en Venezuela dado que, en este país, la Seguridad Social, ha tenido carácter voluntario, por lo que muy pocas personas se acogieron al sistema y existen numerosos emigrantes españoles que, en consecuencia, no tienen derecho a pensiones contributivas derivadas de cotizaciones previas a un Seguro Social.

La nueva ley establece las modalidades no contributivas de las pensiones de invalidez y jubilación en la cuantía que se fije cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, divididas en 14 pagas, y que, para el primer año, se ha fijado en 364.000 ptas./anuales.

En cuanto a la pensión de invalidez no contributiva, para aquellos a los que no corresponde las de la Seguridad Social, se reconoce el derecho a la misma a las personas que sean mayores de 18 años y menores de 65, estén afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica en grado igual o superior al 65% y carezcan de rentas o de ingresos suficientes, entendiéndose como insuficientes aquéllos que, en conjunto anual, sean inferiores a la cuantía de la pensión misma.

Sin embargo, estas pensiones, que tanto podrían aliviar a los más necesitados de nuestros emigrantes, no están previstas para ellos, puesto que, como requisito indispensable, se exige el de residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales, dos, deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.

Algo similar ocurre respecto a los beneficiarios de la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, pudiendo ser tales, quienes, siendo mayores de 65 años de edad, carezcan de rentas o ingresos en cuantía superior a la de la propia pensión y residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de 16 y la de devengo de la pensión, de los cuales dos deben ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación.

Precisamente acreditando la necesidad de aplicar ayudar excepcionales, el Gobierno de Canarias, considerándolo como expresión de una deuda social contraída con su emigración en Venezuela, que, durante años, y desde aquel continente, contribuyó, con sus recursos, al desarrollo económico del Archipiélago, ha entregado este año, recientemente, subvenciones excepcionales a 480 emigrantes que, por carecer de ingresos, y estar impedidos para el trabajo, se encontraban en difícil situación de necesidad.

En todo caso, hay que hacer hincapié en el carácter no contributivo de estas prestaciones, que nos lleva a tener en cuenta dos elementos fundamentales: su financiación no es a cargo de las cuotas de los asegurados, según figura en la disposición adicional octava de la propia Ley 26/1990, de 20 de diciembre; por otro lado, se enmarca en el sistema de la Seguridad Social, aun con singularidades, lo que nos remite al principio de universalidad de cobertura

reconocido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966.

A partir de estas premisas señala el Informe del Servicio de Estudios de la Presidencia, se puede entroncar la ley con el artículo 41 de la Constitución Española, pero en el entendimiento de un sistema de Seguridad Social que cubre también funciones asistenciales, en conexión con los artículos 49, 50 y 53.3 de la propia Constitución. Concebido el sistema en su integridad es como pueden analizarse los mecanismos no contributivos de cobertura de las situaciones de invalidez y jubilación, como elementos incorporados al derecho al régimen público de Seguridad Social.

La ley, sin embargo, limita, a los efectos que aquí nos interesan, a los españoles necesitados residentes fuera de nuestra nación, el ámbito subjetivo de la cobertura, al exigir el requisito de residencia actual en España, con el añadido de haber residido cinco años, dos de los cuales serán inmediatamente anteriores a la solicitud de pensión, en el caso de los de invalidez, y diez años a partir de los dieciseis, de los cuales dos inmediatamente anteriores a la solicitud, para el supuesto de la jubilación.

Con tales preceptos se excluye a los españoles no residentes en España o a quienes residan legalmente en ella sin tener acreditados los períodos de residencia prescritos.

Evidentemente, ello supone una desigualdad de trato, cuya legitimidad sólo podrá admitirse si existe una justificación objetiva y razonable; en caso contrario, constituiría una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución Española.

Tal justificación podría venir dada por darse en el sistema integrado de la Seguridad Social una exclusión análoga operada sobre los españoles no residentes que afectase a todos los regímenes de cobertura. Y es cierto que, en términos generales, rige en este campo el principio de territorialidad; pero también es cierto que la previsión social contributiva de los españoles no residentes puede quedar a cargo del sistema propio del país en que desarrollen su trabajo, por vía de un convenio bilateral, con independencia en este caso de que hubiese ratificado los convenios 19 y 97 de la OIT.

Precisamente, en el caso de Venezuela, se ha suscrito un convenio de Seguridad Social de 12 de mayo de 1988, por el que, sustancialmente, los nacionales de cada parte residentes en el territorio de la otra quedan acogidos a la

cobertura de seguridad social de ésta, computándose, a estos efectos, las cotizaciones que hubiesen efectuado en la propia.

Orientada la cuestión de esta forma, los términos de comparación no habría que plantearlos entre residentes y no residentes a la hora de percibir prestaciones no contributivas, sino entre potenciales beneficiarios de prestaciones contributivas y no contributivas residentes en Venezuela. ¿Por qué sólo perciben pensión en esta nación los cotizantes, mientras que en España, además de los que han cotizado, la perciben los que carecen de cotización?

De este modo, con invocación del principio de igualdad entre los españoles residentes en Venezuela, cabría reclamar del Gobierno de la nación el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 7.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley de pensiones no contributivas. Pero, en este caso, el establecimiento de las medidas de protección social pública en favor de españoles no residentes, de acuerdo con las características de los países de residencia, no constituiría una potestad discrecional, como establece el precepto con carácter general, sino una exigencia ineludible para no vulnerar el derecho a la igualdad entre los españoles residentes en Venezuela.

Habida cuenta que el objetivo a cumplimentar es que los españoles necesitados, residentes fuera de España, puedan solventar sus necesidades a través de estas pensiones, al carecer de ingresos y estar imposibilitados para el trabajo, se precisa, con carácter previo al inicio de cualquier reclamación judicial —que estaría fundamentada en infracción de precepto constitucional como vimos en el apartado anterior— una acción coordinada de todos— Gobiernos y Parlamentos Regionales, Entidades en el Exterior, Instituto de Emigración, etc., conducentes, en el caso de Venezuela, como primer paso, para que el Gobierno de la nación, con carácter de urgencia, conforme se establece en la propia ley, en el marco de los sistemas de protección social pública, establezca medidas en favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia y todo ello, para evitar discriminaciones ante idénticos supuestos de necesidad.

Sólo para el improbable caso de que fracasara esta petición, sería aconsejable acudir —con los argumentos antes expuestos— a obtener los correspondientes pronunciamientos judiciales.

4) CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto anteriormente, y como resumen, podríamos decir que el mundo de la emigración espera que en posibles y necesarias normas complementarias, que desarrollen, interpreten, y apliquen estas dos importantes leyes, y con total respeto a la Constitución Española, y con solidaridad, sirvan para resolver cuestiones de tan vital importancia como las actualmente planteadas respecto a nacionalidad y ayudas en caso de necesidad.

EL EMPRESARIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

SANTIAGO RIVERO ALEMÁN

ABOGADO
ECONOMISTA-AUDITOR
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES

ÍNDICE DE MATERIAS

1. CONFIGURACIÓN DE LA EMPRESA Y EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.
 - 1.1. Introducción.
 - 1.2. El patrimonio separado como categoría jurídica autónoma.
2. LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.
 - 2.1. Problemática que plantea y estado actual de la doctrina.
 - 2.2. Planteamiento de la responsabilidad limitada como alternativa a las sociedades de un solo socio.

3. LAS SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO.
 - 3.1. Validez de las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada.
 - 3.2. El empresario individual en la legislación europea. Especial referencia a la XII Directiva Comunitaria.
4. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 21 DE JUNIO DE 1990.
5. CONCLUSIONES.

1. CONFIGURACIÓN DE LA EMPRESA Y EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1.1. Introducción

Hemos de recordar aquí las distintas posiciones mantenidas por la doctrina para justificar la existencia del empresario y su beneficio, en el ámbito de la economía de mercado, también llamada capitalista. El profesor Fernández Pirla en su obra *Economía de la Empresa* recoge esta distinción en base a dos aspectos característicos: el empresario como coordinador de los factores de producción a los que retribuye y el empresario en cuanto asume un riesgo en el ejercicio de la actividad empresarial.

Es esta última faceta la que nos interesa, en desarrollo del tema o cuestión que nos ocupa. El ejercicio honesto de la actividad empresarial puede dar lugar a situaciones injustas para su titular quien, por infortunio sobrevenido encuadrable en el caso fortuito o fuerza mayor, sufre su ruina patrimonial ante las responsabilidades que el ordenamiento jurídico le impone en su actividad empresarial. Bien es verdad que también se dan situaciones escandalosas en sentido contrario. Cuando a través de distintas fórmulas y subterfugios fraudulentos se intenta evadir las responsabilidades penales y civiles.

El no afrontar decididamente la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario bajo unos parámetros adecuados da lugar a la ocultación patrimonial por parte del sujeto afectado utilizando la apariencia jurídica de terceros que sirven como testaferros en el ejercicio de empresa que no les

corresponde. Recuérdese igualmente la existencia de sociedades “vacías” y preordenadas a un solo socio tal cual ha ocurrido con la figura del derecho alemán conocida por “Strohmannengesellschaften”. Por ello, el empresario que ha decidido evitar la afectación del patrimonio personal y familiar a las results de su negocio emprende, mediante diferentes vías, una empresa individual bajo forma social.

Como ejemplo significativo, el derecho alemán ha permitido la existencia de diferentes fórmulas, llegándose incluso a la constitución de sociedades que ofrecer a un eventual y futuro adquirente interesado en la sola adquisición de la apariencia societaria.

1.2. El patrimonio separado como categoría jurídica autónoma

Una de las modalidades de configuración de la empresa individual de responsabilidad limitada se logra mediante la consideración de la existencia de un “patrimonio separado” o destinado a un fin. Esta hipótesis surge como reacción a las múltiples formas y complejas implicaciones jurídicas de la solución mediante la sociedad de un solo socio.

La primera solución legislativa surge en Liechtenstein, en el Código Civil de este Principado de 1926, arts. 834 y 896, creador del concepto de autonomía patrimonial. Su defensor doctrinal ha sido Carry, en un trabajo de 1928, reelaborado por el mismo autor unos treinta años después en un trabajo para la Asociación Henri Capitant. Afirmaba el autor que la responsabilidad limitada vía exclusión de cierto patrimonio o, lo que es lo mismo, mediante la afectación al cumplimiento de las obligaciones del patrimonio empresarial y no del personal o familiar, se basa en la reacción contra las sociedades de garantía limitada que daban origen a “prácticas reprobables que todo legislador debía cortar”, ante la evidente deformación de la Sociedad Anónima.

Resulta curioso observar la atención que ha merecido el fenómeno para los tratadistas latinoamericanos, tales como el Prof. Organy (Buenos Aires, 1948), Marcondes Machado (Sao Paulo, 1958) y Mora Rodríguez (Montevideo, 1952), entre otros. En los últimos cuarenta años han aparecido numerosos proyectos de ley en muchos países de Sudamérica con la finalidad de admitir la empresa individual de responsabilidad limitada, suscitando un gran interés y, por contagio, transmitiendo esta inquietud a la literatura jurídica española y portuguesa. Así, en España se han ocupado de esta cuestión: García Álvarez (*La “O.I.” persona jurídica mercantil de fisonomía unipersonal*, 1944), Marín Lázaro (*La Sociedad de un socio y el problema de la limitación de respon-*

sabilidad en la empresa, 1947), Trias de Bes (*La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales*, 1948), Valls Taberner (*Hacia la limitación de la responsabilidad de la empresa individual*, 1952 RJC); Vicente y Gella (*La responsabilidad limitada en la empresa individual*, RDM, 1953), Jordano Barea (*La sociedad de un solo socio*, RDM, 1964), Langle (*Manual de Derecho Mercantil Español*, 1950) y Aparicio Ramos, entre otros (*Para un estudio de la sociedad anónima unipersonal*, 1961).

Entretanto, en Gran Bretaña, domina una idea contraria a la limitación de la responsabilidad del empresario individual, incluso cuando se adoptan formas societarias para servir de pantalla a los intereses unipersonales. Es evidente esta posición a través de la transcripción de conceptos y formularios recogidos por algunos autores como Atiyah (*Thoughts on company Law Philosophy*, 1965. *The Lawyer*) y Rice (*Company or one man company*, 1964. *Journal of Business Law*).

La opción práctica más sencilla está unida a la gran dificultad para admitir el instituto de la responsabilidad limitada del empresario individual sin acudir a la ficción o ropaje societario, si bien la doctrina italiana ha venido considerando nuevamente la oportunidad de recurrir a la limitación de la responsabilidad empresarial individual creando una figura a propósito. Para ello se recurre a la autonomía de un patrimonio de destino.

Esta alternativa no está exenta de ciertas dificultades por cuanto es necesario, previamente, delimitar el concepto patrimonio, utilizado unas veces en el sentido de abarcar a un complejo o suma de derechos y deberes que tienen como titular a la persona, e impropriamente en otras, se le distingue como conjunto de bienes; tal es el sentido del Art. 2.740 del C. Civil italiano y 1.911 del Código Civil español.

Otra cuestión a resolver es si pueden existir varios patrimonios que tengan un mismo sujeto. Dice Ripert al efecto que “... chaque personne ne peut avoir qu’un seul patrimoine”. El patrimonio así se entiende como una unidad y universalidad; en cambio, para admitir el patrimonio separado o de destino, en cuanto a dilucidar su afección a la responsabilidad por el ejercicio de la actividad empresarial, es necesario reconocer la “sub specie universitatis” del patrimonio, tal cual ha ocurrido con el Art. 509 del C. Civil italiano de 1865 que regulaba el usufructo de un patrimonio o parte de él. Así, una vez superada la concepción del patrimonio como proyección del sujeto, surgen hipótesis referidas a situaciones encuadrables en la modalidad de los patrimonios de des-

tino, tal cual sucede con el patrimonio del ausente, el patrimonio sin titular o la herencia yacente.

Afirma el Prof. Angelo Grisoli, de la Universidad de Pavia (*Las sociedades de un solo socio*, Padua 1971), que el recurso a la “universitas” no sirve de mucho para explicar el fenómeno de varias masas patrimoniales que tienen como titular a una misma persona. Propone analizar el problema bajo otra perspectiva, como hace Costi (*La titolarità di piú imprese*, Archivo Jurídico de la Universidad de Modena, vol. XXXV, 1964). En esta depuración del concepto patrimonio separado se evidencia que no hay unanimidad en la doctrina por cuanto no es lo mismo la figura afín del derecho alemán conocida por “Sondervermögen” con el concepto de patrimonio separado elaborado por la doctrina italiana. En la doctrina alemana este patrimonio separado puede referirse, bien a un núcleo patrimonial sustraído a la administración de su titular, o a bienes reservados para responder ante determinados acreedores o a aquellas relaciones jurídicas patrimoniales que provienen de un sujeto distinto del actual titular, cuales son los bienes hereditarios.

La tesis del patrimonio como materialización de la limitación de la responsabilidad del empresario está ligada al conjunto patrimonial de afectación en garantía de los acreedores. Así, cabe hablar de patrimonio separado “stricto sensu”, o cerrado, y patrimonio abierto. El primero de ellos representa la exclusión del restante patrimonio del sujeto a la acción de los acreedores; en cambio, en la segunda acepción, el patrimonio no afecto responde, en ciertos supuestos e ilimitadamente, en vía subsidiaria.

Para las distintas corrientes doctrinales se marca la existencia del patrimonio separado, existente en el derecho positivo de las distintas legislaciones influenciadas por el Derecho Romano, poniendo un acento en la finalidad, disponibilidad y garantía especial. Así, Pugliatti exige que para que haya separación ha de existir una finalidad distinta cada vez que se produce el hecho que la motiva: quiebra, patrimonio del ausente y otros. Según Pino, para que el intérprete pueda identificar el patrimonio separado se ha de partir de la disponibilidad del mismo y de la garantía ilimitada que signifique para los acreedores; así, cabe considerar la dote, el patrimonio familiar, el naval, el patrimonio del quebrado, la herencia renunciada y los bienes dados en garantía real. Mes-sineo considera existente un patrimonio separado cuando un determinado grupo patrimonial esté limitado en cuanto a la garantía o afección ante terceros.

De lo expuesto se desprende que no existe unidad en cuanto a la naturaleza conceptual del patrimonio separado, encontrando plurales situaciones y

alusiones al concepto en régimen de heterogeneidad. Depende del criterio de individualización que se escoja para darse cuenta, en cada caso, que una base dogmática para sustituir la limitación de responsabilidad de la empresa individual no ha sido ciertamente satisfactoria por los estudios y realidad en el pasado reciente. La limitación de responsabilidad en atención a un patrimonio separado o de destino, ha afirmado el Prof. Grisoli, tropezaría con grandes dificultades en el ordenamiento jurídico, añadiendo que sería más sencillo atribuir personalidad jurídica a la empresa como ente, en este caso, subjetivo, distinto del empresario, aspecto que contemplaremos a continuación.

2. LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

2.1. Problemática que plantea y estado actual de la doctrina

Basado en la estimación de viabilidad de los patrimonios separados o de destino y en base a los estudios de O. Pisko —que ha servido de modelo al legislador de Liechtenstein—, se aspira a diferenciar la responsabilidad patrimonial de la empresa, objetivando el concepto y deslindándolo de la responsabilidad del sujeto o empresario, incluso afectando solamente parte del mismo. La puesta en marcha de un proyecto que pretende limitar la responsabilidad patrimonial del empresario individual, como tal sujeto, tropezaría con graves dificultades por la difícil incardinación del concepto entre principios generales de responsabilidad individual y la dificultad que encierra el deslindar las distintas masas patrimoniales. Éste es el criterio sustentado por los autores que realzan el concepto empresa ante el que, a su juicio, cede el concepto empresario o titular de la empresa. Éste es el parecer, además, de Rotondi (*Per la limitazione della responsabilità mediante fondazione di un ente autonomo*).

Así, en el proyecto de Pisko, dentro de los tres meses de la solicitud de inscripción en el registro de empresas, el peticionario debe presentar al tribunal (en cuya circunscripción se haya solicitado el registro) una “declaración de destino” del patrimonio que compone el conjunto de relaciones de la empresa, con importe equivalente al capital mínimo exigible. De este modo, se ha insistido por el mercantilista austriaco en partir de un patrimonio separado, repeliendo la idea de recurrir al concepto de personalidad jurídica en su constitución, renunciando a la personalización del patrimonio como ente provisto de personalidad jurídica.

A diferencia de este criterio, Paul Carry (1928), introdujo por primera vez la tesis de limitar la responsabilidad del empresario individual, aportando nuevos elementos de discusión. Así, mientras el autor austriaco negaba la justificación de la posición subjetiva —al no aceptar la limitación de responsabilidad como prerrogativa de atenuación en favor del sujeto empresario—, Carry plantea, pragmáticamente, la preocupación por presentar una institución en contraste con unas prácticas comerciales reprobables y abusivas a través de sociedades ficticias. A partir de esta idea entiende que la solución está en una normativa que contemple la limitación de responsabilidad del empresario individual, creando una institución a propósito. En igual tesitura se halla Vivante, si bien difiere en los instrumentos técnicos elegidos (*Contribución a la reforma de las sociedades anónimas*, 1934), tal cual es la ley sobre sociedades por acciones, postulando algunas adaptaciones para adecuarla a las necesidades de la práctica y no mediante la creación de una institución nueva.

2.2. Planteamiento de la responsabilidad limitada como alternativa a las sociedades de un solo socio

El interés de algunos autores en distinguir la responsabilidad limitada de la empresa o del empresario como alternativa a las sociedades de un solo socio no guarda relación con las medidas concretas adoptadas por los ordenamientos jurídicos de los distintos países. Como ejemplo evidente tenemos el de Argentina, donde se han elaborado hasta siete proyectos de ley, junto a una copiosa bibliografía, que no ha cristalizado en nada positivo en el propósito de limitar la responsabilidad del empresario sin acudir a la vestimenta societaria.

Es evidente el escaso éxito de la empresa individual de responsabilidad limitada, que no ha conseguido relieve legislativo, en contraste con la implantación de las sociedades unipersonales. Existen evidentes intereses que han aconsejado esta posición, como sucede en las empresas familiares, en las que subyace el propósito de garantizar su continuidad más allá de la vida de su fundador; prevaleciendo, en otros supuestos, el deseo de movilizar financieramente el capital invertido a través de las acciones de la sociedad. En las grandes empresas pueden ser otras las motivaciones, como motivos organizativos y de autonomización interna en razón de las distintas actividades.

Ante la situación planteada, algunos autores estiman que la empresa individual de responsabilidad limitada es un instrumento inútil o, al menos, inadecuado; considerando que no aporta ventajas en relación con las sociedades simuladas.

Este tema puede afirmarse que ha pasado de moda en Europa, donde originariamente fue muy discutido. Este hecho viene constatado a través de los trabajos de la asociación Henri Capitant que ha discutido la limitación de la responsabilidad de las empresas comerciales y los medios de cortar sus daños.

El estado actual de la cuestión es que el principio innovador —a pesar de su antigüedad— consistente en un nuevo instituto que considere la limitación de la responsabilidad limitada sólo se producirá, con toda seguridad, cuando en el orden práctico presente deficiencias o flaquezas el sistema societario actual de las acciones en una sola mano o sociedades unipersonales.

En Francia, la Ley 85/697 de 11 de julio de 1985, después de diez años de gestación, ha introducido la denominada Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada (EURL) y, al plantearse el legislador la técnica jurídica a utilizar, escogió el mecanismo societario en lugar del “patrimonio de afectación”. De este modo se ha reformado el Art. 1.832 del Código Civil francés para dar cabida a la sociedad de un solo socio.

3. LAS SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO

3.1. Validez de las Sociedades unipersonales de responsabilidad limitada

Del principio tradicional que identifica a la Sociedad en relación con una pluralidad de socios habría de derivarse que la concentración de las participaciones en una sola mano provocase su disolución. Esta consideración drástica sufre importantes atenuaciones, llegando a negarse conceptualmente el carácter contractual de ciertos tipos de sociedad.

La unipersonalidad puede manifestarse en la práctica como consecuencia de una concentración accidental de todas las participaciones sociales en una sola mano, o bien mediante la constitución exprofeso de una sociedad “de favor”, con figuras interpuestas de por medio, o abiertamente mediante la constitución de sociedades de un solo socio. Ha afirmado el profesor Ferrer Correia, en su obra *Sociedades ficticias e unipessoais*, que para la solución de los diversos problemas planteados, por la concentración de todas las participaciones sociales en una sola mano, no ha de servir la incompatibilización conceptual entre la unipersonalidad y la noción jurídica de sociedad.

Son exigencias prácticas las que han hecho que legisladores y autores hayan negado la “affectio societatis” como elementos estrictamente necesarios

para la creación y conservación de la Sociedad, en determinados supuestos. Se plantea la necesidad de precisar si la reducción de socios a uno solo conduce a la disolución de la Sociedad, según los diversos tipos de sociedad. En este caso, la prevalencia de la doctrina española se encuentra en la tendencia hacia la conservación de la sociedad cuando ésta deviene en unipersonal, según opinión de Olivencia Ruiz en su trabajo *La sociedad de un solo socio en derecho español*.

El problema no es tan virulento en las sociedades personalistas en las que el socio que concentra el capital y la responsabilidad limitada se confunden; ahora bien, lo normal es que la unipersonalidad conduzca a la disolución, salvo etapas coyunturales en que se prevea el desdoblamiento de la titularidad del capital social. Éste es el parecer del profesor Angelo Grisoli.

En otros supuestos, según comenta Ferrara Jr. (*Banca, Borsa e Titoli di Credito* vol. XVII, p. 576, 1954) refiriéndose a una sentencia del Tribunal de Brescia, se reconoce la responsabilidad limitada de los socios que se han colocado tras el escudo de la nueva forma societaria, en un supuesto de transformación de sociedad personalista en sociedad capitalista. Con ello se plantea la superación del esquema protector de la personalidad jurídica.

Los nuevos vientos que la Duodécima Directiva Comunitaria sobre Sociedades ha llevado al conjunto de sus países miembros hará que el fenómeno de la sociedad (preferentemente de responsabilidad limitada), de un solo socio sea regulado en el Ordenamiento Español. La carencia actual de regulación implica el consiguiente quebranto para la seguridad del tráfico mercantil y des- crédito de sus instituciones.

A pesar de la falta de regulación legal, se ha dicho que nuestro marco normativo es un auténtico “paraíso de lo unipersonal”, al dar cobijo al nacimiento de muchas sociedades anónimas con vocación de accionista único, aun cuando en sus inicios estén presentes o representados la terna de socios que exige la ley como número mínimo. La realidad es que el ordenamiento ante la sociedad ficticiamente plural ha podido asumir dos posiciones: la de declarar la nulidad del negocio jurídico societario o legalizar su situación hasta lograr adaptarla a un esquema racional.

El Derecho español se ha decantado tradicionalmente por considerar que es nulo el esquema que se aparte del legal, considerando inexistente la separación patrimonial entre la sociedad y su accionista. Para ello la interpretación jurisprudencial, más que a los conceptos expuestos contractualmente ha segui-

do los puntos de vista de la llamada “jurisprudencia de intereses”, indagando en la verdadera realidad negocial, levantando el “velo de la sociedad”.

Las leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y de Responsabilidad Limitada de 1953 no han contemplado la disolución de la sociedad si se produce la reducción a la unidad del número de socios, admitiéndose una situación de provisional detentación de todas las acciones o participaciones en una sola mano. Tampoco existe tal previsión en los textos que han seguido a la Ley 19/89, de 25 de julio de adaptación de la legislación mercantil española a las directivas de la Comunidad Europea.

Como fundamento que justifique la responsabilidad limitada del único socio se utiliza la regla implícita de los distintos sistemas jurídicos vigentes que limitan la responsabilidad del “dominus negotii” en aquellos supuestos en que se viera obligado a servirse de terceros para la gestión de sus asuntos. Este caso es evidente en la responsabilidad atenuada del naviero por los actos realizados por el capitán del buque; así, los Arts. 587 y 590 de nuestro Código de Comercio permiten eximirse de aquélla hasta el valor del buque, sus pertenencias y fletes devengados en el último viaje, haciendo abandono en favor de los acreedores. Ello se admite conceptualmente por cuanto el naviero pierde el control sobre el buque desde que éste inicia la navegación (Ferrata Jr. RTDPC, 1949). Los sistemas anglosajones, por el contrario a los latinos, han establecido una limitación de responsabilidad en relación al tonelaje del buque (inglés, holandés) o al valor de éste (norteamericano).

En el mismo sentido aplicado al buque, la limitación de responsabilidad del socio de las Compañías mercantiles se ha conformado en torno a la idea de su no intervención en la gestión, reforzándose la idea de responsabilidad respecto de los gestores. En este orden ha tenido gran trascendencia la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, que comentaremos más adelante.

3.2. El empresario individual de responsabilidad limitada en la legislación Europea. Especial referencia a la XII Directiva Comunitaria

Vamos a analizar en este apartado los sistemas que admiten la limitación “ab initio” de la responsabilidad del empresario individual, dejando al margen, momentáneamente, la unipersonalidad devenida en las sociedades originariamente plurilaterales.

Podemos distinguir tres grupos de textos positivos:

- a) La normativa comunitaria a la que nos referiremos más adelante.
- b) Las sociedades de un solo socio reconocidas en las legislaciones belga, francesa y alemana.
- c) La empresa individual de responsabilidad limitada vigente en Costa Rica, habiendo existido una propuesta española presentada por el Grupo Popular en el Parlamento, sin traducción legislativa hasta el momento.

El modelo societario es el seguido por la legislación francesa en la Loi n° 85/697 (11 Juillet, 1985), la belga (Loi 14 Juillet, 1987) y la de la R.F. Alemana (Gesetz vom 4 Julio 1980). La ley francesa se produce para establecer la limitación de la responsabilidad personal en la empresa unipersonal y en la explotación agrícola, lo que ha conllevado la modificación, según se ha dicho, del Art. 1.832 de su Código Civil. Así, anteriormente el precepto enunciaba que la sociedad estaba instituida por dos o más personas (“La société est instituée par deux ou plusieurs personnes...”) y, después de la nueva ley se enuncia diciendo que la sociedad de responsabilidad limitada está instituida por una o varias personas (“... est instituée par une ou plusieurs personnes...”).

La Ley belga de 14 de julio de 1987, en su artículo 2º, modifica igualmente el Art. 1.832 de su Código Civil expresando que “una sociedad puede ser constituida por dos o más personas que convienen en poner en común alguna cosa con intención de repartir el beneficio que pudiera resultar de ello o, en los casos previstos por la ley, por acto de voluntad de una persona que afecte bienes al ejercicio de una actividad determinada”.

Es todavía reciente la aparición, en el DOCE, de la Duodécima Directiva del Consejo en materia de sociedades de 21 de diciembre de 1989. Esta norma comunitaria ha sido dictada al amparo de los Arts. 54.39 y 58 del TCEE (DOCE núm. L395, de 30-12-89, modifica propuesta COM. DOCE 20-6-89).

La Directiva surge en el contexto armonizador de la legislación societaria para hacer equivalente la regulación, en atención al interés de los socios y de terceros, cual contempla el Art. 54,3 g) del Tratado de Roma.

Hace referencia la Duodécima Directiva a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, abordando así su perspectiva desde la pequeña empresa, cuando las directivas precedentes se circunscriben casi totalmente a la sociedad anónima. Establece la posibilidad de que tal figura societaria nazca ya con socio único desde su constitución, o bien se produzca tal situación con posterioridad, por concentración de todas sus participaciones en una sola

mano. Deja para posterior ocasión la coordinación de las sanciones y medidas especiales nacionales en vigor respecto de la persona física miembro de varias sociedades unipersonales, o de las sociedades de socio único de otra sociedad, si bien ambos supuestos estaban contemplados en el proyecto inicial.

Merecen ser destacados los siguientes particulares de la norma Comunitaria:

- Necesidad de forma escrita para los contratos entre el socio único y la sociedad y para la adopción de decisiones en junta de accionistas.

- Posibilidad de configuración de sociedad unipersonal también extensible a la sociedad anónima, en el supuesto de que la legislación nacional lo admita.

- Constitución de empresas cuya responsabilidad queda limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, se refiere especialmente al programa de acción para la pequeña y mediana empresa (PYME) a tenor de la resolución del Consejo de 3 de noviembre de 1986.

- Considera la exposición de motivos de la Directiva la necesidad de crear un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual sin perjuicio de que, en caso excepcional, se imponga la responsabilidad a dicho empresario con relación a las obligaciones de la empresa y se restrinja el acceso a la sociedad unipersonal. Por esta vía de responsabilidad excepcional se permite cohonestar este principio limitativo con otras normas comunitarias tales como las referentes a la protección de consumidores y usuarios en determinados supuestos.

- La propia Directiva enuncia cautelas y cierta desconfianza a la limitación de la responsabilidad, al extenderla en ciertos casos específicos y al disponer determinadas restricciones y sanciones para cuando una persona física sea socio único de varias sociedades, o cuando otra persona jurídica sea socio único de otra sociedad. En el mismo sentido prevé que se garantice la liberación del capital suscrito y se dé publicidad a la persona social mediante un registro accesible al público, exigiendo que las decisiones del socio único adopten la forma escrita.

- La Directiva prevé su expresa aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada española (Art. 1º) e, incluso, a la sociedad anónima, pudiendo constar de socio único desde su constitución o mediante la posterior concentración en un solo titular de todas las participaciones (Art. 2º).

— Por propio principio filosófico de la limitación de responsabilidad se puede regular, en el derecho interno, la limitación de la multiplicidad de sociedades de este tipo pertenecientes al mismo titular o, en las que una de ellas sea socio único de otras sociedades a su vez (Art. 2º).

— La posterior concentración de participaciones ha de gozar de la debida publicidad legal, haciéndose evidente la identidad del socio en la propia documentación societaria, en sus anuncios y correspondencia o, a través de registro público (Art. 3º).

— Se atribuye al socio único las competencias de la Junta General, cuyas decisiones habrán de constar por escrito (Art. 4º).

— Salvo disposición contraria de los Estados miembros en su legislación interna, para las operaciones comerciales se consignarán en acta o mediante documento escrito los contratos que el socio concierte con su sociedad (Art. 5º).

— Contempla el Art. 7º de la Directiva la posibilidad de que el mecanismo jurídico limitativo de la responsabilidad se produzca a través de la afectación patrimonial a una actividad determinada, sin necesidad del vehículo societario, siempre que se prevean las mismas garantías establecidas respecto de éste, en favor de terceros (Art. 7º).

— Los Estados miembros darán cumplimiento, antes del 1 de enero de 1992 y a través de su legislación interna, a lo dispuesto en la Directiva (Art. 8º), pudiendo disponerse para las sociedades existentes al 1 de enero de 1992 un período transitorio de adaptación hasta el 1 de enero de 1993.

Se publica esta Directiva en un momento importante para el devenir de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en España, por cuanto la Ley de 25 de julio de 1989 (nº 19/89) modifica determinados artículos de su texto regulador (Ley de 17 de julio de 1953) y mandata al Gobierno para la publicación de un texto refundido (disposición final 1ª,4) en el que habrá de tener cabida la adaptación a la moderna Directiva pues aún no se ha procedido a su aprobación y se encuentra en fase de anteproyecto.

4. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 21 DE JUNIO DE 1990 (D.G.R.N.)

Se produce esta resolución por recurso notarial a una calificación registral territorial que denegaba la inscripción de una escritura de modificación de Estatutos Sociales decidida por el socio único de una sociedad anónima. El núcleo central de la negativa estriba en que la modificación estatutaria no tiene por objeto superar lo que se considera como situación anómala en que se encuentra la sociedad cuyo capital lo mantiene un solo accionista. Por otra parte, estima que no se han cumplido los requisitos del Art. 48 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 que requiere que la decisión sea adoptada en Junta y no mediante actuación unilateral del socio único en acto ajeno al órgano soberano.

El recurrente ha aducido que el socio único no adopta acuerdos sino que toma decisiones sociales y que en el caso del socio único no cabe la Junta General. He aquí el centro de la cuestión debatida.

Al contestar el recurso, el Registrador mantiene que el otorgante debió constituirse en Junta General y no actuar en nombre de la sociedad por cuanto como accionista, a tenor de los Arts. 48 y 84 de la Ley de Sociedades Anónimas (texto de 1951), carece de facultades representativas y de modificación de las normas que organizan el régimen jurídico de la sociedad.

Es evidente que en el momento en que se produce esta resolución ha acontecido un cambio fundamental cual es la aprobación de la Duodécima Directiva del Consejo de la CEE. Así, si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 y diversas resoluciones de la D.G.R.N. (de 20 de julio de 1957, 20 de junio de 1963 y 3 de octubre de 1972) no admitieron la Junta General de un solo socio, es bien cierto que la Dirección General de los Registros ha cambiado su criterio en resolución de 18 de junio de 1979.

En la reciente resolución, que comentamos, la D.G.R.N. establece los siguientes criterios fundamentales:

a) Revisa su propia doctrina anterior y en particular la contenida en las resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985, a tenor de las cuales se exigía la pluralidad de socios como inherente a la naturaleza societaria y que vedaba

los acuerdos sociales adoptados por el socio único no conducentes a reconstruir la normal pluralidad de socios en la Compañía.

b) Para revisar su criterio anterior parte, —a la luz de los nuevos aires procedentes de la CEE—, de la consideración de que en las sociedades personalistas se produce realmente un verdadero contrato de sociedad, generador de derechos y obligaciones entre los socios, de tal suerte que su entramado sólo es posible en un sistema de pluralidad de socios. En cambio, establece que este argumento no puede extenderse a las sociedades de capital. En éstas, añade, el contrato (que puede ser un acto unilateral, caso de la sociedad de capital público) tiene un carácter netamente organizativo y no va dirigido a establecer relaciones directas entre los socios, hasta culminar en una objetivación de la sociedad separada de los socios que la hayan constituido, independizada bajo el principio de unidad, con un capital divisible y acumulable en el que la reunión de todo él en una sola mano o sociedad unipersonal constituye, afirma, una “*contradictio in terminis*” pero no una “*contradictio in substantia*”. Este criterio se sustenta en el silencio legal en cuanto a la omisión de la reunión de todo el capital en una sola mano como causa de disolución de la sociedad (Art. 150 LSA y 30 LSRL), mientras que en las sociedades personalistas tal supuesto determina el fin de la sociedad.

El segundo argumento en favor de la subsistencia de la sociedad devenida a unipersonal gira en torno al concepto de persona jurídica. Su existencia, en el sentido conceptualista tradicional, carecería de sentido una vez perdida la pluralidad de socios; más, la D.G.R.N. acude a las tesis ficcionistas e instrumentalistas apoyada en la subsistencia de la “*universitas*”, al considerar que la pluralidad de socios se requiere en la constitución —ni siquiera entonces, a partir de la Duodécima Directiva— pero una vez creada, por su vocación de permanencia y naturaleza supraindividual de sus fines, queda independizada de sus miembros, sin que la ley declare su disolución en tal circunstancia ni señale término para poner fin a esta situación transitoria (otras legislaciones sí lo hacen).

En el tercer y cuarto argumentos que utiliza la Resolución para considerar la admisión de la situación planteada en la sociedad de socio único destacan las tesis clásicas de la responsabilidad universal establecida por el Art. 1.911 del Código Civil y la incompatibilidad entre la responsabilidad limitada de una parte y, de la otra, el poder de gestión contrapuesto a tal correspondencia. La doctrina de la D.G.R.N. establece que la responsabilidad limitada en la sociedad de estructura de capital se justifica en cuanto dispone de un capital propio

e independiente y no por la estructura interna societaria de uno o más miembros. Por otra parte y a la luz del Art. 38 de la Constitución Española, la sociedad unipersonal no significa la exención de responsabilidad, por cuanto mantiene el binomio poder de organización-responsabilidad, si bien sin determinar el “quantum”, debiendo constreñirse el patrimonio de afectación que sea suficiente para responder de la actividad que se realice.

Abundando en el seguimiento de las tesis instrumentalistas el fundamento sexto de la resolución se refiere a razones prácticas, al admitir a la sociedad unipersonal como medio para el correcto funcionamiento del sistema económico, permitiendo la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y como fórmula de preservar el patrimonio social de las demandas de los acreedores personales del empresario. Acaba por estimar como esfuerzo inútil el negar esta posibilidad por cuanto habitualmente crecen las sociedades instrumentales y es muy sencillo burlar una norma impeditiva. Eso sí, considera la resolución que deben guardarse las normas de procedimiento y, por ello, el socio único debe constituirse en Junta o dar al acto de la comparecencia ante Notario el carácter de tal.

Con todo lo argumentado se estima el recurso y la validez de la actuación del socio único en la ampliación del capital decidida como acto societario.

5. CONCLUSIONES

Podemos extraer del sentido uniforme y unidireccional señalado en la Duodécima Directiva Comunitaria que es un hecho irreversible la admisión de la responsabilidad limitada del empresario unipersonal, desvirtuando así lo establecido en el Artículo 1.911 del Código Civil, el cual deberá sufrir la correspondiente modificación armonizadora. Tal limitación puede llevarse a efecto mediante la fórmula societaria unipersonal desde la constitución social, o como circunstancia sobrevenida, siendo también admisible la limitación de responsabilidad mediante la constitución de un patrimonio separado, el cual deberá estar sometido al debido control y publicidad registral que permita la protección de terceros.

No obstante, si bien la responsabilidad del socio como tal queda limitada al constituir un patrimonio o persona jurídica diferenciada, no por ello la limitación de su responsabilidad ha de ser absoluta por cuanto, como señala

la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, se requiere el equilibrio del binomio “accionista gestor-responsabilidad limitada”, aun cuando sea de manera matizada. Como consecuencia de la reforma introducida por Ley 19/89, de 25 de julio, se endurece el régimen de los administradores, no sólo en términos generales sino en una serie de supuestos especiales contemplados en los Arts. 70, 47 y 79 de la Ley de Sociedades Anónimas reformada (Arts. 74 y 133 del texto refundido de 22 de diciembre de 1989). Es esta vía la que permite mantener la responsabilidad por daños a la sociedad y a terceros, merced al poder de gestión y correlativa responsabilidad por la que el socio único gestor se ve afectado más allá de la limitación atribuida a su condición de socio.

Siendo discutibles algunos de los principios enumerados por la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la existencia de la sociedad unipersonal, es obvio, que se ajusta a la corriente actual en el mundo capitalista y liberal, pues se trata de evitar la existencia de sociedades vacías y la figura del testaferro como socio instrumental para, en el orden práctico, admitir como justa la preservación del patrimonio familiar y personal del empresario ante las vicisitudes de una gestión correcta de la empresa.

Ahora bien, determinados agentes económicos con cierto poder fáctico en el mercado podrán exigir del empresario social o de patrimonio de afectación diferenciada, la constitución de fianzas u otras garantías complementarias que amplíen su responsabilidad más allá de un patrimonio oficial más o menos reducido, tal es la situación de los Bancos y otras empresas proveedoras de cierto nivel organizativo y para operaciones de determinada cuantía. Pero, al propio tiempo, habrá de contemplarse la protección de los intereses económicos de los Consumidores y Usuarios con base en su ley protectora de 26 de julio de 1984 y de la Directiva Comunitaria nº 85/633, por cuanto la gran masa de los destinatarios finales de los productos y servicios pueden verse desamparados ante una conducta irresponsable del empresario que dé lugar a cuantiosas indemnizaciones —recuérdese el problema de la colza— que devenirían ilusorias tras el parapeto de la sociedad unipersonal e interpuesta de responsabilidad limitada.

En todo caso, la constitución de un patrimonio separado de afectación a la actividad empresarial, o la constitución de sociedades unipersonales exige una adecuada reglamentación en cuanto a la publicidad legal: balances, correspondencia, anuncios, valoración del patrimonio especialmente afectado, responsabilidad por saneamiento y evicción en los términos del artículo 1.532

del Código Civil, que permita la subsistencia del conjunto y renovación del material consumible, fungible y amortizable.

Se produce todo este conceptualmente proceso innovatorio en una época en que está en crisis la personalidad jurídica de la Sociedad, en tanto que se usa y abusa de ella, bajo la forma anónima como pantalla, con real divergencia entre la apariencia y la realidad (SERICK DE CASTRO), sin olvidar la constitución en cadena de grupos de sociedades con participaciones recíprocas debilitando sus respectivos patrimonios, razón por la que se está produciendo un cierto movimiento doctrinal y jurisprudencial contra algunas de las formas de abuso de la personalidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- GRISOLI, A. *Las Sociedades de un solo socio*. Edit. Rev. Derecho Privado 1976.
- VALLS-TABERNER, F. "Hacia la limitación de responsabilidad de la empresa individual". *RJC*. 1952.
- VICENTE Y GELLA. "La responsabilidad limitada en la empresa individual". *RDM*. n° 47/48 1953.
- JORDANO BAREA, J. "La sociedad de un solo socio". *RDM*. n° 91. 1964.
- LANGLE, E. *Manual de Derecho Mercantil especial*. 1950, Vol. I.
- BROSETA PONT, M. *La sociedad anónima pública unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado*. 1966. VII Congreso Internacional de Derecho Comparado.
- AURIDES MARTÍN, Adolfo. "La sociedad anónima unipersonal en la reciente Jurisprudencia". *Rev. D.M.* 1985.
- QUINTANA CARLO, I. y otros. *El nuevo derecho de las sociedades de capital*. Trium, S.A. Madrid, junio 1989.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, 8ª edición, 1990.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1988, 13ª edición.

LA REFORMA PENAL DE LA LEY 3/89. LA NUEVA PRISIÓN POR DEUDAS

JOSÉ VICENTE REIG REIG
TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

ÍNDICE

PREÁMBULO

Situación actual del derecho penal.

- a.— Sustantivo.
- b.— Procesal.
- c.— Penitenciario.

Sistemática de este trabajo.

LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO DE ACTUALIZACIÓN DEL
CÓDIGO PENAL.

I. REFORMAS LEGALES PRECEDENTES.

Carácter de las mismas.

Crítica.

Conclusión.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO.

Ámbito inicial.

El delito de lesiones.

Crítica.

a.— Lesiones familiares.

b.— Lesiones laborales.

c.— Lesiones militares.

d.— Lesiones en riña tumultuaria.

e.— La nueva modalidad del consentimiento.

La imprudencia punible.

El principio de intervención mínima.

III. LA ESPERANZA DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL.

Posibilidades y conclusión.

IV. EL ARTÍCULO 487 BIS DEL CÓDIGO PENAL. LA NUEVA PRISIÓN POR DEUDAS.

Precedentes.

Modificaciones de la reforma de 1989.

El artículo 487 bis.

Necesidad de su creación.

Comentario.

Contenido.

Naturaleza.

Perdón de la parte perjudicada.

Abono de las pensiones no satisfechas.

Imposibilidad de cumplimiento.

Procedimiento a seguir.

Conclusiones finales.

PREÁMBULO

Los profesionales del Derecho y, en especial, aquellos que vuelcan su actividad en el campo del Derecho Penal han manifestado con reiteración en los últimos tiempos a través de sus obras, en seminarios, congresos, conferencias e, incluso en su labor docente, la perplejidad, el desconcierto y hasta la inquietud que existe en su ánimo ante la situación actual a que ha llegado el Derecho Punitivo, preocupación que se extiende también acerca de cuáles sean sus expectativas de futuro.

Estos sentimientos tienen su origen, principalmente, en la proliferación de normas que vienen, de manera continua, a modificar el texto penal, alterando sus disposiciones y contenido, creando nuevas figuras delictivas y suprimiendo otras, no siempre acordes aquella creación y esta supresión con las verdaderas necesidades del momento; con ausencia del tecnicismo adecuado y preciso y, sobre todo y esto es lo más grave, sin que pueda apreciarse la existencia de una política criminal adecuada, lo que debe constituir la meta a alcanzar en toda suerte de modificaciones penales.

De esta fiebre legislativa deriva, asimismo, que se haya adoptado y parece que definitivamente, el sistema de parcheos en el texto legal, y que por lo tanto el proyecto de crear y dar a la luz un Código Penal de nueva planta duerma el sueño de los justos, sin que se observen posibilidades de su aparición, al menos en un período de bastantes años.

Complemento de estas inquietudes es que tampoco se aprecia en el orden penal procesal, inevitable y necesario compañero del sustantivo, una regulación definitiva del procedimiento criminal.

Se ha publicado la Ley 7/88 de 28 de diciembre, en cuya crítica no es momento de entrar aunque sí de decir que, por su especial configuración va a sustraer al conocimiento de la Jurisprudencia buen número de delitos, en concreto todas aquellas infracciones, numerosas, de las que el enjuiciamiento corresponderá a los Jueces de lo Penal, privando así al Tribunal Supremo de formular sobre ellas una doctrina legal, continua, pacífica y reiterada que sirva de criterio interpretativo indispensable, tal y como hasta ahora venía realizando el Alto Tribunal.

Pese a la aparición de la anterior normativa procesal, ya se habla de ir a la creación de un nuevo Código Procesal Penal que, presumiblemente, ori-

ginará en este campo las dudas, confusiones e incertidumbres que han surgido en el sustantivo, por la coexistencia de preceptos y normas de muy distinto origen.

El estado actual de la Administración de Justicia es de todos conocido y ello releva de todo comentario; el colapso material que sufren los Jueces y Tribunales penales dificultará la normalización y puesta al día, en mucho tiempo, de las causas pendientes, como también que aquellas que se resuelvan lo sean con la serenidad, ponderación y estudio que merecen.

Precisa igualmente de soluciones urgentes el Derecho Penitenciario, que eviten la masificación de los reclusos y consigan que la estancia en Centros y prisiones contribuya a la reinserción del interno, llevando a cabo una verdadera y eficaz política en este sentido.

El panorama no puede, en consecuencia, ser más triste y desalentador, máxime cuando a corto plazo no se aprecian soluciones que, cuando menos, alivien la actual situación del Derecho Penal en su conjunto, y ofrezcan garantías de mejora y continuidad para el porvenir.

Preciso era, sin embargo, señalarlo, al referirse el presente trabajo a la, por ahora, última reforma del Código Penal que presenta como se verá, virtudes y aciertos pero también sensibles defectos y que, como las anteriores reformas, ha contribuido al sostenimiento de aquella doble preocupación, al principio aludida: la inestable situación actual del Derecho Penal, y el incierto futuro que le espera, al no estar prevista la aparición del nuevo Código, tan generalmente deseado y esperado.

A través de las páginas que siguen se pasará revista a la reforma instaurada por la Ley 3/89, si bien solamente en cuanto a los tres aspectos iniciales que se configuraban en la misma, y ello por razones de la brevedad del espacio: la despenalización de las faltas, el nuevo tratamiento de las formas culpables de comisión de los delitos, y la regulación actual, modificada por la reforma, de los delitos de lesiones.

A estos tres aspectos de carácter general acompaña la crítica a una de las innovaciones de la Ley 3/89: el nuevo artículo 487 bis, como uno más de los supuestos de nueva creación, que presentan amplio campo a la crítica y que, por desgracia, no puede ser favorable.

LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

I. REFORMAS LEGALES PRECEDENTES

Hace ya algunos años dijo un ilustre catedrático que España⁽¹⁾, en el concierto del derecho comparado, es la nación que se significa en materia penal si no por la bondad jurídica de sus disposiciones, sí por la abundancia de las mismas, fruto de una constante e ininterrumpida promulgación.

La veracidad de esta particular afirmación queda demostrada mediante una simple ojeada retrospectiva: basta volver la mirada al pasado para comprobar cómo, en cualquier momento y con independencia del entorno político y social dominante, la actividad del legislador no conoce freno cuando de dar a la luz nuevas normas penales se trata.

En el siglo pasado y apenas publicado el Código de 1870, se sintió la necesidad de reformarlo⁽²⁾, y este sentimiento es perfectamente predicable respecto de las principales reformas que le sucedieron y que recibieron las denominaciones de Códigos de 1928, 1932 y 1944.

Todas ellas tuvieron carácter parcial y, de inmediato, fueron seguidas de modificaciones más o menos profundas, claramente expresivas de que para el legislador posterior habían devenido insatisfactorias⁽³⁾.

Igual situación puede contemplarse una vez publicado el Texto revisado de 1963⁽⁴⁾ e idéntica afirmación es dable realizar en lo que se refiere a la reforma de la Ley de 15 de noviembre de 1971, tardíamente publicada en 1973⁽⁵⁾.

Es a partir de este momento cuando la incontinencia legislativa adquiere matices más acusados, y ello obedece, sin duda, a la concurrencia de dos factores de sensible importancia:

- (1) JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN; Conferencia en la UNED, Las Palmas, marzo 1984.
- (2) El Proyecto de Salmerón de 1873, al que siguieron los de Bugallal, Estrada y Dánvila, Silvela, Alonso Martínez, Villaverde, Montilla, Ugarte y Piniés.
- (3) Como más inmediatas, las de 27 de abril y 27 de diciembre de 1946, 9 de mayo de 1950 y 17 de julio de 1951.
- (4) Singularmente la ley de 8 de abril de 1967, que modificó 56 artículos del Código Penal.
- (5) La razón de esta aparición en 1973 se debió a la insistencia del diputado Hernández Calumarchirant de dar numeración correlativa a los preceptos legales.

a.— de un lado, la peculiar forma de ser del legislador español, claramente proclive a sustituir lo anterior por considerar que su opinión es harto más perfecta que las precedentes.

b.— de otra parte, el profundo cambio político operado por la desaparición del antiguo régimen, la instauración de la Monarquía y la publicación de la Constitución de 1978; del tránsito a la democracia derivaron inevitables secuelas en todos los órdenes de la vida real y jurídica y, naturalmente también en el campo del Derecho Penal⁽⁶⁾.

De la combinación de las dos notas expuestas surgió una actividad legislativa determinante de que el Código Penal fuera modificado, desde 1977 al momento actual, en más de treinta ocasiones y que, a partir concretamente de la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983, el texto punitivo haya visto alterados sus preceptos en trece oportunidades, tres en cada uno de los años de 1984, 1985, 1987 y 1988, a las que debe adicionarse la surgida de la Ley 3/89 de 21 de junio⁽⁷⁾.

Denominador común a las reformas citadas ha sido la precipitación en su estudio, discusión, preparación e, incluso, en la promulgación⁽⁸⁾.

De manera suave se ha calificado a estas modificaciones de, cuando menos, inmaduras⁽⁹⁾, poniendo de relieve los defectos que las acompañan y que resultan de la ligereza con que proceden sus autores, quienes se centran por lo general en un aspecto concreto del Código, con olvido del resto concordante, lo que origina la lógica falta de coordinación armónica.

Y, sobre todo, la principal acusación formulada contra las repetidas variaciones del texto legal se ha basado en la ausencia de una política criminal certera: ello conduce a que las nuevas fórmulas legales se traduzcan en resultados totalmente alejados de los que debieran haberse producido si aquella orientación hubiese presidido la actividad de sus redactores.

La última de las reformas surgidas en la insatisfacción legislativa —Ley 3/89 de 21 de junio, no queda al margen de las consideraciones críticas expuestas.

(6) Así lo señala PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal*. Barcelona, Nauta, Tomo I, pág. 40.

(7) Particular importancia tienen las modificaciones relativas a los delitos contra la Hacienda Pública, incendio, exhibicionismo, propiedad intelectual e industrial.

(8) SERRANO GÓMEZ, A. En ocasiones los nuevos preceptos se gestan en el Senado, y en consecuencia desprovistos de los precisos informes técnicos. *Derecho Penal*. Parte Especial. Dyckison. Madrid. Prólogo.

(9) ZUGALDIA ESPINAR, J.M. Ponencia presentada en la Universidad de Granada. 1989.

Sin perjuicio de aspectos positivos, que los tiene, aparece plagada de imperfecciones y defectos, a veces de tal magnitud, que el juicio a la nueva normativa ha de ser forzosamente, adverso.

Y es lástima porque para el estudioso del Derecho y, en particular para el apasionado del Derecho Penal, resulta triste contemplar reformas legislativas carentes del sentido de la oportunidad, con errores inexplicables, en las que brilla por su ausencia una técnica adecuada e idónea, con preceptos que pugnan con los mismos principios que se declaran inspiradores y que serán, por su falta de claridad y estudio concienzudo, semillero de dudas y discusiones.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio presenta, es innecesario manifestarlo, un alcance y una profundidad notoriamente más modestos que los ofrecidos por la Ley 8/83, pero a cambio y desde la imagen popular aparece con un carácter espectacular muy superior⁽¹⁰⁾ pues sus innovaciones han tenido, o tendrán, una trascendencia económica notable con la importancia que estos temas tienen, al tiempo que en algunos casos el legislador ha cedido al clamor público y en aras de esta presión ha creado novedades que responden, más que a necesidades verdaderamente sentidas, a satisfacciones de índole visceral o sentimental.

El Proyecto inicial contemplaba solamente tres puntos concretos —los que se van a examinar— cuales eran la despenalización, el tratamiento de la imprudencia y la nueva regulación de las lesiones.

Fuera de esto, pocas necesidades urgentes había que satisfacer, escasos eran los artículos que requerían una modificación y cortas en número las innovaciones a descubrir.

Sin embargo, las discusiones parlamentarias, primero en el Congreso y posteriormente en la Cámara Alta variaron de forma sensible el contenido primitivo, dotando a la reforma de una mayor amplitud que la inicialmente prevista.

El repetido contenido marcado como finalidad primaria de la reforma será objeto de análisis, también breve, a través de las consideraciones que siguen.

(10) VIVES ANTÓN, T. *La reforma penal de 1989*. Valencia. Tirant lo blanch. 1989.

El delito de lesiones

Era quizá este capítulo el más necesitado de una reforma en profundidad, tal y como clamaba con insistencia la doctrina patria, al censurar de manera unánime el arcaico sistema del Código, basado casi exclusivamente en el resultado material, con dejación de los restantes elementos que pudieran concurrir en la comisión delictiva.

No es extraño que esta formulación legal requiriese un cambio profundo, que eliminase lo que se consideraban delitos cualificados por el resultado, y que se aludiera a que nuestro Derecho reverdecía las viejas tarifas de sangre, de la época medieval, pues la técnica legislativa conducía a resultados de incriminación, y subsiguiente responsabilidad, en que la valoración judicial era sustituida por una prueba pericial⁽¹¹⁾.

Incluso se apuntó que la misma redacción tradicional podía conducir a una vulneración del principio de legalidad, pues si el Código hablaba de “herir, golpear o maltratar” como medios materiales productores de las lesiones, describir y sancionar conductas en las que fueran empleados otros caminos distintos para la causación de aquéllas podía ir en contra del mencionado principio fundamental, sancionado por el Código y por la Constitución⁽¹²⁾.

La nueva redacción construye el delito de lesiones, tomando como base lo establecido en los Proyectos anteriores⁽¹³⁾ bajo un sistema más amplio y elástico, marcando como pauta para la distinción entre delito y falta la existencia, o no, de tratamiento médico o quirúrgico, y señalando al Juzgador las circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta para conseguir una exacta valoración de los hechos y, por ende, una sanción justa.

Se abre así, como apunta Zubeldia, un amplio campo al arbitrio judicial lo que debe ser estimado plausible.

Sin embargo, estos aciertos pueden quedar empañados al no haberse borrado determinados vestigios de responsabilidad objetiva y también por la ausencia de un criterio que permita fijar, de manera concreta y sin vacilaciones, la línea divisoria entre el delito y la falta correspondiente⁽¹⁴⁾.

(11) BOIX REIG, J. *La reforma penal de 1989*, citada, pág. 94.

(12) Artículos 1 y 23 del Código Penal y 9 y 25 de la Constitución.

(13) Proyecto de 1980, arts. 166 a 170 y PANCP. arts. 149 a 152.

(14) MARCHENA GÓMEZ, M. *La reforma y actualización del Código Penal*. Las Palmas. 1989, pág. 14.

Pasarán en consecuencia, a primer plano, los informes médicos forenses, de los que dependerá que la infracción deba estimarse delito o, por el contrario, llevar su tratamiento al Libro III, ya que se ha ampliado notablemente el campo delictivo, en detrimento de la falta.

Quedó indicado que, con el nuevo tratamiento de la Ley 7/88 de 28 de diciembre, como vía adjetiva por la que marchará el tema de las lesiones, queda cerrada la vía casacional, lo que impedirá la creación de una doctrina legal que, como interpretación del derecho positivo, arroje luz sobre las cuestiones que pudieran plantearse.

Las líneas maestras de la nueva regulación legal pueden sintetizarse en los apartados siguientes:

Se mantienen las lesiones de mutilación —arts. 418 y 419—, si bien ampliando su contenido al dar cabida en estos artículos a resultados antes incriminados en el antiguo 420, y siempre que el evento material obedezca a una conducta netamente dolosa del culpable.

El supuesto típico del delito de lesiones se dibuja en el artículo 420, con la exigencia ya aludida del tratamiento, como criterio diferenciador.

Fiel a la postura adoptada en otras ocasiones⁽¹⁵⁾, el legislador del 89 no ha podido resistir la tentación de configurar, junto a la figura principal, supuestos en que, por la concurrencia de determinados factores, lógicamente enumerados de forma taxativa, la sanción penal se atenúa o por el contrario, aparece exacerbada.

También, y como es técnica habitual, han creído oportuno los autotres de la reforma hacer referencia a tipos específicos de lesiones, en los que la especialidad deriva ya del entorno familiar, bien de razones de índole laboral, o de la finalidad perseguida.

Como modalidad auténticamente novedosa debe hacerse referencia a las consecuencias de la participación en riña tumultuaria, que han venido a sustituir al homicidio que acontecía bajo estas circunstancias.

a.— *Lesiones familiares*

He aquí una conducta delictiva, llevada de forma expresa por el legislador a las páginas del Código Penal, con evidente desconocimiento de la siste-

(15) Ponencia citada de ZUGALDIA ESPINAR.

mática y con base únicamente en reclamaciones populares deseosas de una mayor protección a la mujer, de donde deriva su escaso fundamento jurídico⁽¹⁶⁾.

El propósito es plausible, pero totalmente inadecuada la respuesta dada por los autores de la reforma a aquellas exigencias demandadas por la opinión pública.

Esta novedad surgió en el seno de la discusión parlamentaria y, en concreto, en la Cámara de Diputados, al prosperar la enmienda 53, presentada por el grupo socialista.

Se observa ante todo que la nueva conducta delictiva ofrece una clara delimitación, en el aspecto personal, de los llamados a ser sujetos activo y pasivo de esta infracción: así resulta de la simple lectura del Código y es plausible el acierto que supone dar protección tanto al cónyuge como a la persona que esté unida por análoga relación de afectividad⁽¹⁷⁾.

Fuera sin embargo, de este punto a favor, pocas notas pueden cargarse en el haber de sus redactores.

Comenzando por la sistemática, no existe la causación de lesiones — fundamento de este capítulo— por lo que queda como base de la redacción legal el deseo de protección a la familia⁽¹⁸⁾.

Se circunscribe la conducta delictiva al empleo de violencia física, lo que dejará fuera del tipo aquellas manifestaciones dotadas de violencia moral, tan frecuentes o más que aquéllas, y requiere asimismo la nota de habitualidad para encajar la conducta culpable en el molde legal, no siempre fácil de acreditar.

La causación de lesiones determinaría la aparición de una figura concursal que, si desembocaba en el artículo 420 llevaría a la aplicación de éste, haciendo superflua la existencia y razón de ser del nuevo precepto.

La dificultad de la prueba de la violencia física no causante de lesiones, como de la habitualidad, imposibilitarán que, en la mayoría de los casos, pueda prosperar la denuncia que se presente.

(16) BOIX REIG, J. *ob. cit.* pág. 124.

(17) Aplicación lógica de la circunstancia mixta, descrita en el art. 11 del C.P.

(18) MARCHENA GÓMEZ, M. *Ob. cit.* pág. 72.

b.— *Lesiones laborales*

La fórmula inicial en este punto, procedente del Código de 1944, no pudo ser más desdichada al llevar por vez primera al texto punitivo el delito de lesiones laborales; sólo en parte fue paliada por la reforma de 1963⁽¹⁹⁾.

Esta conducta punible se completó en la reforma de 25 de junio de 1983, y estuvo a punto de desaparecer de nuestro ordenamiento penal al eludirla no sólo los posteriores proyectos de reforma, sino también el mismo texto primario de la Ley 3/89.

Renació, sin embargo, en base a la enmienda 68, presentada por IU y, en consecuencia, nuestro derecho positivo sigue enriquecido, para su desgracia, con una tipificación delictiva que nada nuevo aporta.

La previsión de situaciones como la regulada lo está en las normas comunes relativas a las lesiones, si se estima que la culpabilidad del delincuente se encierra en el círculo del dolo; y si toma partido por la imprudencia, quedaría perfectamente sometida al poderío del artículo 565.

Nuevamente, pues, estamos en presencia de una creación inútil y que responde a razones de tipo político; viene a cumplir, como se ha escrito, “una función puramente simbólica, de llamada de atención”⁽²⁰⁾.

c.— *Lesiones militares*

La especialidad de las mutilaciones causadas para eximirse del servicio militar u otro servicio público ha sido mantenida en la reforma de 1989, pese al general ambiente contrario a la misma⁽²¹⁾ y que tuvo su reflejo en el PANCP que, resueltamente, se inclinó por su derogación; sin embargo, el legislador ha preferido seguir la orientación del desprestigiado Proyecto de 1980⁽²²⁾ y reinsertar estas conductas delictivas.

Cuando menos, y a favor de la redacción nueva debe señalarse la ampliación de las personas culpables, a las que se atenúa la pena en razón del grado de parentesco, al incluirse entre ellas a la persona vinculada por relación análoga a la del cónyuge.

(19) Se hablaba en el texto de 1944 de causar grave quebranto en la salud de los obreros “o en la producción en general”.

(20) VIVES ANTÓN y BOIX REIG, *ob. cit.* pág. 124.

(21) BOIX REIG, J. *ob. cit.* pág. 119.

(22) Artículo 170 del referido Proyecto.

Fuera de lo anterior, los inconvenientes del mantenimiento de este tipo de conductas son evidentes y superan el citado sentido amplio favorable.

Como se ha escrito, “no merece elogio la actividad legislativa que, acometiendo la modificación de distintos preceptos legales, sólo atiende a aspectos marginales, susceptibles de corrección por la vía interpretativa”⁽²³⁾.

Y ello debe ser así por cuanto el legislador no ha sabido superar la confusión reinante en torno a estas conductas delictivas, sobre todo pensando en el bien jurídico protegido, que otorga carácter puramente circunstancial a las lesiones o mutilaciones, padecidas, de donde resulta discutible el tratamiento de estos delitos en el capítulo en que aparecen insertos.

De otra parte, y en relación con la teoría del consentimiento, nuevamente abordada en la reforma del 89, estas mutilaciones aparecen en una situación inexplicable.

Además, en el contexto moderno y ante las cuestiones surgidas acerca de la prestación del servicio militar, cuando se plantean serios problemas acerca de su obligatoriedad, la consecuencia más inmediata que se desprende es la total ausencia de utilidad de este precepto.

No cabe, finalmente, olvidar, que la tipificación de estas conductas que realiza el código penal común ha de ponerse en relación con la legislación militar que, de acuerdo a la redacción de la Ley 13/85 de 9 de diciembre, y en su artículo 125, describe y sanciona la conducta consistente en inutilizarse o dar el consentimiento para ser inutilizado, con referencia a que esta conducta ocurra en tiempo de paz o de guerra; esta específica disposición será preferible a la norma del derecho común.

Así debe entenderse aunque se dé al vocablo militar un sentido amplio, como se desprende del Código castrense, y de todo deriva que haya que considerar obsoletos los preceptos que, en el Código Penal, disciplinan las lesiones que vayan acompañadas de la aludida finalidad.

d.— *Lesiones en riña tumultuaria*

Es una última modalidad delictiva, justificada por los autores de la reforma sobre la idea de que la anterior figura chocaba frontalmente con la seguridad jurídica y el principio de culpabilidad.

(23) MARCHENA GÓMEZ; M. *ob. cit.* 36.

No parece que los resultados, en modo alguno, deban ser considerados satisfactorios.

Su precedente más inmediato, al tiempo que la razón de la aparición del nuevo precepto, debe buscarse en el castigo del homicidio en riña tumultuaria, sobradamente criticado por la doctrina.

Curiosamente se mantuvo este artículo en la reforma de 1983, pese a su desaparición de los proyectos intermedios⁽²⁴⁾, ya que se trataba de uno de los exponentes más claros de vestigios de la responsabilidad objetiva, y sólo el deseo del legislador de no dejar sin sanción resultado punible alguno, pudo explicar que se mantuviera el castigo de quienes, por vía presuntiva únicamente, podían ser estimados autores del hecho luctuoso producido.

La solución correcta hubiera sido derogar, sin más, el citado artículo; parece no obstante, que los redactores no han querido que un precepto en blanco rompa la armonía que supone que cada artículo del Código Penal tenga su correspondiente contenido, y han arbitrado una fórmula que será fuente de discusiones, resaltando una vez más que la inaccesibilidad a la casación no permitirá disipar las dudas surgidas a propósito del mencionado nuevo tipo delictivo.

Resulta que la conducta descrita se desconecta de toda producción lesiva, adquiriendo así el significado de delito de mera actividad o de peligro; difícilmente puede tener encaje esta figura en un capítulo que se caracteriza por la causación de daños corporales.

La esencia del nuevo tipo radica en la intervención en una riña confusa y tumultuaria, empleando armas u otros medios peligrosos para la vida o integridad corporal de las personas⁽²⁵⁾.

Si a consecuencia de dicha actividad, se produce muerte o lesiones, siendo desconocido el autor, no habrá lugar a imposición de pena ni exigencia de responsabilidad por este motivo.

Identificado el autor de la muerte o las lesiones, los meros partícipes no serán inculcados sino por su participación en la riña.

Finalmente, la ausencia de producción de resultados llevará la única sanción de participación en la riña, y siempre será punto de discusión si entrarán

(24) Conservaba esta figura el Proyecto de 1980, art. 172.

(25) MUÑOZ CONDE, F. *La reforma penal de 1989*. Tecnos, pág. 103.

en la responsabilidad todos los intervinientes o sólo los que portaren las armas a que alude el legislador⁽²⁶⁾.

Es excesiva la pena establecida para un mero delito de peligro; puede llegar a prisión menor, es decir, igual que si se hubieran producido lesiones, dándose el absurdo de equiparar una situación de riesgo a la producción de un resultado material⁽²⁷⁾.

e.— *La nueva modalidad del consentimiento*

Inagotable es la polémica surgida en torno a la validez del consentimiento prestado por el lesionado, en aras del mismo, y las insuficientes respuestas legislativas otorgan cada vez mayor trascendencia al referido problema.

Frente a la redacción inicial del texto de 1944⁽²⁸⁾, la reforma de 1963 ya adicionó, tímidamente, la irrelevancia del consentimiento, para añadir a continuación la ley de 1983 el segundo párrafo del artículo 428, y terminar la Ley de Actualización de 1989 configurando, definitivamente por ahora, la fórmula legal en torno a la prestación del mismo, cuando sus portadores sean menores o incapaces.

El camino seguido por los redactores de 1989 es desafortunado, ante las contradicciones contenidas en la redacción legal, e incluso podría plantearse la innecesariedad de la última adición, teniendo en cuenta la existencia de disposiciones como la Ley 30/79 de 27 de octubre, y el RD 426/80 de 22 de febrero.

Como en realidad el aspecto más debatido del problema se ha centrado en la forma de otorgar validez al mencionado consentimiento, clarificadora debe ser estimada la Circular de la Fiscalía General del Estado, 5/85 de 30 de abril, admitiendo la posibilidad de esterilización de incapaces “con la única salvedad de atender si el grado de entidad de la deficiencia psíquica padecida lo permite”.

Y, sobre todo, es claro el procedimiento a seguir para poder hablar de un consentimiento válidamente prestado.

Como expresa acertadamente Marchena, la vía procedimental adecuada será, caso de hallarse ya incapacitada la persona⁽²⁹⁾, acudir al Código Civil,

(26) No es necesario que cada partícipe vaya armado, entiende MARCHENA GÓMEZ, M. *ob. cit.* pág. 72.

(27) Para salvar esta anomalía, habría que acudir a la figura del concurso, y aún sería dudoso obtener una solución correcta, desde el punto de vista jurídico.

(28) Este cuerpo legal hacía referencia a la excusa absolutoria para la muerte dada a los adúlteros.

(29) *Ob. cit.* pág. 67.

sometiendo la pretensión al sistema contradictorio y, ante la ausencia de incapacitación previa “resultaría indispensable la incoación de un procedimiento de incapacitación, de cuya pretensión formará parte la solicitud de esterilización del incapaz”.

Y añade, y con toda lógica, que “carecería de sentido la hipótesis de que en trámite de jurisdicción voluntaria se acordase la esterilización del presunto incapaz y, en juicio contradictorio de menor cuantía, se denegase la incapacitación”.

No es pacífica esta cuestión; se sostiene por algunos autores⁽³⁰⁾ que bastaría con la concurrencia de una incapacidad real en el sujeto, con independencia de que esté o no declarada judicialmente.

En cualquier caso, la reforma ha cuidado, en materia tan delicada, de mantener unas garantías mínimas y unas cautelas imprescindibles; no otra cosa es que a la solicitud del representante legal se acredite en debida forma la existencia de la grave anomalía o deficiencia psíquica, la exigencia de dictámenes precisos y la intervención del Ministerio Fiscal⁽³¹⁾.

En cambio, en los números rojos debe apuntarse que se haya dejado pasar una ocasión como la ofrecida por la Ley Orgánica 3/89 para, de forma definitiva, regular el debatido problema del consentimiento, así como de las exigencias estimadas necesarias para la validez de su prestación.

Y, desde luego, indican algunos autores, con un criterio radicalmente distinto del hasta ahora preconizado por el legislador: éste, más o menos veladamente, se ha venido decantando por la irrelevancia del mismo; distinto por completo es el parecer de la moderna doctrina patria que, en manera mayoritaria, se pronuncia por la validez de aquella manifestación de voluntad.

La imprudencia punible

El propósito inicial de los autores de la Reforma 3/89 era limitado y concreto: se trataba de descriminalizar conductas constitutivas de faltas, principalmente; dar una nueva orientación a los delitos culposos y otorgar una regulación moderna al delito de lesiones.

En aras de aquel deseo despenalizador, el legislador estableció al frente de las modificaciones que introducía y como justificante y fundamento de las

(30) De este parecer son VIVES ANTÓN y ORTS B. *ob. cit.* 132.

(31) De conformidad a lo establecido en su Estatuto Orgánico de 30. diciembre. 1981, art. 3, p. 7.

mismas, el principio de intervención mínima, al que luego se aludirá, y ha llevado a cabo una reducción del Libro III, la parte del Código “que más claramente infringe el antedicho principio”⁽³²⁾.

Sin embargo, y pese a la riqueza de argumentos con que se ha querido justificar la eliminación de buen número de infracciones penales, se aprecia con claridad que la razón, encubierta, de esta reducción, no era otra que buscar alivio a la congestión de trabajo que pesa sobre los Juzgados penales.

Así, se han vaciado de contenido treinta y dos artículos relativos a las faltas, mas en el mayor número de casos la incidencia de esta supresión ha sido mínima, pues se trataba de infracciones que apenas si asomaban ante los órganos jurisdiccionales⁽³³⁾.

Por el contrario, la auténtica consecución del deseo del legislador ha tenido lugar, no a través de la supresión, sino mediante la simple alteración de las consecuencias materiales de las conductas imprudentes.

Se ha dado la paradoja, por tanto, que sólo variando aquellos resultados en una orientación concreta, los autores de la reforma han conseguido la ansiada meta de aligerar el Código y, sobre todo, agilizar la actividad judicial, más que con la eliminación de los restantes preceptos.

La nueva regulación de la imprudencia se ofrece en nuestro derecho positivo con las siguientes notas:

a.— se mantienen las tres clases de imprudencia secularmente admitidas, temeraria y simple y ésta con su división por el hecho de ir o no acompañada de infracción reglamentaria.

b.— se exige, para cada una de estas tres modalidades del actuar negligente, a los efectos de que puedan recibir consideración penal, la producción de un resultado que, de mediar dolo, constituiría delito.

c.— dentro de esta concepción, sólo la imprudencia calificada de temeraria debe ser estimada como delito.

Con este primer juego de factores se ha conseguido una sensible reducción de las infracciones penales leves, imprudentes, cuya persecución podía ser solicitada ante los juzgados de lo penal.

(32) Así lo entiende PORTERO GARCÍA, L. Ponencia presentada en el Congreso de Granada, noviembre de 1989.

(33) Es ésta quizá, la única y correcta aplicación del principio de intervención mínima. PORTERO GARCÍA, L. Ponencia citada.

Sin embargo, el legislador ha ido más lejos; no contento con las anteriores limitaciones, ha fijado una serie de condicionamientos como segundo escalón para que las conductas imprudentes puedan acceder a su enjuiciamiento por aquellos órganos:

a.— estableciendo como requisito de procedibilidad para las faltas de imprudencia, —arts. 586 bis y 600—, la previa denuncia del ofendido o perjudicado por la actuación negligente.

b.— en materia de daños, y al margen de si aquella actuación es temeraria o simple, señalando una cuantía a la que deben llegar los resultados materiales, a la que debe añadirse también la necesidad de denuncia previa⁽³⁴⁾.

Parece claro que se ha dado cima al criterio restrictivo que buscaba descargar de trabajo a los juzgados penales, en sus distintas categorías, y en este sentido es indudable que se ha agilizado la marcha de la Administración de Justicia.

Es dudoso que esta nueva situación sea comprendida, al menos de entrada, por aquellos que de ahora en adelante se verán obligados a resolver sus cuestiones por la vía civil, posiblemente con mayores gastos y sin considerable adelanto temporal en la tramitación.

A cambio, no cabe desconocer que la nueva regulación del artículo 565 se ofrece más clara y armónica que la anterior, pues elimina gran parte de las dudas surgidas por mor de la fórmula antigua: traduce en una sola regla el mandato imperativo de que nunca la penalidad de la culpa podrá siquiera, igualar la del delito doloso —frente a la duplicidad de reglas que se contenían antaño—, y se establece de manera general el libre arbitrio para la imposición de la pena, sin la entrada en juego para la imposición de la sanción penal, de las limitaciones del artículo 61.

Como contrapartida, dice Marchena, el criterio adoptado en materia de daños imprudentes no sólo es inadmisibile, sino que “introduce una desazonadora quiebra del principio de legalidad, y desde luego, ni las más apremiantes exigencias de política legislativa pueden justificar que el tipo del injusto se complemente por la vía gubernativa y en funciones de aseguramiento del parque móvil”.

(34) Deberá entenderse, y así lo hace la doctrina, que la referencia al Seguro Obligatorio, aun no siendo explícita la Ley, es el del Automóvil.

“Lo más grave, añade, es que la sumisión a un proceso penal o la postura de codemandado en un proceso civil pueda depender del precio de los accesorios de los vehículos involucrados en la colisión”.

No es posible desconocer la producción de consecuencias, derivadas de este nuevo sistema, que pugnan con los principios tradicionales de nuestro Derecho.

Para los casos de faltas contra la integridad corporal, el tiempo de sanidad puede servir, tanto para la curación del lesionado como para que tenga lugar el transcurso del necesario para la prescripción; el breve plazo de dos meses hará que en buen número de ocasiones haya que acudir a la vía civil, ante la exigencia de la denuncia.

A la inversa, el autor de la conducta imprudente, si la víctima no reclama o los daños no llegan a la cifra del seguro obligatorio, será objeto de reclamación civil, pero se verá libre de sanción penal aunque su actividad hubiera debido ser calificada de imprudente, y merecedora del reproche punitivo.

Y es que el legislador, pese a situar la pantalla justificante del principio de intervención mínima, se ha dejado llevar por razones exclusivamente pragmáticas, insinuando al perjudicado la “conveniencia” de acudir a la vía civil e, incluso buscando excluir ésta; el propósito último del legislador es que las partes arreglen sus diferencias a través de un acuerdo que excluya la intervención judicial.

Tan evidente eran esta situación y las medidas buscadas para eludirla, que el propio preámbulo de la ley tiene que reconocerlo, al hablar de “las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia”.

El legislador, ante la actual situación de la Administración de Justicia, podía decidirse por una de estas tres soluciones:

- * mantener el estado de cosas como hasta ahora, lo que era inadmisibles pues significaba perpetuar el colapso de la maquinaria judicial.

- * crear nuevos juzgados que dieran satisfacción a los distintos problemas, y permitieran que la Justicia funcionara con la eficacia y rapidez deseadas; meta inalcanzable ante la forzada política de austeridad que se mantiene en cuanto al Poder Judicial, y

- * cortar por lo sano y, eliminando materias susceptibles de litigio ante los órganos penales, aliviar la carga y el trabajo de éstos.

Solución tan poco indicada como la primera, pero en definitiva la tomada por los autores de la reforma.

Es completamente cuestionable la manera en que se ha resuelto el problema que preocupaba a nuestros redactores legales; de un lado, han conseguido simplemente un desplazamiento del problema de agobio y agolpamiento, pues serán ahora los juzgados civiles los que se verán desbordados por la presencia de juicios verbales por reclamaciones de conductas imprudentes, derivadas de accidentes de tráfico.

Y no puede decirse que este cambio de destino no fuera visible, pues el mismo preámbulo se refería a que “el Derecho Privado está en condiciones de ofrecer soluciones suficientes”.

De otra parte cabe preguntarse si la consecución de los resultados perseguidos no será a costa de mermar en los ciudadanos la credibilidad en el Poder Judicial.

El trasiego de uno a otro órgano, sin ventajas en el cambio puede llegar a producir aquella sensación.

A su vez, el coartar el libre acceso a los juzgados penales, cuando se desprenda la comisión de una actividad claramente imprudente, dará origen igualmente a que no salga fortalecido el principio de la tutela judicial, que consagra la Constitución, y si se piensa que estas limitaciones tienen su origen en la ausencia de previsión y de sentido organizativo; en la búsqueda de posturas acomodaticias, eludiendo resolver los problemas de la manera adecuada, dejando que éstos se arreglen por sí solos en tiempos mejores, es claro que el ciudadano verá aún más disminuida su fe en la Justicia.

Y es que el mismo legislador favorece este espíritu derrotista cuando afirma que “este peculiarísimo sistema está destinado a desaparecer en su día”.

El principio de intervención mínima

Así como la reforma de 1983 situaba en primer lugar y como fundamento, en general, de las modificaciones que introducía, el principio de culpabilidad y concreción al hecho, la Ley 3/89 ha creído conveniente también fijar de entrada un criterio rector del que emana el espíritu que anima a la reforma.

En tal sentido encabeza el Preámbulo con la consagración del principio de Intervención mínima, señalando a renglón seguido un a modo de concep-

to y finalidad, al indicar que “en su virtud, el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no pueda ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena”.

Buena parte de la doctrina moderna y el Derecho Comparado, al recoger esta formulación, dotan al principio de referencia de un contenido más amplio, que trasciende y sobrepasa la mera lectura del enunciado anterior.

Dos funciones, en efecto, se entiende que deben atribuirse al criterio señalado de minimizar la intervención de Jueces y Tribunales:

a.— se trata, ante todo, de radiar de las páginas del Código, conductas que no son merecedoras de sanción punitiva, bien porque se declaren totalmente impunes, ya en cuanto deban ser objeto de sanción civil o administrativa.

b.— en segundo lugar, el derecho penal ha de actuar también, en aras del aludido principio, llevando a cabo una función despenalizadora respecto de comportamientos sujetos a su imperio, reduciendo su actividad y presencia al mínimo.

Esta segunda alternativa se identifica con la preocupación dominante en las legislaciones modernas en relación con el importante problema de la determinación de la pena y, en particular, con las llamadas penas cortas de privación de libertad.

Se afirma que cada día debe tenerse más en cuenta la relación entre el delito cometido y la personalidad del delincuente, de manera que sin que la conducta pierda su marchamo delictivo, el juzgador penal posea la virtualidad de eliminar u obviar la imposición de la sanción penal, cuando resulte claro que no es precisa para reprimir la acción cometida, reinsertar al culpable o satisfacer el orden jurídico perturbado.

Esta dualidad en que se diversifica el principio de intervención mínima está recogida en los Ordenamientos de numerosos países europeos, bien porque se ha suprimido el carácter típico de conductas antaño delictivas, o han sido sometidas a la potestad administrativa, ya porque se conceden amplias facultades al Juez para, dentro de una gama también amplia de posibilidades, tratar adecuadamente el hecho cometido.

De esta forma, al lado de Italia que en su Código de 1981 ha procedido en ciertos casos a una auténtica despenalización, otras legislaciones como Sue-

cia e Inglaterra (Criminal Justice Act 1972), han sustituido la sanción penal por un compromiso de buena conducta; por la prestación de un trabajo en favor de la Comunidad, o incluso, por una simple advertencia premonitoria de sanciones penales, caso de no producirse la enmienda.

Siempre buscando aquellos medios sustitutivos de las penas cortas de privación de libertad, en cuanto que manifestaciones de una intervención mínima, en Alemania y Portugal la imposición de la pena sólo tiene lugar a partir de determinados límites, cuando la adecuada ponderación de cada caso concreto demuestra la necesidad indispensable de su aplicación; a la misma finalidad se encamina el sistema de los días multa, tan grato a los países nórdicos.

Por lo que a nuestro Derecho Penal se refiere, la aplicación del repetido principio lo ha sido, hasta el momento, de forma restringida, frente a la concepción amplia que se observa en el resto del derecho, pues salvo algunos antecedentes relativos a la destipificación de los delitos de adulterio, conducción sin carnet y blasfemia⁽³⁵⁾, su manifestación más concreta no acae hasta la Ley 3/89, primera en alterar en profundidad el Libro III.

Queda así el ámbito de este principio limitado a las faltas y sólo en el sentido de supresión o trasvase a otras competencias; no se recoge la posibilidad de aplicarlo a las infracciones que revistan los caracteres de delito y sigue sin otorgarse al mismo una interpretación amplia que permitiera abordar, y solucionar, el problema de encontrar medios que reemplacen las penas cortas de privación de libertad, pese a su actualidad innegable⁽³⁶⁾.

En nuestro Derecho, la única alternativa válida hasta el momento, es la remisión condicional.

Las esperanzas depositadas en la pena de multa como medio para eludir las estancias cortas en prisión, se han desvanecido, tanto por la crónica insolencia de la pequeña y mediana delincuencia como también por el orden tajante de prioridades que establece el Código Penal, al dar lógica preferencia a la reparación y satisfacción al perjudicado, situando en primer plano las responsabilidades civiles frente al resto de obligaciones pecuniarias que, para el delincuente, puedan derivar de la infracción cometida.

(35) Hasta ahora los únicos supuestos de aplicación a las entidades con carácter de delito, del principio proclamado en el Preámbulo de la Ley, de intervención mínima, pues fuera de ello, se ha centrado en las faltas.

(36) Tal vez las sanciones de reprensión pública y privada pudieran haber sido utilizadas para esta finalidad de sustitución, particularmente en sanciones de multa o arresto menor; sin embargo, la reprensión privada fue radiada en la reforma de 1989.

Se ha hablado, incluso, por ciertos sectores de la inconstitucionalidad de la multa, en cuanto que su función pecuniaria se trueca, por mor del Código, en arresto sustitutorio caso de impago, estimando que se produce una vulneración del espíritu constitucional.

Afortunadamente, lo mismo el Tribunal Constitucional⁽³⁷⁾ que el Tribunal Supremo⁽³⁸⁾ al pronunciarse sobre esta materia, han salido al paso de interpretaciones subjetivistas, y han reiterado ambos la perfecta adecuación del texto punitivo a los postulados de la Carta Magna.

Por tres caminos llegan los autores de la Reforma de 1989 a la actualización de las faltas, o si se quiere, a la aplicación del principio de intervención mínima.

a.— por la vía de la absoluta despenalización, desde el momento en que las infracciones veniales desaparecen de las diversas ramas integrantes del Ordenamiento jurídico.

Así lo expresa el legislador, al manifestar que “están carentes de sentido, por haber desaparecido su razón de ser”.

b.— considerando que la regulación de ciertas materias está incluida en el Derecho Privado, “que está en condiciones de ofrecer garantías suficientes”.

Se elude de esta forma una duplicidad legislativa pues, como añade el Preámbulo, “la intervención del Derecho Penal comienza al mismo tiempo que la culpa contractual, cuya reclamación puede fundarse en el artículo 1902,... lo que muestra el exceso de presencia en esta materia, del aparato punitivo”.

c.— y, finalmente, sometiendo al poderío del Derecho Administrativo, que también está en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, una serie de comportamientos cuya sumisión a la actividad sancionadora de la Administración “es perfectamente ajustable a las garantías constitucionales y a las competencias de las autoridades administrativas, desde la Administración Central a los Entes locales”.

Esta última cuestión no ofrece dudas en nuestro Ordenamiento Jurídico. La redacción clara y diáfana del artículo 25 de la Constitución no quiere decir sino que las garantías básicas que rigen en el Derecho Penal, traducidas principalmente en la máxima de legalidad, deben igualmente ser tenidas en cuen-

(37) Sentencia 19/88 de 16 de febrero.

(38) Sentencia de la Sala Segunda de 16 de febrero de 1988.

ta en la actividad sancionadora de la Administración, sin que ninguna de ellas pueda ser objeto de olvido.

Queda de esta suerte sometida la Administración a las garantías fundamentales del Derecho, y esta progresiva asimilación, que se lleva a cabo desde el punto de vista de la estructura interna como de los principios rectores y las garantías procesales, y tanto por la Legislación como por la Jurisprudencia, “no es otra cosa que el reconocimiento de una misma naturaleza material a la infracción penal y a la infracción administrativa”⁽³⁹⁾.

Ya lo ha reconocido la Jurisprudencia, al admitir la validez del non bis in idem, en los casos de duplicidad de sanciones, como al afirmar la subordinación de la Administración a los Tribunales de Justicia⁽⁴⁰⁾.

Vistas así las cosas y reconocida la restringida aplicación del proclamado principio de intervención mínima, en su primera aparición efectiva, sólo con un criterio de benevolencia puede considerarse plausible su presencia en el campo del Derecho Penal; su aplicación práctica lo ha sido en base al establecimiento de un sistema pragmático que, posiblemente, haya cercenado el derecho de los ciudadanos a la plena tutela judicial que consagra el Texto Constitucional.

La misma inconsistencia del sistema puesto en vigor se aprecia a través de las palabras y expresiones utilizadas por los autores de la reforma; palabras seguramente no debidamente meditadas pero cuya lectura permite comprender las anomalías legislativas y, también, los defectos que se contienen en la Ley 3/89.

No es de recibo, en efecto, que se diga que “la modificación de la falta de lesiones sólo resultaría coherente variando la parte fundamental de esta figura, y por este motivo se decide acabar con el viejo y defectuoso sistema de incriminación por el resultado”.

Se da a entender con ello que la nueva regulación del delito de lesiones encuentra la raíz de su modificación en la variación de la correlativa falta⁽⁴¹⁾, como si no hubiera bastantes motivos, autónomos y sustantivos, para proceder a la nueva normativa del delito.

Otro tanto cabe decir de la expresión, como la anterior contenida en el Preámbulo, que indica, en cuanto razón de la despenalización, “el hecho de-

(39) VIVES ANTÓN. *Reforma penal* cit. pág. 199.

(40) Sentencias 2/1981, de 30 de enero y 77/1981 de 3 de octubre.

(41) ZUGALDIA ESPINAR, ponencia citada.

mostrable de que fuera de lo punible se describen y sancionan conductas de entidad notoriamente superior a las que son objeto de infracciones penales”.

Con ello se está utilizando como sistema de valoración la comparación con otras conductas situadas extramuros del Código, en lugar del estudio intrínseco de la propia actividad punible⁽⁴²⁾.

Digna igualmente de estudio, y sin insistir pues ya se ha comentado, es la afirmación de “las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia de muchos pequeños problemas que no merecen, ciertamente, el dispendio de tantos esfuerzos de los Poderes Públicos”.

Es indudable que un debido encauzamiento del “dispendio” a que se alude, permitiría llegar a soluciones harto más lógicas y constructivas que las adoptadas por la Ley de 21 de junio.

Digno broche a las anteriores y desafortunadas explicaciones lo es la siguiente opinión del legislador: “la solución más simple y tajante hubiera sido la supresión del Libro III”.

Es inadmisibles esta postrera adición a las razones que fundamentan las modificaciones introducidas, y en modo alguno puede considerarse de recibo.

Acertadamente se ha dicho que “esta supresión no encuentra principio alguno que la fundamente, ni siquiera es aconsejable. Más bien habría que invertir el proceso, en el sentido de que parte de las facultades sancionadoras de la Administración reviertan un día a la Justicia Penal, si es que ésta llega a alcanzar las notas de rapidez y eficacia deseables”⁽⁴³⁾.

Éste es, ciertamente, el deseo que, a la vista de lo expuesto, aparece tan difícil de conseguir.

En suma, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/89 de Actualización del Código Penal tiene, forzosamente, que ser calificada de incongruente, contradictoria con sus mismos principios inspiradores, con defectos técnicos de monta, errores de bulto y total ausencia de política criminal.

Se ha cedido por sus autores a presiones populares y emotivas, prescindiendo de la bondad jurídica de los preceptos incorporados o modificados, llegando así a resultados que oscurecen los escasos aspectos positivos que se encuentran en la nueva normativa.

(42) “Insólito descubrimiento del legislador, que poco dice en favor de la seguridad jurídica”. PORTERO GARCÍA, L. Ponencia citada.

(43) VIVES ANTÓN, *ob. cit.* pág. 202.

Por abundar en la falta de lógica y en las consecuencias que produce el apresuramiento y la ligereza, en una ley reformadora del Código Penal se contiene una disposición adicional, la sexta, que hace referencia a “las condiciones que deben reunir los Jueces para ser promocionados a Magistrados: de ella y su inclusión se ha escrito que “resulta absolutamente extravagante en el contexto general de la reforma”.

Ya el mismo Consejo del Poder Judicial la había calificado de provisional e inmadura⁽⁴⁴⁾ y el vocal Pablo Castellano, en voto particular y de manera clara y rotunda, aconsejó que no se llevara a cabo por cuanto podría aparecer como “oportunista y legitimadora de soluciones provisionales y de un aplazamiento definitivo de la reforma global de nuestro sistema penal”⁽⁴⁵⁾.

La última pincelada crítica procede con acierto, de Gimbernat, para quien la reforma no es otra cosa que un saqueo de textos legislativos.

“De la misma manera, dice, que el saqueo ha desplazado al anticipo, el caos de las reformas asistemáticas ha sustituido a la armonía que hubiera supuesto la prometida aprobación de un Código Penal completo, y el oportunismo, la improvisación y a veces, la demagogia, nos han hecho olvidar que existe otro criterio para reformar una ley penal: el de una política criminal que sabe lo que quiere y a dónde va.

Desdichado el penalista, concluye, que se ve forzado a asistir a este espectáculo”.

III. LA ESPERANZA DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL

Al margen de los defectos apuntados en la rápida visión crítica de la Ley 3/89 de 21 de junio de Actualización del Código Penal, puede cargarse en el debe de la misma un motivo más para que la opinión en torno a la reforma sea claramente desfavorable: su publicación ha supuesto un nuevo retraso en la aparición del deseado y, por ahora inalcanzable, Código Penal.

Por desgracia y como se verá enseguida, esta postura de inactividad no es nueva, y ello aumenta los reproches hacia los autores de la mentada ley pues, conscientes de los precedentes que ya existían, han adoptado una vez más la

(44) En informe de 13 de octubre de 1988.

(45) Citado por ZUGALDIA, ponencia indicada.

cómoda inclinación del no querer hacer, dejando, para los legisladores que les sigan, la tarea, ciertamente difícil mas no imposible, de crear un nuevo Texto Punitivo.

Y es que, por paradoja, toda alteración del Código va acompañada del reconocimiento de aquella necesidad, del deseo de que pronto sea realidad y de explicaciones para justificar el dejarlo para otro momento.

Invariablemente se repite que la falta de tiempo, la ausencia de un estudio adecuado y la carencia de un amplio período de reflexión, impiden dar cima a la publicación del nuevo Código.

Sólo a título de ejemplo bastaría pasar revista a las siguientes afirmaciones legales:

La Comisión Jurídica Asesora, creada para la reforma de 1932, optó por el sistema de modificaciones parciales, alegando en favor de esta situación que “la gestación de un nuevo Código exige y requiere un dilatado período de tiempo, durante el cual el examen detenido del Proyecto, la crítica profesional y la misma opinión pública pongan de relieve los errores del mismo y salga a la luz, en lo posible, exento de imperfecciones”⁽⁴⁶⁾.

Posteriormente, la Ley de 19 de julio de 1944, al autorizar la publicación del texto refundido, alude a la reforma total del Código “como arduo empeño que requiere tiempo, por lo que es aconsejable, en espera de ese nuevo Código, proporcionar un nuevo texto en que se comprendan las disposiciones penales en vigor”, y la Ley de 23 de diciembre del mismo año reiteró que se está a la espera “de la reforma total del mismo”.

Son casi idénticas las palabras que se contienen en la Ley 79/61, de Bases para la revisión del texto penal: nuevamente se repite por sus autores que se está a la espera “de la reforma total de nuestro vigente sistema punitivo”.

El cambio político operado en España no supuso variación en el criterio legislativo, quizá la única excepción a la afirmación de que los cambios de esta índole se extienden a todos los campos del derecho: la Ley 8/83 de 25 de junio aplazó nuevamente la tarea de revisión del Código Penal, por “la necesidad de disponer de tiempo, ya que es tarea que requiere un período de reflexión más profundo”.

Es clara la consecuencia que se desprende de esta trayectoria: el legislador español no sabe, no quiere o no puede redactar y construir un Código Pe-

(46) GIMBERNAT ORDEIG. *Código Penal*. Tecnos. 1989, pág. 15.

nal de nueva planta y, para cubrirse, acude al sistema de echar balones fuera, siguiendo invariablemente el sistema de reformas parciales, con un resultado lamentable.

A fuerza de tantos retoques, procedentes de épocas diversas, surgidos bajo condicionamientos políticos y sociales distintos, el actual Código Penal patrio aparece como una combinación de principios heterogéneos, en ocasiones en contradicción evidente, que sumen al intérprete en un mar de confusiones y dudas.

Así, se proclama de una parte el principio de culpabilidad y concreción al hecho⁽⁴⁷⁾ y, sin embargo, se mantienen supuestos de penalidad exacerbada, impuesta al margen de la intencionalidad del agente; se construye el edificio penal en base al sagrado principio de legalidad, mas se conservan casos que deben estimarse de interpretación extensiva, cuando no de aplicación analógica⁽⁴⁸⁾; se incorpora el principio de intervención mínima, y ya quedó indicado que el criterio para su efectividad ha sido parcial, arbitrario y puramente pragmático; se conservan delitos carentes de razón de ser y se crean nuevas figuras innecesarias⁽⁴⁹⁾; se intensifica la lucha contra el tráfico de drogas, y se trata con guante de seda al delincuente que actúa influenciado por la misma⁽⁵⁰⁾; se olvida la regulación de eventos de singular importancia, como los delitos de informática y las infracciones urbanísticas, merecedoras de una evidente sanción penal, para lo que habría que considerar la inclusión de las mismas en el texto punitivo; se habla recientemente del tráfico de influencias, intentando a toro pasado tipificar conductas ya hace tiempo dignas de aparecer en las páginas del Código; no se han variado penas que, desde muchos aspectos se consideran excesivas, y sigue siendo una laguna lamentable en nuestro Derecho Penal el silencio que reina en torno a la construcción de un sistema que asegure, a las víctimas del delito, la posibilidad real y efectiva de un resarcimiento⁽⁵¹⁾.

Sigue, pues, como indica Serrano, escuchándose el lejano eco histórico de la necesidad de un nuevo Código Penal, sin que su aparición pueda presumirse, racionalmente, sino dentro de unos años, mas no con perspectivas de proximidad⁽⁵²⁾.

(47) PUIG PEÑA, F. Derecho penal. Parte General. ob. cit. pág. 110.

(48) Es el caso de los artículos 348 y 488.

(49) Artículo 131.

(50) El mantenimiento de la figura de atentado, sancionada con pena similar al homicidio; en cambio, no se rebaja la penalidad de las malversaciones que pueden alcanzar también la cota de reclusión menor.

(51) Artículo 93 bis.

(52) Desde Ferri, se ha propugnado una eficaz protección a las víctimas del delito, todavía no conseguida.

Hasta tal punto ha calado esta situación en la doctrina patria que ilustres autores hablan de la necesidad, “inevitable, de ir acostumbrándose a la reforma penal de cada día” ya que la expectativa de un Código Penal ha caído en el olvido, y da la impresión de que el legislador no piensa sino en la reforma coyuntural oportuna, sin reflexionar acerca de la coordinación de la misma con el resto del entorno que ofrecen los principios penales, reflejados en el texto legal⁽⁵³⁾.

Ni siquiera el propio legislador se ha atrevido a la publicación, y consiguiente entrada en vigor, de las reformas que tuvieron lugar en 1980, primero⁽⁵⁴⁾, y posteriormente con la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal⁽⁵⁵⁾.

EL ARTÍCULO 487 BIS DEL CÓDIGO PENAL: LA NUEVA PRISIÓN POR DEUDAS

El conjunto de derechos y obligaciones dimanantes de la relación familiar, y en especial los surgidos de las esferas conyugal y filial, han permanecido tradicionalmente sujetos al imperio del Derecho Civil, procesal y sustantivo, sin trascendencia penal salvo algún caso aislado como el adulterio, que el legislador creyó conveniente llevar al texto punitivo⁽⁵⁶⁾.

Esta marginación, justificada como apunta Muñoz Conde, por considerar que una excesiva intromisión del Estado en el ámbito familiar, pudiera tener funestas consecuencias, fue la idea dominante en la época de la Codificación penal del siglo XIX influida por el espíritu liberal del momento⁽⁵⁷⁾.

Con la aparición de nuevas tendencias e ideologías, opuestas a las vigentes hasta entonces, cambió radicalmente esta concepción:

Francia, con su famosa Ley de 7 de marzo de 1924, primero, y a continuación el Código Federal suizo, de 21 de diciembre de 1937 y Bélgica, con la reforma de enero de 1939, fueron las naciones pioneras en abrir brecha en

(53) MUÑOZ CONDE, F. *ob. cit.* pág. 17.

(54) RODRÍGUEZ DE VESA, J.M. calificó al Proyecto de 1980 como “la pieza más vergonzosa de nuestra trayectoria jurídico penal desde 1848. *Derecho Penal*. Parte general. Madrid. Dickinson. pág. 149.

(55) En su preámbulo se reconoce al P. de 1980 como uno de “los antecedentes a estudiar”.

(56) En armonía con la eliminación del uxoricidio del art. 428, fue igualmente suprimido.

(57) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. Valencia, pág. 164.

las teorías no intervencionistas, pasando a otorgar a la familia una protección penal específica.

El Derecho español no permaneció indiferente a estos movimientos, y así la Ley de 2 de marzo de 1932 atribuyó carácter penal al incumplimiento de pago de pensiones alimenticias y con el régimen surgido a raíz del movimiento militar de julio de 1936 se dictó la Ley de 2 de marzo de 1942 que introdujo en nuestro Derecho positivo la figura del abandono de familia, dando origen al artículo 487⁽⁵⁸⁾.

Este precepto fue objeto de diversas modificaciones por las sucesivas reformas operadas en el texto legal; el D. 163/63 adicionó el último párrafo, relativo a la forma de persecución y, lógicamente, a la posibilidad de extinción mediante el perdón del ofendido, admitiendo la figura del perdón presunto; la Reforma 8/83 alteró este último inciso, suprimiendo también toda referencia a la autoridad marital⁽⁵⁹⁾ y, la postrera, por ahora, modificación del Código ha llevado a cabo dos importantes variaciones:

ha suprimido la exigencia legal de que se dejaren de cumplir los deberes, “pudiendo hacerlo”.

ha sustituido la expresión “el culpable”, por la de “el que dejare de prestar”, lo que resuelve la discusión mantenida acerca de si el segundo párrafo estaba subordinado al primero o debía estimarse autónomo, decantándose en este sentido a virtud de la modificación dicha.

En la actualidad, y en base a las alteraciones que han puesto manos en el texto legal, así ha quedado la redacción del aludido artículo 487:

“Será castigado el que dejare de cumplir los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela y el matrimonio, en los casos siguientes:

1. si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.
2. si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

El que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o a su cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser respecto al último, que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge, será castigado...

(58) Plenamente justificada desde todos los planos, dice PUIG PEÑA; F. *Derecho Penal*. Parte especial, pág. 514.

(59) Lógico, habida cuenta del principio de igualdad de la Constitución y el Código Civil, en materia matrimonial.

En todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo.

El delito previsto en este artículo se perseguirá mediante denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Ministerio Fiscal, ser aprobado por el tribunal competente”.

La conducta transcrita viene caracterizada por las siguientes notas:

Aparecen claramente delimitados los elementos personales de la infracción, desde el aspecto activo y pasivo.

Igualmente determinada resulta la esencia del delito: es el incumplimiento sólo de los deberes legales, lo que la origina.

La dejación, en cuanto al sustento indispensable se refiere, se independiza del abandono en general, del primer párrafo.

Procesalmente, el delito de abandono de familia se configura como semiprivado: requiere denuncia del agraviado o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

En armonía con lo anterior, se admite la posibilidad del perdón del ofendido, con plena eficacia extintiva, y pudiendo ser expreso o presunto⁽⁶⁰⁾.

No ha parecido bastante a los autores de la reforma de 1989 la preexistencia de la señalada figura delictiva, para considerar suficiente la protección dispensada a la familia.

Las modificaciones operadas en materia matrimonial a virtud de la Ley 7/81, de 7 de julio, en el Código Civil y en materia procedimental, han puesto sobre el tapete la realidad innegable del incumplimiento de las prestaciones pactadas, ya sea en Convenio aprobado por la autoridad judicial, ya en resolución de ésta para los casos de falta de acuerdo, al sustanciarse los Autos por la vía adjetiva de la Disposición Adicional Quinta.

El Preámbulo de la Ley 3/89 expresa con claridad la preocupación que ha motivado la aparición de esta nueva conducta delictiva: la necesidad de prestar la máxima atención a los miembros económicamente débiles de la unidad familiar, frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a

(60) La modalidad presunta choca con el criterio no sólo de la Doctrina sí que también del Tribunal Supremo.

prestarlos, “intentando así otorgar la máxima protección a quienes, en las crisis matrimoniales, padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella índole”.

La evidencia de estas situaciones no ha pasado desapercibida a la doctrina más reciente, aunque difieran las opiniones acerca de la bondad jurídica de la fórmula legal empleada.

Vives Antón y Boix Reig aluden a “los generalizados incumplimientos de pensiones alimenticias, establecidas con motivo de una separación legal, divorcio o nulidad del matrimonio, dando lugar en ocasiones a situaciones angustiosas por parte de quien tiene que percibirlas, han hecho que se promoviera la tipificación de estas conductas, tal vez con la esperanza de que provoque un efecto intimidatorio que haga que los pertinaces cesen en su actitud de abandono de sus hijos o de quien fue su cónyuge”⁽⁶¹⁾.

Por su parte, Marchena Gómez indica que “la necesidad de un precepto como el artículo 487 bis resultaba insoslayable; además de ser insuficiente la cobertura ofrecida por el artículo 487, era obvia la necesidad de una mayor contundencia a la hora de sancionar la culpable exoneración de los deberes económico-sociales derivados de los procesos matrimoniales”⁽⁶²⁾.

“La picaresca de todos conocida ha convertido, en muchos casos, en papel mojado, las resoluciones judiciales en procedimientos de separación, nulidad o divorcio, en las que se acuerdan pensiones a favor del cónyuge o de los hijos, dando lugar a situaciones verdaderamente penosas”⁽⁶³⁾.

La lógica de estas razones es innegable; lo discutible es que el legislador haya escogido el camino adecuado para darles satisfacción, y esto ha motivado, junto a la misma redacción del nuevo precepto, que las críticas surgidas aparezcan presididas por un sentido desfavorable.

El nuevo artículo 487 bis dispone:

“El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o de sus hijos, establecida en Convenio judicialmente aprobado, o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, nulidad del matrimonio o divorcio, será castigado...”

(61) *Ob. cit.* pág. 170.

(62) *Ob. cit.* pág. 117.

(63) Ponencia citada de ZUGALDIA ESPINAR.

La innovación que el aludido artículo supone, debe entenderse en cuanto que se trata de una conducta inserta por vez primera en el Código Penal, mas ello no permite afirmar la ausencia de precedentes en nuestro Derecho.

Antes bien la referida disposición no es otra cosa que el traslado en el tiempo de lo que ya estableció la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución de 3 de diciembre de 1931⁽⁶⁴⁾, y del clima político y religioso que presidió la corta vida de la Segunda República⁽⁶⁵⁾.

El legislador de la época previó las consecuencias que podrían derivar de la nueva regulación del matrimonio y, antes de que se produjeran, marcó con el acento delictivo, el incumplimiento de las prestaciones que en ella se imponían a los cónyuges.

El artículo 34 de la mencionada Ley de Divorcio, señalaba:

“El cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, dejare culpablemente de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena...

La reincidencia será castigada...”

La comparación entre los dos preceptos transcritos parece ofrecer un saldo favorable a los autores de la Reforma de 1989.

Era natural esperar que así fuera, teniendo en cuenta que ya existía un modelo precedente que bastaba copiar, con las adiciones o correcciones que se estimase necesarias, máxime si se piensa que, a diferencia de la redacción republicana, el artículo 487 bis fue redactado cuando ya habían surgido los incumplimientos que hacían necesaria su inclusión en el Código; los autores de la Ley del 32 previeron aquellos problemas, dándoles solución anticipada.

Hay entre ambas disposiciones sensibles diferencias:

el artículo 487 bis supone, ante su precedente, una ampliación en un doble aspecto; considera incursos en la conducta al cónyuge divorciado, sí que también al separado, e incluye los casos de nulidad matrimonial; de otra, extiende el ámbito del impago, en el módulo temporal, a los seis meses no consecutivos.

(64) Se establecía que el Estado español no tiene religión oficial, y en el 43 la igualdad de sexos en el matrimonio.

(65) La Ley de 2 de marzo de 1932 fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939.

Admitida la realidad innegable de la ausencia de pago de aquellas prestaciones devenidas firmes a través de la resolución judicial, la cuestión a dilucidar es clara: la doctrina se pregunta si el nuevo precepto ha traído la solución más idónea, o bien podían haberse arbitrado otros, o si cualquiera de ambos caminos resultaba innecesario por ofrecer el Ordenamiento jurídico expedientes adecuados para atender satisfactoriamente aquellas situaciones, lo que derivaría en considerar superflua la incorporación al texto legal de la nueva conducta típica.

Tres han sido, principalmente, las propuestas de los autores patrios, encarnadas en otros tantos artículos, para afirmar que el 487 bis nada ha solucionado pues los problemas que pretende resolver eran perfectamente asumibles por las disposiciones del Código Penal relativas a los delitos de desobediencia, del artículo 237; al lado de esta solución, se podía dar entrada a la figura del alzamiento de bienes del artículo 519 y, en un extremo, mediante el juego del mismo 487 en su segundo párrafo.

Escribe en este sentido Muñoz Conde que “el incumplimiento de las decisiones judiciales podía ser considerado, con anterioridad a la reforma, como un delito de desobediencia, del artículo 237”, contemplando incluso la existencia de un concurso delictivo, al derivar de una sola acción distintas infracciones penales⁽⁶⁶⁾.

La duda acerca de si en estos casos debería aplicarse el concurso real o el ideal, parece que debe decantarse en este segundo aspecto, al tratarse de bienes jurídicos distintos y no agotar ninguno de los tipos el contenido total del actuar ilícito.

Vives Antón se pronuncia en parecido sentido, para el caso de que no sea posible acudir a expedientes que permitan incardinar la conducta del cónyuge culpable y refractario al pago de las pensiones, en algunas de las figuras contra la propiedad, si bien haciendo la lógica salvedad de que “la desobediencia se concretará en la actitud del sujeto rebelde ante el previo requerimiento que se le haga”⁽⁶⁷⁾.

No participa de esta idea Marchena Gómez; para el ilustre publicista “la existencia de una resolución judicial que se incumple, no permite sin más, acercar el delito del artículo 487 bis a una forma de desobediencia a la autoridad judicial”. La falta de un ánimo específico de menospreciar la autoridad encar-

(66) *Ob. cit.* pág. 118.

(67) *Ob. cit.* 172.

nada por el titular del órgano jurisdiccional, parece ser la razón que inclina al citado autor a eliminar la posibilidad de asimilación que predica el resto de la doctrina⁽⁶⁸⁾.

Discutible parece esta postura negativa, pues si bien es cierto que el motivo último del impago vendrá determinado por razones económicas, o de animadversión hacia el otro cónyuge, e incluso de simple revancha por el posible incumplimiento de la otra parte de sus deberes, también consignados, indudable es que comunicada aquella decisión judicial, con más el apercibimiento correspondiente, el olvido deliberado de la misma reúne todas las características que abonan su inclusión en el delito de desobediencia.

Las conductas sancionadas por el legislador en el artículo 519, relativas al alzamiento de bienes, han sido estimadas aptas para acoger la nueva situación de impago de las pensiones; en puridad de principios no parece haber obstáculos que lo impidan.

No obstante, la picaresca a que aludía Zubeldia podrá descubrir sistemas de impago que funcionen sin la ocultación de bienes que es la característica del delito de alzamiento; fuera de estos casos, la existencia de una obligación previa, conocida del deudor y que elude mediante el artificioso juego de la desaparición de sus bienes, es base suficiente para llevar la conducta del cónyuge insolitario al terreno delictivo que se preconiza.

Siempre en aras de demostrar la innecesariedad del nuevo precepto, se ha buscado por diversos autores el acomodo del mismo en el supuesto, ya previsto por la ley, que le precede de manera inmediata: el párrafo segundo del artículo 487.

A favor de esta postura está el hecho de que la Ley 3/89, ha resuelto las dudas a propósito de si este segundo apartado estaba vinculado o no al primero, y en base a la fórmula empleada hay que deducir que no existe aquella dependencia.

Aun así, no basta para afirmar que el mencionado segundo inciso del artículo mencionado sirva plenamente para dar cobijo a la nueva infracción delictiva haciendo superflua la presencia del artículo 487 bis; sería preciso una modificación profunda de aquél.

El artículo 487 se refiere a la falta de prestación del sustento indispensable sin que las partidas económicas a que se alude en el nuevo precepto tengan

(68) *Ob. cit.* pág. 118.

todas este significado; así se desprende de la superior penalidad del artículo 487.

No están previstos en dicho artículo los casos de divorcio, lo que determinaría una ampliación previa y, finalmente, el citado precepto 487 configura un delito semiprivado, perseguible sólo mediante denuncia, con la lógica consecuencia de dar relieve al perdón del ofendido; ninguna de estas dos especiales notas pueden apreciarse en el delito de nueva creación.

Resultan demasiados inconvenientes y obstáculos a salvar para poder incluir en el artículo ya existente, una conducta que presenta frontales diferencias con ella.

La paradoja surge cuando de un examen a fondo, que no superficial, se observa la ligereza —moneda corriente en el actuar del legislador— con que ha procedido en el presente caso, y que explica los esfuerzos de la doctrina por encontrarle encaje legal entre las figuras existentes, a la creación de nuevo cuño.

Y es que no era preciso este incesante afán doctrinal para paliar los defectos de técnica y fondo que se descubren en el nuevo artículo 487 bis; su innecesariedad quedaba patente si los órganos judiciales hubieran ajustado su actuación a las normas legales, dando cumplimiento a las mismas.

Resulta que el artículo 91 del Código Civil, dictado para los casos de disolución, separación o nulidad del matrimonio, impone al Juez que determine las “cautelas y garantías necesarias respectivas”, e idéntica obligación se dispone en el 93, al fijar con carácter imperativo, que “adoptará las medidas convenientes para asegurar las prestaciones económicas”, a que se refiere este precepto.

Incluso en razón de las medidas provisionales que se hayan interesado, también debe establecer “las bases para la actualización de cantidades, y disponer las garantías, depósitos, retenciones y otras medidas cautelares convenientes” a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos haya de abonar un cónyuge a otro.

De todo lo anterior, se desprende que, no obstante contar el Juez Civil con los elementos necesarios para conseguir que las obligaciones fijadas en el Convenio, o en la resolución judicial oportuna, adquieran la eficacia precisa, se ha preferido la solución más cómoda, consistente en despreciar aquellas me-

didias y acudir al expediente de la configuración delictiva, con olvido de que el derecho penal representa un recurso extremo⁽⁶⁹⁾.

La solución legislativa pugna frontalmente con el repetido principio de intervención mínima, tan reiteradamente proclamado; esta vulneración ofrece caracteres acusados si se piensa que la aplicación del mismo ha tenido lugar, simplemente, por no haber actuado los mecanismos establecidos en el texto legal, con el rigor necesario: la dejadez y la rutina han tomado carta de naturaleza, y han sido sustituidas por el recurso postrero que supone acudir al Derecho Penal.

Con razón se pregunta la doctrina si no sería más eficaz “un sistema que garantiza el pago, y más aún cuando se dispone de medios jurídicos suficientes para ello, que el que se basa sólo en la respuesta penal, con lo que de desprotección real lleva para el ciudadano”⁽⁷⁰⁾.

Y es que, como señala Zubeldia, diversos colectivos sociales, ante la auténtica falta de eficacia de las resoluciones judiciales relativas al pago de prestaciones económicas por parte del obligado⁽⁷¹⁾, han llegado a solicitar de la Administración la creación de un Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones, de forma que sea el Estado quien adelante las cantidades que, en tales conceptos, se adeuden al cónyuge o a los hijos, subrogándose a continuación el Estado frente a quienes incumplen la obligación de satisfacer las prestaciones indicadas.

La respuesta del Estado a esta situación de clamor popular no se ha hecho esperar, si bien ha llegado “por el camino más fácil y probablemente el más inútil: la creación del delito de impago de pensiones”⁽⁷²⁾.

Del contenido del artículo 487 bis, resulta inevitable realizar una serie de consideraciones, ante las dificultades que, presumiblemente, originará su interpretación, y que unidas a su falta de oportunidad, van a permitir llegar a la conclusión de que apenas recibirá aplicación práctica, ello al margen de errores técnicos y jurídicos de relevancia.

De entrada, su ámbito queda claramente delimitado a los supuestos taxativamente marcados: separación, nulidad del matrimonio y divorcio.

(69) Así parece desprenderse de la proclamación del principio de intervención mínima. VIVES ANTÓN y BOIX REIG. *Ob. cit.* pág. 171.

(70) VIVES ANTÓN y BOIX REIG. *Ob. cit.* pág. 171.

(71) Instituto de la Mujer; Asociaciones de Mujeres Separadas.

(72) VIVES ANTÓN. *Ob. cit.* pág. 173.

De aquí resulta una doble exclusión, cuales son las uniones de hecho, y las medidas provisionales, acordadas en resolución judicial.

En cuanto a éstas y aunque los autores patrios no marchen de acuerdo, su no inclusión en el campo de la nueva conducta delictiva se impone por la naturaleza y sentido tanto del nuevo precepto como de aquellas medidas.

Tienen, en efecto, carácter puramente temporal pues, por disposición expresa del Código Civil, su vigencia y efectividad están condicionadas a que se presente la demanda dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptadas.

Es claro, ante lo anterior, que la mayor extensión del ámbito temporal que entraña el artículo 487 bis, no podrá encajar en tal precepto el impago de las referidas medidas.

Harto más delicada es la cuestión de las uniones puramente de hecho, productoras de efectos que no pueden ser desconocidos para el legislador, y que ya han aparecido en diversos campos del derecho, otorgando protección a quienes se encuentran en alguna de estas situaciones.

Pese a ello y sin tener en cuenta en estos casos la innegable realidad de generación de derechos y obligaciones, la postura legislativa ha sido de cautela a la hora de atender las consecuencias derivadas de uniones puramente materiales, que pueden desembocar en resultados similares a los bendecidos por la Iglesia o autenticados por la autoridad judicial.

La fórmula legal obliga a una respuesta tajante sobre este punto: cualquiera que sea el acuerdo entre los elementos personales de estas uniones y la forma que revista, y aunque pueda llegarse a la imposición de la paternidad a consecuencia de la investigación practicada, todo esto podrá traducirse en obligaciones puramente civiles.

La redacción clara del artículo 487 bis veda, de manera resuelta, la atención a estas necesidades por la vía del mencionado artículo.

Una razón más para poner en duda, no solamente la oportunidad y eficacia de esta nueva conducta, sí que también su constitucionalidad al encerrar un evidente trato discriminatorio⁽⁷³⁾.

La esencia de la conducta delictiva se traduce en la no satisfacción de aquellas prestaciones, sancionadas por la autoridad judicial, con la nota de que

(73) El Código Civil atribuye identidad de derechos a los hijos extramatrimoniales.

basta el impago de cualquier tipo de las mismas, conforme al texto legal, para la exigencia de responsabilidad penal.

Siempre habrán de excluirse, dice Marchena, aquellas cantidades que respondan a litis expensas, como también aquellas otras que traigan causa de las liquidaciones a practicar entre las partes, singularmente las derivadas de la sociedad de gananciales, al tramitarse su desaparición⁽⁷⁴⁾.

Esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en la misma naturaleza del nuevo tipo penal, ya que la finalidad perseguida era evitar la insatisfacción de las pensiones alimenticias, en el sentido amplio que a esta obligación atribuyen los artículos 142 y siguientes del texto civil; cualquier otro concepto no podrá ser estimado e incluido como cifra de la que pueda generarse una acción delictiva.

Llama en este punto la atención del intérprete que sólo las obligaciones económicas hayan sido tenidas en cuenta por los autores de la reforma, con menosprecio de aquellas otras que, como el régimen de visitas, puedan producir por su incumplimiento efectos tan traumáticos como las pecuniarias.

La explicación puede encontrarse en el origen de este nuevo artículo, tan sentimental: creado para velar por los derechos de “la cónyuge”, quien tendrá por regla general a su cuidado a la prole, no mereció la pena para el legislador elevar a tipo punible que aquélla no permitiera al marido —o ex marido— las visitas a los hijos comunes.

No se explica la doctrina patria la razón del brusco cambio en orden a la naturaleza de esta nueva conducta, convertida en pública y perseguible de oficio, al lado de la postura tradicional que en materia de abandono de familia había sido, y sigue siendo para el artículo 487, privada, perseguible mediante denuncia de la parte ofendida.

Este nuevo sentido choca de manera frontal con las realidades diarias, pues el incumplimiento punible llegará a oídos del Juez o del Fiscal a través de la denuncia del favorecido por la resolución judicial; y si éste es el camino normal para tener conocimiento de su incumplimiento, no es fácilmente explicable el motivo de los autores de la reforma para apartarse de la línea tradicional hasta ahora mantenida.

En consecuencia y como no se trata de una omisión voluntaria, habrá que concluir que aquellos órganos, Juez y Fiscal, que tengan noticia de la co-

(74) *Ob. cit.* pág. 120.

misión de estas omisiones, podrán instar la apertura de las correspondientes diligencias, aunque la parte perjudicada no estuviera totalmente decidida a promover la acción penal, lo que es posible en esta materia privada y familiar, pues no debe olvidarse lo que supone para los hijos presenciar cómo uno de sus progenitores, con más o menos razón, inicia un proceso criminal contra el otro que puede terminar con una condena de privación de libertad.

Mas, aparte de estas consideraciones morales y éticas, de la actual estimativa del delito como perseguible de oficio, se desprenden estas consecuencias:

a.— resulta difícilmente explicable la colocación de esta figura en el marco de los delitos contra la libertad y seguridad, cuando lo que se quiere garantizar es la estabilidad económica de la familia.

Sin olvidar que, incluso el impago por el obligado puede no afectar a estos derechos, si los destinatarios de las pensiones cuentan con medios económicos bastantes, de forma que aquellos intereses puedan no resultar afectados.

b.— al lado de esta consideración de índole teórica y simplemente demostrativa de la ausencia de tecnicismo adecuado, y de olvido de política criminal, se desprende otra consecuencia de mayor entidad, cual es la de que la renuncia o perdón del presunto perjudicado, ya no podrá producir efecto alguno extintivo de la responsabilidad criminal.

Es éste un aspecto o derivación que marcha en frontal contradicción con el tratamiento tradicional que han recibido los delitos de abandono de familia, en los que llegaba a admitirse, y continúa abierta, la posibilidad del perdón presunto, con más amplitud, si cabe, que en la forma originaria de aparición de esta modalidad extintiva⁽⁷⁵⁾.

Bajo otro aspecto a considerar, es sobradamente conocido que la responsabilidad civil corre pareja con la criminal, si bien pudiendo disociarse, y que el abono de aquélla no impide la continuación de la acción penal.

Sin embargo, y tratándose de este delito, se da una reunión o confusión total entre ambas modalidades derivadas del actuar delictivo, por lo que el pago de las prestaciones reclamadas podría o debería producir la extinción de la responsabilidad criminal.

Aquí radica la auténtica fuente de los problemas nacidos del nuevo tipo delictivo, y se evidencia también la falta de atención del legislador y la ligereza con que ha procedido por mor de su incesante afán innovador.

(75) El perdón presunto, inicialmente, se contraía al retorno al hogar conyugal.

Quiérase o no, estamos en presencia de obligaciones nacidas exclusivamente en la vía civil; en ella y para el caso de incumplimiento de las mismas, el pago o su consignación impide el ejercicio de las correspondientes acciones, como establecen el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento.

Habrà, pues, que plantearse qué sucederá cuando el obligado, después de haber insatisfecho pagos en la medida y cuantía temporal que señala el artículo 487 bis acude motu proprio a consignar o simplemente, hacer entrega de las cantidades adeudadas, antes o, incluso ya iniciadas las diligencias criminales.

A diferencia de otros casos previstos en el Código, que permiten la extinción de la acción penal por entrega del importe, bajo determinadas condiciones⁽⁷⁶⁾ nada dice en este punto el artículo que se comenta, pero es dable pensar que para tales supuestos, el referido pago debe ser estimado como excusa absolutoria, con la consecuencia de poder enervar la acción penal.

Mantener un punto de vista contrario sería hacer de peor condición a este obligado que, por ejemplo, al librador de un talón sin fondos que satisfaga su importe⁽⁷⁷⁾ o bien olvidar que, en torno a determinados delitos cometidos entre miembros del clan familiar, únicamente se genera responsabilidad civil, que no criminal, a tenor del artículo 564.

Y sin embargo, a esta solución lógica y humana se opone la actual configuración del 487 bis, del que se desprende que, iniciado un procedimiento con arreglo al mencionado artículo, la sola conclusión posible será la sentencia condenatoria, al margen del abono de las prestaciones que dieron lugar a su incoación.

Es en la prudencia y en el buen sentido de los Jueces donde se encontrará el lenitivo adecuado para evitar que prosperen y lleguen a la situación de condena, situaciones que en modo alguno merecen desembocar en esta tesitura extrema, y siempre sin olvidar la teoría del derecho, de la que ya se ha hecho aplicación en la práctica judicial.

Tiene asimismo particular importancia una cuestión concreta: el obligado a satisfacer las prestaciones puede encontrarse en situación que le haga difícil, por no decir imposible, el cumplimiento a que viene constreñido por la resolución judicial.

(76) Delito de cheque sin fondos, del artículo 563 bis.

(77) El abono determina la extinción de la acción penal.

Es evidente que, en tales casos, el Derecho no puede permanecer indiferente ante unas hipótesis que la vida real puede presentar y de hecho, muestra con frecuencia.

La situación de paro, la quiebra, suspensión de pago o regulación de empleo, las crisis turísticas o la marcha cuesta abajo del negocio son acontecimientos que a diario suceden y, que si recaen sobre quien resultó ser deudor a virtud de las causas legales, que deben ser necesariamente tenidas en cuenta.

Para ello y ante la inflexibilidad de que hace gala el artículo 487 bis, existe un remedio lógico ofrecido por el mismo derecho civil, mediante el expediente de instar la modificación de las medidas en su momento adoptadas, a tenor del artículo 90, y sin olvidar que ese mismo Código, haciendo gala de un sentido más humano y realista, ha tomado en consideración causas concretas que imponen la variación de las prestaciones fijadas⁽⁷⁸⁾.

No será suficiente la simple declaración de encontrarse sin medios bastantes; a esta manifestación habrá que acompañar la solicitud en el cambio de las prestaciones al principio acordadas y, así realizado, es evidente que supondrá un freno para injustas incriminaciones delictivas.

Una vez más se pone de relieve la base eminentemente civilística que late en el fondo de la nueva tipología penal y que debe condicionar, por tanto, el tratamiento de estas conductas⁽⁷⁹⁾.

No aparece resuelta, y es otra cuestión a debatir que demuestra la defectuosa redacción legal, si los Jueces de lo penal, a quienes corresponderá el conocimiento de estas conductas⁽⁸⁰⁾, si llegaren a sancionar la omisión descrita en el artículo 487 bis, podrán igualmente en la sentencia establecer el pago de las prestaciones no satisfechas, por la vía de responsabilidad civil.

Conocida es a estos efectos la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, expresiva de que la sentencia penal no puede pronunciarse⁽⁸¹⁾ sobre el pago de deudas civiles, ya que siempre queda abierta la vía de este orden para su reclamación.

(78) Tal es el caso del artículo 100 del C.C.

(79) La necesidad de un fondo civilista en el derecho penal es reconocida de modo general por la doctrina.

(80) De acuerdo a las normas de la Ley 7/88 de 28 de diciembre, en razón de la pena señalada al delito.

(81) Ss. de 4 de mayo de 1976 y 12 de febrero de 1981 que, en relación al delito de talón sin fondos, señalan que la deuda civil originaria no puede reflejarse en la sentencia por vía de indemnización civil.

Para el caso de que prevaleciera este criterio, y no anda falto de fundamento, se daría la anómala situación de una condena penal, con las consecuencias de ello derivadas, mas sin trascendencia en el orden civil, que es lo que principalmente interesa a los perceptores insatisfechos.

Si, posteriormente, se conseguía aquella efectividad, en base por ejemplo a negar la remisión condicional so pretexto del impago, se estaría utilizando el Derecho Penal como medio coactivo para conseguir la satisfacción de intereses meramente particulares, en contradicción evidente con el sentido de esta rama jurídica, llamada a conseguir otras miras y finalidades más elevadas.

Es inevitable señalar una anomalía en el quehacer legislativo de esta conducta punible.

Si el obligado a satisfacer las prestaciones incumple el pago durante cinco mensualidades no consecutivas, no se habrá alcanzado el tope necesario para actuar a nombre del artículo 487 bis, mas sí para proceder por la comisión de un delito de desobediencia.

En tal sentido y sancionada la conducta del infractor, podría ser condenado al pago de las cantidades insatisfechas; de nuevo aparece la inutilidad del tipo delictivo creado por el legislador del 89.

De las anomalías patentes a lo largo de esta breve perspectiva crítica, es manifiesta la ligereza con que la nueva conducta delictiva aparece dibujada en el Código Penal, por ausencia de elementales normas de cuidado, ponderación y estudio.

Y es que para la creación de tipos penales resulta imprescindible tener presente una serie de postulados que han de presidir, forzosamente, la actividad del legislador, pues su carencia puede llevar a resultados desdichados.

No vale utilizar como criterio inspirador una momentánea situación, o la presión de determinados sectores para salir del paso con soluciones puramente coyunturales; la labor legislativa penal es algo más serio que todo ello, y la modificación consistente en la creación de un nuevo tipo de delito ha de producirse con mesura y tras una delicada ponderación de los elementos que configuran la actividad que, en adelante, va a estar vedada a los ciudadanos.

Siempre con la vista puesta en el interés general, y sin incurrir en la anomalía de proclamar un principio de intervención mínima para contradecirlo enseguida dando a la luz conductas innecesarias, superfluas y plagadas de imperfecciones.

La afirmación proclamada en la Constitución Española de que España es un Estado de Derecho es más que una simple declaración programática, y debe llevarse a sus últimas consecuencias.

En el Derecho Penal rigen, por otra parte, las normas fundamentales de legalidad, proporcionalidad y prohibición del exceso, y no sólo el de intervención mínima, todos ellos básicos a la hora de la actividad legislativa.

Junto y al lado de los anteriores tampoco puede desconocerse que el Ordenamiento jurídico patrio es un todo, integrado por disposiciones de diverso rango y distinta categoría, pero de estricta observancia, y que forman parte de él, por remisión expresa del texto constitucional⁽⁸²⁾, los pactos y convenios internacionales admitidos por España.

Entre ellos figura el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 1966, ratificado por nuestro país en 1977, y que en su artículo 11 señala de manera categórica que “nadie será encarcelado por el mero hecho de incumplir una obligación contractual”.

Se ha creado, en resumen, un tipo delictivo que sanciona con la condenación penal, el incumplimiento de obligaciones civiles y esto es claramente anticonstitucional, como lo es también, puestos en el disparadero, no ofrecer esta misma solución a las uniones de hecho, como igualmente así resulta de sancionar sólo el incumplimiento económico y no extender el reproche penal a aquellas otras obligaciones, que por morales tienen más necesidad de protección, y que también se incluyen en los convenios o en las resoluciones judiciales.

Consecuencia: “no se han respetado los principios básicos del derecho moderno, al establecer sanciones penales por el mero incumplimiento de obligaciones civiles, y ello sin requerir otra lesión a interés jurídico alguno, lo que supone cuestionar, como se ha hecho, el nuevo precepto, desde la perspectiva constitucional⁽⁸³⁾”.

(82) Artículos 93 y ss. de la Constitución.

(83) VIVES ANTÓN, T. *ob. cit.* pág. 173.

**ESTUDIO COMPARADO DE LA DIRECTIVA
COMUNITARIA DE 25 DE JULIO DE 1985 DE
APROXIMACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES,
REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE
LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD POR RAZÓN DE PRODUCTOS
DEFECTUOSOS Y LA LEY NACIONAL 26/84 DE
19 DE JULIO, GENERAL PARA LA DEFENSA
DE LOS CONSUMIDORES.
POSIBILIDAD Y ALCANCE DE LA APLICACIÓN
DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA EN ESPAÑA**

ÁLVARO LATORRE LÓPEZ
MAGISTRADO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

**ESTUDIO COMPARADO DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA DE 25-7-85
Y LA LEY ESPAÑOLA 26/84 DE 19 DE JULIO, GENERAL PARA
LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES.**

**POSIBILIDAD Y ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA
COMUNITARIA DE 25-7-85 AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.**

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El objetivo fundamental del presente trabajo no es otro que resaltar los aspectos más importantes que diferencian el Ordenamiento Jurídico Comunitario del Derecho Español en una materia trascendental en nuestros días: los derechos de los consumidores. Actualmente, los conflictos que pueden surgir entre éstos y los fabricantes de productos destinados al consumo, a consecuencia de los defectos de que pueden adolecer los mismos, se tornan cada vez más numerosos. Cobra por ello gran relevancia el problema jurídico relativo a averiguar las normas que regulan el tema de la responsabilidad civil del fabricante que pone en circulación productos defectuosos, asunto que, a pesar de la existencia de la Ley 26/84 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores, no aparece resuelto por las razones que serán objeto de exposición en este artículo. A lo largo de estas líneas se reflejará, de una parte, el preocupante divorcio existente, en aspectos primordiales, entre la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985, referente a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por razón de productos defectuosos y la ley nacional antes citada.

Por otra parte, una vez constatada esa realidad, haremos un breve recorrido a través de la Jurisprudencia vertida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE, en referencia a las posibilidades y alcance de la aplicación directa de las directivas comunitarias en el ordenamiento interno de los Estados miembros, para finalizar con las oportunas consecuencias jurídicas a tener en cuenta en orden a nuestro propio Derecho nacional.

ESTUDIO COMPARADO DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA DE 25-7-85 Y LA LEY ESPAÑOLA 26/84 DE 19 DE JULIO, GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

Debe comenzarse esta exposición recordando que ha de señalarse en ella las más importantes divergencias de ambos cuerpos normativos, los cuales pretenden la más adecuada defensa de los ciudadanos en su condición de consumidores. La norma comunitaria se propone la armonización de las diversas

disposiciones de los ordenamientos internos de los Estados miembros en esta materia, hundiendo sus raíces en el sistema de libre mercado y en el principio fundamental de libre circulación de mercancías, a los que se ha unido en los últimos tiempos el movimiento surgido en defensa de los consumidores.

La observación conjunta de las disposiciones que se estudian descubre las serias *distorsiones* que hay entre ellas, incidiendo de manera fundamental en la tutela que otorgan a los consumidores de productos defectuosos. En primer término hay que decir que la Directiva comunitaria establece la *responsabilidad civil objetiva* del fabricante de productos defectuosos; en este aspecto, la norma comunitaria ha abierto brecha, superando los ordenamientos internos de los Estados miembros, puesto que ninguno de ellos contempla esta objetividad plena de la responsabilidad civil en su legislación, con la única excepción de Alemania en el campo de los productos farmacéuticos. (Ley de 24-8-76, en vigor desde 1-1-78). Esta importante innovación introducida por el Derecho comunitario, influido decisivamente por el Derecho norteamericano, decide la *absoluta protección de los consumidores*, progresando sobre los tradicionales esquemas mantenidos aún en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros y referidos a la presunción de culpa, inversión de la carga de la prueba de la culpa del fabricante o bien de responsabilidad civil aquiliana. En concreto, el artículo 1º de la Directiva determina que “el fabricante es responsable del daño causado por un defecto de su producto”; completándose dicho precepto con el artículo 4º que establece que la víctima solamente está obligada a demostrar el daño sufrido, el defecto del producto y el necesario nexo de causalidad entre uno y otro. Nuestra *Ley General para la Defensa de los Consumidores* regula esta cuestión en discordancia con el mandato comunitario, lo cual se manifiesta claramente si se confrontan los artículos 25 y 28 de la misma: así, el primero de los preceptos citados dispone que “el consumidor y usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños o perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente”. Pues bien, aunque parece consagrarse en este artículo una responsabilidad sin culpa, ello no parece ser así al relacionarlo con el artículo 28 de la propia ley, que en su número primero tiene el siguiente tenor: “no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condicio-

nes objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales y sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”. Así, pues, ambos preceptos transcritos de nuestra ley se muestran muy difíciles de correlacionar entre sí, quebrando el segundo de ellos la objetividad de la responsabilidad civil del fabricante al referirla *sólo a un determinado elenco de productos cuando el daño se infiera de su correcta utilización*; además se oscurece en mayor medida la referida relación entre los preceptos citados si se observa el párrafo segundo del mencionado artículo 28 que enumera una serie de productos peligrosos. En consecuencia, hay que concluir que la ley nacional no establece la responsabilidad objetiva del fabricante de productos defectuosos en la esfera civil, ya que conecta esa responsabilidad en cuanto se utilice correctamente el producto, con determinados requisitos que deben cumplir algunos de ellos, por su propia naturaleza o por ordenarse reglamentariamente, lo que pone de manifiesto que cuando no se trate de éstos habrá que estar a las normas generales, tradicionales, de regulación de la responsabilidad civil.

Otra importante diferencia entre el texto comunitario y el español afecta fundamentalmente a *la eventual víctima* en el aspecto indemnizatorio, ya que la disposición comunitaria, a diferencia de la española, acoge una *responsabilidad prácticamente ilimitada*, al disponer su artículo 16 que “todo Estado miembro podrá prever que la responsabilidad global del fabricante por los daños que deriven de muerte o lesiones corporales causados por idénticos artículos que presenten el mismo defecto se limite a un montante que no podrá ser inferior a setenta millones de ecus”. Esta cifra sobrepasa ampliamente el límite previsto por la legislación española que tiene un máximo de quinientos millones de pesetas.

Pero también el ámbito de cobertura es diferente en ambos cuerpos legales, y ello desde el momento en que el artículo 1º de la ley nacional reduce su campo de protección a la figura propiamente dicha de consumidor, es decir, el *destinatario final del producto*, precisándose entonces que exista vinculación directa o, al menos, indirecta con el fabricante, mientras que la directiva comunitaria extiende su tutela a todo perjudicado, aunque carezca de la citada vinculación con el fabricante o la distribución final del producto. Las consecuencias son obvias, pues la norma comunitaria no precisa ese carácter en el perjudicado de destinatario o receptor del producto defectuoso, bastando el contacto con el mismo, aunque sea la víctima mero intermediario, para quedar amparado por su normativa. Por el contrario, nuestra ley no otorga pro-

tección a quien carezca de la vinculación aludida con el fabricante, ya que no entra en el concepto de consumidor que contempla; así se desprende de la comparación entre los números dos y tres del artículo 1º de dicha norma interna.

Igualmente, varía el concepto que acogen estas disposiciones normativas referido al fabricante. En este aspecto la ley española es más amplia, influida por el trágico suceso del síndrome tóxico. La directiva, en su artículo tercero, califica como fabricante tanto al que efectivamente lo es de un producto terminado, como al productor de una materia prima o al fabricante de una parte componente, así como, en general, a toda persona que se presente como fabricante, poniendo sobre el producto su nombre, su marca o cualquier otro signo distintivo. Por parte española se abarca dentro de este concepto al fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios. De todas maneras, conviene tener en cuenta que la directiva no desconoce esta extensión del concepto de fabricante a que se refiere la ley nacional, aunque, eso sí, en aras a una mayor seguridad jurídica de los consumidores; así, en el número segundo del citado precepto prescribe que se considerará como fabricante a los efectos de la directiva a toda persona que importe un producto en la Comunidad en orden a su venta, alquiler, leasing o cualquier otra forma de distribución comercial, adquiriendo la misma responsabilidad. En orden a una mayor seguridad jurídica, si el fabricante de un producto no es identificado, cada suministrador se considerará fabricante, salvo que indique a la víctima en un plazo razonable la identidad del fabricante o de quien le ha suministrado el producto, ocurriendo lo mismo cuando se trata del importador (art. 3,3º de la directiva). Las consecuencias prácticas de esta divergencia de concepto de fabricante no son importantes, puesto que ambos cuerpos legales otorgan la suficiente protección a los consumidores en este aspecto, adoptando un amplio concepto del que será responsable civil por los productos defectuosos, incluyéndose en él a todos los participantes en la producción y distribución hasta llegar al usuario. Por lo que se refiere a la solidaridad entre los responsables del daño, existe un total acuerdo entre ambos cuerpos normativos, acogiendo los mismos ese principio de solidaridad entre los causantes del perjuicio (art. 5 de la Directiva y art. 27,2º de la Ley del Consumidor español).

Difieren, sin embargo, los textos legales que se comparan en otra trascendental cuestión: el relativo al *curso de la víctima* en la causación del daño. EL artículo octavo de la directiva declara que, con independencia del derecho de repetición, sometido a la ley nacional, la responsabilidad del fabri-

cante no se reduce cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. Por su parte, la ley española, en su artículo 27,1º-c) señala que “*podrá eximirse* de esa responsabilidad —el fabricante— probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables”. Se produce además en la norma nacional, un reparto o compensación de la culpa del fabricante o de sus personas dependientes con la eventual de las víctimas o sus personas allegadas y dependientes, de manera que se atenuará la responsabilidad si existe un concurso parcial, o desaparecerá completamente si se prueba la culpa exclusiva de la víctima. Se aprecia en consecuencia, una mayor y más completa protección que otorga la directiva a los consumidores, que, a diferencia de nuestra ley, no queda afectada por la posible culpa en la causación del perjuicio de parte de la víctima o de un tercero, siempre, claro está, que el producto sea defectuoso, y que el vicio sea susceptible de causar el daño, existiendo la correspondiente causalidad entre uno y otro.

Es de resaltar también que la norma nacional realiza, en cuanto a los daños, una bipartición tradicional de éstos en virtud de lo establecido en el artículo 1.106 del Código Civil, aplicable por vía jurisprudencial a esta materia; sin embargo, el legislador comunitario, con diferente y más avanzado criterio, determina una tripartición de los daños causados abarcando, de una parte, los corporales, concretados en la muerte o lesiones corporales; de otro lado los daños causados a una cosa material y, por fin, los perjuicios inmateriales o morales, artículo noveno, —cuyo resarcimiento se deja al derecho interno—.

Distinto tratamiento existe entre los cuerpos normativos comparados entre las normas que en uno y otro regulan la prescripción y la extinción de la responsabilidad: la directiva establece el plazo de tres años a contar de la fecha en que el reclamante haya conocido o debiera haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del fabricante (art. 10,1), quedando en vigor las disposiciones de los Estados miembros que regulan la prescripción en cuanto a su interrupción y su suspensión (art. 10,2). Además, el artículo 11 dice que “los derechos concedidos a la víctima por aplicación de la presente Directiva se extinguen por la expiración del plazo de diez años a contar desde la fecha en que el fabricante haya puesto en circulación el producto mismo que ha causado el daño, a menos que durante este período la víctima haya iniciado un proceso judicial contra aquél”. En contrapartida, en nuestro ordenamiento jurídico son de aplicación los artículos 1.968 y 1.969 del Código Civil, produciéndose la prescripción en el plazo de un año a contar desde que la víctima tuvo conocimiento del daño.

Por consiguiente, son de apreciar notables diferencias en el tratamiento jurídico de la responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos y la protección de los derechos de los consumidores, entre la directiva comunitaria y la ley española, derivándose consecuencias muy diversas de la aplicación de uno u otro cuerpo legal.

POSIBILIDAD Y ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA DE 25-7-85 AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Como hemos visto hasta el momento, esta directiva comunitaria difiere de manera trascendental de nuestra Ley del Consumidor, con consecuencias definitivas en orden a la responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos, eminentemente objetiva en la disposición comunitaria a diferencia de nuestra ley nacional; en orden al ámbito cualitativo de protección que ambos cuerpos normativos otorgan, mucho más amplia en la directiva al no exigir vinculación directa o indirecta de la víctima con el fabricante del producto; en cuanto a la cantidad indemnizatoria, estableciéndose en la disposición europea unas bases más progresivas que superan ampliamente la suma concedida por nuestro cuerpo legal; en lo que se refiere al propio concepto de fabricante y en materia de prescripción de acciones. Estas divergencias fundamentales hace que nos preguntemos si en caso de un conflicto entre un fabricante de productos defectuosos y la víctima del daño causado, en cuanto a la responsabilidad civil del primero, qué norma jurídica será la aplicable: nuestra ley nacional de defensa del Consumidor o bien la Directiva comunitaria de 25-7-85, en virtud de nuestra adhesión a la Comunidad Económica Europea. La respuesta que se dé a esta cuestión debe ser consecuencia del estudio del propio Derecho Comunitario y su interpretación según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE.

El marco jurídico donde debe incardinarse la cuestión planteada arranca desde la existencia del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas de 12 de junio de 1985; en el mismo no puede existir referencia alguna a esta Directiva, al no encontrarse aprobada en aquel momento. Por otra parte, la Ley 47/85 de 27 de diciembre de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas no menciona tampoco la Directiva en su Anexo II, refiriéndose solamente en el Anexo I, y de manera concreta, a la Ley 26/84 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Introducida de esta manera la disyuntiva propuesta, procede referirse en primer lugar a la eficacia directa que, de manera general, puede atribuirse a las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros, según los postulados propios del Derecho Comunitario Europeo interpretado por el TJCE:

El artículo 189,3 del Tratado de Roma establece que las directivas solamente obligan a los Estados miembros destinatarios por lo que se refiere al resultado que deba conseguirse, respetando al mismo tiempo las competencias de las autoridades nacionales en cuanto a la forma y los medios. Según la dicción de este precepto, parece que las mencionadas disposiciones *no pueden tener una eficacia directa* en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, aunque ello no es así: es característica fundamental del Derecho Comunitario Europeo la *exigencia que éste impone a los Estados miembros de su eficacia directa en cada uno de ellos*. Y ello aparece en este Derecho, no como una cuestión excepcional, sino ordinaria, fundada en las relaciones que entablan dichos Estados, no de cooperación, sino de integración, mediante la creación de un sistema institucional dotado de poderes propios y autónomos de los que los Estados se han desposeído y de un sistema normativo compuesto por normas comunes al conjunto de dichos Estados. Desde un punto de vista cualitativo, la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario se manifiesta en los llamados efecto horizontal y vertical, el primero referido a las relaciones jurídicas llevadas a cabo entre particulares, y el segundo en cuanto que éstas se desarrollen entre dichos particulares y el Estado. Este efecto directo es indiscutible en cuanto al Reglamento, —art. 189,2 del Tratado de Roma—, al ser éste de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro; no obstante, a los efectos que aquí interesan, hay que tener en cuenta la idea fundamental de que no es la denominación del acto normativo comunitario la que le otorga eficacia directa, sino el contenido material del mismo, puesto que es este último el que asegura su aplicación según el TJCE, llegando a afirmar en la sentencia Schlüter que las disposiciones de un reglamento, para gozar del efecto directo, deben reunir los requisitos de claridad, precisión y no dejar margen de apreciación a las autoridades.

Esta misma doctrina es parcialmente aplicable a las normas comunitarias conformadas como directivas, aunque el problema es arduo, desde el momento en que los destinatarios de las directivas son los Estados miembros, —art. 189,3 del Tratado de Roma— sin que se haga alusión alguna a la aplicabilidad

directa; ha sido la propia flexibilización introducida por vía jurisprudencial la que permite afirmar que pueden existir determinadas disposiciones de una directiva susceptibles de aplicabilidad directa, con el alcance y condiciones que a continuación se expondrán. En efecto, el TJCE señaló por primera vez en el año 1970 (caso Grad), reiterándolo posteriormente, entre otras en 1979 (caso Ratti), y en el año 1982 (caso Becker y Grendel), que “si en virtud de las disposiciones del artículo 189 los reglamentos son directamente aplicables y, en consecuencia, por su naturaleza misma susceptibles de producir efectos directos, no resulta de ello que otras categorías de actos contemplados por este artículo no puedan producir efectos análogos”. Consecuentemente, el Tribunal sigue la línea marcada en el caso Schlüter, evitando la mera calificación formal de la norma para entender que crea derechos y obligaciones para los particulares, sino que atiende al contexto y objetivos perseguidos por el acto normativo para decidir si sus disposiciones pueden tener efecto directo invocable por los ciudadanos; es el propio Tribunal quien afirma que “conviene considerar no solamente la forma del acto en causa, sino su contenido normativo...”. Esta dirección doctrinal ha llevado al Tribunal a una sutil distinción, más profunda que la que establece el Tratado de Roma en su artículo 189, que no es otra que la diferenciación entre *normas de efecto directo* y *normas directamente aplicables*: la noción de aplicabilidad directa queda restringida para aquellas normas de los Tratados y los Reglamentos que penetran directamente en el ordenamiento interno sin necesidad de ningún acto interno de desarrollo y creando derechos y obligaciones de los particulares. La descrita diferenciación jurisprudencial parte de la consideración de que las directivas, al no ser directamente aplicables, precisan de la adopción de medidas nacionales para su ejecución, con la consecuencia de que algún Estado miembro se negó en alguna ocasión a dar efecto directo a sus disposiciones mediante la pertinente transposición al derecho interno, no consintiendo tampoco el reenvío prejudicial, al estar éste previsto únicamente en los Tratados para los Reglamentos; así, ha establecido el Tribunal esa distinción, en lo que lo importante es tutelar el objetivo o resultado querido por la norma jurídica para proteger adecuadamente a los particulares, puesto que “en el caso de que las autoridades comunitarias hayan obligado, mediante directiva o decisión a los Estados miembros a seguir un comportamiento determinado, el efecto útil de este acto se encontraría disminuído si a los justiciables no les fuese permitido hacerlo valer ante el Juez y si las jurisdicciones nacionales no pudieran considerar dicho acto como un elemento del Derecho Comunitario”. De esta manera, se aprecia la importancia de la tan citada distinción en cuanto a las directivas,

puesto que teniendo en cuenta las fundamentales sentencias Ratti y Becker y Grendel ya citadas, vemos que el Tribunal declara que “los Estados destinatarios están obligados, en virtud de la directiva, por una obligación de resultado, que debe ser ejecutada al vencimiento del plazo fijado por la directiva misma”. En consecuencia, *el problema de la aplicabilidad directa de la directiva nace cuando “un Estado miembro no haya ejecutado correctamente una directiva y, más especialmente, en el caso de que las disposiciones de una directiva permanezcan sin ejecutar a la expiración del plazo fijado para su puesta en marcha... El Estado miembro que no haya adoptado, en los plazos, las medidas de ejecución impuestas por la directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de las obligaciones que comporta”*. Así se expresa el TJCE en las señaladas sentencias.

El Tribunal basa en dos principios básicos esta doctrina que sostiene el efecto directo de la directiva: *el principio de la aplicación uniforme* y *el principio de no discriminación* (art. 7 del Tratado CEE), y se explica, porque en el caso de correcta ejecución de una directiva por un Estado miembro, los particulares estarán sujetos a las obligaciones y se beneficiarán de los derechos que contenga, mientras que en caso de inejecución en algún Estado, los particulares no estarán sujetos a las mismas cargas ni a los mismos beneficios. De aquí que al aflorar al menos las disposiciones de la directiva que tienen efecto directo se palían, parcialmente, los eventuales perjuicios que pudieran sufrir los particulares por el propio incumplimiento del Estado. La consecuencia que cabe extraer es que cuando se reúnen las condiciones para que surja el efecto directo de una directiva, su alcance es menor que el de los Tratados y Reglamentos; en la directiva el efecto directo es vertical y, por tanto, no invocable en las relaciones entre particulares, solamente puede ser esgrimido cuando dichas relaciones se den entre el Estado y los particulares, pudiendo éstos alegar los derechos que les confiere la directiva sin que el Estado pueda exigirles las eventuales obligaciones, y su alcance es en relación a las conductas de abstención o de no hacer de los Estados.

Por consiguiente, y, siempre en caso de inejecución de una directiva por parte de un Estado miembro, si alguna de las disposiciones que contiene no necesita de un acto interno de transposición o desarrollo, ésta se aplicará directamente desplegando su efecto vertical frente a dicho Estado incumplidor una vez agotado el plazo para su transposición; *mientras la misma no se produce, el TJCE considera que los justiciables tienen derecho a invocar la directiva como una garantía mínima del carácter obligatorio de la misma*. (S. 1-3-83

Comisión Bélgica). Pero es necesario que las disposiciones de la directiva sean, por su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, porque sólo entonces pueden ser invocadas por el justiciable frente al Estado miembro que no haya ejecutado la directiva correctamente en el marco de la legislación nacional.

En resumen: solamente cabrá hablar de efecto directo de las directivas en un determinado ordenamiento nacional, cuando ese Estado incumpla su obligación de transposición de la directiva al derecho nacional en el plazo marcado por la norma comunitaria; es preciso igualmente que las disposiciones que contenga sean susceptibles de esa aplicación por ser normas jurídicas cuyo contenido es claro e incondicional, bien definido y preciso, jurídicamente perfecto y completo, debiéndose recordar que esa eficacia directa, queda en todo caso circunscrita al llamado “efecto vertical” que vincula en la relación jurídica al Estado, a las Instituciones Comunitarias y a los particulares, pudiendo éstos invocar ante las jurisdicciones nacionales la violación cometida por el Estado miembro ya que, de otra manera, una limitación del procedimiento de los artículos 169 y 170 del Tratado CEE a la Comisión y a los Estados miembros “suprimiría toda protección jurisdiccional directa de los derechos individuales de sus nacionales”. (S. Van Gend en Loos de 1963).

Examinada la cuestión de la aplicación directa de las directivas comunitarias en los Estados miembros, debemos detenernos en el estudio de la aplicación de la directiva de 25 de julio de 1985 en España, para lo cual es necesario saber si se dan los requisitos precisos para tal aplicación que se acaban de exponer.

En primer lugar, el Estado español ha incumplido la obligación de transposición de la directiva que nos ocupa al derecho interno; en efecto, el plazo concedido por la norma comunitaria a los Estados miembros para que éstos dictasen las disposiciones nacionales de desarrollo de la misma finalizaba el día treinta de julio de 1988, estableciendo su artículo 17 que la directiva no será de aplicación a los productos puestos en circulación antes de la referida fecha, en la que debían estar en vigor las disposiciones estatales de desarrollo de aquélla. Pues bien; el Estado español no ha dictado dichas normas de desarrollo, aflorando el incumplimiento del mismo, dándose así la primera condición para que las normas jurídicas contenidas en la directiva y susceptibles de ello, conformen el efecto directo en el ordenamiento jurídico español.

Por otra parte, es necesario averiguar si la norma comunitaria incluye disposiciones susceptibles de tener esa eficacia directa; es decir, si éstas son de

contenido diáfano, no sujeto a condicionamientos y que, por su propia naturaleza, sean capaces de producir tal eficacia directa en las relaciones jurídicas referidas a los Estados miembros con sus ciudadanos. La directiva comentada es indudable que contiene normas jurídicas de estas características, las más importantes de las cuales son las siguientes: el propio concepto de fabricante que adopta la directiva, la responsabilidad civil objetiva que establece para el mismo cuando se deriven perjuicios o daños a consecuencia de productos defectuosos, el propio ámbito cualitativo de protección que determina en sus disposiciones, la regulación que efectúa del concurso de la víctima o de un tercero en la causación del daño por el producto defectuoso, y, por fin, el tratamiento de la prescripción de las acciones que corresponden a las víctimas por razón de productos defectuosos. En todos estos casos, las normas jurídicas de la directiva son absolutamente precisas y no dejan margen de apreciación a las autoridades, y son jurídicamente perfectas, porque establecen una concreta y determinada regulación de todos estos aspectos, en la que el Estado español, cuando proceda a dictar las disposiciones de desarrollo de esta directiva, no tendrá otra opción que adoptar esas normas comunitarias contenidas en ella, con la consecuencia obligada de la derogación de la Ley del Consumidor española en cuanto se oponga a las mismas. No ocurre lo mismo con la regulación de la cantidad indemnizatoria que prevé la directiva, al no tratarse el artículo 16 que la regula de una norma jurídica suficientemente precisada, tal como se aprecia de la simple lectura de este precepto, determinando el artículo 18 de la disposición comunitaria que el contravalor de la unidad de cuenta europea en moneda nacional, será inicialmente el que resulte de aplicar el día de la adopción por el derecho interno de la norma comunitaria, estableciéndose una revisión quinquenal de los límites cuantitativos en función de la evolución económica y monetaria de la Comunidad; aparece nítidamente en este aspecto que la cuantificación indemnizatoria prevista en la directiva, está subordinada al desarrollo de la misma por medio de las normas estatales de transposición; sin ellas, no puede hablarse de eficacia directa en el ordenamiento español de la suma indemnizatoria prevista en la norma comunitaria, y ello aunque se establezca en ésta una cantidad mínima, puesto que la base de valoración de la unidad de cuenta europea se remite a la adopción formal de la directiva por el derecho interno patrio.

Por consiguiente, se aprecia que las disposiciones de la directiva que más frontalmente chocan con la Ley del Consumidor española son susceptibles de eficacia directa en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la falta de transposición de aquélla, con la excepción, como hemos visto, de la concreta regu-

lación de la cuantía indemnizatoria, que queda relegada al momento en que la norma comunitaria sea desarrollada en el derecho interno español.

Llegados a este punto de la exposición debemos repetirnos la pregunta formulada al principio: ¿hasta qué punto puede ser aplicable la directiva comunitaria de 25-7-85 en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a sus disposiciones susceptibles de efecto directo, y con qué alcance? Para responder a tal cuestión hay que recordar que, dado el carácter de directiva de la norma comunitaria, su eficacia queda circunscrita al ya explicado efecto vertical, es decir, cuando la relación jurídica afecte al Estado y a los particulares como partes enfrentadas.

La Administración Pública española puede verse incluida en el amplio concepto de fabricante que contiene la disposición comunitaria; no obstante, dicha inclusión solamente puede verificarse en cuanto a los conflictos jurídicos surgidos entre los ciudadanos, como consumidores, y la llamada Administración Institucional del Estado. La Administración Central del Estado, a la que se refiere el artículo primero de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, nunca puede quedar bajo la órbita de aquel concepto, ya que no cabe incardinar su actuación en ningún caso como enmarcada en el espíritu por el que fue concebida la directiva comunitaria, no siendo posible observarla como fabricante de productos o de piezas componentes, o bien de materias primas, ni intervenir en su distribución comercial; estas actividades las puede realizar indirectamente, precisamente, a través de los organismos autónomos y entidades que conforman la Administración Institucional. Igualmente, no podrá aplicarse la directiva comunitaria a los organismos y entes que componen la Administración Autonómica y la Local. La cuestión queda reducida a la citada Administración Institucional del Estado, en cuanto a organismos autónomos y entes que dependen de la Administración Central del mismo, puesto que los que dependan de las Comunidades Autónomas o de los Municipios no quedan obligados por la norma comunitaria, al no poder achacarse el incumplimiento de desarrollo de la directiva al derecho interno español a dichas Administraciones matrices; solamente cuando dicha Administración matriz sea la Central del Estado, las entidades institucionales que de ella “dependen” quedan obligadas por la disposición comunitaria, afectándoles el propio incumplimiento estatal de transposición de la directiva, por ser más fuerte la vinculación que existe de estas Instituciones con la Administración Central del Estado, como a continuación se verá, que el mero dato formal de que estén aquéllos investidos de personalidad jurídica.

Cuando se estudia la actuación que en el tráfico tienen estos entes institucionales no se deja de comprobar que nos encontramos en el marco del espíritu que llevó a crear la norma jurídica comunitaria, porque cabe que se produzcan daños y perjuicios a los consumidores en virtud de materias primas, productos o piezas componentes confeccionados o distribuidos por estas entidades. Piénsese en sociedades estatales incluidas en el Instituto Nacional de Industria: las mismas aparecen como productoras o distribuidoras de productos que, de resultar defectuosos, son susceptibles de causar daños y perjuicios a los consumidores. Por ejemplo, Construcciones Aeronáuticas, S.A. fabrica aviones y piezas componentes de los mismos, y es obvio que un defecto en una de esas piezas puede provocar un accidente aéreo; lo mismo cabe decir de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social que dota de diversos materiales y aparatos técnicos a los hospitales de la Seguridad Social, también es claro que un defecto en uno de esos aparatos que tal organismo se encarga de distribuir, puede producir serias lesiones al paciente con el que se ha utilizado el producto defectuoso... etc. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero lo que aquí importa resaltar es que, de producirse un conflicto jurídico entre particulares y alguno de estos entes o bien organismos autónomos creados todos por la Administración Central del Estado, aquéllos podrán invocar la protección de la Directiva comunitaria de 25-7-85, tanto en cuanto a la responsabilidad civil objetiva de quien aparezca como fabricante según el concepto establecido por la disposición comunitaria, así como en lo que respecta al ámbito de protección que la misma otorga y el plazo de prescripción de las acciones, normas todas ellas que, como anteriormente quedó expuesto, otorgan una más eficaz protección que la Ley del Consumidor española; normas jurídicas que, reiterando lo que más atrás se dijo, son precisas y de contenido jurídico perfecto, no dejando margen de apreciación para su aplicación a las autoridades nacionales de los Estados miembros, deviniendo por esta razón susceptibles de efecto “vertical” directo.

En efecto, por las razones que se expondrán a continuación, los organismos autónomos o entidades que conforman la Administración Institucional del Estado no podrán invocar la aplicación de la normativa española, por afectarles directamente el incumplimiento estatal de falta de desarrollo interno de la directiva comunitaria.

Ha sido vertiginoso el ritmo de proliferación de entes públicos, en especial de los que se presentan como filiales del Estado, proceso que encontró su estabilización con la promulgación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas.

mas (LEEA), comenzando en un determinado momento su retracción parcial con las medidas de racionalización y simplificación administrativa, (supresión de organismos autónomos, tanto en ejecución de la ley citada, disposición transitoria sexta, como después por efecto de normas de restricción financiera: Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, art. 1º, así como anteriormente también por virtud del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966). La proliferación descrita, y la restricción posterior de tales entes ponen de manifiesto la primera consecuencia que nos interesa aquí: la artificiosidad de los mismos, ya que la posibilidad de multiplicación de estos entes es posible, precisamente, por su ausencia de sustrato real. A diferencia de las fundaciones de carácter privado, en las instituciones creadas por un ente público la independización frente al fundador no se cumple, manteniendo con dicho fundador una relación de dependencia constante. Así, el ente institucional público es, a diferencia también de la fundación privada, un ente instrumental en manos de la Administración fundadora para la gestión de un servicio que es propio de ella misma. Por consiguiente, la creación de los entes institucionales surge por las necesidades de gestión de determinados servicios técnicos especializados, que conviene dotar de una organización propia, llegándoles a investir formalmente de personalidad jurídica propia diferente de la de la Administración matriz, constituyéndose en centro de imputación de relaciones jurídicas. (RENFE, las Juntas de Obras de Puertos, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, etc.). Además, esa personificación lleva consigo el reconocimiento formal de su capacidad patrimonial en la mayoría de los casos, naciendo la posibilidad de un presupuesto propio, con gastos e ingresos propios, caja propia y cuenta propia. Pero la utilización de una personalidad jurídica distinta de la de la Administración matriz lleva a estos entes a lo que se ha llamado por algunos autores una verdadera huida del Derecho Administrativo común, realizándose la configuración y regulación de éstos en sus respectivos estatutos, que es la norma heterónoma de la que su fundador les dota. Esta denominada huida del Derecho Administrativo común puede llegar a justificarse en el caso de las empresas públicas, las cuales actúan en el tráfico sometidas a un régimen mercantil, al nivel de las empresas comerciales privadas.

De cuanto llevamos dicho hasta aquí podemos extraer la segunda consecuencia en orden a la eficacia directa de la directiva comunitaria estudiada, en cuanto la actuación de estos entes perjudique a los consumidores por virtud de los productos defectuosos que creen o comercialicen: ésta no es otra que la relación de instrumentalidad existente entre el ente institucional y la Administración matriz; dicha relación de instrumentalidad se manifiesta en los siguientes extremos:

— El fin o servicio en función del cual el ente institucional se crea, es propio del ente matriz, cuya titularidad se mantiene, sin que resulte transferida al ente filial, siendo propio de dicho ente matriz la responsabilidad política de organización y rendimiento: son “servicios públicos estatales” (art. 1,1 LEEA). Así pues, el ente institucional no tiene fines propios, sino que actúan directamente los fines del ente fundador.

— Por esta razón, no es posible comprender la posición del ente institucional sin ascender necesariamente a la del ente fundador: entre los dos conforman un “complejo organizativo unitario”. A esto se refiere nuestra legislación cuando expresa el concepto de “adscripción” del organismo autónomo a la Administración Estatal a través del Ministerio concreto (arts. 6 y 8 LEEA).

— Esta relación de los entes institucionales con los entes matrices puede ser calificada como de dependencia, aunque nunca entendida como relación de dependencia jerárquica; es una relación de dirección que ejerce el ente matriz; manifestación de tal dirección es la designación de los órganos superiores del ente institucional por el ente matriz (art. 9 LEEA).

— El ente institucional tiene una autonomía puramente ejecutiva u operativa, dentro del ámbito marcado por el ente matriz: el primero está puesto en situación de “autonomía ejecutiva”, constituyendo un ente de gestión de un servicio cuya titularidad última no le corresponde.

— La extinción o disolución del ente institucional sólo puede ser decidida por el ente matriz.

Los rasgos que se acaban de exponer hacen que nos preguntemos si estos entes institucionales tienen verdadera personalidad jurídica: la respuesta positiva viene dada por el artículo 2 LEEA, aunque en la propia Exposición de Motivos de esta ley se relativiza el aserto, al decir que “sin embargo, aun en los casos en que dichas entidades gozan de personalidad distinta de la del Estado, no se trata de personas independientes del mismo”. Esto quiere decir que su predicada personalidad jurídica se manifiesta ad extra, en la relación con los terceros, pero no ad intra, en sus relaciones con el ente matriz.

Por otra parte, hay que pensar que la Administración crea hoy, con normalidad, entes institucionales bajo formas privadas de personificación (especialmente utilizando la forma de sociedades anónimas), y a la vez dispone la actuación sistemática bajo un régimen de derecho privado, de un ente que se

ha personificado bajo una forma jurídico-pública: el primer caso es lo que la LEEA denomina “empresas nacionales” (arts. 4, 91 y 92). Claro ejemplo del segundo caso lo constituye RENFE. La Ley General Presupuestaria (LGP) engloba ambos supuestos denominándolos sociedades estatales (art. 6,1 de dicha ley). Estas dos formas de disociación entre modo de personificación y régimen aplicable se han desarrollado para regular el fenómeno moderno de las llamadas genéricamente “empresas públicas”: empresas organizadas y gestionadas por la Administración con las cuales actúa directamente en el mundo económico de la producción y de los servicios. Pero la utilización sistemática del derecho privado por la Administración contemporánea (en las formas de personificación de sus entes filiales o en el funcionamiento de los mismos) no supone una liberación de la sumisión a la legalidad de derecho público. Aquí se da también la instrumentalidad de estos entes que se personifican o funcionan según el derecho privado, remitiendo su titularidad final a una instancia administrativa predominantemente pública, igualmente que es público el ámbito interno de las relaciones conectoras de dichos entes con la Administración de que dependen. La constitución de empresas por parte de la Administración Pública ha sido muy importante para apoyar determinados puntos clave de la producción de bienes y servicios, o cuando ha recaído sobre “puntos muertos” del desarrollo; esto ocurrió en España con la Ley de 25 de septiembre de 1941 de creación del I.N.I., cuyo artículo segundo establece que “el Instituto Nacional de Industria utilizará los métodos de las Sociedades Anónimas privadas para sus fines estatales, pero conservando siempre en la gestión y en la administración el control del Gobierno”; este precepto pone de manifiesto, una vez más la relación de instrumentalidad que cabe predicar de estos entes respecto a la Administración matriz.

Cuanto antecede en relación a la Administración Institucional del Estado tiene importantes consecuencias en orden al efecto directo en España de la directiva comunitaria: como hemos visto, estos entes pueden aparecer en el tráfico jurídico como creadores de productos o de piezas componentes de los mismos, o bien, intervenir en su comercialización; esto hace que se les pueda incluir en el artículo tercero de la disposición comunitaria que determina el concepto de fabricante en orden a la protección de los consumidores que resulten afectados por productos defectuosos. La razón de que pueda invocarse la disposición comunitaria por el ciudadano afectado por un producto defectuoso realizado por estas entidades, no es otra que la que afirma que el efecto vertical de la directiva, capaz de alcanzar directamente al Estado, no queda desdibujado cuando en la relación jurídica esté implicado, frente al particular,

algún organismo autónomo o bien una sociedad estatal que dependan de la Administración Central del Estado. En efecto, como ha quedado expuesto, dichos organismos y entidades institucionales, a pesar de estar investidos de personalidad jurídica propia, carecen en sí mismos de un sustrato propio, configurándose como instrumentos de la Administración Central matriz que les dota de una organización diferenciada para el mejor cumplimiento del servicio que es titularidad de ésta; por eso son totalmente dependientes de la Administración matriz, y no se pueden entender separadamente de la misma. En consecuencia, el enfermo que resulte lesionado por el defecto de un aparato sanitario servido por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social al hospital de ésta en el que está ingresado, podrá oponer las normas jurídicas de aplicación directa de la directiva si reclama contra el Insalud, de la misma manera que el militar lesionado por armamento defectuoso servido por la empresa nacional Santa Bárbara podrá también invocarla... Podrían multiplicarse los ejemplos, pero lo importante es saber que en todos estos casos, la relación entre la Administración Institucional del Estado, como dependiente en definitiva de la Administración Central del mismo que es su matriz, queda afectada por el propio incumplimiento estatal de desarrollo de la directiva comunitaria en el derecho interno español; estos entes no podrán alegar una personalidad jurídica diferenciada para eludir el efecto directo vertical de la disposición comunitaria, por esa relación intrínseca con dicha Administración Central, la cual ejerce la dirección sobre estos organismos autónomos y entes institucionales.

La solución contraria, desatendiendo esa concreta e íntima vinculación de los entes institucionales con la Administración Central del Estado, matriz de los mismos, sobrevalorando el dato formal de la personalidad jurídica distinta de aquéllos, vulneraría claramente los mismos principios informadores del Derecho Comunitario Europeo, en particular, la exigencia que éste impone a los Estados miembros de su eficacia directa en los mismos, puesto que hay que repetir que no pueden desligarse las entidades y organismos que componen la Administración Institucional del Estado de la que es su matriz, la Administración Central del mismo. Por consiguiente, el Estado español tendría que soportar el efecto vertical directo de la directiva comunitaria de 25-7-85 cuando el particular la invocara en su conflicto jurídico, como consumidor perjudicado por producto defectuoso, con el ente institucional que de aquél depende creador de dicho producto, o que haya intervenido en cualquiera de las formas que establece el artículo tercero de la directiva, puesto que a tales efectos ese ente institucional debería ser considerado como el propio Estado, por la vinculación profunda que mantiene con el mismo, afectándole fundamen-

talmente el incumplimiento de desarrollo interno de la disposición comunitaria por parte del Estado. De esta manera se salvaguarda la jurisprudencia comunitaria que anteriormente quedó expuesta, cuya preocupación constante ha sido salvaguardar las normas jurídicas susceptibles de efecto directo, a fin de que los ciudadanos no queden defraudados por el propio incumplimiento estatal, y puedan invocar su normativa en los conflictos suscitados con el Estado o con los organismos e instituciones que de él dependen.

CONCLUSIONES

Para finalizar el presente trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

A) La Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 y la Ley española General para la Defensa de los Consumidores ofrecen, en su comparación diferencias fundamentales, en orden a la responsabilidad civil objetiva que la norma comunitaria ofrece con respecto al fabricante de productos defectuosos; en cuanto al ámbito cualitativo de protección que es más amplio en la Directiva; respecto del propio concepto de fabricante; en orden al concurso de la víctima en la causación del daño y por lo que atañe a la prescripción de las acciones, estableciendo la Directiva un plazo mucho más amplio.

B) Las directivas comunitarias, en general, pueden llegar a tener efecto directo en el derecho interno de los Estados miembros de la CEE; para ello es preciso que concurran estos requisitos: el incumplimiento por un Estado miembro de la transposición de la directiva al derecho interno en el plazo marcado por ésta y que esa norma comunitaria contenga mandatos jurídicos precisos, claros y perfectos, que constituyan verdaderas normas jurídicas que no den margen de apreciación a las autoridades nacionales. Dadas tales condiciones, el efecto directo de la directiva se circunscribe al llamado efecto vertical, es decir, en cuanto las relaciones jurídicas impliquen al Estado y a los particulares; en este supuesto, el particular puede invocar frente al Estado las normas jurídicas contenidas en la Directiva sin que el Estado pueda oponer su propio incumplimiento.

C) La Directiva comunitaria de 25-7-85 contiene normas jurídicas precisas y perfectas, reguladoras de las materias descritas en el punto A), y que suponen las principales diferencias con la Ley del Consumidor española. Por

consiguiente, el particular perjudicado por un producto defectuoso confeccionado o distribuido comercialmente por una entidad perteneciente a la Administración Institucional del Estado, podrá invocar las normas susceptibles de efecto directo que contiene la Directiva comunitaria, por razón de que la artificiosidad de estos entes, la carencia de sustrato real, la relación de instrumentalidad que mantienen frente a la Administración matriz que conserva la titularidad del servicio que desempeñan, hace que no quede roto el nexo de unión con la Administración Central del Estado en cuanto al incumplimiento que a éste atañe de transposición al derecho interno de la directiva comunitaria, máxime cuando estos entes necesariamente dependen ad intra de aquélla, no pudiendo quedar defraudado el particular de la mayor protección que la directiva le ofrece por el mero dato de que estas entidades, para una mayor eficacia del servicio que prestan, aparezcan investidas de personalidad jurídica diferenciada de la de la Administración Central del Estado.

D) El efecto directo vertical de la Directiva comunitaria sólo puede predicarse de las entidades que componen la Administración Institucional del Estado que depende de la Administración Central del mismo, puesto que no se puede achacar el incumplimiento del desarrollo de la Directiva en el derecho interno a la Administración Autonómica y a la Local, aplicándose a las Instituciones jurídico públicas que dependan de éstas la Ley del Consumidor española en caso de conflicto con particulares que regula dicha ley.

Sólo resta decir, para finalizar, que es necesario el pronto desarrollo de la Directiva comunitaria por el Estado español; el tema que regula es de la máxima actualidad y, necesariamente, cuando la transposición se produzca, deberán modificarse los artículos de la ley española que contradicen la norma jurídica comunitaria.

APROXIMACIÓN A ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEY 19/1989

RAFAEL TRUJILLO PERDOMO
ABOGADO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DE LA LEY.
2. BREVE APRECIACIÓN CRÍTICA.
3. LAS CAJAS DE AHORROS, NUEVO SUJETO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.
4. CONVOCATORIA DE LOS BANCOS A INSCRIPCIÓN REGISTRAL.
5. INSTRUMENTOS DE PUBLICIDAD MERCANTIL.
6. ESCRITURA SOCIAL E INSCRIPCIÓN.
7. CONTENIDO DEL TÍTULO DE CONSTITUCIÓN Y DE LOS ESTATUTOS.
8. DE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES.
9. DE LAS ACCIONES SIN VOTO.
10. APORTACIONES DE LOS SOCIOS.
11. ADQUISICIÓN DE BIENES POR LA PROPIEDAD.
12. FUSIÓN DE SOCIEDADES.
13. EXENCIONES FISCALES Y REDUCCIÓN DE DERECHOS ARANCELARIOS.

1. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DE LA LEY

La publicación de la Ley 19/1989, de 25 de julio, sobre reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, llevada a cabo en el Boletín Oficial del Estado de fecha 27 siguiente, y cuya entrada en vigor tuvo lugar, conforme previno el número 1 de su disposición final tercera, el primero de enero de 1990, impuso al jurista la necesidad apremiante, a pesar de la época estival en la que el legislador volvía a sorprendernos con una ley de gran importancia, —en julio de 1985 también lo hizo con la Ley Cambiaria y del Cheque— de ahondar apresuradamente en el estudio de sus motivaciones, en el alcance de la misma, en la exposición sistemática de sus aspectos normativos más relevantes, en su bondad y hasta en sus posibles desaciertos.

Tal fue el propósito que, junto al deseo de proporcionar una elemental herramienta a mis compañeros de trabajo, perseguí al acometer una labor personal de la que ésta de ahora constituye un difícil y deslavazado resumen de su contenido, hecho fundamentalmente con la finalidad de ayudar a la adaptación mental de cada uno al nuevo tratamiento de la materia que aquí nos ocupa, y a cuyo efecto daré por conocidos, habida cuenta la condición de los lectores, aquellos extremos respecto de los cuales el legislador se ha sustraído con total respeto por no afectarles el Derecho inspirador de la reforma, mas con la obligada alusión a aquellos otros que, manteniendo su alcance, sólo han sido objeto de tímidos, cuando no innecesarios, retoques de orden semántico.

Dicha ley, esperada con expectación desde que España se integrara en la Comunidad Económica Europea por virtud del Tratado suscrito en el Palacio Real de Madrid el día 12 de junio de 1985, va más lejos de cuanto exigía el compromiso de la necesaria coordinación de nuestro Ordenamiento Jurídico Societario a las prescripciones que se comprenden en las Directivas primera, segunda, tercera, cuarta, sexta y séptima, dimanantes del Consejo de las Comunidades Europeas, o sea, respecto de las que tienden a obtener una regulación armónica en la protección de los intereses generales de los socios y terceros, y en especial y más concretamente en lo atinente a la constitución misma de la sociedad anónima y al mantenimiento y modificaciones de su capital, fusión de sociedades, cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, escisión de sociedades anónimas así como en todo lo relativo a las cuentas consolidadas.

Queda pues fuera de la nueva regulación la materia referente a la organización de las sociedades anónimas, obviándose de este modo por el legislador el delicado tema de la cogestión tan abogada en el tiempo por las principales organizaciones sindicales.

Su texto afectó no sólo a las sociedades anónimas. También constituye objeto de su regulación las de responsabilidad limitada y las comanditarias por acciones así como el instituto del Registro Mercantil, respecto del cual se potencia su concepción de registro de personas y otros entes de contenido económico, así como de los actos y contratos que establezca la ley, vaciándolo a la par de su aspecto registral de cosas de tal modo que, conforme reza su disposición final segunda, los libros de buques y aeronaves constituirán registros independientes y continuarán rigiéndose por las normas referidas a ellos, hasta que se establezca el Registro de la Propiedad Mobiliaria en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

La reforma alcanza también a la Ley reguladora de Sociedades Anónimas Laborales, de 25 de abril de 1986, a las que, a partir de 1 de enero de 1990, se les aplicará como Derecho supletorio la normativa propia de las sociedades anónimas y se concreta, en relación con ellas, que el desembolso del veinticinco por ciento del capital en el momento de la constitución ha de referirse al valor nominal de cada una de las acciones, suprimiéndose, como lógico corolario de la citada remisión a la normativa propia de las sociedades anónimas, el inciso final del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 19/1986, en cuanto fijaba el plazo dentro del cual los accionistas deberían desembolsar el resto del capital suscrito, de tal modo que en el futuro habrá de estarse a lo que sobre ello establezcan sus estatutos.

La Ley 19/1989 aparte de retocar asimismo algunos preceptos y disposiciones sobre Ordenación del Seguro Privado, Mercado de Valores y Emisión de obligaciones por sociedades distintas de las anónimas, asociaciones u otras personas jurídicas, modificó el apartado 4) del art. 31 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 26 de diciembre de 1964, relativo al traspaso, con el objeto de declarar la inexistencia del mismo en los supuestos de transformación, fusión o escisión de “sociedades mercantiles” otorgándole sin embargo al arrendador el derecho a elevar la renta como si efectivamente se hubiera producido la cesión por dicho título.

Como la referida modificación de la Ley arrendaticia se circunscribió tan sólo a las entidades en las que concurriese la naturaleza de “sociedades mer-

cantiles” y consiguientemente continuaba dejando incursas en causa de resolución de sus contratos de arrendamiento a las Cajas de Ahorros en proceso de fusión, tan en boga actualmente, o con las expectativas de acudir al mismo, se promovieron múltiples actuaciones encaminadas a corregir aquella desafortunada redacción, las cuales cristalizaron en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, según la cual el referido art. 31, 4, de la Ley de Arrendamientos Urbanos quedó redactado así: “No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades o Entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiere producido”.

2. BREVE APRECIACIÓN CRÍTICA

Desde una primera lectura de la Ley queda constatado una vez más el estéril esfuerzo de los legisladores para traducir al lenguaje llano y sencillo la jerga tradicional e histórica, no en vano aprendida en las aulas universitarias, de los profesionales del Derecho; frustración quizá motivada por la realidad sentida a todos los niveles, sin excepción alguna, y por ende también en el del poder legislativo, no obstante su heterogénea composición, de que ante la publicación de cualquier normativa legal resulta obligado aprestarse a su lectura y comprensión confiriéndole a cada vocablo el significado exacto que en Derecho y en su caso les sean atribuibles.

Traspolando, en definitiva, las críticas efectuadas a otros cuerpos legales por sus respectivos detractores, podría igualmente afirmar que la Ley 19/1989 adolece de tecnicismo y hasta descubre importantes defectos de redacción, aunque algunos de los párrafos determinantes de este aserto se hallan ya subsanados por virtud de la posterior publicación del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, así como a través de la correspondiente inserción de corrección de los errores de esta última en el Boletín Oficial del Estado de fecha 1 de febrero de 1990.

Operada la derogación expresa de los artículos 4 al 10 y parcialmente algunas de las disposiciones transitorias de la Ley por medio del invocado Texto refundido, es obligado no obstante aclarar que a los fines de este trabajo se

considera válido cuanto en el mismo expongo en relación con la ley mas, obviamente, haciendo expresa referencia a los artículos que realmente corresponden según el citado Texto.

3. LAS CAJAS DE AHORROS, NUEVO SUJETO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

De innovadora, aunque no de sorpresiva, podemos calificar la inclusión de las Cajas de Ahorros entre los sujetos de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, al hallarse subsumidas en la expresión "entidades de crédito" recogida en el apartado tercero del nuevo artículo 16 del Código de Comercio, así como en el art. 81, apartado g) del novísimo Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1.597/1989, de 29 de diciembre. No cabe formular igual afirmación en lo que atañe a las Cooperativas de Crédito pues el proyecto de la Ley reguladora de estas entidades prevé la obligatoriedad de su inscripción en el Registro Mercantil, cualquiera que sea la clase de las mismas.

La exigencia del invocado requisito para las Cajas de Ahorros y el propio tenor del art. 240 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil declarando que en lo no previsto en la Sección Primera del Capítulo X las inscripciones relativas a Cajas de Ahorros se practicarán de acuerdo con lo previsto en su legislación específica y, en la medida que resulten compatibles, por las reglas referentes a la inscripción de Sociedades Anónimas contenidas en el propio Reglamento constituyen, sin duda, un nuevo paso en el constante afán del legislador por mercantilizar estas Instituciones, asimilándolas en la mayor medida posible a los Bancos. Quedan por ende cada vez más difuminadas aquellas notas que les eran específicas por razón de las causas que históricamente determinaron su origen y peculiar naturaleza jurídica, causantes de su gran aceptación y arraigo popular.

Consiguientemente, al igual que acontece con las demás entidades que se enmarcan en la nueva redacción del artículo 16 del Código de Comercio, en la hoja registral que se abra a las Cajas de Ahorros se inscribirán el acto de su constitución y sus posteriores modificaciones, la rescisión, disolución, transformación, fusión o escisión, así como la creación de sucursales, el nombramiento y cese de los administradores, liquidadores y auditores, los poderes generales, la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en

emisiones y, por último, cualesquiera otros actos que determinen las leyes o el Reglamento.

A los relacionados actos inscribibles el art. 234 del Reglamento del Registro Mercantil agrega los de aumento o disminución del fondo de dotación y cualquier modificación de los Reglamentos; el nombramiento y cese de los miembros de la Comisión de Control y, en su caso, de los miembros de la Comisión Ejecutiva; la distribución de cargos dentro de los órganos colegiados de gobierno; el nombramiento y cese del Director General; la sustitución, modificación y renovación de poderes generales; el cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales; la emisión de cuotas participativas; las emisiones de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones y demás actos y circunstancias relativos a las mismas; las medidas administrativas de intervención; y, en general, cuantos actos o contratos modifiquen el contenido de los asientos ya practicados o cuya inscripción se encuentre legalmente prevista.

A los citados efectos de inscripción de sucursales, dicho Reglamento las define como todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollan total o parcialmente, las actividades de la sociedad.

La polémica existente entre algunos estudiosos de esta materia, suscitada a la vista de las lagunas que ofrecía el proyecto de la ley, respecto de la inscripción de las Cajas de Ahorros de creación Corporativa ya existentes y quiénes se hallarían legitimados para otorgar los oportunos documentos (la Entidad fundadora, el representante de la respectiva Caja, los dos entes debidamente representados, etc.) aparece ya resuelta en el texto definitivo.

En efecto, olvidando el legislador que las Cajas de referencia surgieron por consecuencia de un acto de la Administración, establece en su disposición transitoria séptima, asimilándolas a tal finalidad con las de fundación privada y dándoles el mismo tratamiento que a las Mutuas y Cooperativas de Seguros y Mutualidades de Previsión Social, que su inscripción registral se practicará en virtud de escritura pública a otorgar, antes del 30 de junio de 1992, por quien ostente la presidencia del órgano de administración de la entidad, específicamente apoderado al efecto, y en la que se hará constar la fecha de fundación, el nombre y apellidos o la denominación de los fundadores, los estatutos en vigor y el nombre y apellidos o la denominación, domicilio y nacionalidad de quienes formen parte del órgano de administración y del órgano de control, con expresión de la fecha del nombramiento de cada uno de sus miembros.

4. CONVOCATORIA DE LOS BANCOS A INSCRIPCIÓN REGISTRAL

De modo anecdótico, los Bancos, ya obligadamente sujetos a este requisito por su mera condición de sociedades anónimas, resultan en la nueva redacción del art. 16 del Código de Comercio triplemente llamados a inscripción registral por tener cabida en los números 2, 3 y 5 del mismo, pues constituyen “sociedades mercantiles”, “entidades de crédito” y “personas jurídicas”. Acogido el legislador al sistema de *numerus apertus* en la mención de los sujetos inscribibles, hubiera sido sin duda más acertada la expresión “cualesquiera *otras* personas, naturales o jurídicas,...” que la de “cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley”.

5. INSTRUMENTOS DE PUBLICIDAD MERCANTIL

A partir de la entrada en vigor de la Ley 19/1989, son dos los instrumentos de publicidad: el Registro Mercantil y el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Luego de los múltiples debates planteados sobre la conveniencia de establecer un Registro único, mantener los actuales Registros provinciales o instituir un solo Registro para cada una de las Comunidades Autónomas, el legislador optó en la nueva redacción del artículo 17 del Código de Comercio por la subsistencia del sistema hasta entonces vigente, de tal modo que el Registro Mercantil continuará radicando en las capitales de provincia y en las poblaciones donde por necesidades de servicio, y de conformidad con las disposiciones legales en vigor, se establezca.

El hecho de no haberse recogido la tan sentida necesidad de establecer un Registro Mercantil para cada una de las islas que componen la geografía española obedeció, según algunos comentaristas de los trabajos acometidos por la Comisión General Codificadora, a la entonces futura implantación, hecha ya realidad a través del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de un sistema registral diferente en el que privaría el concepto de Unidad Registral Orgánica, posibilitándose así en determinadas circunstancias y a los únicos efectos de la presentación de documentos la actuación de Registros distintos al que en realidad sería el competente para entender del caso concreto, todo ello ci-

mentado en una adecuada infraestructura informática, resolviéndose las diferencias horarias de apertura y cierre del Libro Diario y de fechas hábiles existentes entre los Registros de origen y destino en el sentido de que sólo se podrán practicar los correspondientes asientos durante las horas y días hábiles que sean comunes.

La práctica de este procedimiento requerirá que dentro de los diez días hábiles siguientes al de la nota extendida al pie del respectivo documento se presente el mismo ante el Registro de Destino, a partir de cuyo instante se iniciará el cómputo del plazo para calificación y despacho del documento.

Como de nuevo cuño se introduce el denominado Registro Mercantil Central, de carácter meramente informativo y con sede en Madrid (art. 17, 3 y 21 del Código de Comercio); órgano receptor de los datos esenciales a suministrar por los restantes Registros Mercantiles respecto de las inscripciones en ellos practicadas y a cuyo cargo se hallará el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en el que aquéllos habrán de publicarse con eficacia ciertamente sustantiva habida cuenta la inoponibilidad, frente a terceros de buena fe, de los actos inscritos en tanto no se produzca la inserción de los datos reglamentariamente específicos en el citado periódico oficial, alcanzando incluso tal protección a los que prueben que dentro de los quince días siguientes tampoco pudieron conocerlos, y resolviéndose los supuestos de discrepancia entre el contenido de ambos instrumentos de publicidad (Registro y Boletín) a favor del que invocare el tercero como más favorable al mismo.

Es evidente, y así lo recoge de modo expreso el apartado 4 del artículo 21 del Código de Comercio, la posibilidad de destruir el referido efecto negativo de la publicación mediante la prueba de la ausencia de buena fe en el tercero por haber sido conocedor del acto inscribible no inscrito o del acto inscrito y no publicado, o simplemente de la discordancia existente entre lo publicado y el contenido de la inscripción registral.

6. ESCRITURA SOCIAL E INSCRIPCIÓN

Constitución mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil continúan siendo los requisitos indispensables en orden al nacimiento de la sociedad.

El art. 7 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, mejorando la redacción del art. 6 de la derogada Ley de 17 de julio de 1951, matiza que “con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica”. Y los arts. 17 y 29, 3, del propio Texto refundido tasan en dos meses a contar desde el otorgamiento de la escritura de constitución, simultánea o sucesiva, el plazo para solicitar el respectivo asiento de presentación.

No obstante, a partir del 1 de enero de 1990, tal inscripción no será oponible frente a terceros de buena fe sino desde la fecha de publicación de sus datos esenciales en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o a partir de los quince días siguientes cuando dichos terceros aleguen y prueben debidamente que no pudieron conocerla por causas no imputables a ellos como podría ser, por ejemplo, en los supuestos de huelga del personal encargado de la distribución o del transporte de dichas publicaciones oficiales.

De los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de la obligación de inscripción registral dentro del ya referido plazo responderán solidariamente los fundadores y administradores.

El Texto refundido regula la situación fáctica que podría devenir de la decisión, voluntaria o puesta de manifiesto por el transcurso de un año desde el otorgamiento de la correspondiente escritura, de la no inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, otorgando en tal caso a los socios el derecho de instar la disolución de la sociedad en formación con la subsiguiente devolución de sus aportaciones, previa liquidación del patrimonio que en su oportunidad se hubiere puesto en común. Y aún más, previene que “en tales circunstancias, si la Sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil” sin que la posterior inscripción lleve consigo la asunción por la sociedad de las obligaciones asumidas por virtud de los actos y contratos celebrados con anterioridad por quienes actuaron en su nombre ni la exoneración de la responsabilidad solidaria de los socios, administradores y representantes que en cada caso corresponda, es decir: de los socios entre sí en cuanto a los concertados por cualquier mandatario especialmente designado por los mismos; de los administradores, por lo que respecta a los celebrados con arreglo a las facultades que les hubieren sido otorgadas en el contrato de constitución para su ejercicio hasta la inscripción registral; y de los representantes, igualmente entre sí, por los actos y contratos celebrados en su caso en nombre de la sociedad antes de que ésta se inscriba en el Registro Mercantil que, por razón del domicilio, corresponda.

7. CONTENIDO DEL TÍTULO DE CONSTITUCIÓN Y DE LOS ESTATUTOS

Sin perjuicio de aquellos otros pactos que los fundadores quieran establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de este tipo de sociedades, el artículo 8 del Texto de fecha 22 de diciembre de 1990 establece, en términos generalmente similares a como lo hacía el artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1951, cuál ha de ser el contenido de la escritura de constitución. Aquí sólo nos limitaremos a destacar los siguientes extremos:

a) En cuanto a la consignación de las circunstancias personales de los otorgantes del respectivo instrumento notarial, se omite toda referencia al estado civil de los mismos.

b) En lo que se refiere al metálico, los bienes o derechos aportables a la sociedad, no sólo habrán de determinarse los realmente cedidos en tal instante sino incluso, y en su caso, los que cada socio simplemente se obligue a aportar, lográndose de este modo una mejor diferenciación entre los momentos de suscripción del capital y el de su total desembolso, realmente confundidos en el número 4 del antiguo art. 11 en cuanto que en la frase “el metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte...” sólo parecía aludirse a desembolsos de presente.

c) La cantidad total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los simplemente previstos hasta que la sociedad quede inscrita en el correspondiente Registro Mercantil.

d) Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueran personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas, y, en ambos supuestos, la nacionalidad y el domicilio, así como las mismas circunstancias, en su caso, de los auditores de cuentas de la sociedad.

e) Y, en lo que hace referencia al contenido de los estatutos, son de resaltar las siguientes nuevas exigencias:

1.— Mayor concreción respecto del objeto social, pues habrán de determinarse las actividades que la integran.

2.— Especificación del órgano social competente para decidir o acordar la creación, supresión o traslado de sucursales, de tal modo que en el futuro no deben recogerse, so pena de la posterior denegación de la pretendida inscripción registral, las menciones ambiguas que en la práctica notarial iban imponiéndose en cuanto a los lugares en que la sociedad podría establecer sucursales, agencias o delegaciones.

3.— La cifra del capital social no podrá ser inferior a DIEZ MILLONES DE PESETAS y habrá de expresarse necesariamente en esta moneda.

Constituye ésta una de las adaptaciones más importantes y de mayores consecuencias económicas de cuantas se introducen en nuestro Derecho de Sociedades en el aspecto de su coordinación con la legislación comunitaria, pues un simple análisis estadístico demuestra que el 65%, aproximadamente, de las sociedades españolas cuentan con un capital social inferior a un millón de pesetas y, más aún, que dentro de dicho porcentaje un elevado número corresponde a sociedades cuya cifra de capital oscila entre cien mil y doscientas mil pesetas.

¿Por qué 10 millones de capital social mínimo?

El artículo 6 de la Segunda Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, establece que “para la constitución de la sociedad o para la obtención de la autorización para comenzar sus actividades, las legislaciones de los Estados miembros requerirán la suscripción de un capital mínimo cuyo importe no será inferior a 25.000 unidades de cuenta europeas” (ECU). Y añade que si el contravalor del “ecu” en moneda nacional se modificara de forma que el capital mínimo fijado en la moneda nacional quedara por debajo del valor de 22.500 unidades de cuenta europeas (90% de la precitada cifra) durante el período de un año, la Comisión informará al Estado miembro interesado que deberá adaptar su legislación incrementando el mínimo exigido en la cantidad necesaria para igualarlo, al menos, al citado importe de 25.000 unidades de cuenta europeas o la cantidad que resulte de cada una de las revisiones quinquenales que, teóricamente corresponde efectuarse por la Comunidad Europea, si bien concediéndosele el plazo de dieciocho meses, ampliable hasta tres años según dispone el art. 43 de la propia Directiva, a contar desde la fecha de entrada en vigor de la respectiva Ley nacional para que las sociedades existentes incrementen, en su caso, el capital ya escriturado.

El legislador español, que de acuerdo con la Decisión núm. 3.289/75 CECA de la Comisión, definidora de la “unidad de cuenta europea”, y a la vista

de su contravalor en pesetas, contaba con el límite legal aproximado de 3.500.000 pesetas optó, sin embargo, siguiendo el ejemplo del sistema elegido por Alemania y el Reino Unido para la “die Aktiengesellschaft” y “the public company limited by shares”, y “the public company limited by guarantee and having a share capital”, por exigir la cifra mínima de diez millones de pesetas —convirtiendo de este modo a la sociedad anónima— en el ropaje legal al que habrán de acomodarse las grandes y medianas empresas que deseen actuar como tales sociedades en el mundo del tráfico mercantil, aunque concede a las ya existentes al 27 de julio de 1989 la posibilidad de la adecuación de su capital hasta el 30 de junio de 1992, en el bien entendido que si así no lo efectuaran deberán transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

Sin embargo, conviene tener presente que a partir de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, o sea, desde el 27 de julio de 1989, los Notarios no autorizarán escrituras de constitución de sociedades anónimas con cifra de capital social inferior a diez millones de pesetas, ni tampoco aquellos otros instrumentos que pretendiesen reducirlo por debajo de esta cifra (disposición transitoria primera).

4.— La expresión de si las acciones se encuentran representadas por medio de anotaciones en cuenta o si se hallan materializadas en títulos, en cuyo último supuesto deberá además indicarse si son nominativos o al portador, y si se ha previsto la emisión de títulos múltiples.

Por lo tanto, hoy la acción deja de ser necesariamente un título. Continuará constituyendo expresión de parte del capital social (art. 1) y de la condición de socio (art. 48, 1), pero no será ya consustancial a la misma el carácter de título ni constituirá éste uno de los elementos diferenciadores de la sociedad anónima con respecto de la de responsabilidad limitada.

5.— La fecha de cierre del ejercicio social, haciéndose no obstante por el legislador de 1989 la misma declaración que se contenía en el art. 102 de la Ley de 17 de julio de 1951 en el sentido de que a falta de esta mención estatutaria, —carente por ende de todo valor esencial—, “se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año”.

8. DE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES

¿Quid de las acciones en una sola mano?

El artículo 5 de la Segunda Directiva del Consejo previene que cuando la legislación de un Estado miembro exija el concurso de varios socios para la constitución de la sociedad, la reunión en una sola mano de la totalidad de las acciones o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal luego de constituida aquélla no implicará la disolución de pleno derecho de esta sociedad. Y añade que si en los referidos supuestos pudiera declararse la disolución judicial como consecuencia de la normativa propia de un Estado miembro, el juez competente deberá poder conceder a esta sociedad un plazo suficiente para regular su situación. Cuando se declare la disolución, concluye dicho artículo, la sociedad entrará en liquidación.

A la vista de tal prevención, y sin perjuicio de que en un futuro próximo el Estado español aborde y regule la figura de las llamadas sociedades unipersonales, el legislador actual ha optado por mantener esta materia tal como se hallaba antes de la ley en lugar de acabar con la hasta ahora denunciada laguna legislativa aunque sólo fuera para sancionar —ya que trasciende de la simple armonización con la legislación comunitaria— la doctrina recogida sobre tal respecto tanto en las conocidas sentencias de 3 de octubre y 19 de diciembre de 1955, dimanantes del Tribunal Supremo, como el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 22 de noviembre de 1957, igualmente conocida por los profesionales del Derecho; doctrina orientada en el sentido de reafirmar la declaración de validez o licitud que sobre esta anómala situación social se formulaba, a modo de interpretación auténtica, en la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1951 y de conferir a la misma el justo valor de provisionalidad que merece atendida, de una parte, las dificultades que conllevan la imposible celebración de juntas generales para la adopción de determinados acuerdos y, de otra, la necesaria protección de los intereses de terceros.

9. DE LAS ACCIONES SIN VOTO

Si de trascendente calificábamos la reforma en lo que se refiere a la cuantía del capital de las sociedades anónimas, es de conceptuar como de muy importante, al menos en cuanto puede devenir en instrumento captador de recursos económicos, y sin prejuzgar el uso que vaya a hacerse de ellas, la nueva figura de las acciones sin voto, cuya inclusión en nuestro Derecho fue hartamente discutida en el seno de la Comisión Codificadora haciendo de la misma luces de mafasca hasta su total y definitiva materialización por quienes propugnaban por su integración en nuestro Ordenamiento jurídico aunque ciertamente no obedeciera a vocación o exigencia alguna proveniente del Derecho Comunitario.

A este tipo de acciones dedica el Texto refundido los artículos 90, 91 y 92, enmarcados en la sección quinta del Capítulo IV. A la vista de lo preceptuado en tales artículos cabría definirlos como aquellas que, hasta un importe total conjunto no superior a la mitad del capital social desembolsado, confieren a sus titulares el derecho a percibir un dividendo mínimo no inferior, en ningún caso, al cinco por ciento de dicho capital para el supuesto de liquidación y, con carácter preferente, el de reembolso de las cantidades entregadas a cuenta de las mismas; todo ello sin perjuicio de los demás derechos inherentes a las acciones ordinarias, salvo el de voto y el de agrupación para designar vocales del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional.

De tal definición resultan las siguientes notas características:

- a) son acciones de carácter privilegiado desde su aspecto económico;
- b) confieren derecho a un dividendo anual mínimo consignado en los Estatutos, en el bien entendido que nunca podrá ser inferior al cinco por ciento del capital desembolsado por la respectiva acción;
- c) otorgan derecho a los beneficios que en cada ejercicio corresponda a las acciones ordinarias;
- d) conceden derecho a recibir con anterioridad a los restantes accionistas las cantidades desembolsadas a cuenta de su valor, en la hipótesis de liquidación de la sociedad.

10. APORTACIONES DE LOS SOCIOS

En cuanto a las aportaciones de los accionistas debemos destacar aquí los siguientes particulares:

1.— Que el artículo 36, 1, del Texto refundido, ajustándose plenamente al contenido del art. 7 de la Segunda Directiva, sólo admite la validez de aquellas que sean susceptibles de valoración económica y excluye, por ende y de modo expreso, la posibilidad de que pueda ser conceptuado como integrante del capital social cualquier prestación de actividad de trabajo o de servicio por parte de los accionistas, sin perjuicio de que ésta pueda imponerse desde los estatutos para todos o parte de los mismos aunque con el único carácter de prestaciones accesorias.

2.— Que se declara con valor de presunción iuris tantum que toda aportación que se realice por los accionistas en pago de sus acciones ha de entenderse hecha a título de propiedad.

3.— Que las aportaciones dinerarias pueden continuar efectuándose tanto en pesetas como en moneda extranjera siempre que, en este último caso, se determine su equivalencia en moneda española y, en ambos supuestos, se acredite su realidad ante el Notario que haya de autorizar la respectiva escritura, bien entregándole su importe en dinero efectivo para que, a nombre de la sociedad, constituya el subsiguiente depósito en una entidad de crédito, o bien a través del correspondiente resguardo acreditativo de que el depósito ya ha sido realizado en la misma.

Las dudas que evidentemente suscita dicha exigencia, tales como las referentes a la naturaleza misma del depósito, requisitos que deben reunir los referidos resguardos para su plena validez y admisión por los invocados fedatarios y Registrador Mercantil, legitimación de los Notarios frente a las entidades de crédito para constituir los citados depósitos a nombre de las sociedades cuyas escrituras de constitución autoricen, etc., han tenido que resolverse de momento mediante ciertos criterios elaborados, desde la praxis, entre representantes de dichas entidades y de los Colegios Notariales cuyas conclusiones parecen haber sido debidamente asumidas por ambos sectores en la forma que brevemente pasamos a referir, distinguiendo al efecto los dos supuestos legales a que hemos hecho referencia:

a) Respecto de la adopción del sistema de exhibición y entrega al Notario de los resguardos que justifiquen el previo depósito de las aportaciones dinerarias en una entidad de crédito, serán presupuestos de la misma la apertura de la correspondiente cuenta a nombre de la sociedad, con identificación de los fundadores facultados para disponer de ella y libramiento de la oportuna certificación con especial referencia al art. 40, 1, por la depositaria, sin necesidad de legitimación notarial de la firma autorizante, habida cuenta de que el texto que habitualmente figura en los impresos acreditativos de ingresos en cuenta elaborados por los Bancos y Cajas de Ahorros no recogen los requisitos demandados por la especialidad del depósito que nos ocupa.

b) En relación con el segundo supuesto, o sea, el de entrega directa de las aportaciones dinerarias al Notario para que por éste se formalice el subsiguiente depósito a nombre de la sociedad asimismo en entidad de crédito, también deberá procederse, siempre que ello fuere posible, a la anterior apertura de la respectiva cuenta por los promotores o fundadores de la sociedad, y si por cualquier circunstancia no pudiere hacerse así, será el propio Notario quien formalice dicha apertura a nombre de la sociedad e ingresará, en ambos casos, el importe total de las aportaciones con entrega a la entidad de crédito, para su debida constancia, de testimonio expreso de que la cuenta se formalice en cumplimiento de cuanto al efecto preceptúa el art. 40 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de los nombres y apellidos, con su plena identificación, de las personas autorizadas para disponer de aquélla. No obstante, entiendo que el aludido testimonio notarial, a pesar de las conclusiones de la invocada Comisión, será sustituido por la entrega a la entidad de crédito de una copia autorizada de la escritura de constitución social.

c) Como la realidad de las aportaciones dinerarias no sólo ha de constar en el supuesto de la constitución de la sociedad sino también en la hipótesis de aumento de su capital, si el correspondiente desembolso se efectúa en la propia Notaría, el fedatario lo ingresará en la cuenta de la que, en entidad de crédito, aquélla ya figure como titular, no presentándose por consiguiente ninguna especialidad de procedimiento. Mas si el ingreso de los desembolsos figurase efectuado en la cuenta de la sociedad con anterioridad al otorgamiento de la escritura será necesaria la aportación del certificado emitido por la entidad de crédito depositaria en la que así se haga constar.

Publicado con posterioridad a la redacción de las conclusiones a que acabamos de referirnos, el Real Decreto 1.597/1989, de 29 de diciembre, aprobatorio del Reglamento del Registro Mercantil, resulta obligado concretar aquí,

por su indudable interés y complemento de lo anteriormente expuesto, lo siguiente:

1. Que tanto en las escrituras de constitución social y de aumento de capital como en aquellas que instrumenten los sucesivos desembolsos, el Notario habrá de dar fe, en su caso, de que se le ha exhibido y entregado el resguardo o la certificación acreditativa del depósito de las aportaciones dinerarias en la entidad de crédito expedidora de tales documentos, los cuales habrán de quedar debidamente protocolizados.

2. Que el Notario ha de reflejar en la escritura no solamente el nombre de la entidad o entidades de crédito depositarias de tales desembolsos sino también la identificación de la sucursal y de la cuenta en la que se hallen efectivamente ingresados a nombre de la sociedad en formación o ya constituida.

3. Que, en el supuesto de que el Notario sea receptor directo de las aportaciones dinerarias, hará constar en la escritura matriz la solicitud que le formulen los otorgantes en orden a la constitución del depósito en entidad de crédito y, por diligencia separada, el hecho mismo de haberlo cumplimentado dentro del plazo de los cinco días hábiles siguientes al de la fecha de autorización.

En cuanto a las aportaciones no dinerarias y su tratamiento en la Segunda Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, debemos resaltar aquí a la vista del artículo 10 de la misma, y como más relevante lo siguiente:

1.— Que han de ser objeto de un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad o al momento en que se obtenga la autorización para comenzar sus actividades.

2.— Que dicho informe habrá de dimanar de uno o varios peritos, siempre independientes de la sociedad, designados o aceptados por una autoridad administrativa o judicial.

3.— Que tales peritos podrán ser personas físicas o morales o sociedades.

4.— Y que el informe pericial deberá contemplar como mínimo los siguientes aspectos:

a) Descripción de cada una de las aportaciones.

b) Formas de evaluación que se hubieren adoptado.

c) Indicación de si los valores a los que conducen los métodos adoptados corresponden al menos al número y al valor nominal o, a falta de valor

nominal, al valor contable y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.

El informe del perito será siempre objeto de publicidad efectuada con arreglo a lo que prevenga la legislación de cada Estado miembro de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151, el cual establece la necesidad de la apertura de un expediente en un Registro Central o bien en un Registro Mercantil de sociedades dentro de cada Estado por cada una de las sociedades inscritas, en el que habrán de incluirse o transcribirse en el Registro todos los actos o indicaciones sujetos a publicidad.

No obstante, establece dicho artículo 10 que los Estados miembros pueden no aplicar todo lo anteriormente expuesto cuando el 90% del valor nominal o, en su caso, del valor contable de todas las acciones hubiera sido emitido en contrapartida de tales aportaciones no dinerarias efectuadas por una o varias sociedades, siempre que se cumplieran las condiciones que exponemos a continuación:

a) Que la sociedad beneficiaria de las aportaciones renuncien a la realización del peritaje, a través de las personas firmantes de los estatutos o de la escritura de constitución o de sus respectivos proyectos en el supuesto de fundación sucesiva; renuncia que habrá de ser objeto de publicidad de conformidad con el art. 3 de la mentada Directiva 68/151.

b) Que las sociedades que efectúen las aportaciones dispongan de reservas que la Ley o los estatutos no permitan distribuir y cuyo importe sea igual, al menos, al valor nominal o, en su caso, al valor contable de las acciones emitidas en contrapartida de dichas aportaciones.

c) Que las sociedades que realicen la aportación garanticen, hasta el importe referido en el apartado anterior, las deudas de la sociedad beneficiaria causadas entre el momento de la respectiva emisión y un año después de la publicación de sus cuentas anuales relativas al ejercicio durante el que se hubieren hecho las propias aportaciones.

d) Y que las sociedades que hagan estas aportaciones destinen un importe igual al que se contrae la precedente letra b) a una reserva que no podrá distribuirse hasta la expiración de un plazo de tres años a partir de la publicación de las cuentas anuales de la sociedad beneficiaria relativas al ejercicio durante el cual se hubieran hecho las aportaciones o, en su caso, en el momento posterior en el que se hubieran regulado todas las reclamaciones relativas a la garantía mencionada en la letra c) anterior y hechas durante este plazo.

Con tales antecedentes del Derecho Comunitario el legislador español, optando desde luego por no acogerse a la hipótesis de excepción anteriormente expuesta habida cuenta del carácter potestativo con que se halla recogida en la referida Segunda Directiva, introduce en la regulación que respecto de aportaciones no dinerarias se comprendía en el art. 31 de la Ley de 17 de julio de 1951, las novedades a que se circunscriben los arts. 38, 1, y 40, 1, y que son las siguientes:

1.— Necesidad de informe elaborado por uno o varios expertos independientes.

2.— Designación de dichos expertos por el correspondiente Registrador Mercantil con sujeción al procedimiento que reglamentariamente se dispone.

La referencia que el Proyecto de Ley hacía en su artículo 31 al Juez del domicilio social para atribuirle la competencia en orden a la designación de tales expertos ha desaparecido en el texto de la Ley pues en la redacción definitiva del artículo 38,1, se atribuye la misma, al Registrador Mercantil.

En lo que respecta al procedimiento para la designación de los invocados expertos, aceptación del cargo, plazo para la elaboración y entrega del informe, y determinación de la persona a quien incumbe el pago de su correspondiente retribución económica, es el regulado en los artículos 302 al 312 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, enmarcados todos ellos en la Sección 1ª del Capítulo II, Título III.

De los citados artículos destacamos aquí, como más esenciales a las preguntas que el profesional podría plantearse, los particulares siguientes:

1.— Que la correspondiente solicitud podrá formularse por cualquiera de los promotores de la sociedad o, cuando ya se hallare constituida —supuestos de ampliación de capital—, por esta misma, recogándose en el escrito el contenido mínimo que al efecto enumera el art. 302 del Reglamento.

2.— Que el plazo conferido al Registrador Mercantil para practicar la designación es de quince días, computables a partir del siguiente al de la fecha del asiento de presentación de la respectiva solicitud.

3.— Que a falta de normas reguladoras de la designación de tales expertos el Registrador actuará a su prudente arbitrio.

4.— Que la designación deberá recaer entre aquellas personas, físicas o jurídicas, pertenecientes a profesión directamente relacionada con los bienes a valorar o específicamente dedicadas a peritaciones.

5.— Que la retribución a percibir por el experto designado será determinada por el propio Registrador, el cual podrá, si así lo prefiere, limitarse a fijar únicamente los criterios para el cálculo de la misma.

6.— Que luego de aceptado el cargo por el experto designado, para lo cual el Reglamento le concede el plazo de 5 días desde la fecha de la oportuna notificación, aquél deberá elaborar su informe, necesariamente por medio de escrito debidamente razonado, dentro del mes siguiente a partir de la fecha de aceptación del nombramiento, salvo que a solicitud del mismo experto, y mediando causa excepcional, el Registrador le conceda un plazo mayor.

7.— Que la no emisión del informe dentro de los citados plazos llevará consigo la caducidad del encargo y la necesidad de un nuevo nombramiento por el Registrador, sin perjuicio de la responsabilidad que para el incumplidor pudiera derivarse.

8.— Que, una vez emitido el informe, el experto deberá entregar el original a quien solicitó su nombramiento y una copia, debidamente firmada, al Registrador Mercantil que lo nombró, el cual lo incorporará al expediente extendiendo a continuación la oportuna diligencia de cierre del mismo, así como la correspondiente nota al margen del asiento del nombramiento dejando así constancia de todo ello.

Cuando el objeto de las aportaciones no dinerarias esté constituido por bienes muebles o inmuebles, recaiga sobre derechos asimilados a ellos o consista en un derecho de crédito, las responsabilidades que contrae el aportante continúan con idéntico tratamiento al que se recogía en el artículo 31 de la Ley de 17 de julio de 1951. Por el contrario, la responsabilidad que respecto de la obligación de saneamiento en el supuesto de aportación de una empresa o establecimiento, mercantil o industrial (aunque estas últimas expresiones se hayan eliminado del artículo 39,3 del Texto refundido) no se resuelven hoy por medio de la simple remisión al art. 1.532 del Código Civil según el cual, si bien el cedente responde de la legitimidad del todo en general no quedará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el supuesto de evicción del todo o de la mayor parte, sino que se agudiza aún más en el sentido de que la obligación de saneamiento del conjunto surgirá para el aportante no sólo en el caso de que la evicción o vicio recaiga sobre la totalidad sino también en los supuestos que afecten a alguno de los elementos que sean esenciales para su normal explotación. Y añade el nuevo precepto que asimismo procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

11. ADQUISICIÓN DE BIENES POR LA SOCIEDAD

De estricta adaptación al Derecho de la Comunidad Europea, y más concretamente a lo establecido en el art. 11 de la Segunda Directiva, es la regulación que en el art. 41,1 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se hace respecto de ciertas adquisiciones onerosas de bienes por la sociedad, cualquiera que sea el transmitente, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su constitución, exigiéndose al efecto la previa aprobación por la Junta General si la contraprestación a satisfacer es superior al diez por ciento del capital social, debiéndose poner a disposición de los accionistas, al tiempo de la convocatoria, dos informes, de los cuales uno habrá de estar elaborado por los Administradores y, el otro, por expertos designados en la forma que ya expusimos al referirnos a las aportaciones no dinerarias, y sin que todo ello sea aplicable cuando las adquisiciones se hallen comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, o se verifiquen en Bolsa de valores o mediante subasta pública.

Poco se aparta pues el Texto refundido del mandato comunitario. Efectivamente, la referida Directiva viene a disponer que la adquisición por parte de la sociedad de cualquier activo perteneciente a una persona o a una sociedad por un contravalor de al menos una décima parte del capital suscrito, será objeto de verificación y publicidad, y se someterá a la aprobación de la Junta General cuando el correspondiente negocio jurídico haya de tener lugar antes de la expiración del plazo que se fije por la legislación nacional y que no podrá ser inferior a dos años a partir del momento de la constitución social o del instante en que por la misma se obtenga la correspondiente autorización para comenzar sus actividades. Igualmente los Estados miembros podrán prever la aplicación de estas disposiciones cuando el bien que se proyecte adquirir pertenezca a un accionista o a cualquiera otra persona. En todo caso, la expresada limitación no se aplicará a las adquisiciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad, ni a las adquisiciones efectuadas por iniciativa o bajo control de una autoridad administrativa o judicial, ni a las adquisiciones llevadas a cabo en Bolsa.

12. FUSIÓN DE SOCIEDADES

Bajo el epígrafe “De la transformación, fusión y escisión” del Capítulo VIII, el Texto refundido lleva a cabo la armonización de nuestro Derecho societario a la normativa que se comprende en la Tercera y Sexta Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas, de 9 de octubre de 1978 y 12 de diciembre de 1982, respectivamente.

Dentro del mismo la figura jurídica más afectada es la fusión, razón por la que aquí me concretaré únicamente a ella, dejando fuera de este trabajo las de la transformación y escisión.

La Tercera Directiva, después de establecer que los Estados miembros organizarán tanto la fusión por absorción de una o varias sociedades por otra como la fusión por constitución de una nueva, y que aquéllos podrán además prever que en este último caso la fusión tenga lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades que desaparezcan se hallen en liquidación siempre que esta posibilidad sólo se otorgue a las sociedades que todavía no hayan comenzado el reparto de los activos entre sus accionistas, define a la primera como “la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a los accionistas de la sociedad o sociedades absorbidas de acciones de la absorbente y, eventualmente, de una compensación en especie que no supere el 10% del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable”.

De lo expuesto en el párrafo anterior y de la simple lectura del art. 142 de la derogada Ley de 17 de julio de 1951 resulta evidente que la concepción del instituto de la fusión en nuestro Derecho societario no era distinta de la recogida en la Tercera Directiva, salvo determinados matices que para nada trascienden a su auténtico significado y alcance jurídicos. E igual afirmación puede hacerse respecto del citado art. 142 en relación con la nueva redacción que al mismo le confiere el Texto refundido en su art. 233, excepción hecha de lo que se refiere a la aludida compensación, adoptada también ahora por nuestro Derecho positivo en el art. 247 del propio Texto, de tal modo que, a partir del 1 de enero de 1990, cuando sea necesario ajustar el tipo de canje de las acciones en orden a la participación de los accionistas de las entidades absorbidas en la absorbente, los mismos, conforme reza el nuevo precepto po-

drán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones atribuidas.

El legislador español ha aprovechado igualmente para acoger, no obstante el carácter potestativo con que se configura en la Tercera Directiva, la posibilidad de que, a partir del 1 de enero de 1990, las sociedades en período de liquidación participen en cualquier fusión “siempre que no hayan comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas”.

La necesaria elaboración previa de un proyecto de fusión inexistente hasta ahora en nuestro Derecho de sociedades, y el depósito del mismo en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades participantes se halla contemplada en el art. 5 de la Tercera Directiva pues según el mismo “los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen establecerán por escrito un proyecto de fusión”, cuyas menciones mínimas recoge el art. 235 del Texto refundido, aunque agregando a ellas las de la necesaria consignación de los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil; la determinación del tipo de canje de las acciones, que en todo caso habrá de hacerse sobre la base del valor real del patrimonio social; y aquellos otros que resulten de la común aplicación de la norma a las dos modalidades de fusión, o sea, a la que tiene lugar por absorción y a la que se produce para constituir una nueva sociedad, claramente explicitadas en el citado Texto tanto cuando se refiere a “los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad que se constituya a los titulares de acciones de clases especiales” como al aludir a “las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionen, de la absorbente o de la nueva sociedad”. Matizaciones estas últimas que son simple consecuencia de la remisión expresa que el art. 23 de la citada Tercera Directiva hace al art. 5 de la misma antes invocada con la quizá ociosa concreción de que para tal aplicación las expresiones “sociedades que se fusionan” o “sociedad absorbida” designarán a las sociedades que desaparecen y la expresión “sociedad absorbente” designará a la nueva sociedad.

Depositado el proyecto de fusión en el Registro Mercantil que corresponda a cada una de las sociedades participantes en el mismo, la subsiguiente calificación registral habrá de ceñirse a verificar si aquél reúne todos y cada uno de los requisitos o menciones exigidas por el propio Texto y a si se halla debidamente suscrito por los Administradores de las sociedades partícipes en

la futura cesión. Si todo ello se cumpliera debidamente el Registrador tendrá por bien efectuado el depósito y practicará las correspondientes notas marginales tanto en el Libro Diario como en la respectiva hoja abierta a la sociedad, comunicándolo a continuación al Registro Mercantil Central en orden a la publicación inmediata, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, del anuncio referente al hecho del depósito en sí y al de la fecha en que éste se hubiese realizado.

Es preceptivo, en todo caso, el informe de expertos independientes quienes habrán de pronunciarse, por separado o en dictamen único si así lo pidieren los Administradores de todas las sociedades, no sólo sobre el proyecto mismo sino también sobre el patrimonio aportado por las entidades que se extinguen. Es así como el Texto refundido se acoge al contenido del art. 10,1, de la Tercera Directiva, según el cual “por cada una de las sociedades que se fusionen, uno o varios peritos independientes de éstas, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, examinarán el proyecto de fusión y establecerán un informe escrito destinado a los accionistas. No obstante, la legislación de un Estado podrá prever la designación de uno o varios peritos independientes para todas las sociedades que se fusionen, si esta designación, a petición conjunta de estas sociedades, fuera hecha por una autoridad judicial o administrativa. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas, o sociedades”.

El nuevo Texto refundido, ciñéndose al apartado 2) del art. 10 de la Tercera Directiva, exige que el informe de los invocados expertos independientes se contraiga necesariamente a las siguientes manifestaciones:

- a) si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es idéntico al capital de la nueva sociedad o al aumento de capital de la absorbente;
- b) si el tipo de canje de las acciones se halla justificado o no es pertinente;
- c) los métodos que se hayan utilizado para establecer dichos tipos de cambio y si tales métodos han sido los adecuados para tal determinación, y
- d) las dificultades especiales de valoración que existieren.

Es de tener presente que el acuerdo de fusión, cuando la absorbente o la nueva sociedad que surja fuere colectiva o comanditaria, requerirá necesariamente el consentimiento unánime de los accionistas que en el futuro y como consecuencia de la nueva forma social se constituyan en responsables personales de las deudas.

Tratándose de sociedades anónimas, el Texto refundido, siguiendo el mismo criterio existente con anterioridad al momento de su publicación así como el recogido en el art. 7 de la Tercera Directiva, establece que el acuerdo de fusión deberá adoptarse en junta general de cada una de las sociedades interesadas si bien requiriéndose en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean el cincuenta por ciento, como mínimo, del capital suscrito con derecho a voto, y bastando para la válida constitución en segunda convocatoria el concurso de la cuarta parte de dicho capital.

El Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ha modificado el quorum de votos en segunda convocatoria tanto para el supuesto de fusión que aquí contemplamos como para los de transformación, disolución, aumento o disminución del capital, emisión de obligaciones o cualquiera otra modificación de estatutos, pues mientras que para el supuesto de concurrencia de socios con derecho a voto, presentes o representados, cuya cifra de capital suscrito sea igual, al menos, al cincuenta por ciento del mismo, bastará el pronunciamiento favorable de la mayoría, cuando el concurso de dichos accionistas represente menos del citado porcentaje del capital social se precisará que el acuerdo se halle conformado con el voto favorable de los dos tercios de aquéllos. El acuerdo adoptado sin el expresado quorum mínimo, o del que por encima del mismo pudiera establecerse en los correspondientes estatutos sociales carecerá, como ya sucedía con la redacción del art. 58 de la Ley de 17 de julio de 1951, de toda validez.

El acuerdo de fusión será objeto de tres publicaciones en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación en las provincias a que corresponda el domicilio de cada una de las sociedades fusionadas, consignándose expresamente en las mismas el derecho de los accionistas para solicitar y obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión, y la facultad que asiste a los acreedores para oponerse a ella.

Reduce el Texto refundido a uno el anterior plazo de tres meses, contados desde la fecha del último anuncio del acuerdo, para la efectiva realización de la fusión, durante el cual los acreedores de cada una de las sociedades objeto de la misma estarán facultados para oponerse hasta que se les garanticen los créditos pendientes de vencimiento en el instante de la publicación a no ser que ya se hallen afianzados con garantía adecuada. Igual derecho de oposición corresponderá a los obligacionistas en el supuesto caso de que la fusión se hubiese aprobado por la Junta General de la sociedad sin la previa aprobación por la Asamblea de esta clase de acreedores.

Por último, autorizada la escritura de fusión, en cuyo otorgamiento tendrán que intervenir necesariamente todas las sociedades participantes, e inscrita ésta en el Registro Mercantil, habrá de llevarse a cabo la correspondiente publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

13. EXENCIONES FISCALES Y REDUCCIÓN DE DERECHOS ARANCELARIOS

¿Y qué ocurre con los cuantiosos gastos que, tanto de carácter fiscal como por el concepto de derechos devengables por Notarios y Registradores Mercantiles, comportará la adecuación de las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del Texto refundido a las prescripciones del mismo?

Tal interrogante, constantemente formulada en las sesiones de trabajo y coloquios celebrados en torno a los borradores que culminarían en el proyecto de Ley 121/81, se resolvía en su disposición transitoria cuarta declarándose la exención de tributos y exacciones de todas clases respecto de los actos y documentos legalmente necesarios siempre que se celebraren dentro de plazo, y mediante la oportuna reducción, a fijar por el Gobierno, en los derechos que los Notarios y Registradores Mercantiles hubieren de percibir, según aranceles, por todo ello.

El Texto refundido recoge literalmente en su disposición transitoria séptima el párrafo anterior y lo amplía extendiendo tales exenciones fiscales y bonificaciones de honorarios a los nuevos sujetos obligados a inscribirse como consecuencia de su propia normativa.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

FERNANDO MARTÍN GONZÁLEZ
MAGISTRADO - DOCTOR EN DERECHO

SUMARIO

- I.— IDEAS GENERALES.
- II.— BREVE RESEÑA HISTÓRICA.
- III.— DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.
- IV.— PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD.
 - a) Hecho imputable.
 - b) El daño.
 - c) La relación de causalidad.
- V.— REPARACIÓN: FORMAS.
- VI.— RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y DEL ESTADO-JUEZ.
- VII.— CONCLUSIÓN.

I.— IDEAS GENERALES

Como es bien sabido, responsabilidad es la obligación de reparar o de satisfacer un daño causado u ocasionado a otro. Si se produce un daño, surge, en general, la obligación de repararlo o de indemnizarlo a cargo de quien lo ha producido, o a cargo de quien se ha beneficiado de la actuación que lo ha ocasionado, o, en general, de quien deba responder.

Son ideas generales que pertenecen al acervo cultural común de los pueblos, cognoscibles por las solas luces de nuestra razón y entroncadas en el concepto del Derecho que cualquiera posee, acordes con la íntima naturaleza de las cosas. Pertenecen, en suma, a esa idea del Derecho Natural que todos conocemos.

Pensamos, sin dificultad, que el particular que causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Así lo establece el art. 1.902 del Código Civil. También sin dificultad entendemos que los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, (actuación consciente y voluntaria), culpa (negligencia, omisión de cautelas), o morosidad (retraso culpable en el cumplimiento de las obligaciones), están obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados, es decir, sometidos a responsabilidad. Así lo establece el art. 1.101 del mismo Código. Las normas positivas no van más allá de lo que nosotros sabemos en cuanto a la responsabilidad de los particulares, de los sujetos privados, de las personas físicas. “El que rompe, paga”, expresaban antes algunos carteles expuestos en tiendas y comercios.

La cuestión se complica, sin embargo, cuando no es el particular el que causa el daño y el que ha de repararlo, sino cuando esa obligación de reparar afecta a la Administración pública, es decir, a esa estructura organizativa puesta al servicio de los ciudadanos para la realización de una gestión subordinada a los intereses públicos, a esa persona jurídica pública que es la Administración puesta al servicio de la comunidad, integrada en el Poder Ejecutivo.

El propio instinto popular nos da a entender, de un lado, que la Administración debe actuar, pero sometida a la Ley, y, de otra parte, que la Administración debe actuar, pero ha de reparar los perjuicios que cause.

La sumisión a la legalidad, que controlan los Tribunales, según el art. 106 de la Constitución Española, no va a ser objeto de nuestro estudio, dedi-

cado a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, también proclamado en el mismo art. 106, conforme al cual “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Pero llegar a esta conclusión, tan evidente, que impone el resarcimiento de todos los daños causados por la Administración, no ha sido tarea fácil.

II.— BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Hagamos un breve repaso histórico.

Una tradición multisecular partió de la base de que los conceptos de soberanía y poder, por un lado, y de responsabilidad, por otro, eran absolutamente incompatibles. Entre los anglosajones se decía que “el Rey no puede causar daños” o que “el Rey no puede realizar actos ilícitos”. Era una conclusión de la concepción del poder como emanado de Dios, muy característica del mundo medieval.

Con el advenimiento del Estado moderno permanecieron tales postulados. No podemos olvidar que, pese a la Revolución francesa, el Estado sustituye al monarca, ocupa el lugar que antes correspondía al Rey, y hereda los privilegios de éste en muchos aspectos, entre ellos el de no quedar sujeto a las leyes. “Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”, decía todavía un autor de fines del siglo pasado. Son ideas que arrastran viejos principios medievales las que propician la irresponsabilidad de la Corona, del Poder.

Es en el 1947 cuando en el Reino Unido se proclama la responsabilidad de la Corona como “si fuera un persona privada con plena edad y capacidad”. Lo mismo sucede en Norteamérica, a partir de 1946, donde se configura la responsabilidad del Estado como una responsabilidad por hecho de otro, que sólo entra en juego en aquellos casos en que es localizable una actuación culpable en el funcionario o en los funcionarios autores del daño.

Como se ve con claridad las soluciones en los Ordenamientos anglosajones se obtuvieron por vía de legislación.

En los Derechos europeos la solución se obtiene por vía jurisdiccional. Primero esa responsabilidad del Estado deriva de una actuación ilícita por parte de los funcionarios, pero pronto se la va a hacer depender incluso de una actuación lícita, de modo que poco va a importar la licitud o la ilicitud de la acción o de la intervención del daño. Para la víctima del daño, en efecto, ninguna diferencia existe entre que la actuación haya sido lícita o ilícita, pues, en definitiva, de lo que se trata es de cubrir en toda la extensión posible las consecuencias dañosas que para los ciudadanos puedan resultar.

Los matices son variadísimos, pero llega a mantenerse la idea de que la responsabilidad de la Administración se produce desde el momento en que se aprecia la existencia de un daño cierto atribuible a aquélla.

En nuestro Derecho contamos en esta materia de la responsabilidad de la Administración con un pasado escasamente brillante.

Curiosamente podríamos hasta presumir de una Ley de 9 de abril de 1842 que declara que es obligación de la nación “indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios, etc.” en el curso de la primera guerra carlista. Pero no olvidemos que esta primera guerra civil española termina con un simbólico abrazo (el abrazo de Vergara) entre los generales de los dos bandos contendientes, lo que vino a disminuir la efectividad de tal ley.

Hay casos singulares de responsabilidad de la Administración en la Ley de Policía de Ferrocarriles, en una Instrucción de Sanidad de 1904, y en otros supuestos en que el Estado asume el deber de indemnizar los daños imputables a sus servicios. En el Código Civil de 1889, tras exponerse en el art. 1902 que “el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, se expresan, en el art. 1903, supuestos en que la responsabilidad “es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”, y así responden los padres, los tutores, los dueños y directores de empresas, los maestros, etc., por los daños causados por los hijos, los menores o incapacitados sujetos a tutela, por los dependientes, por los alumnos y aprendices, y se dice también, en lo que nos interesa, que responde el Estado cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada.

La verdad es que nunca se pudo localizar a ese “agente especial”, y por ese camino se llegó a una situación de irresponsabilidad absoluta del Estado.

La 2ª República, corta, agitada e ineficaz, no dio solución a tal cuestión de la responsabilidad del Estado.

Tras la guerra civil, el nuevo Estado alcanza a distinguir, en la Ley de Régimen Local, una responsabilidad directa del Estado (cuando los daños han sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia atribuibles personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes), y una responsabilidad subsidiaria (cuando los daños han sido causados por culpa o negligencia imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de sus cargos. Lo establecen así los arts. 405 a 409 del Decreto por el que se aprueba la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 que refundió textos de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953. Pero el avance más importante se produce con la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

III.— DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

El art. 121 de ésta determina que “también dará lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

En el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 se establece que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía administrativa”.

Tal sistema se aplica a todos los órdenes administrativos, y, como vemos, la responsabilidad viene definida por la exigencia de proteger el patrimonio de los ciudadanos, por lo que afecta a todos los entes públicos.

La constitución de 1978 ha consagrado constitucionalmente tal sistema al establecer en el art. 106,2 que “los particulares, en los términos establecidos

por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, lo que, se insiste, afecta, por igual, a todas las Administraciones públicas. El art. 9,3 establece que la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos. Ley 7/85 de 2 de abril —art. 54— (de Bases del R. Local).

Como vemos, se trata de una responsabilidad directa de la Administración, no de una responsabilidad subsidiaria por los daños causados por los actos de los funcionarios públicos y agentes, y de una responsabilidad que prescinde del elemento tradicional de la ilicitud y de la culpa. Ya se ha indicado que deriva del funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos y que sólo se excluyen los supuestos de fuerza mayor. Se trata, por tanto, de una responsabilidad objetiva.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, su razón de ser, ya no va a ser un ejercicio ilegal de su actividad, ni una actuación culposa del funcionario, de la que la Administración va a responder subsidiariamente, por culpa “in eligendo” o “in vigilando” en relación con el funcionario. Ahora se apoyará tal responsabilidad en otros extremos: por ejemplo en el enriquecimiento indebido de la Administración a costa de la lesión causada al particular, en la igualdad de las cargas públicas, con arreglo a la cual el administrado debe soportar sin indemnización las cargas generales impuestas a los ciudadanos, pero está facultado para reclamar, y la Administración debe responder, cuando se le infiera un daño específico y singular, e incluso en la doctrina del riesgo social: la Administración crea riesgos, peligros, a los que el particular no puede sustraerse y de los que no puede defenderse. La Administración está más cerca de la causa del daño que la propia víctima. La Justicia distributiva impone que ésta sea indemnizada por la colectividad. Así pues la lesión es el dato determinante de la responsabilidad administrativa.

IV.— PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Con arreglo a tales conceptos veamos cuáles son los presupuestos que dan lugar a la responsabilidad de la Administración. Son tres: el hecho imputable a la Administración, la lesión resarcible, y la relación de causalidad entre el hecho y la lesión.

a) Hecho imputable

El hecho imputable a la Administración implica la exigencia de que tal hecho pueda atribuirse a un sujeto distinto de la propia víctima, en primer lugar. Se precisa, por tanto, una relación entre el sujeto al que se atribuye el deber de indemnizar y el daño causado, que es el que se ha de reparar.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho Penal, en que es determinante la identificación de una persona como autora del hecho lesivo, en el ámbito civil y en el administrativo, lo importante es localizar un patrimonio con cargo al cual podrá hacerse efectiva la reparación del daño causado.

Ante todo es preciso señalar que la Administración ha de actuar como tal, es decir, sujeta al Derecho Administrativo y que actúe dentro del ámbito de lo que constituye su giro o tráfico específico. Recordemos que se alude al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que comprende todo el actuar de la Administración en el ámbito de la gestión pública, de los servicios públicos.

La titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es, pues, suficiente para justificar la imputación del daño a la Administración.

Si el daño deriva de la conducta de una persona física, basta con constatar la integración de esta persona en la Administración, para que el daño sea reparable por ésta, como organización puesta al servicio o la actividad pública.

Ni siquiera es preciso que se trate de un funcionario público en el sentido propio de esta expresión. Basta el ejercicio real de funciones públicas, que abarca a quienes por cualquier título desempeñen, aunque sea ocasionalmente, tales funciones.

Incluso cabe ir más lejos: hay personas que, sin ser funcionarios públicos, ni agentes de la Administración, se encuentran bajo la autoridad o custodia de ésta, en el seno, pues, de la organización en que el servicio se presta.

En el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975 (la de los novios de Granada). Un enfermo mental se arroja desde una ventana del Hospital Provincial de Granada, y, al caer sobre la pareja de novios, mata al novio y causa graves lesiones a la novia. Según la sentencia el resultado dañoso debe atribuirse a la Diputación titular del establecimiento “que no puede

exonerarse del mismo invocando su imputación a un tercero, puesto que el perturbado, al hallarse internado en el Hospital, no constituía agente extraño al funcionamiento del Centro, sino un usuario interno que, como tal, se integraba en su organización y disciplina”.

Acreditada la integración del autor material en la organización administrativa, el hecho de que su actuación sea lícita o ilícita es indiferente, en general, a los efectos de imputar las consecuencias lesivas de la actuación a la Administración, que responde de los daños producidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Lo que sí excluiría la responsabilidad de la Administración sería que la actividad dañosa del funcionario o agente se realizara absolutamente al margen de las funciones del cargo.

La titularidad administrativa de la actividad o servicio justifica también la imputación a la Administración de los daños resultantes del riesgo creado en interés de dicha organización, con independencia de toda idea de culpa.

Los artículos antes mencionados se limitan a excluir “los casos de fuerza mayor”, lo que quiere decir que los daños ocasionados por “caso fortuito” sí quedan a cargo de la Administración, titular del servicio o actividad en cuyo marco se producen.

Ello nos obliga a deslindar los conceptos de caso fortuito y de fuerza mayor.

Parece que vienen confundidos en el art. 1.105 del Código Civil cuando establece que “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley... nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Pero entre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor hay alguna diferencia.

El caso fortuito se caracteriza por la indeterminación y la interioridad.

La indeterminación supone que la causa del daño es desconocida.

La interioridad hace referencia a la relación del evento dañoso con la organización en que se presenta el daño: se trata de un evento íntimamente conectado con el funcionamiento de la actividad o del servicio.

En la fuerza mayor lo que hay es una causa extraña a la organización y a la actividad. El art. 1.575 del Código Civil alude a supuestos extraordina-

rios: incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacomunado y que no se haya podido racionalmente prever.

A veces, por último, la imputación del daño a la Administración se produce por enriquecimiento sin causa, injusto, a favor de ésta. Se ha beneficiado a costa de otro y ha de producirse un desplazamiento patrimonial el signo contrario: a su cargo y en beneficio del perjudicado.

b) El daño

El concepto de daño o de lesión patrimonial o de perjuicio, segundo de los presupuestos de la responsabilidad administrativa, consiste en un detrimento patrimonial injustificado. Pero injustificado significa simplemente que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. El perjuicio patrimonial ha de ser evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o con un grupo de personas. No bastan los daños simplemente posibles.

El requisito de la individualización del daño quiere decir que ha de tratarse de un daño concreto, residenciable en el patrimonio del que lo reclama y que exceda, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social.

c) La relación de causalidad

Y por último, como requisito o presupuesto de la responsabilidad administrativa, se halla la relación de causalidad, de causa a efecto, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido. Ha de haber un vínculo causal.

La cuestión no es tan simple como a primera vista pudiera parecer: el daño se presenta normalmente no como el efecto de una sola causa, sino de varias, o sea, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones.

Si tratamos la cuestión con simplicidad, podríamos afirmar, con la teoría de la equivalencia de condiciones, que cualquiera de estos hechos o condiciones, en la medida en que todos ellos han contribuido a producir el resultado, son causas de los daños, lo que podría llevar a conclusiones injustas.

Por eso se prefiere el criterio de la causalidad adecuada: para que el hecho merezca ser considerado como causa, se precisa que en sí mismo sea idóneo para producir el daño, es decir, que tenga especial aptitud para producir el resultado lesivo.

No caben soluciones categóricas, sino soluciones casuísticas en función de las concretas circunstancias de cada supuesto.

A veces concurre una causa extraña, o la propia culpa de la víctima, o el hecho de un tercero.

El supuesto de causa extraña, si es de fuerza mayor, excluye la responsabilidad, según vimos.

Los otros dos supuestos (culpa de la víctima y hecho de un tercero) plantean graves dificultades, de las que aquí no procede tratar, pues pertenecen al ámbito de la Teoría General del Derecho. Lo que sí cabe es señalar que en estos casos hay un concurso de causas, cada una de ellas dotada de una cierta potencialidad dañosa, que justifica un reparto de la responsabilidad, es decir, hacer gravitar sobre cada uno de los intervinientes una parte de responsabilidad proporcional a la importancia de su intervención.

V.— REPARACIÓN: FORMAS

En todo caso la reparación, en cuanto a su efectividad, puede verificarse “in natura” (restableciendo la situación jurídica alterada), o, supletoriamente, a través de una indemnización, pero, en todo caso, ha de dejarse indemne a la víctima del daño, cubrirse ese detrimento que el daño ha supuesto para su patrimonio, abarcando daños emergentes y lucros cesantes, incluyendo perjuicios morales. Véase la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Canarias de fecha 30 de noviembre de 1988.

VI.— RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y DEL ESTADO JUEZ

Por último cabe aludir a la responsabilidad del Estado-Juez y del Estado-legislador.

El artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, como vimos, alude al deber de indemnizar daños y perjuicios por parte de la Administración, en el más amplio sentido de la expresión (estatal, autonómica, local, institucional, etc.).

También cabe la responsabilidad de los órganos legislativos y judiciales. No en vano el artículo 9,3 de la Constitución se refiere a la responsabilidad de todos los poderes públicos.

Respecto de la responsabilidad del Estado legislador, hoy contamos con una importante sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, contra determinados preceptos de la Ley 30/84 de 2 de agosto sobre medidas para la Reforma de la Función Pública, y, en concreto, en lo que nos interesa, contra los preceptos que reducen a los 65 años la edad de jubilación, antes fijada en 70 años. Los recurrentes entendían que esta edad de jubilación era un derecho adquirido, del que no se podía privar al Funcionario, lo que rechaza dicho Tribunal alegando, en síntesis, que no se trata de derechos adquiridos, sino de simples expectativas a que la edad de jubilación continúen inmodificadas, pero que el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, modificable por el legislador.

Pero esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación.

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado-Juez, hallamos, en cuanto a la justicia civil, los arts. 903 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados, y el art. 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el supuesto de que en recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, caso en el que los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que haya lugar, que serán satisfechas por el Estado.

Hoy el art. 121 de la Constitución también establece que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado. Lo mismo expresa el art. 292 de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial.

VII.— CONCLUSIÓN

En definitiva, y como conclusión, cabe afirmar que hoy día, como un importante correctivo de las prerrogativas de la Administración, y para asegu-

rar el equilibrio entre ésta y los administrados, siempre amenazado por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, se halla este importantísimo principio de la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, cuya correcta formulación constituye la mejor piedra de toque para determinar el grado de penetración del Derecho en las estructuras del poder político y administrativo.