rjib

11

REVISTA JURIDICA DE LES ILLES BALEARS

rjib 11

REVISTA JURIDICA DE LES ILLES BALEARS

El mito de la solvencia de la Administración

•

Justicia constitucional y escepticismo moral

•

La nulidad, por abusiva, de una clàusula de intereses moratorios

•

El pacto sucesorio mallorquin: la "diffinitio"

•

Un tancament en fals de la problemàtica del règim d'organització i funcionament dels consells insulars?

•

La posición del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión intestada y su regulación a través de la técnica de la remisión estática al Código Civil

•

2013

Fundadors de la RJIB

Govern de les Illes Balears,

Col·legi d'Advocats de les Illes Balears,

Col·legi de Registradors,

Col·legi Notarial,

Universitat de les Illes Balears,

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació

Entitats patrocinadores

Consell Insular de Mallorca

Consell Insular de Formentera

Edició, subscripcions i Correspondencia

Fundació per a la Pràctica Jurídica de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears

La Rambla 10. 07003 Palma de Mallorca, Illes Balears

Tel.: 971 17 94 09 - Fax: 971 71 92 06 - Email: fpj@icaib.org

ISSN: 1697-1272

Director..... Carlos Gómez Martínez

Consell de redacció..... Regina Valles Bezares

José Ángel Torres Lana

Antonio J. Terrasa García

Antonia Perelló Jorquera

Tomas Mir de la Fuente

María Serrano Pozo

Jeroni Mas Rigo

Carlos Jimenez Gallego

Mª Lluïsa Ginard Nicolau

Marta Enciso Morales

Antoni Canals Prats

Secretaria ..... Nuria Garcia Canals

rjib 11

SUMARI

ESTUDIS

Juan Alfonso Santamaría Pastor. *El mito de la solvencia de la Administración* 4

Manuel Atienza. *Justicia constitucional y escepticismo moral* 18

Francisco Javier Pereda Gámez. *La nulidad, por abusiva, de una clàusula de intereses moratorios (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Unión Europea de 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito)* 34

COMENTARIS I NOTES

María Pons Salvà. *El pacto sucesorio mallorquin: la "diffinitio"* 58

Jaume Munar Fullana. *Comentari a la STC 132/2012, de 19 de juny, sobre la Llei 8/2000, de 29 d'octubre, de consells insulars. Un tancament en fals de la problemàtica del règim d'organització i funcionament?* 78

Eugenia Garcías de España. *La posición del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión intestada y su regulación a través de la técnica de la remisión estática al Código Civil*.....109

JURISPRUDÈNCIA

CONSTITUCIONAL, per Jaume Munar Fullana 120

DRET CIVIL BALEAR, per Miquel Masot Miquel 140

CIVIL, per Carlos Gómez Martínez 151

PENAL, per Antonio J. Terrasa García 156

CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Fernando Socías Fuster 173

LABORAL, per Ferran Gomila Mercadal 183

ACTIVITAT REGISTRAL per Antoni Canals Prats 192

ACTIVITAT NORMATIVA per Lluís Isern Estela 198

LLIBRES

Fèlix Pons, la dignitat del pensament, Institut d'Estudis Autonòmics
Per Claro J. Fernández-Carnicero.....215

Títulos cambiarios electrónicos: estudio interdisciplinar, Martinez Nadal, A.
Per Antoni Font 220

La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto-Lley 3/2012, Roqueta Buj, R.
Per Joana Maria Servera Martínez 227

Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la administración. El suministro de agua potable al margen de una concesión formal,
Bauzá Martorell, F.J.
Per Irene Espuey Servera 232

rjib 11
ESTUDIS

EL MITO DE LA SOLVENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN [1]

Juan Alfonso Santamaría Pastor
Catedrático de Derecho Administrativo (UCM)
Socio de Gómez-Acebo & Pombo, Abogados.

I. Los fundamentos del mito

El contenido del mito de la solvencia de la Administración se plasma, como todas las reglas axiomáticas, en expresiones tan sencillas como imprecisas: la Administración, se dice, es un "buen deudor" porque siempre paga.

Recuerdo haber escuchado esta expresión de boca del profesor que, en mis lejanos años de Facultad, trató vanamente de enseñarnos la asignatura que entonces se llamaba Hacienda Pública. Y recuerdo también que el profesor añadía dos puntualizaciones escépticas: primera, que aunque es cierto que la Administración siempre termina pagando, también lo es que lo hace tarde y mal; y segunda, que no se explicaba cómo podía seguirse diciendo tal cosa respecto de un Estado que en los siglos anteriores (desde el reinado de Felipe II a finales del siglo XIX) se había declarado en quiebra al menos una docena de veces, mediante la figura que crudamente se llamaba el repudio de la Deuda.

1 Texto de la conferencia impartida en Palma de Mallorca el día 25 de octubre de 2012 en el marco de las I JORNADAS SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, organizadas conjuntamente por la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y el Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares.

Volví a ver aparecer esta curiosa regla años después, cuando comencé a ejercer la profesión de abogado, en la doctrina de los tribunales contencioso-administrativos a propósito de lo que hoy se denominan medidas cautelares; cuando se trataba de reclamaciones de cantidad o se alegaban los graves perjuicios económicos que podrían derivarse de la ejecución de los actos impugnados, dichas medidas eran sistemáticamente denegadas por los Tribunales con el argumento de que la Administración era solvente por definición y, por tanto, podría hacer frente en el futuro a cualquier pago de principal e intereses, o a cualquier volumen de indemnización. Y la vi expresada, también, en los preceptos legales que eximían a las Administraciones Públicas de la prestación de cualquier tipo de garantías, avales o cauciones; preceptos que han ido discretamente desapareciendo de nuestro ordenamiento, pero del que queda algún rastro todavía en las leyes vigentes (por ejemplo, en el artículo 85.4 de la Ley de lo Contencioso a propósito de la ejecución provisional de las sentencias recurridas en apelación; norma que, curiosamente, no se reproduce en el artículo 91, en relación con las sentencias impugnadas en casación; ni tampoco en el artículo 133).

¿Cuáles son los fundamentos de esta creencia? Como ocurre con todas las premisas intuitivas, su basamento teórico es oscuro, pero podría centrarse en torno a tres ideas:

a) Primera, la hipótesis de lo que podríamos llamar la autosuficiencia monetaria del poder público, del Estado. Las deudas se pagan con dinero, de manera que quien tiene el poder de crear el dinero siempre puede atender a su pago de forma ilimitada: basta con poner a funcionar la máquina de emitir billetes, dicho sea de forma coloquial. No es una coincidencia que la monopolización por los Estados del privilegio de emisión (antes compartido con los bancos privados) se efectuara en el momento histórico en que los gastos públicos comienzan a crecer de forma exponencial (en la segunda mitad del siglo XIX).

b) Segunda idea, muy vinculada a la anterior, la inextinguibilidad del poder tributario, basada en la presunción de que los Estados siempre pueden atender a sus déficits de liquidez incrementando la presión fiscal sobre los súbditos o ciudadanos.

c) Y tercera, la más sofisticada hipótesis del principio de legalidad presupuestaria, hoy plasmado en el artículo 21.1 de la Ley General Presupuestaria: un principio que, además de asegurar el control parlamentario de los gastos públicos, proporciona un fuerte soporte a la solvencia con el siguiente razonamiento: el Estado siempre ha de poder pagar porque no puede incurrir en más gastos que los previstos en el Presupuesto;

y el estado de gastos ha de ser confeccionado, necesariamente y por definición, previo el cálculo estricto de los ingresos que se estima pueden recaudarse.

No son necesarias profundas cavilaciones para demostrar la inconsistencia de estos fundamentos:

a) Es obvio, en primer lugar, que la hipótesis de la autosuficiencia monetaria del Estado se desvaneció por completo en el momento en que la emisión de dinero pasó a instancias supranacionales, como hoy sucede en todos los Estados de la zona euro. Pero este problema no es de hoy, sino muy antiguo: el primer gran conflicto que tuvo lugar en el seno de los Estados Unidos entre las antiguas trece colonias y la Federación, a fines del siglo XVIII, fue a propósito de la iniciativa de Washington de crear un banco central, que luego terminó siendo la actual Reserva Federal.

b) Segunda objeción: la emisión de dinero para cubrir deudas públicas tiene límites económicos evidentes, por el proceso inflacionario que desencadena; un proceso que puede terminar con el rechazo por el mercado de la moneda creada artificialmente, hasta el punto de que los acreedores del Estado no la admitan como medio de pago válido: eso fue lo que ocurrió a principios del siglo XVIII cuando el rey de Francia Luis XV se puso en manos del aventurero escocés John Law (de lo que hay una magistral exposición en las novelas de Alejandro Dumas), y lo que sucedió en la década de los setenta del pasado siglo en diversos países latinoamericanos y africanos, que alcanzaban tipos de inflación del 200% diario.

c) Tercera, acudir a la imposición tampoco es el bálsamo de Fierabrás. Aparte de que sólo puede extraerse riqueza de donde la hay, y no de la miseria, la imposición creciente tiene unos condicionantes temporales notorios: el ingreso efectivo en las arcas públicas del producto de los nuevos impuestos se demora naturalmente meses o años, por el tiempo que requiere la aprobación parlamentaria de los tributos, su entrada no retroactiva en vigor y el proceso de liquidación y recaudación; en contraste, las deudas vencen día a día. Y ello sin entrar en la eterna polémica que mantienen los economistas de uno y otro signo político acerca de si las elevaciones de impuestos producen una disminución de la recaudación, o si sucede a la inversa.

d) Y tampoco es un remedio mágico, por fin, el principio de legalidad presupuestaria porque, como es notorio, la mayor parte de los Estados y demás entes públicos no confeccionan sus presupuestos ajustando los gastos a los ingresos razonable y prudentemente previsibles, sino a la inversa: primero se establecen los gastos en que se

quiere incurrir; después se fijan, de manera harto voluntarista, las cifras de recaudación deseada; y si éstas no alcanzan a cubrir los gastos, se cuadra la cuenta con la cifra necesaria que se espera obtener de la emisión de deuda. Los presupuestos públicos confeccionados de manera ortodoxa son, si se quiere, la excepción: pero, en todo caso, el sistema entra en crisis en el momento en que la apelación a la deuda no es posible por el cierre de los mercados financieros internacionales o por el encarecimiento de los tipos de interés.

Todas estas objeciones son perfectamente notorias para la inmensa mayoría de los operadores económicos, que desde siempre han acogido con total escepticismo la hipótesis de la solvencia de los entes públicos. Y este escepticismo se incrementa por otra serie de circunstancias, que conviene recordar:

a) Primera, que es ficticio hablar, generalizando, de la solvencia "de la Administración", porque Administraciones hay muchas y muy diferentes entre sí. La solvencia real de un ente público depende de su tamaño, de su población, de la estructura de sus gastos fijos, de sus disponibilidades de liquidez y, sobre todo, del importe de la deuda que haya asumido. Se sabe, por tanto, que hay entes públicos discretamente solventes y otros que no lo son en absoluto.

b) Segunda, que la apreciación de solvencia por parte del mercado se ve muy debilitada por la inexistencia de reglas que prevean la responsabilidad subsidiaria de unas Administraciones por las deudas de las otras. El principio de la personalidad jurídica separada e independiente de cada Administración y de cada ente público hace aquí un pésimo servicio a la solvencia: ante el mercado financiero, cada Ayuntamiento es como una pequeña isla en el Océano Pacífico, que no tiene el respaldo ni la garantía de otro ente público más sólido. Pero es que, incluso, no se sabe a ciencia cierta si el ente público territorial matriz puede ser llamado a responder, en última instancia, de la deuda inatendida por alguno de sus entes instrumentales. Esto es lo que ocurre en la actualidad con las dificultades que está encontrando en su camino el rescate comunitario del Reino de España, y lo que ha ocurrido en múltiples ocasiones. El secreto profesional me impide hablarles de incidentes de financiaciones frustradas que he presenciado en mi actividad de abogado; pero sí puedo contarles, sin decir nombres, el sofoco insoportable que me ha producido tener que responder a la pregunta, formulada por los agentes de un consorcio de bancos centroeuropeos que eran mis clientes, de si la devolución del préstamo que pretendían dar a un ente público muy importante podría llegar a ser reclamado a la Administración del Estado de forma subsidiaria. No pude decirles otra cosa que era impensable, en el terreno de los hechos, que el Estado no acudiera en

socorro de este ente; pero ante su insistente pregunta de si el derecho español lo preveía así, no pude hacer otra cosa que responder negativamente. El resultado era previsible: tomaron el avión y no he vuelto a verles.

c) Otro factor que opera en detrimento de la solvencia es la superposición y la duración de los procedimientos administrativos. Para pagar su crédito a un acreedor se requieren al menos dos: un procedimiento para la creación o reconocimiento de la deuda, y otro sucesivo para ordenar y proceder al pago, previsto en el artículo 76 de la LGP. La tramitación de ambos consume meses o años; en todo caso, un plazo muy superior al previsto para la efectiva satisfacción de la deuda, al que me referiré después.

d) Un penúltimo nubarrón sobre la imagen de solvencia: el clásico principio de inembargabilidad de los bienes y fondos públicos que hoy proclaman el artículo 23.1 de la Ley General Presupuestaria y, sobre todo, el artículo 30 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. No voy a discutir el fundamento de este principio secular, que es incuestionable, pero sí su extensión, por indeterminada. Y me explico: aunque no sea un elemento fundamental, como después veremos, la disponibilidad de activos realizables es un factor muy relevante para la creación de una imagen de solvencia en el mercado financiero: quien presta dinero a otro sujeto (también a una Administración pública) necesita saber en última instancia si, habiendo desatendido éste sus obligaciones de pago, podrá dirigirse judicialmente contra bienes determinados de su propiedad. Y la respuesta de nuestro derecho vigente, apoyado en la disparatada sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, si no es negativa, es desconcertante por incierta: los bienes demaniales jamás pueden ser embargados, desde luego; pero, salvo en el caso del demanio natural, nadie sabe a ciencia cierta cuando un determinado bien se encuentra afecto al uso general o al servicio público. ¿Pueden ser embargados y realizados, entonces, los bienes patrimoniales? Pues no pueden serlo, según el artículo 30.3 de la citada Ley de Patrimonio, si “se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. ¿Y cómo se sabe si un bien patrimonial está materialmente afecto a un servicio público o a una función pública? y más aún, ¿hay alguno que no lo esté? Y en estas condiciones, ¿qué garantía puede ofrecer razonablemente una Administración a los financiadores a quienes acude en demanda urgente de liquidez?

e) Y el último obstáculo: la imprevisibilidad del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Para cualquier financiador, sea la Unión Europea o un *hedge fund*

buitre de la City de Londres o de Hong-Kong, el último recurso que puede garantizar una operación de préstamo es la viabilidad de una acción judicial de responsabilidad contra la Administración. La pregunta que termina saliendo en todas estas negociaciones es si, en última instancia, hay o no RPA, acrónimo con el que en el mercado financiero se conoce el viejo instituto indemnizatorio: a lo cual no puede responderse otra cosa que sí en teoría, pero que 1) los únicos elementos normativos que la regulan en España se encuentran en las tres crípticas expresiones que figuran en el artículo 139.2 de la Ley 30/1992; que el daño sea "efectivo, evaluable económicamente e individualizado", sobre cuya interpretación existen posturas innumerables; y 2) que la doctrina jurisprudencial sobre estos conceptos es intuitiva, variable y, por tanto, imprevisible.

Y después de todo este inaudito conjunto de ambigüedades, pretendemos que se nos tenga por serios, y nos quejamos de que los financiadores internacionales no confíen en nuestra palabra ni en nuestra buena voluntad. Así son las cosas.

II. Precisiones conceptuales

Al exponer todas estas deficiencias estamos, sin embargo, prejuzgando cuestiones de principio: esto es, utilizando, sin decirlo, diversos conceptos de solvencia e insolvencia. Y es necesario, antes de formular conclusión alguna sobre la realidad, saber exactamente de qué estamos hablando, que es algo que tampoco suele preguntarse nadie. La cuestión es muy simple: ¿cuándo se es solvente? La pregunta no es impertinente, porque la solvencia y la insolvencia no son fenómenos unívocos.

Dicho de una manera muy tosca, hay dos criterios muy diferentes para medir la solvencia, según hablemos del momento temporal previo a la asunción de una deuda o del momento, posterior, de su satisfacción o pago.

a) En el primero de los casos (esto es, en la negociación de una operación de financiación), suele decirse que una empresa es solvente cuando sus datos contables ofrecen un alto grado de probabilidad de que podrá atender a la devolución de los créditos o préstamos que pretende contratar. En dicho marco, la solvencia es un juicio de estimación futura que elabora el financiador, a la luz de un conjunto muy amplio de circunstancias: los activos realizables que se ofrecen como garantía, el nivel de apalancamiento del prestatario, su cartera de clientes y el ritmo de producción de excedentes; pero, también, circunstancias tales como la situación interna de la empresa financiada, su estructura de costes fijos, su cultura de gestión y también, por supuesto, el entorno de mercado en el que opera.

b) Cuestión distinta es la calificación que debe recibir un sujeto económico cuando se encuentra en dificultades para atender a la satisfacción de las deudas que *ya tiene contraídas*.

Con la exclusiva finalidad de aclarar las ideas, diré que en la práctica suelen emplearse dos formas de apreciar la solvencia: primera, acudiendo a la medición de *magnitudes de stock*, esto es, atendiendo al balance patrimonial de un sujeto y comparando el volumen de dinero líquido y los bienes realizables de que dispone, con el pasivo (las deudas pendientes que mantiene vivas); tales son los factores que figuran en el balance de una empresa. Y segunda, mediante el análisis de las *magnitudes de flujo*, que compara de modo dinámico la marcha de producción de ingresos con los gastos fijos en que se incurre; factores que tienen su reflejo en la cuenta de resultados.

Nuestra legislación mercantil ha empleado sucesivamente estas dos técnicas de medición para definir las situaciones de insolvencia empresarial. La vieja legislación concursal (la del Código de Comercio y de la Ley de 1922) utilizaba la primera, declarando en quiebra o concurso al comerciante cuyo pasivo patrimonial superase a su activo. La nueva Ley Concursal de 2003, en cambio, opta por la segunda fórmula de apreciación, diciendo en su artículo 2.2 que "Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Insolvencia es, pues, la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida de que venzan y sean exigibles por los acreedores. Pero esta aproximación debe ser matizada, ya que

1) la insolvencia consiste en la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones dinerarias (un solo incumplimiento no entraña insolvencia);

2) es indiferente la causa de dicha imposibilidad: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez; y

3) hay insolvencia si el deudor puede cumplir algunas obligaciones, pero no otras. Si el deudor puede cumplir todas las obligaciones menos una, es insolvente. No es el número de obligaciones que se cumplen ni la cuantía de las mismas lo que debe ser tomado en consideración, sino el hecho de que el deudor no pueda cumplir regularmente *todas* las obligaciones que le sean *exigibles*.

Estos son los criterios que emplea nuestra legislación concursal y los que debieran tomarse en cuenta por los juristas cuando hablamos de la solvencia o insolvencia;

también de las Administraciones, por más que dicha legislación no les sea aplicable. Y de todos ellos, el que me parece más significativo es el temporal: la imposibilidad de cumplir el conjunto de obligaciones que pesa sobre un sujeto *en el momento* en que dichas obligaciones sean exigibles.

Para poder hablar de una posible situación de insolvencia, por tanto, es preciso saber cuál sea el momento en que son exigibles los créditos contra las Administraciones: una cuestión que nuestro ordenamiento no resuelve con la claridad debida. Hay, que yo recuerde, dos preceptos legales (o quizá tres) que pretenden regular esta cuestión:

> Primero, y exclusivamente referido a la materia de contratos, el artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual "la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los *treinta días* siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato".
>
> Y segundo, el artículo 24 de la Ley General Presupuestaria, según el cual la Administración deberá abonar al acreedor el interés de demora (e interés legal del dinero), si no realizara el pago de la obligación "dentro de los <u>tres meses</u> siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación"; plazo éste que coincide, en lo que se refiere a las resoluciones judiciales, con lo establecido en el artículo 106.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que sería el tercer artículo en danza.
>
> Estas normas merecen, en mi opinión, un juicio fuertemente crítico.

Primero, por la disparidad de estos dos plazos, que no tiene explicación lógica alguna. Por supuesto, este absurdo se explica, sencillamente, en el hecho de que las Administraciones españolas jamás se han tomado en serio ni uno ni otro (me refiero a la llamada clase política: los funcionarios somos otra cosa; pero ya sabemos que en estas cuestiones pintamos bien poco). Estas normas constituyen un puro ejercicio de voluntarismo de cara a la galería (el plazo de la Ley de Contratos del Sector Público, impuesto por las directivas comunitarias sobre antimorosidad); un ejercicio ayuno del menor propósito firme de cumplirlos. Más aún: me atrevo a decir que ni siquiera los tienen *in mente* ni los recuerdan; así me lo hace pensar la declaración surrealista que pude escuchar hace pocos días en diversos mítines de la campaña previa a las elecciones gallegas, en los que el propio Presidente del Gobierno, por el que tengo un respeto

personal auténtico, exhibía como un mérito extraordinario el que la Administración de la comunidad autónoma pagase a 45 días; esto es, cinco más de los que la Ley de Contratos le obliga en la actualidad; seguro que no lo recordaba.Y segunda crítica, la irrealidad práctica de estas previsiones legales, que nunca o casi nunca han sido observadas con normalidad. Es un hecho incontrovertible, desgraciadamente, que, salvo en casos excepcionales, las Administraciones españolas nunca han pagado a treinta, a cuarenta, ni a noventa días; y esto no sucede sólo en los desdichados tiempos actuales, sino sencillamente nunca; al menos, en los últimos cincuenta años, que son de los puedo dar fe personalmente. Y si esto es así, parece evidente que las Administraciones españolas pueden alardear de cualquier cosa, menos de atender regularmente al pago de sus deudas; dicho en los términos de la legislación concursal, carecen de solvencia.

Me adelanto a reconocer que esta afirmación debería ser matizada desde muchas perspectivas: primera, advirtiendo que no todas las Administraciones son de igual condición en la puntualidad de sus pagos; segunda, reconociendo que algunos retrasos son imputables a tensiones transitorias de liquidez, y otros a la total indisponibilidad de fondos a medio o a largo plazo; tercera, que las Administraciones atienden a los pagos de forma desigual, abonando puntualmente sus deudas a algunos acreedores y posponiendo la liquidación a otras de forma indefinida; y cuarta, que las demoras habituales en los pagos no son un problema exclusivo de las Administraciones, sino una corruptela generalizada también en el sector privado. Todo ello es cierto, pero también lo es que la inmensa mayoría de los entes públicos del que llaman Estado español se hallan en situación técnica de lo que en el mundo privado llamamos situación de concurso; y algunos, en quiebra irreversible e irrecuperable, como es el caso de un puñado de Ayuntamientos que no mencionaré por prudencia, pero que sin duda todos Uds. tienen en su memoria. Y si no empezamos a admitir esta realidad, fuera de todas las lamentaciones necesarias, nunca podremos empezar a idear soluciones para salir de esta indeseable situación.

III. Soluciones

¿Cuáles pueden ser tales soluciones? Me produce un cierto reparo enunciarlas por varios motivos: primero, porque son obvias; segundo, porque, pese a ser obvias, pueden ser juzgadas como excesivamente radicales; y tercero, porque, por ser contradictorias con las más arraigadas pautas de nuestra cultura política, serán de muy difícil, si no imposible, adopción. Pero es mi obligación exponerlas, porque la evolución de los acontecimientos va a hacerlas inevitables, algunas o todas, y en no muy largo plazo.

Todas estas soluciones parten de un imperativo básico, que las instituciones comunitarias nos recuerdan cada día: la necesidad de reducir drásticamente el volumen y las funciones de las estructuras estatales públicas y, por tanto, de sus costes; una propuesta que es injusto y absurdo tildar de neoliberal, porque es la que impone el sentido común; y es también una directriz que afecta no sólo a España, sino a todos los países europeos que adoptaron el modelo de Estado social. Nadie ha escuchado seriamente las advertencias que se vienen haciendo acerca de la crisis irresoluble del Estado social, tanto desde la derecha (James O'Connor) como desde la izquierda (Pierre Rosanvallon), ¡desde hace más de treinta años! La dinámica providencialista del Estado social ha embarcado a todos los países, sin excepción, en un volumen de gasto estructural desmesurado, muy superior a la riqueza generada en el interior de cada uno de ellos, lo que no es sostenible. Lo decía hace pocos días la directora general del FMI, a quien el ex presidente Sarkozy pasaportó a Washington porque no soportaba su inteligencia y lucidez excepcionales: es inconcebible e insoportable que los Estados europeos estén embarcados en un nivel de gasto y de endeudamiento superiores a los que tenían en la segunda guerra mundial. Esta orgía de gasto público ha podido atenderse apelando a los financiadores internacionales en una época de tipos de interés anormalmente bajos. Pero hoy, como decía hace algunos años The Economist a propósito de España, *the fiesta is over*: la fiesta se acabó, y cada país debe hacerse a la idea de que debe vivir de lo que produce, y poco más.

Huelga decir que no tengo la menor esperanza de que ningún partido político de ningún Estado europeo ose poner en práctica esta directriz de modo racional y consciente, porque los mecanismos democráticos se avienen muy mal con las políticas drásticas de austeridad: cuando se vive de los triunfos electorales, poner en la calle a uno o dos millones de empleados públicos es un suicidio que ningún profesional de la política se atreverá a practicar. Pero tendrán que hacerlo el día en que dichos empleados abandonen sus puestos de trabajo porque lleven un año o más sin percibir ni un euro de sus nóminas. Y ustedes saben que lo que digo no es populismo apocalíptico gratuito: el rector de la Universidad a la que pertenezco nos comunicó formalmente, hace unos pocos días, que en el próximo año dispondrá de recursos para hacer frente *sólo* a las retribuciones de un 80% del personal en activo.

Les ruego que no tomen estas palabras como propias de un enemigo del Estado social, porque no lo soy en absoluto. Dicha forma política ha prestado servicios invaluables a las sociedades europeas: ha elevado el nivel de vida de las clases más desfavorecidas, ha cooperado al mantenimiento de la paz social y ha permitido que el continente más belicoso de la historia lleve sesenta y siete años sin guerras interiores. Pero que se

ha pasado de frenada, dicho en términos coloquiales, no hay quien lo dude. Creo que es nuestra responsabilidad salvar al Estado social: salvar de él lo que podamos, que quizá no sea mucho. Pero para ello han de adoptarse medidas de disciplina financiera muy enérgicas, que voy a enumerar sintéticamente. Pueden clasificarse distinguiendo las tendentes a crear solvencia y las dirigidas a solucionar situaciones de insolvencia pública.

La más importante (e insisto, obvia) de las primeras consiste en la aplicación estricta de un régimen de presupuestación de base cero, apoyada en una previa estimación realista de los ingresos públicos previsibles: una estimación que ha de realizarse mediante un estudio económico serio de la capacidad económica susceptible de imposición, elaborado sin voluntarismo ni optimismo de ningún tipo. Les hablo ahora como Letrado de las Cortes Generales que fui, adscrito durante doce años a la Comisión de Presupuestos del Congreso de los Diputados: ni un solo año, estudiando la documentación presupuestaria, encontré un solo estudio digno de tal nombre.

Este es, sin duda, uno de los objetivos que persigue la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria; una Ley cuyo artículo 11.2, sin embargo, admite que el conjunto de Administraciones Públicas incurra sistemáticamente en un déficit estructural del 0,4 por ciento del PIB; una válvula de escape que transitoriamente puede ser aceptable para minorar el impacto social de las medidas de recorte, pero que acumulativamente es una barbaridad, sobre todo si se suma a la cifra actual de endeudamiento de la economía española (sector público + privado). A largo plazo no habrá más alternativa que prohibir, incluso constitucionalmente, el recurso al crédito, salvo para atender a las necesidades estrictas de liquidez; como por otra parte hace cualquier empresa prudente y cualquier buen padre de familia.

Obviamente, estas medidas serían inoperativas si no se establece, paralelamente, un sistema de controles objetivos e independientes de los presupuestos públicos. Y aquí se topará con obstáculos constitucionales que habrá que salvar, porque dichos controles, si se pretende que sean efectivos, van a exigir dejar a un lado los principios de autonomía financiera de Comunidades Autónomas y de los Entes locales, e incluso subordinar a dichos controles los poderes soberanos de las instituciones parlamentarias. Pero será imprescindible que los proyectos de presupuestos sean objeto de informes favorables de instituciones independientes, fiables y superiores a cada Administración territorial, sin los cuales no quepa proceder a su tramitación parlamentaria o municipal. Y los mismos requisitos deberían aplicarse a las operaciones de endeudamiento que no consistan en la emisión de deuda pública; operaciones que muchas veces se conciertan

con absoluta temeridad no sólo por los entes públicos prestatarios, sino también por parte de las entidades financiadoras, y que deberían ser calificadas como nulas de pleno derecho, sin posibilidad de recuperar el capital prestado.

Todas las indicadas son, obviamente, medidas de futuro. Pero las situaciones de insolvencia técnica de diversos entes públicos están ya ahí, y carecemos de instrumento alguno para hacerles frente; lo cual es muy grave.

En plazo no muy lejano dispondremos de algún tipo de infracciones y de medidas sancionadoras, como las que prevén los artículos 25 y 27 del Proyecto de Ley de Transparencia (cuya tramitación parlamentaria está resultando sospechosamente pausada: se presentó al Congreso el 3 de agosto y ni siquiera ha terminado aún el plazo de enmiendas). Pero las sanciones que se establecen en dicho Proyecto se me antojan excesivamente suaves: determinadas conductas de indisciplina financiera deberían merecer no sólo la destitución del cargo y la inhabilitación de 5 a 10 años, sino la inhabilitación de por vida, amén de sanciones económicas, así como su extensión a los cargos electos, parlamentarios o locales que hayan avalado con su voto las conductas sancionables; y para ello es necesario prever sanciones penales, sobre las que el paralelo proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal guarda un silencio realmente vergonzoso.

Pero las medidas represivas se han revelado siempre insuficientes. Hoy tenemos a diversos entes públicos en situación técnica de concurso, que no pueden afrontar el pago de sus deudas, o que lo hacen de manera irregular y asimétrica. Y ello plantea dos retos capitales: primero, la necesidad de establecer un régimen de prelación en el pago de créditos por parte de las entidades públicas; segundo, cómo administrar a las que se encuentren en situación de crisis.

a) Sobre la primera de estas cuestiones, nuestro ordenamiento guarda un silencio inexplicable. ¿Por qué orden ha de pagarse a los acreedores, cuando los recursos son insuficientes para satisfacer a todos ellos? No se sabe, lo que conlleva, hoy por hoy, que la cuestión se resuelva en base a las puras presiones sociales: anteayer, los farmacéuticos de Cataluña salieron a la calle para denunciar que la Generalitat no les abona las cantidades que les adeuda desde hace ¡seis meses!, y que no adquirirán ni expedirán más medicamentos por falta de liquidez en cuanto agoten sus *stocks*; pocas horas después, el portavoz del gobierno catalán compareció ante los medios para informar de que se propone pagar los atrasos en cuarenta y ocho horas; pero aunque sea cierto, habría que preguntarse a costa de qué otros deudores.

No hay en nuestro derecho más previsión normativa sobre prelación de créditos que la contenida en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, según el cual "El pago de los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas gozará de prioridad absoluta frente a cualquier otro gasto". Pero esta regla, claramente, no basta (porque habla sólo de un tipo de deudas), como tampoco son útiles los artículos 1921 y siguientes del Código Civil sobre clasificación de los créditos, muy lejanos en los supuestos de hecho que definen a lo que son hoy las deudas de las Administraciones Públicas. Y sería esencial, me parece, que se estableciera un régimen de prelación riguroso, en protección de los legítimos intereses de los acreedores que no están en condiciones de salir a la calle y quemar contenedores de basura… antes de que se les ocurra la forma de hacerlo.

b) Y segunda y última cuestión, cómo administrar las entidades públicas en crisis financiera: un extremo en el que está ya todo inventado; y, por más que la posibilidad de su aplicación a las Administraciones sea, hoy por hoy, una hipótesis de ciencia ficción, es necesario ponerlo sobre la mesa. Dicho en pocas palabras, es necesario crear un sistema que una el régimen de intervención de las entidades de crédito y el de la ley concursal.

La intervención, bien que con un incierto contenido, se encuentra ya prevista en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, aunque la mención del temido artículo 155 de la Constitución quizá no sea lo más oportuno, en cuanto que politiza el conflicto; de lo que se trataría, de modo mucho más normal, es de la sustitución pura y simple de los gestores públicos ejecutivos de la comunidad autónoma o de la entidad local por gestores profesionales independientes, encargados temporalmente de restablecer la situación de normalidad financiera, pero dotados de todos los poderes necesarios para ello.

Y una de estas facultades debería consistir en someter a la entidad intervenida a un procedimiento concursal típico (no judicial, desde luego), que catalogara y reconociera los créditos existentes y negociara un convenio de quitas y aplazamientos de pago con la totalidad de los acreedores. Sin duda, esta mera idea escandalizará a muchos, pero es indispensable. El rechazo a aplicar las técnicas concursales que figura en el artículo 1 de la Ley de 2003 no sólo se apoya en el mito de solvencia sobre el que ha versado esta disertación, sino también en el carácter infamante que la declaración de concurso o quiebra tenía antaño; del que hoy carece casi por completo, una vez que han pasado por este procedimiento empresas de los más rancios grupos económicos. No hay otra forma posible de asegurar el principio básico de la *par condictio creditorum*, ni tampoco

de reducir la deuda de muchas Administraciones (porque tampoco disponemos de otra vía de reducción del importe de las deudas que la imposible negociación, uno a uno, con todos los acreedores).

Y termino. Créanme que lamento haberles aguado la mañana con la exposición de temas tan ingratos, por más que ya formen parte de nuestra vida cotidiana; pero hubiera sido deshonesto ahorrárselos. Estos son los problemas que tenemos, y sólo desde dentro de las Administraciones se podrá intentar resolverlos.

rjib 11
ESTUDIS

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ESCEPTICISMO MORAL[1]

Manuel Atienza Rodríguez
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante

I

Nuestro mundo, el mundo en el que vivimos (el único que existe), es profundamente injusto. Lo es visto desde Europa; digamos, desde un país como España: sobre todo, tras varios años de crisis –no sólo económica- que han contribuido, entre otras cosas, a que se incrementen mucho las desigualdades sociales empezando, claro está, por las desigualdades en cuanto al ingreso. Y el mundo es aún mucho más injusto contemplado desde Latinoamérica que, como muchos estudios muestran, es la región del mundo en la que existen mayores desigualdades económicas y sociales.

La anterior afirmación, "el mundo es injusto", parecerá, yo creo, obvia a muchos de los oyentes. Quizás a otros les resulte discutible porque piensen que la justicia no es algo que tenga que ver centralmente con la igualdad, o porque consideren que la igualdad debería verse de manera distinta a la sugerida por mis palabras. Y como entre el público habrá sin duda filósofos del Derecho o, en todo caso, personas con formación en teoría moral, estoy seguro de que más de uno estará pensando ya que esta manera de empezar mi conferencia, tan expeditiva, tendría, como mínimo, que

1 Conferencia pronunciada en el Primer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, celebrado en Santo Domingo (República Dominicana) los días 29 a 31 de enero de 2013.

ser precisada. Si se le diera –a esa imaginaria persona- la oportunidad de hacerlo, me pediría probablemente que aclarara qué quiero decir exactamente con las palabras "el mundo es injusto". ¿Tiene esa afirmación la pretensión de ser verdadera, o todo lo que he pretendido con ella ha sido excitar los sentimientos del auditorio en una cierta dirección? Y –proseguiría el crítico- si yo dijera que mis palabras pretenden ser verdaderas, ¿cuál es el tipo de realidad que las haría verdaderas?, ¿cuáles los "hechos morales" a los que pudiera acudirse para mostrarlo y que pudieran volver mis afirmaciones del comienzo semejantes a estas otras: "el mundo tiene hoy más de 7.000 millones de habitantes", o "la República Dominicana está situada en una isla del Caribe; la misma en la que se halla también la República de Haití"?

Bueno, a un interlocutor semejante, lo que yo le replicaría sería que mis afirmaciones, con las que empezaba la conferencia, pretendían ser (y creo que lo son) correctas. Cuando digo "correctas" no quiero decir exactamente verdaderas, pues me doy cuenta, claro, de que no tienen la misma naturaleza que las de los ejemplos que se acaban de poner o, en general, que las afirmaciones características de las ciencias, de las ciencias empíricas. No hay, en efecto, hechos morales, pero eso no quiere decir que el discurso moral no pueda pretender ser objetivo. Simplemente, la objetividad significa aquí algo distinto, aunque análogo, a lo que supone la pretensión de verdad en los enunciados descriptivos. Objetividad significa que a favor de esos enunciados pueden darse razones concluyentes; que cabe, en relación con los mismos, una argumentación racional; y que, por lo tanto, nuestros enunciados morales pueden resultar fundados o infundados (o más o menos fundados o infundados), de manera semejante, pero no idéntica, a como los enunciados científicos o, en general, los enunciados descriptivos, pueden calificarse como verdaderos o falsos (o como más o menos verdaderos o falsos).

Como seguramente ustedes saben, mi profesión es la de profesor de filosofía del Derecho (en una universidad española, la de Alicante), y eso ha hecho que en los últimos tiempos me haya embarcado con frecuencia, tanto con estudiantes como con profesores, en discusiones semejantes a la que acabo de imaginar. Y digo "discusión", porque las cosas no suelen quedarse sin más en el estadio en el que acabo –provisionalmente- de dejarlas. A lo anterior, muchos estudiantes (por no decir la mayoría) suelen objetar que, en cualquier caso, lo que quiera que se diga sobre la justicia no puede pasar de tener un significado relativo y subjetivo. Justicia sería, en definitiva, lo que cada uno entiende por tal. Es verdad –seguirían argumentando- que, por las razones que sean, se produce una amplia coincidencia en nuestras opiniones morales (al menos, entre las de quienes pertenecen a una misma cultura) pero, si no fuera así, es decir, frente al que discrepara (por ejemplo, frente a la afirmación referida a la injusticia del mundo), no cabría esgrimir

ninguna razón que este último tuviera que aceptar como tendría que hacerlo, sigamos con el ejemplo, si pusiera en duda la verdad de afirmaciones como “el mundo tiene hoy más de 7.000 millones de habitantes” o “la República Dominicana está situada en una isla en el Mar Caribe”.

Pero además, ese punto de vista (relativista o “no-cognoscitivista”: no cabe conocimiento acerca de la justicia) que, como digo, es usual encontrar entre los estudiantes, cuenta también con el respaldo de algunos de los mayores cultivadores de la filosofía del Derecho en el siglo pasado. Cuando afloran este tipo de discusiones, los filósofos del Derecho solemos referirnos a las palabras de Kelsen en su conocido libro “Qué es justicia”: la justicia –escribió allí, hacia el final del mismo; por tanto, como conclusión de todos sus análisis- es un ideal irracional. O a las palabras todavía más radicales de Alf Ross en “Sobre el Derecho y la justicia”: invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa; el que, en una discusión, apela a la justicia está abandonando el territorio de la discusión racional para adentrarse en el de las emociones irracionales.

En mi opinión, ese es uno de los errores teóricos más graves en los que ha incurrido una buena parte de los filósofos del Derecho y un error que afecta también a no pocos juristas, incluidos –me temo- jueces constitucionales: el escepticismo moral o valorativo, el considerar que no se puede construir un discurso moral con pretensiones de objetividad. Muchos juristas piensan, además, que el Derecho –y el razonamiento jurídico- debe estar rigurosamente separado de la moral, de manera que la discusión anterior no pasaría de ser, en el mejor de los casos, un ejercicio intelectual, un pasatiempo de filósofos, más o menos estimulante o divertido, pero sin ninguna consecuencia para la práctica jurídica. Pero eso, creo, hace que su error sea doble, y doblemente grave. El jurista -por ejemplo, el juez o magistrado constitucional- que piensa de esta manera no puede dar sentido a su práctica: no puede motivar en sentido estricto sus decisiones porque su argumentación presupone necesariamente premisas morales, esto es, premisas que –si es un escéptico moral- tendría que considerar injustificadas (o, si se quiere, no susceptibles de justificación).

Voy a traer a colación en seguida un par de ejemplos que me permitirán- espero- justificar mis afirmaciones, pero antes deseo aclarar cuál es el sentido del “objetivismo moral” que, como decía, constituye, en mi opinión, un requisito necesario para dar sentido al Derecho y a nuestro trabajo como juristas. La idea fundamental es que un objetivista moral no es (o no es necesariamente) un “realista” moral, o sea, no tiene por qué pensar que existen lo que Dworkin ha llamado los “morons”, o sea,

las partículas de que estaría compuesta la realidad moral, que serían equivalentes a los átomos o las moléculas en el mundo físico. Lo que sostiene el objetivista es la posibilidad de dar razones, razones objetivas, a favor de los enunciados morales que él considera fundados. Y que ser objetivista no es lo mismo que ser un "absolutista" moral. El absolutista moral (la Iglesia católica, en el mundo latino, es la institución que representa, por antonomasia, el absolutismo moral) no sólo afirma tener razón en cuanto a los juicios morales que sostiene, sino que pretende que sus razones son absolutas, que no pueden ser derrotadas por ninguna otra razón; para ello, como sabemos, lo que hace la Iglesia es convertir en dogmas los puntos de partida, las premisas de las que arranca el razonamiento que se sitúan, así, más allá de la razón, en el territorio (inexpugnable para la razón) de la fe. El objetivista moral, por el contrario, está abierto a los argumentos, a la discusión racional: pretende que lo que sostiene (sus juicios morales reflexivos) es (o son) correcto(s), pero está dispuesto a dejarse convencer –a modificar su juicio- por la fuerza del mejor argumento. Absolutismo y objetivismo moral son pues, en este sentido, posturas antitéticas.

Antes he dicho que me he visto muchas veces envuelto en discusiones de este tipo. Hace algunos años escribí un pequeño texto que era en cierto modo una contestación al de mi colega y amigo Riccardo Guastini y que, si me lo permiten, voy a leer para ilustrar lo anterior. Lo titulé "Cuento de Navidad" y se lo dediqué (en la navidad de 2007) a Riccardo Guastini "con afecto y admiración":

Pequeño diálogo (casi un monólogo, en realidad) entre un objetivista (O) y un no-cognoscitivista (NC):

NC: A tu juicio, los principios y/o los juicios morales tienen valor de verdad: ¿ no es cierto?

O: No exactamente. No creo que tengan el mismo valor de verdad que los principios o los juicios científicos o que las afirmaciones del tipo de "en Alicante tenemos ahora –el 19 de diciembre de 2007 a las 15:10- 14.5 grados de temperatura". Pero lo que sí que creo es que son principios y juicios fundamentables objetivamente. O, mejor dicho, que unos están objetivamente fundamentados y otros no. Que existen criterios, criterios racionales, para considerar a unos como correctos y a otros como incorrectos.

NC: ¿Eres favorable a la tortura?

O: ¡Naturalmente que no!

NC: Yo sí. Por lo tanto, tú y yo tenemos principios morales (al menos en parte) distintos, de los que se siguen juicios morales también distintos.

O: Si eso es lo que piensas sobre la tortura, entonces, así es.

NC: Sin embargo, tú sostienes que los principios y los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos.

O: Como ya te he dicho, no pienso exactamente eso, sino que los principios y los juicios morales pueden o no estar objetivamente fundamentados; pueden ser correctos o incorrectos; digamos, correcto e incorrecto sería el equivalente en el terreno moral (entendida la expresión en sentido amplio) a verdadero y falso en el campo de la ciencia (entendido este último término también en un sentido amplio)

NC: Bueno pero, en todo caso, ¿consideras posible que tus principios puedan ser falsos o incorrectos?

O: No. O, dicho con más precisión: Si pensara que son falsos, no serían mis principios. Aunque, naturalmente (y al igual que ocurre en la ciencia), aunque piense que son correctos, estoy abierto a cualquier argumento, esto es, estoy dispuesto a discutir sobre ellos (por ejemplo contigo) y a cambiar de opinión si me dieras argumentos sólidos para ello. Aunque, para ser sincero, no me parece que esto pudiera ocurrir en relación con la tortura.

NC: La verdad es una. Por lo tanto, si tus principios son verdaderos o correctos, entonces los míos son falsos o incorrectos.

O: En efecto, así es.

NC: Por lo tanto, tú deseas imponerme también a mí tus principios en cuanto verdaderos o correctos: con la persuasión y también con la fuerza si es necesario.

O: Bueno. Tenemos que precisar lo que debe entenderse por "imponer". Dado que la tolerancia es uno de los principios morales que yo considero objetivamente fundados, no estaría siempre justificado imponer a alguien la obligación de hacer o dejar de hacer algo, simplemente por razones morales. Pero la tolerancia bien entendida no significa, naturalmente, que nunca se pueda imponer algo a alguien. En relación con el ejemplo que has puesto, yo creo que no estaría justificado prohibir, por ejemplo, la difusión de un artículo de opinión favorable a la tortura (aunque en algún caso extremo pudiera estarlo). Pero está perfectamente justificado que la tortura (la acción de torturar a otro) esté tipificada en nuestros códigos como delito. Y si alguien pensara otra cosa, esto es,

que la tortura está bien, que no hay por qué prohibirla o castigarla, entonces, efectivamente, estaría justificado (moralmente justificado) "imponérsela": también para él es un delito y, en consecuencia, debe ser castigado si realizara actos de ese tipo.

NC: En realidad, como habrás imaginado, yo no soy partidario de la tortura. Había puesto el ejemplo a efectos dialécticos. Naturalmente, mi punto de vista sobre la tortura es enteramente similar al tuyo. Pero lo que no acabo de ver es por qué hablar de principios verdaderos y falsos (o correctos e incorrectos) y no, simplemente, de principios mejores o peores.

O: Verás. Es posible que en las discusiones acerca del objetivismo moral haya ciertos desacuerdos que son, más que otra cosa, de palabras. Yo te diría que, en algún sentido de esas expresiones, "mejor" y "peor" puede traducir más o menos lo que yo entiendo por "correcto" e "incorrecto". Lo esencial, en mi opinión, es aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos y que, por ejemplo, cuando tú dices que la tortura es peor que el comportamiento que consiste en no torturar o que cuando yo afirmo que la tortura es moralmente mala y que no puede justificarse una norma que permita la tortura, nuestros juicios no son meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones.

NC: Lo que dices me da que pensar. No estoy convencido, pero probablemente sea más difícil de lo que yo pensaba refutar el objetivismo ético. Voy a aprovechar estas vacaciones de navidad para seguir pensando sobre el asunto.

O. Yo haré lo mismo. Hay algo raro en todo esto. Yo diría que los objetivistas en materia de moral cometen (o cometemos) algún error (algún error retórico), pues no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial.

II

Bueno, han pasado más de cinco años y, como era previsible, Riccardo Guastini no se ha convertido al objetivismo ético, sino que sigue siendo un no-cognoscitivista (un escéptico) en materia moral, como también lo es, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, y muchos otros colegas iusfilósofos como, sin ir más lejos (puesto que está aquí, en este mismo salón), Juan Antonio García Amado. Sin embargo, yo no estoy tampoco solo en la defensa de estas posiciones: Carlos Nino, el más importante iusfilósofo de Latinoamérica en toda su historia - como alguien ha dicho con razón-, también sostuvo ese tipo de concepción de la moral, al igual que Dworkin y, en general, lo que podría llamarse el constitucionalismo postpositivista. En efecto, en los últimos tiempos, el

debate entre el objetivismo y el escepticismo moral forma parte de la discusión en torno al constitucionalismo, a las diversas maneras de entender el constitucionalismo. Para decirlo de una manera sumaria: los positivistas (sean o no partidarios del paradigma constitucionalista) son, por lo general, escépticos morales, lo que les lleva a ver también con mucha prevención el rol de los principios en el razonamiento jurídico y a ser críticos de la ponderación; mientras que los no positivistas (o postpositivistas: defensores del constitucionalismo en cuanto concepción que se sitúa en el nivel de la teoría general del Derecho, no en el marco estricto del Derecho constitucional) somos, por lo general, objetivistas éticos; conscientes de los riesgos que supone la utilización de los principios en el razonamiento jurídico (judicial), pero también de que los principios juegan un papel prominente (y necesario) en la justificación judicial (sobre todo en las cortes constitucionales); y defensores de la idea de que la ponderación es un método que puede usarse conforme a parámetros de racionalidad, de racionalidad práctica, aunque, naturalmente, eso no quiere decir que siempre se haga así.

Y voy ya a los ejemplos de argumentación constitucional (de argumentación efectuada por tribunales constitucionales) que me permitirán ilustrar la tesis de que el razonamiento justificativo judicial (no sólo el de los tribunales constitucionales) tiene necesariamente un componente moral, lo que no impide que pueda ser analizado y evaluado con criterios de racionalidad.

El primero es un caso reciente del Tribunal Constitucional español que dio lugar a una sentencia (198/2012 de 6 de noviembre) en la que la mayoría (hubo tres votos disidentes y uno concurrente) declaró la constitucionalidad de una reforma del Código civil, de 2005, que abría el matrimonio a las personas del mismo sexo: lo que se ha llamado el matrimonio homosexual. La narración del caso y la motivación de la sentencia pueden sintetizarse como sigue.

La reforma del código civil había consistido esencialmente en añadir en el art. 44 el siguiente texto: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Aunque quienes plantearon el recurso de inconstitucionalidad –una serie de diputados del Partido Popular- esgrimieron muchas causas de inconstitucionalidad, el tribunal (yo creo que con toda razón) entendió que el motivo principal (y en el que de alguna manera se subsumían todos los otros) era que la reforma del código civil entraba en contradicción con lo que establece el art. 32. 1 de la Constitución española: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. En una motivación (como suele suceder siempre en el caso de nuestros tribunales) excesivamente amplia (la sentencia ocupa 60 páginas y los votos disidentes y concurrente otras 30) y un poco farragosa, el Tribunal argumentó así. El que

la nueva ley vulnere o no ese artículo constitucional depende de si el mismo contradice la "garantía institucional" del matrimonio, o bien el "derecho" a contraer matrimonio; se arranca, pues, con una distinción entre dos aspectos o dimensiones que pueden encontrarse en el matrimonio: en cuanto institución y en cuanto derecho. Ahora bien, la nueva regulación no desfigura la institución matrimonial, por estas dos razones: 1) la esencia de la institución radica en el afecto mutuo entre los contrayentes, junto con las notas de libertad e igualdad, y no en la característica -tradicional, pero no esencial- de que los contrayentes sean personas de distinto sexo; y 2) el artículo 32.1 debe interpretarse según un canon de "interpretación evolutiva" que tenga en cuenta lo que la sentencia llama la "cultura jurídica"; y esa cultura jurídica mostraría una tendencia en diversos países de nuestro entorno a admitir esa modalidad de matrimonio, al tiempo que, en el caso español, diversas encuestas de opinión ponen de manifiesto la existencia de una mayoría de la población que aprueba la nueva modalidad de matrimonio, mayoría que es todavía más amplia si lo que se considera es el segmento de población más joven. Y el cambio no afecta tampoco al "contenido esencial" del derecho a contraer matrimonio. No afecta a ese derecho cuando se considera en su dimensión objetiva, por las mismas razones por las que el cambio no dañaba al matrimonio en cuanto institución. Y tampoco en la dimensión subjetiva puesto que, como parece obvio, la nueva regulación no supone para las personas heterosexuales ninguna limitación en cuanto a su derecho a contraer matrimonio.

El otro caso al que me refería es una sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia (815/99) relativa a la fijación del salario mínimo. El problema era el siguiente.

Una ley de 1996 estableció una Comisión tripartita formada por representantes del Gobierno, de los empleadores y de los trabajadores para fijar cada año, de manera consensuada, el salario mínimo. Sin embargo, si no se alcanzaba ese consenso en cierta fecha, un artículo señalaba que «el Gobierno lo determinará [el salario mínimo] teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC)». Unos años después, una ciudadana interpone una demanda de inconstitucionalidad por considerar que la aplicación de ese artículo, al permitir que el aumento del salario mínimo fuese en un porcentaje inferior a la inflación del año anterior, llevaba a una pérdida de poder adquisitivo del salario mínimo legal lo que, en su opinión, iba en contra de diversos artículos de la Constitución. El Tribunal, por amplísima mayoría, resolvió que la norma era constitucional, pero que la

misma debía interpretarse en el sentido de que el salario fijado nunca podría ser inferior al porcentaje del IPC del año que expiraba. Se basó para ello en diversos artículos de la Constitución colombiana que consagran la protección constitucional del trabajo (art. 25), la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53), la función social de la empresa (art. 333) y el objetivo constitucional de «asegurar que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos» (art. 334).

La argumentación de la sentencia es algo dispersa, pero el núcleo de la misma parece contenerse en los siguientes fragmentos:

"Ahora bien, no goza el Gobierno en esta hipótesis de una facultad discrecional y menos todavía arbitraria. Está sujeto a unos límites que la misma norma legal introduce y que esta Corte juzga exequibles [constitucionales], siempre que se los tenga en cuenta a todos y de manera armónica y razonable, agregando a ellos y dando preferencia a los postulados que inspiran el Ordenamiento Constitucional. En otros términos, la constitucionalidad del precepto surge de la confluencia de esos criterios legales, ninguno de los cuales puede prevalecer sobre los otros ni ser aplicado de manera excluyente respecto de los demás, con los criterios constitucionales propios del Estado Social de Derecho, la especial protección al trabajo y la remuneración mínima vital y móvil a la que tienen derecho los trabajadores; todo lo cual significa que la motivación del decreto que el Gobierno expida los deberá contemplar en su totalidad y considerando la prevalencia que tienen los criterios constitucionalmente enunciados. Además, el Ejecutivo, al dictar la pertinente normatividad debe tener en cuenta que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones (art. 333 CP) y que la dirección general de la economía, a cargo del Estado, y la intervención estatal en la misma, por mandato de la ley, buscan, entre otros objetivos, el de racionalizarla para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y, de manera especial, el de asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Ahora bien, la demanda que ha dado lugar al presente proceso recae específicamente sobre uno de tales criterios, el de la meta de inflación del siguiente año, o inflación esperada, fijada por el Banco de la República. La Corte halla que los argumentos de la accionante son razonables y ceñidos a la Constitución, y muy particularmente al concepto mismo del Estado Social de Derecho (Preámbulo y art. 1) y a la protección especial que, en la Carta, merece el trabajo (arts. 1, 25 y 53), pero no

deduce de ellos la inconstitucionalidad de los vocablos impugnados sino la necesidad de su interpretación conforme a la Carta Política. En efecto, la Corte considera que, si el indicado parámetro de la meta de inflación proyectada para el año siguiente fuese el único que ha de considerar el Gobierno para motivar su decisión supletoria sobre salario mínimo, la norma sería inconstitucional, como lo sostiene la actora, ya que implicaría una orden legal impartida al Gobierno para disminuir periódicamente, en términos reales, el salario de los trabajadores colombianos. Es un hecho notorio el de que, en nuestro medio, los anuales reajustes salariales son rápidamente desbordados por el real y efectivo aumento del costo de vida, lo que ocasiona que cada vez sea menor la capacidad de compra de los bienes y servicios básicos, indispensables para el sostenimiento de los trabajadores y de sus familias. El artículo 25 de la Constitución expresa que el trabajo es un derecho y una obligación social y que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. [...]

Así las cosas, vulneraría la Constitución una disposición legal que obligara al Gobierno a plasmar los aumentos periódicos del salario mínimo sobre la única base de la inflación calculada, prevista o programada para el siguiente año, con olvido de la inflación real que ha tenido lugar en el año precedente y que efectivamente ha afectado los ingresos de los trabajadores.

Más aún, la Corte coincide con lo expuesto por el Procurador General de la Nación en el sentido de que el Gobierno, en la hipótesis de la norma, debe ponderar los factores contenidos en ella, pero que, en todo caso el reajuste salarial ello por cuanto, como el Ministerio Público lo dice, el Gobierno está obligado a velar por que el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen. De lo contrario, vulnera el artículo 53 de la Constitución."

III

Ambas sentencias son de alguna manera polémicas y alguien podría decir que lo son por razones estrictamente jurídicas. La del Tribunal constitucional español, porque el Tribunal habría utilizado mal los cánones de interpretación establecidos. O sea, el criterio de la "evolución histórica" no podría usarse para ir en contra de lo que el criterio literal, sistemático o histórico (en el sentido de lo que quiso decir el constituyente cuando estableció esa norma: el art. 32.1) parecen avalar. Pero, claro, para solucionar lo que en realidad es un problema de contradicción entre los criterios de interpretación (y que se plantea cada vez que hay una dificultad interpretativa) necesitamos recurrir a un metacriterio y esto, a su vez, sólo puede proporcionárnoslo una teoría de la interpretación

(de la interpretación constitucional) que no puede existir sin una filosofía moral y política que permita dar cuenta de la Constitución (y del resto del ordenamiento). Recordemos, por ejemplo, la contraposición que efectuó Dworkin entre teorías intencionalistas y constructivistas de la interpretación y su posición (en mi opinión, plenamente convincente) a favor de esta segunda manera de entender la interpretación jurídica. Expuesto de una manera un poco libre: interpretar consiste en adscribir a un enunciado (dentro de los límites fijados por los materiales jurídicos: interpretar no es inventar) el significado que maximice el valor de la práctica (el Derecho es una práctica cuyo sentido es la realización de ciertos valores) en la que ese enunciado se inserta. O, dicho de otra forma, la mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras constituciones (o de cada una de ellas).

El Tribunal Constitucional español no hace en su (larga) argumentación ninguna referencia a consideraciones morales. O, mejor dicho, hay una simple (y no del todo clara: pues no se sabe con precisión cuál es el peso que otorga a ese argumento) apelación a la moral social, a la aceptación del "matrimonio homosexual" por parte de la opinión pública. Pero eso, obviamente, no puede ser una razón decisiva: las razones de moral social no serían válidas si contradijeran las provenientes de una moral justificada. Y esa timidez del Tribunal para entrar en consideraciones morales (algo característico del tribunal español –de los tribunales españoles- que, sin embargo, contrasta con lo que puede encontrarse en muchas sentencias de cortes constitucionales latinoamericanas, por ejemplo, la colombiana) puede tener que ver, por cierto, con un importante aspecto de la fundamentación de la sentencia, en relación con el cual el Partido Popular español (ya se ha dicho que esa fue la instancia que planteó el recurso) ha preferido hacerse el sordo. Pues en la sentencia se dice varias veces que la nueva regulación del matrimonio es constitucional, como lo era también la anterior; es decir, impedir el matrimonio a personas del mismo sexo no afectaría tampoco al contenido esencial de ningún derecho fundamental, de manera que no se entiende por qué el Partido Popular, puesto que tiene poder para ello, no ha decidido cambiar de nuevo la ley y volver a la exclusividad del matrimonio heterosexual. Por otro lado, lo sostenido por el Tribunal Constitucional español lleva de manera natural a preguntarse (a preguntar al Tribunal), en primer lugar, por qué esto es así (por qué resulta constitucionalmente posible tanto una como otra regulación), y, en segundo lugar, a retarle a que nos diga cómo es posible justificar esa tesis (o pretender hacerlo) sin embarcarse en un razonamiento de tipo moral. Resumiendo: La pretensión del Tribunal Constitucional español (o de cualquier otro) de

motivar sus decisiones al margen de la moral es un intento vano y contraproducente; no prescinde en realidad de la moral sino que, simplemente, enmascara las premisas morales que, de esta forma, usa sin tener que justificarlas.

Por lo que se refiere a la sentencia de la Corte Colombiana sobre el salario mínimo, es posible que muchos piensen también que las críticas que pueden dirigirse a la misma tienen un carácter simplemente jurídico: la Corte habría incurrido en activismo judicial al invadir competencias que no le competen a ella, sino al poder ejecutivo. Pero aquí nos encontramos con una situación enteramente análoga a la anterior. ¿Qué criterios son los que se utilizan para definir lo que significa "activismo"? ¿Podría hacerse al margen de una teoría del Derecho y prescindiendo de cualquier consideración moral y política? Quienes defienden, por ejemplo, posiciones muy críticas con el activismo judicial (pienso en trabajos recientes de Francisco Laporta o en la obra completa de Luigi Ferrajoli), ¿ acaso no lo hacen esgrimiendo valores morales y políticos? En su libro sobre el imperio de la ley, Laporta ha puesto de manifiesto con singular viveza que el valor de la seguridad jurídica que se vincula con el formalismo (o con cierta forma de entender el formalismo) y que le lleva a defender la necesidad de utilizar argumentos literalistas en el Derecho se basa, en último término, en el valor de la autonomía personal: los individuos no podrían trazarse planes de vida si no pudieran prever con cierta facilidad de qué manera los jueces van a interpretar las normas jurídicas. O sea, la discusión sobre cuáles son los límites entre el formalismo y el activismo, entre el Scila y el Caribdis por el que tiene que transcurrir la interpretación judicial, es una discusión que necesariamente apela a valores morales y políticos. Para decirlo parafraseando a Dworkin, el juez es también un filósofo del Derecho, y un tipo de iusfilósofo cuya tarea no es sólo descriptiva y conceptual, sino también normativa. ¿Puede entenderse una decisión como la de la Corte Constitucional colombiana a propósito del salario mínimo al margen de una teoría de la justicia?

IV

Confío en que se haya entendido bien lo que he estado diciendo hasta ahora. Creo que no es una impertinencia por mi parte hacer esta advertencia, teniendo en cuenta la profusión de malentendidos que tesis como las anteriores generan. Puedo decir que hablo con conocimiento de causa pero, desde luego, no pretendo incluirme en el grupo de los que entienden siempre bien lo que los otros han dicho o escrito. Quienes amamos las discusiones, y proclamamos el valor del diálogo racional, sabemos muy bien que una buena parte de cualquier discusión se va en tratar de aclarar malentendidos. Quiero por ello insistir aquí en que lo que he pretendido afirmar no es que el razonamiento judicial –el de un magistrado de un tribunal constitucional- sea simplemente un tipo de

razonamiento moral, o que el juez pueda alegremente prescindir del tenor de las normas (de las contenidas en la constitución y en el resto del ordenamiento) y sustituirlas por principios morales de su propia cosecha.

El Derecho, como es obvio, es una práctica autoritativa (aunque no sea sólo eso), lo cual plantea unos límites de los que no se puede salir sin abandonar el Derecho, esto es, sin pasar a jugar otro juego. El problema interpretativo del Tribunal Constitucional español al que se ha hecho referencia tiene –podría decirse- la siguiente estructura lógica. Cuando la Constitución, en el art. 32.1, habla de "el hombre y la mujer", ¿se puede -o se debe- entender que está implícita la expresión "entre sí"? A mí me parece indudable que si en la Constitución estuviera escrito ese "entre sí", la argumentación para llegar a la conclusión a la que el Tribunal llegó tendría que haber sido muy distinta de la que fue, sin descartar tampoco la posibilidad de que esas dos palabras pudieran hacer imposible llegar a esa conclusión. Es cierto que se han sugerido argumentaciones alternativas a la del tribunal y que hubiesen obviado ese problema, pero son argumentaciones que no dejan de plantear problemas serios. Estoy pensando en un trabajo de Víctor Ferreres, publicado poco antes de que se diera a conocer la sentencia, y en el que, desarrollando algunas ideas que él cree encontrar en la obra de Francisco Tomás y Valiente (como seguramente saben, un prestigioso jurista español que fue presidente del Tribunal Constitucional y murió asesinado por ETA en su despacho en la Universidad), viene a sostener lo siguiente. A Ferreres le parece incontestable que el art. 32.1 debe leerse como conteniendo esa cláusula de "entre sí", pero piensa que puede llegarse a la constitucionalidad del matrimonio homosexual estableciendo una especie de "jerarquía axiológica" entre las normas constitucionales, que permitiría resolver contradicciones internas como la que aquí surge: entre el artículo que permite casarse exclusivamente a personas de distinto sexo, por un lado, y, por otro lado, los artículos –de jerarquía superior al anterior- que prohíben discriminar por razón de sexo y que garantizan el libre desarrollo de la personalidad. Esa manera de argumentar tendría –cabe decir- la ventaja de que la apertura del matrimonio a los homosexuales (a las personas del mismo sexo) no sólo sería posible, sino constitucionalmente necesaria. Pero queda abierta la cuestión de si eso no supone incurrir en activismo, desconocer el carácter autoritativo del Derecho del que antes hablaba.

Ahora bien, si pensáramos en una discusión de carácter simplemente moral a propósito del matrimonio homosexual, parece claro que las consideraciones anteriores (los problemas interpretativos que caracterizan la discusión en sede de justicia constitucional) no jugarían ningún papel, simplemente porque la moral

(la moral justificada) a diferencia del Derecho no es una práctica autoritativa. El que el matrimonio homosexual sea o no una institución conforme con la moral no depende para nada de lo que diga o deje de decir un artículo de una constitución o de una ley, sino de los principios morales justificados que sean de aplicación a ese caso. El Derecho puede ser injusto –yo diría que lo es con cierta frecuencia, incluidos los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales- y las constituciones, en particular, pueden incluir normas carentes de justificación moral, o sea, normas injustas.

Y ahora, el oyente que me haya seguido hasta aquí podría sentirse, con cierta razón, perplejo. ¿Es compatible –podría preguntarse- sostener, por un lado, que el razonamiento judicial es un razonamiento abierto hacia la moral –hacia la moral justificada, no exclusivamente hacia la moral social- y, por otro lado, que el Derecho (el Derecho interpretado conforme a esa argumentación que tiene en cuenta la moral) puede ser sin embargo, al menos en algunos casos, injusto? Pues bien, la respuesta es que sí, que el juez puede encontrarse, al menos de vez en cuando, ante situaciones trágicas, en las que es imposible hacer justicia y seguir el Derecho al mismo tiempo. Yo diría que no tiene además nada de extraño: lo extraño sería que el Derecho, que no es otra cosa que un subsistema de todo el sistema social (o –con las palabras de Savigny- la entera vida social contemplada desde un lado especial) pueda ser un reducto de justicia en un medio caracterizado por la injusticia extrema. Claro que alguien podría decir que en la tesitura de tener que seguir al Derecho o a la justicia, a la moral, lo que tendría que hacer el juez es tomar este último camino, rompiendo así el dilema en el que parecería encontrarse. Sin embargo, no es tampoco nada obvio que deba proceder así o, al menos, no lo es sin muchas matizaciones. Digamos que es más bien una falsa salida del dilema, simplemente porque seguir el Derecho (quizás salvo en casos extremos, los que está considerando la famosa cláusula de Radbruch que, de todas formas, resuelve el dilema a base de negar uno de sus cuernos: "el Derecho extremadamente injusto –nos dice Radbruch- no es Derecho") es también (o lo es muchas veces) un requerimiento de la justicia: la justicia no se mide sólo a corto plazo y caso por caso, sino que contiene siempre una dimensión holista y de duración en el tiempo.

De todas formas, la experiencia o el sentimiento de lo trágico, que seguramente tendría que formar parte de una personalidad jurídica bien formado, no ha de ser excusa para que los jueces constitucionales dejen de cumplir su función esencial de defensa y promoción de los derechos fundamentales. Al contrario, ese sentimiento (que es un sentimiento de pesar ante la constatación de una injusticia a la que el

juez no puede poner remedio) es en realidad una consecuencia de que el juez se esfuerza por hacer justicia, se toma en serio su trabajo evitando tanto el formalismo (quedarse en la letra de la ley sin ir hasta las razones subyacentes a las normas; por tanto, hasta los principios y valores del ordenamiento) como el activismo (tomar decisiones que no caben en el Derecho, ni siquiera ampliamente entendido). Y su presupuesto no puede ser otro que el objetivismo moral, la idea de que la justicia no es –como Kelsen pensaba- un ideal irracional.

Y vuelvo con ello al punto con el que había comenzado esta conferencia. ¿Está justificada –es objetiva- la afirmación de que la desigualdad extrema es injusta, que a la gente no puede discriminársela por su orientación sexual, que todo el mundo tiene derecho a un mínimo vital o a que el salario mínimo, dadas determinadas condiciones sociales, no se reduzca por debajo del índice de precios al consumo? O sea, ¿poseen una justificación racional nuestras libertades y nuestros derechos sociales y no son, por lo tanto, simplemente, meras convenciones sociales o preferencias que los individuos manifiestan tener? Mi respuesta es que sí y que esas afirmaciones serían fácilmente justificables a partir de una filosofía moral como la de Habermas o la de Rawls. ¿Alguien podría poner en duda que a esas conclusiones es a las que llegarían necesariamente quienes discutieran siguiendo las reglas del discurso práctico racional? ¿Y no concordarían también con ello los seres de la posición originaria en el esquema de Rawls. ¿O acaso hay alguien que, en condiciones de imparcialidad (sin saber a qué país iba a pertenecer, en qué tipo de familia nacería, cuáles iban a ser sus dotes naturales…), estuviera dispuesto a acordar con los demás un tipo de organización social en la que, para poner un ejemplo del economista Paul Krugman, las dos o tres docenas de altos ejecutivos de Wall Street, ganaran más dinero que los aproximadamente 80.000 maestros que existen en Nueva York?

Lo anterior no quita, naturalmente, para que uno pueda entender que haya personas (por ejemplo, jueces constitucionales) que no estén para nada convencidos de la justificación del matrimonio entre personas del mismo sexo o de la decisión tomada por la Corte Constitucional colombiana al poner un límite al Gobierno en la fijación del salario mínimo. Al fin y al cabo, no dejan de ser casos difíciles. Pero lo que sí me parece incontestable es que la mayoría de los casos que llegan a las cortes constitucionales tienen una respuesta justa y acomodable al Derecho, y que el juez puede encontrarla y justificarla –motivarla- adecuadamente si posee la actitud ética y la aptitud técnica exigibles para desempeñar su función. De manera que no me parece exagerado decir que los jueces constitucionales son privilegiados morales, personas que tienen, en el contexto de un mundo signado por la injusticia, la enorme fortuna moral de poder

contribuir (casi diría que en mayor medida que ningún otro órgano o individuo) a la lucha contra la injusticia. Debemos envidiarles por ello, pero también espolearles para que no dejen de reparar una injusticia cuando les sea posible hacerlo. Supongo que es lo que podría llamarse una "sana envidia", que es precisamente lo que yo –como simple profesor de Derecho- suelo sentir por los jueces constitucionales.

rjib 11
ESTUDIS

LA NULIDAD, POR ABUSIVA, DE UNA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

(Comentario a la sentencia del Tribunal de Unión Europea de 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito)

Francisco Javier Pereda Gámez
Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

I. Introducción

La Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (TJUE) ha venido produciendo desde hace años una extensa doctrina en interpretación del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Desde la primera sentencia, de 27 de junio de 2000, caso Océano Éxito, promovida por un juez español, se han sucedido los pronunciamientos que, con cada vez mayor alcance, reconocen la competencia de los jueces nacionales para apreciar la ineficacia de las cláusulas abusivas, de oficio, *ex propia autoritate*, sin sometimiento a las reglas, ni a los principios clásicos del Derecho procesal, como el principio de rogación o el de preclusión procesal.

El interés de la sentencia que comentamos radica en que la cláusula supuestamente abusiva era una cláusula de intereses moratorios y en que el Tribunal considera que el sistema procesal español de proceso monitorio no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva dispensa.

Por otra parte, la actuación de oficio del Tribunal comporta, conforme a la doctrina sentada por el TJUE, no sólo la facultad de considerar la cláusula ineficaz de oficio, sino también la imposibilidad de integrar la cláusula conforme a las reglas de Derecho interno. En este sentido, se considera contrario al Derecho de la Unión el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, en cuanto indica al juez que debe integrar el contrato, porque los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, de declararse la nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en interés de dichos profesionales.

La sentencia ha abierto expectativas sobre diversos frentes. En primer lugar, en relación a si procede o no una reforma del proceso monitorio y del Real Decreto Legislativo 1/2007. En segundo lugar, sobre qué criterios pueden manejarse para considerar si una cláusula de intereses moratorios es abusiva o no. En tercer lugar se plantea si esta doctrina es o no aplicable a otros procesos (ejecución de título no jurisdiccional, ejecución hipotecaria) y si el juez puede apreciar "en cualquier fase del procedimiento" la nulidad de la cláusula o sólo en algún determinado momento. Por último, se duda sobre los efectos supletorios de la mora y, por tanto, si cabrá el devengo de los intereses legales.

II. La sentencia del Tribunal y sus efectos

Conviene hacer un resumen de los antecedentes del caso, del informe de la Abogada General, de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo y de la resolución final de la Audiencia de Barcelona.

1. Los antecedentes del caso

Ante un Juzgado de Sabadell, el Banco actor presentó, en enero de 2009, una demanda de proceso monitorio, en reclamación del saldo de una póliza de préstamo y de los intereses moratorios pactados. La póliza se suscribió en 2007, antes de la crisis, con vencimiento a siete años y con un interés retributivo del 7,950%, TAE del 8,890% e interés de demora del 29%. El contrato se suscribía a favor de un consumidor y, según rezaba el contrato, para atender las necesidades de la comunidad económica de una pareja. Relataba el actor en su demanda que había dado por vencida anticipadamente la póliza, ante el impago de siete cuotas, y acompañaba liquidación intervenida por notario, que da fe de que, a su juicio, la liquidación se ha practicado conforme a lo pactado por las partes.

En un primer momento, el Juzgado inadmitió la demanda por entender que el título facultaba para pedir la ejecución de título no judicial y no para instar el proceso monitorio, pero la Audiencia de Barcelona revocó la resolución. Ya en nuevo trance de admisión, el juez declara nula la cláusula contractual que fija el interés moratorio y lo establece en el 19% y requiere a la instante para que aporte nuevo cálculo de intereses para el mismo periodo liquidado. Fundamenta la resolución en la Directiva 93/13/CEE, la Ley General de Defensa de Consumidores de 1984, la Ley de Condiciones Generales de Contratación y el Real Decreto Legislativo 1/2007. Hace referencia al concepto de consumidor y al deber de información pre-contractual. Invoca extensamente jurisprudencia del TJUE y declara la nulidad de la cláusula de intereses moratorios (aunque opta por la integración del contrato a un interés de demora del 19%).

La resolución maneja con soltura las consideraciones del TJUE sobre la situación de inferioridad del consumidor en la capacidad de información y negociación y sobre el desequilibrio que debe ser compensado con la intervención judicial. Recuerda que según el Tribunal de Luxemburgo cabe el examen de oficio y destaca su efecto disuasorio y que las cláusulas abusivas no tienen efecto vinculante. Refiere el interés público y la doctrina sobre la protección efectiva del consumidor ante el riesgo de que éste ignore sus derechos, encuentre dificultades para ejercitarlos o los gastos que acarrea su defensa le disuadan de defenderlos.

El actor apela la resolución argumentando que se infringe la libertad contractual y que no es posible declarar de oficio la nulidad, ni integrar el contrato y que ha de ser en su caso el demandado quien se oponga. Invoca la tutela judicial efectiva, la libertad contractual (el principio de autonomía de la voluntad) y las normas sobre interpretación de los contratos.

La Audiencia Provincial plantea la cuestión prejudicial y pregunta, en esencia, si es contrario al Derecho comunitario no pronunciarse de oficio y *ab limine litis* y en cualquier fase del procedimiento sobre la nulidad de la cláusula y si se puede diferir el posible análisis a la iniciativa del consumidor, mediante la oposición. Pide cómo se puede interpretar conforme a la Directiva el art. 83 del RDL 1/2007, que prevé la integración del contrato, cuando la Directiva establece que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”. También pregunta si se puede excluir el control judicial si el actor especifica con todo detalle la forma de liquidar los intereses, las penalizaciones contractuales y las costas, o si remite a intereses del Banco Central. Presenta también otras preguntas, en relación con la Directiva 2008/48 /CE, que el Tribunal rechazó por razones temporales, por hipotéticas o por hacer referencia a acciones colectivas y que no afectan al núcleo de la cuestión que analizamos.

2. El informe de la Abogada General

En sus conclusiones, la Abogada General destaca, en primer lugar, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula presupone por lo general un examen amplio de los derechos y deberes contractuales por parte del juez nacional y, por ello, sugiere que si el TJUE afirmase que tal obligación existe conforme al Derecho de la Unión, tendría como consecuencia que el legislador nacional se vería obligado a adaptar en gran medida su Derecho procesal civil sin que el proceso mermara su eficiencia. Apunta también su opinión de que no es posible acordar de oficio diligencias de prueba, interpretando la sentencia Pénzügyi en el sentido de que ello solo sería posible en un proceso declarativo y cuando no es preciso tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto (opinión que el Tribunal no compartirá en la sentencia). La Abogada General destaca la diferente naturaleza de la cláusula contractual de intereses de demora, obligación que califica de contractual material (no formal), compleja, que requiere un cuidadoso análisis que va mucho más allá de un mero control de verosimilitud. La distingue de cláusulas analizadas en otras sentencias, como las referidas a competencia territorial o arbitraje, que son de naturaleza formal o procesal.

La Abogada admite que puedan quedar afectados por la legislación nacional española los principios de equivalencia y de efectividad y que, de ser así, sería necesaria una reforma del proceso monitorio nacional para dotar de efectividad a la protección del consumidor, aunque después rechazará esta opción.

Por último, recuerda que una intervención positiva del juez nacional para corregir el desequilibrio no se puede hacer depender de la voluntad del consumidor, pero informa de que el juez no tiene el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula (sentencia Pannon GSM). Sostiene, por ello, que el juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales en los que el interés público exige su intervención y concluye que el órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto también debería tener en cuenta, en determinadas circunstancias, la voluntad del consumidor de que no se anule el contrato controvertido (sentencia Martín Martín). Recuerda que en otra ocasión el Tribunal ha valorado que la consumidora permaneció absolutamente pasiva durante los diversos procedimientos referentes al litigio entre ella y el profesional y que no ejercitó ninguna acción dirigida a la nulidad del laudo arbitral (sentencia Asturcom Telecomunicaciones) y que ha defendido el principio de soberanía de las partes.

3. La Resolución del Tribunal

La Sala Primera del Tribunal dictó sentencia el 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10, Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino), en la que concluye que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición. Añade que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

El *iter* argumental parte de la conocida idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional (en capacidad de negociación y a nivel de información), situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido. El Tribunal reitera que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva es imperativo y pretende reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real, de forma que el desequilibrio sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes.

Recuerda su propia doctrina sobre el deber del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y de subsanar el desequilibrio y reitera que el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

El Tribunal juzga que el proceso monitorio español no resulta conforme con el principio de efectividad en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores, porque no permite al juez examinar de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de la cláusula cuando el consumidor no haya formulado oposición

y tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público.

Añade que el artículo 812 LEC se limita a exigir a los profesionales que adjunten a la demanda los documentos que acrediten la existencia de la deuda, sin obligarles a indicar con claridad el tipo de interés de demora, el período preciso de exigibilidad y el punto de referencia de ese mismo tipo en relación con el interés legal de Derecho interno o con el tipo del Banco Central Europeo, de forma que, al circunscribir la competencia del juez nacional a comprobar los requisitos formales para iniciar el procedimiento, no le permite, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios, que examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de las cláusulas, antes de la oposición del consumidor. Entiende que ello puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva.

El Tribunal aprecia un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoren sus derechos o no perciban cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen, porque los profesionales con presentar juicio monitorio en lugar de un juicio civil ordinario podrían privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva.

En cuanto al art. 83 del RDL 1/2007, el Tribunal sostiene que, conforme al Derecho de la Unión, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. Añade que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. Especifica, y este es el núcleo central del razonamiento, que los profesionales podrían verse tentados de utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando su interés.

Concluye que incumbe al tribunal remitente tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

4. L*a Resolución de la Audiencia de Barcelona*

Lo primero que razona la Sala es que el Derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, que éste denunciaba como infringido, también se satisface con una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal apreciada razonablemente por el órgano judicial y que la suspensión de proceso es posible para obtener todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios para enjuiciar una cláusula posiblemente abusiva por contraria al Derecho de la Unión Europea.

Luego la Audiencia Provincial se pliega a las indicaciones del TJUE en la consideración de que las limitaciones que establece el proceso monitorio al estudio de oficio y *ab limine litis* son contrarias a la Directiva 93/13/CEE y declara que se puede examinar el carácter abusivo de la cláusula aunque el consumidor no haya formulado oposición.

A continuación, la Audiencia intenta reflexionar en Derecho. Analiza el Anexo de la Directiva, que permite la subsistencia del contrato si puede subsistir sin las cláusulas abusivas, lo que implica tácitamente que entiende que la cláusula de intereses moratorios no ataca el núcleo del sinalagma contractual, y los artículos del RDL 1/2007 afectados, excluido el art. 83, tachado de contrario al Derecho de la Unión por el TJUE. Por ello evita integrar el contrato, porque la cláusula de intereses moratorios determina, *per se*, una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada y declara su total ineficacia. Cita también la legislación catalana equivalente.

El siguiente paso de la argumentación del tribunal afecta a los elementos de hecho. Valora la Sala que a la fecha del contrato (mayo de 2007) no estaba justificado un interés moratorio del 29%, en relación con los tipos de morosidad habituales establecidos por el Banco de España y otros organismos oficiales y en relación con los intereses del mercado. Afirma que se trataba de un momento de bonanza económica y añade que el interés moratorio se ha acumulado al retributivo. Tiene en cuenta que el riesgo del banco es menor que el de otros operadores (financieras, sociedades de inversión, empresas de empréstitos rápidos, prestamistas particulares) y que su actividad está controlada por el Banco de España. El tercer elemento fáctico que considera es el diferencial entre los

tipos de interés remuneratorio y moratorio, de cerca de 22 puntos, lo que no encuentra, para la Sala, justificación en criterios de diferencia entre el interés de cumplimiento (remuneratorio) y el interés de confianza (indemnizatorio), ni es una cláusula penal.

A continuación, sopesa que el banco no ha determinado con claridad en la demanda los datos del préstamo (el tipo de interés moratorio, el importe de la deuda incluido el principal y los intereses, las penalizaciones contractuales y las costas, el tipo de interés y el período respecto del cual se reclaman dichos intereses o la referencia a un interés legal o del Banco Central o sobre operaciones similares), ni la causa de pedir de los intereses reclamados (su justificación) y que la cláusula se presume no negociada individualmente (conforme al art. 82.2 inciso 2, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *a contrario*).

Por último, refiere la falta de "información precontractual" del tipo de interés de demora para caso de impago con la suficiente claridad y en lugar destacado y de los elementos tenidos en cuenta para su determinación (gastos financieros, de recobro...). Habla de información confusa en una cláusula mecanográfica indiferenciada del resto del texto y no aceptada de forma específica.

Concluye que no aprecia un especial riesgo en el consumidor por pronunciarse de oficio la Sala, en concreto sobre la cláusula de intereses moratorios, al persistir la oposición respecto a la reclamación del principal. Justifica el análisis de oficio no en el plazo breve para dar razones, ni en consideraciones sobre los costes de la personación, sino en que aprecia el especial riesgo de que el consumidor puede ignorar sus derechos o no percibir cabalmente la amplitud de carácter incompleto de la información de los mismos y por el contenido limitado de la demanda.

En suma, desestima el recurso de apelación y, de oficio, declara la nulidad de la cláusula de intereses moratorios. La Sala cuida de salvar la posible alegación de *reformatio in peius* (el juez permitía unos intereses del 19%) con argumentos de orden público y sí acepta que, existiendo denuncia de morosidad y pretensión resarcitoria por esta razón, se puedan devengar intereses legales.

III. Las expectativas abiertas

Como hemos apuntado antes, la sentencia ha generado diversas reacciones, que hacen referencia, en primer lugar, al alcance de la afectación del principio de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación.

Por una parte, aparece la duda razonable sobre la fijación de los criterios de abusividad de los intereses moratorios y ya algunas juntas de jueces y órganos judiciales han "abierto la veda" sobre qué tipos han de considerarse abusivos y cuáles no. Por tanto, lo primero que habrá que analizar es hasta dónde alcance el poder de intervención del juez. Y, para caso de declarar la nulidad, aún cabrá preguntarse si es posible o no fijar unos efectos supletorios de la mora (si cabe admitir la demanda a trámite incluyendo los intereses legales en vez de los pactados).

Por otra parte, la sentencia sugiere una posible reforma del proceso monitorio español, para permitir que el juez pueda, de oficio y *ab lime litis* o en alguna fase del procedimiento, examinar la posible abusividad de cláusulas contractuales. Habrá que aclarar también si esta doctrina es aplicable o no a otros procesos (ejecución de título no judicial, proceso ejecutivo hipotecario).

La sentencia de Luxemburgo también plantea si no será necesaria la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2007, especialmente de su artículo 83, en tanto, desde la perspectiva del Derecho del consumidor, no ha de ser posible la integración del contrato cuando se ha declarado abusiva una determinada cláusula.

1. Autonomía de la voluntad, periferia y núcleo contractual

La tesis del banco apelante se sustentaba en el art. 1.255 C.c. y no es preciso recordar que tiene razón cuando predica que el precio del dinero es libre (cfr., por ejemplo, la Instrucción del Banco de España EHA/2899/2011, de 28 de octubre, BOE de 29 de octubre de 2011).

Sin embargo, el propio artículo 1255 C.c. establece limitaciones a la libertad contractual y el 1.258 ejerce de *balancing* cuando establece la obligación de cumplimiento de lo pactado y de todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. El Derecho del consumidor, desde hace tiempo, actúa en esa vía de corrección.

A) LA DOCTRINA DEL TJUE

Hasta el planteamiento del caso que analizamos, el tipo de cláusulas que, generalmente, había analizado la Corte como abusivas venía referido a lo que podemos denominar "periferia" del contrato. Así, se había discutido en diversas ocasiones sobre las cláusulas atributivas de competencia jurisdiccional territorial (SSTJUE de 27 de junio de 2000, asuntos

acumulados, caso Océano Éxito, STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, caso Pannon, o STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, caso Pénzügyi). También era una cuestión "periférica" la referida a las cláusulas arbitrales (cuestiones prejudiciales resueltas en STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, caso Mostaza Claro, y en STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/2008, caso Asturcom).

Pero la tendencia está cambiando y aunque persisten algunas consultas, aún pendientes, sobre competencia territorial (asunto C-413/12, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León), se van introduciendo con fuerza cuestiones prejudiciales que ya no se pueden calificar con tanta claridad como referidas a los aspectos periféricos de la contratación.

El caso que estudiamos se encuentra en el linde de las cuestiones nucleares del contrato. Una cláusula de intereses moratorios no puede decirse que se refiera a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, materia que, según el art. 4 apartado 2 de la Directiva, quedaría excluida de la consideración de una eventual abusividad y, por tanto, sobre las que el control judicial no se debería producir en ningún caso.

Pero la cláusula de intereses moratorios, si no pertenece al "núcleo duro" de la contratación, a sus elementos esenciales, hay que reconocer que está muy próxima, en la medida en que se incremente la finalidad indemnizatoria de los intereses moratorios frente a la finalidad meramente disuasoria. En muchas ocasiones y por designio de los contratantes, parte esencial de la contratación es la referida a los efectos derivados del posible incumplimiento y, cuando éste se configura como una incidencia más de la vida del contrato, es frecuente que las partes establezcan cláusulas que atiendan a la efectividad de la sucesiva reclamación.

En este sentido, entiendo que en materia bancaria, no están alejadas del núcleo esencial del contrato las cláusulas sobre ejecución de prenda, afectación directa de saldos de otras cuentas, facultad de vencimiento anticipado por impago, comisiones por impagos o indemnizaciones por retraso (a veces, con finalidad de re-financiación). En determinados supuestos, permitir al juez que incida en su análisis, de oficio y *ab limine* o en alguna fase del procedimiento, y declare su ineficacia podría alterar de forma sustancial el equilibrio del contrato. Podemos pensar en una cláusula penal o en la previsión pactada de determinados efectos por el incumplimiento del contrato y fácilmente apreciaremos los riesgos de la intervención judicial.

Ello explica las reservas de la Abogada General en su informe sobre la decisión última del consumidor (con cita de la sentencia Pannon GSM), sus reflexiones sobre el principio de soberanía de las partes, sobre la excepcionalidad de la intervención del juez (basada sólo en el interés público) y sobre la necesidad de tener en cuenta, en determinadas circunstancias, la voluntad del consumidor (cita la sentencia Martín Martín) o su pasividad (evoca la sentencia Asturcom Telecomunicaciones).

Hay que destacar, por tanto, que en el asunto que comentamos los intereses moratorios del 29% no se configuraban como una previsión directa del desarrollo de la vida del contrato, ni respondían con claridad a una previsión específica para caso de incumplimiento, ni tendían a una clara finalidad indemnizatoria, sino que respondían a un intento disuasorio, si no a un automatismo de la entidad de incluirla como cláusula de estilo mantenida por la entidad a los largo de lustros en sus modelos contractuales, con una finalidad disuasoria difusa o lejana, pero que se erguía, en el momento del impago, en una vara de medir la morosidad absolutamente desproporcionada.

Claramente, el efecto disuasorio del incumplimiento contractual encuentra mejor encaje en la cláusula de vencimiento anticipado. Porque, ¿qué mejor medio para acrecentar la voluntad solutoria del deudor frente a los pagos periódicos que advertirle de la posibilidad de que la reclamación se extienda al total del capital prestado si deja impagado uno solo de los plazos pactados?

Una conclusión apresurada haría pensar que para intereses moratorios de finalidad indemnizatoria y para otras cláusulas vinculadas al impago el juez debería abstenerse de conocer sobre si las cláusulas son abusivas o no. Sin embargo, las tendencias de Derecho Europeo de los contratos y la propia evolución de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo no parecen apuntar en esa línea.

Desde la primera perspectiva, los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, posible referente común para todos los ordenamientos jurídicos de la Unión y citados por nuestro propio Tribunal Supremo en algunas sentencias (vgr., STS de 27 de septiembre del 2012, 17 de marzo del 2011, 24 de abril del 2012) introducen mecanismos que permiten al juez velar por el equilibrio contractual, como el error esencial de hecho o de derecho (art. 4:103), el beneficio injusto o la ventaja excesiva (art. 4:109), las cláusulas abusivas no negociadas individualmente (art. 4: 110) o el negocio de reemplazo (art. 9: 506). Sin embargo, hay que destacar que en todos los casos el análisis de la abusividad de los pactos se vehicula a través de la instancia de parte, sin que se prevea una actuación de oficio de la autoridad judicial.

Desde la segunda perspectiva, las consultas al Tribunal de la Unión Europea evolucionan ahora hacia la interpretación del alcance del art. 4 apartado 2 de la Directiva. Así, en el asunto C-236/12 el Tribunal está emplazado a responder si los conceptos de "objeto del contrato" y de "precio" comprenden, entre otros elementos que forman la contraprestación de una entidad de crédito, la tasa anual equivalente de un contrato de crédito, compuesta, en particular, por el interés fijo o variable, las comisiones bancarias y otros gastos incluidos y definidos en el contrato.

En la misma línea, está pendiente una pregunta sobre cláusulas de modificaciones de precios (asunto C-92/11) y en el asunto C- 226/12 se cuestiona al Tribunal si el desequilibrio al que se refiere el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE se produce por el solo hecho de repercutir al consumidor una obligación de pago que corresponde por ley al profesional.

En la misma línea, en el asunto C-571/11, la cuestión debatida es si una "comisión de riesgo" en un crédito garantizado por hipoteca puede constituir una cláusula abusiva y en el asunto C-488/11, la Corte deberá estudiar la posible moderabilidad de una cláusula penal no denunciada como abusiva por las partes. Otros asuntos pendientes hacen referencia al posible examen de cláusulas abusivas distintas de aquellas en las que la parte que contrata con el consumidor base su reclamación (asunto C-472/11), o si cabe el examen del juez cuando las partes no lo plantean y surge la duda en fase de recurso de apelación (asunto C-397/11).

Sobre la extensión del efecto de la cláusula abusiva al conjunto del contrato, en el asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, la STJUE de 3 de junio de 2010 declara que no se opone a la Directiva una legislación nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

En el mismo sentido, la STJUE de 15 de marzo de 2012 (asunto C-453/10, caso Pereničová) ha declarado que el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, para establecer la anulación de dicho contrato en su conjunto. Sin embargo, ha añadido que la Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas es nulo en su

conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor. También declara que indicar en un contrato de crédito una tasa anual equivalente inferior a la real debe calificarse de engañoso siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado y que el juez puede basarse en ella para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas.

B) LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Por otra parte, si nos atenemos a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sería fácil caer en la tentación de asimilar la abusividad de las cláusulas analizada al amparo del art. 6 de la Directiva 93/CEE a los supuestos de nulidad de pleno derecho del negocio jurídico, por ir la cláusula contra norma imperativa o prohibitiva (art.6 del Código civil).

La jurisprudencia clásica sobre la nulidad de pleno derecho de un contrato o de parte del mismo proclama que sólo puede llevarse a cabo tal declaración, de oficio, cuando se trate de cláusulas que pueden amparar hechos delictivos o manifiestamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público o ilícitos. En otro caso y aún tratándose de contratos “afectados de vacío” el Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente que el juez debe respetar la apariencia jurídica, que merece el debido respeto mientras el contrato no sea impugnado en forma o eficazmente dando oportunidad a la otra parte para su defensa (por todas, SSTS de 3 de diciembre de 2002, 24 de abril del 1997, 20 junio 1996 -que cita otras- y 15 de diciembre de 1993).

El Tribunal Supremo ha admitido la nulidad de pleno derecho por previsión de un precepto específico legal que imponga dicha sanción civil *per se* (STS 18 de marzo de 2009, 11 de junio de 2012, 22 de julio de 1997), con base en el carácter coactivo o prohibitivo de la ley infringida (STS 17 de febrero de 1992), ha admitido la nulidad derivada de una prohibición directa o de una prohibición indirecta contenida en una norma (STS 10 de mayo de 1999) y también acepta la nulidad de la cláusula contraria a una norma imperativa prohibitiva de un vínculo jurídico concertado (STS 14 de noviembre de 2011, 7 de octubre de 2011 y 8 de mayo de 1989).

En esta línea, la Sala Primera ha declarado que el acto o contrato es nulo cuando se afecta el orden público como límite de la autonomía privada (SSTS 29 de noviembre de 2007 y 6 de febrero de 1989), cuando concurra una causa ilícita

o ilegal del art. 1275 C.c. (SSTS 29 de julio de 1993, 20 de noviembre de 2001 y 15 de Febrero de 2012), por considerar que la finalidad negocial era ilegal o inmoral (STS 14 de junio de 1997) y cuando se producía una lesión de un interés general de orden jurídico o moral (STS 4 de Octubre de 1984), aunque, en los contratos, el Tribunal Supremo exige que la finalidad inmoral o ilegal sea común a todas las partes (STS 5 de noviembre de 2010).

En otro sentido, el Tribunal Supremo ha permitido la declaración de nulidad de oficio, *cum grano salis* (STS 7 de junio del 2006 y 31 de marzo de 1981), cuando se ha tratado de negocios afectos de vacío (*a contrario,* SSTS 15 de diciembre de 1993, 3 de diciembre de 2001 y 3 diciembre 2002 -RA 2198).

De esta manera, no toda disconformidad con una ley ha de llevar consigo, en la doctrina clásica, la sanción extrema de la nulidad (SSTS 8 de junio de 1979 y 17 de octubre de 1987) y se predica una extrema prudencia del juez para llegar a tales drásticas conclusiones, de modo que debe analizar la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, y declarar válido el acto (en nuestro caso, la cláusula) si la levedad del caso así lo permite y aconseja y sancionándolo con la nulidad si median transcendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público (SSTS 28 de julio de 1986 y 17 de octubre de 1987).

C) LA COHONESTACIÓN DE POSTURAS

La línea interpretativa que supone la consideración como abusivas de las cláusulas contractuales con amparo en la infracción del Derecho del consumidor sólo encaja con claridad en la doctrina del Tribunal Supremo si consideramos que las cláusulas abusivas afectan al orden público.

Me estoy refiriendo a los casos en que, por la manifiesta ilegalidad de la cláusula de intereses moratorios, la voluntad del consumidor no entra en juego y la nulidad de la cláusula se impone porque incumbe al tribunal verificar tal cláusula como contraria a las normas nacionales de orden público (parágrafo 46 a 48 de la sentencia del TJUE que comento), en razón del riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, o por el plazo particularmente breve previsto para ello, o porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos,

o porque puedan ignoran sus derechos o no perciban cabalmente la amplitud de los mismos, o, por último, por el contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, el carácter incompleto de la información, con una intervención positiva del juez ajena a las partes del contrato (parágrafo 39 a 41).

El concepto de orden público adquiere, así, un alcance inusitado que va más allá de la noción de orden público del Derecho internacional privado y de la que se ha construido por la infracción de Derechos Fundamentales y se hace extensiva al equilibrio contractual.

En los pocos casos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre ineficacia de cláusulas contractuales por razón de defensa del Derecho del consumidor, más bien parece preconizar la nulidad de las cláusulas por el incumplimiento del deber de información. En el asunto que provocó la consulta de la Sala Primera al TJUE y la sentencia del Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010, el recurso de casación fue desistido, pero en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de declarar la nulidad de determinadas cláusulas, siempre a instancia de parte, por apreciar insuficiencia de la información facilitada al consumidor (SSTS de 4 de marzo y 16 de diciembre de 2009, 4 de noviembre de 2010 y *a contrario*, la reciente STS 21 de noviembre de 2012, FD 2 II). Evita así el estudio del contrato desde la perspectiva de la conformación del consentimiento contractual, en el estudio de los vicios del consentimiento, y ello permite sugerir que, en los casos en los que el juez pretenda apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas, si ello se impone finalmente como posible en relación con el objeto del contrato y la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes, ello sería, ciertamente, muy arriesgado sin petición de parte.

De esta forma, coexistirá una doble protección: la derivada de los vicios sobre los elementos esenciales del contrato que se quiera hacer valer por el consumidor al amparo del art. 1.261 C.c. y la que derive de la información insuficiente contenida en las cláusulas de los contratos o que aparezca como claramente abusiva según su redacción, desde la perspectiva de protección del consumidor.

Deberá retenerse, no obstante, que:

a) No hay ningún interés moratorio (ni retributivo) conceptualmente abusivo, de forma que el análisis de la abusividad es siempre circunstancial.

b) La redacción del contrato puede no corresponderse con lo pactado y, en este sentido, hemos de recordar que las cláusulas negociadas individualmente no pueden ser nunca abusivas y, por otra parte, si se demuestra una discordancia entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, prevalecerá aquélla sobre ésta (argumento, al menos, ex art. 1.281, 2 C.c.).

c) En ningún caso se podrá afectar, con la intervención de oficio del juez, el equilibrio de las prestaciones (quedando a salvo la autonomía de la voluntad en la configuración del sinalagma contractual).

d) Parece que el consumidor podrá declarar expresamente en la fase procesal oportuna, aun en contra del criterio del juez, que acepta la validez de la cláusula y que también podrá rebatir la fijación de intereses "supletorios" que haya establecido el juez.

No estamos, por tanto, por el hecho de que el juez aprecie que una cláusula de intereses moratorios es abusiva, ante un juicio definitivo de la cuestión que impida a las partes debatir sobre ello. Por una parte, el consumidor puede aceptar la validez de la cláusula que el juez ha considerado abusiva. Por otra, ha de ser posible que el banco reclame, en proceso declarativo, la eficacia de la cláusula, pues la consideración de la ineficacia se realiza en el concreto contexto de defensa del Derecho del consumidor. No me atrevo a descartar que, en un juicio declarativo ordinario, pudiera progresar, siquiera parcialmente, una acción declarativa y de condena cuando la entidad financiera llegue a justificar que el interés moratorio que el juez ha descartado responde cabalmente, en todo o en parte, al coste de recobro. En este sentido, no habría cosa juzgada material frente a la actuación de oficio del juzgador.

2. La fijación de los criterios de abusividad de los intereses moratorios

Aceptado que la cláusula de intereses moratorios puede ser nula, pero también que puede ser válida, la cuestión viene referida a fijar qué criterios se deben tener en cuenta para establecer los límites. Es decir, para "declarar" nula, de oficio, la cláusula de intereses moratorios todavía debemos hacer ejercicios de aproximación a los parámetros a utilizar (diferencial entre tipo retributivo y tipo moratorio, época de contratación, tipo de operación, etc.). No todo tipo de interés moratorio pactado es abusivo y, por tanto, nulo. Los tribunales han de trabajar, ahora, nuevos criterios sobre "evidencias" de abusividad, lo que noHay general desconcierto en los órganos judiciales y ya algunas juntas de jueces y órganos judiciales se han pronunciado sobre qué tipos han de considerarse abusivos y cuáles no.

A) PLANTEAMIENTO

Creo que el juicio de abusividad de oficio y *ab limine* de una cláusula de intereses moratorios sólo puede venir justificado en caso de cláusula nula de forma patente e incontestable y no cuando exista una duda sobre la abusividad, sin que se pueda sustituir la general prevención y respeto del principio de autonomía de la voluntad con un voluntarismo judicial intervencionista.

Entiendo que realizar el juicio de abusividad tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (parágrafos 42 y 43 de la sentencia que comentamos) no autoriza a abrir siempre un incidente previo procesal *ab limine*, no previsto legalmente, para acordar de oficio diligencias de prueba con objeto de recabar "todos los elementos de hecho y de Derecho" a efectos de determinar si una cláusula de intereses moratorios es abusiva o no, por lo que, en general, habrá de respetarse el principio de rogación y sólo en supuestos en que falte algún elemento de hecho clave y determinante (no de Derecho, aspecto del juicio de abusividad que debe aportar el juez), el juzgado ha de poder recabar del actor *breviter* esa información o esas pruebas.

En todo caso, no parece que, para la recopilación de los datos de hecho y de Derecho que permitan el enjuiciamiento de la cláusula, pueda ser determinante el "certificado unilateral de saldo", derivado del denominado "pacto de liquidez" o "de liquidación" (salvo como alegación de parte). No juzgamos aquí si autorizar al acreedor a cuantificar la deuda de forma unilateral es válido en Derecho español para acreditar la liquidez o determinación de la deuda, sino si ello ayuda, en el proceso monitorio y *ab limine litis*, a realizar el juicio de validez de una cláusula sospechosa de ser abusiva y nos parece que la respuesta es negativa.

Los requerimientos e informaciones, acaso pueden suplir la obligación contractual de evitar cláusulas poco claras, en cuanto a los intereses de demora, y permitan al juez una información detallada sobre los intereses moratorios que le permitan juzgar su abusividad o excluirla.

Parece que no sólo el juez sino también la Sala de apelación puede, en ocasión única, como ocurrió en el caso que analizo, juzgar la nulidad de la cláusula de intereses moratorios y fijar los efectos de tal apreciación conforme al carácter de orden público (de oficio) de su resolución, superando las reservas que puedan derivar del principio de interdicción de la *reformatio in peius*, al ser la cuestión ajena, en esta "ocasión única", al principio dispositivo.

Pero sólo debe plantearse la nulidad *ab limine* en casos flagrantes, evidentes, de forma que de no ser así se debe dejar la cuestión sometida al juego de la contradicción. No creo que quepa "aplazar" el enjuiciamiento a un posible momento posterior, salvo que de forma sobrevenida aparezcan nuevos elementos de hecho o de derecho, desconocidos y no imaginables con anterioridad. La posibilidad de practicar prueba de oficio *ab limine* debe contemplarse sólo para los casos más cercanos a la evidencia y sopesar así el riesgo de pérdida de eficiencia del proceso si el juez actúa inquisitivamente.

B) ALGUNA INICIATIVA CONCRETA

La Junta de Jueces de Valencia ha acordado en diciembre de 2012 que, "conforme a la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia del TJUE en materia de protección del consumidor, teniendo en cuenta las recientes resoluciones de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en la materia, y sin perjuicio de las circunstancias que concurran en el caso concreto, en los procesos declarativos, en los procesos monitorios, así como en los de ejecución hipotecaria y de títulos extrajudiciales, se procederá, incluso de oficio y en cualquier momento del proceso, siempre que concurran suficientes elementos de juicio, a la anulación de las cláusulas abusivas en cualesquiera contratos de bienes y servicios que lesionen los derechos de los consumidores, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer sus pretensiones respecto a las mismas a través de las vías legales oportunas".

El acuerdo añade que "[e]n concreto, en lo relativo a las cláusulas que establezcan intereses moratorios, y con el fin de establecer una pauta orientativa, la Junta de Jueces acuerda, por unanimidad, que procederá declararlas nulas de oficio cuando establezcan intereses que excedan del límite establecido en el art. 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, en el caso de descubiertos en cuenta corriente. En los demás supuestos que queden fuera del ámbito de dicha norma, singularmente en el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, ante la falta de previsión legal expresa y en aras a una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato".

El auto de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 2012 predica, después de un extenso análisis, que "…cabe

establecer en línea de principio que un interés moratorio hasta 2,5 veces superior al TAE cuando éste no va más allá del doble del interés legal del dinero, se adecua a la finalidad disuasoria y compensatoria de aquel interés, por lo que nada obsta a su validez desde la óptica de la protección del consumidor, sobre todo en la fase preliminar del proceso. Para aquellos supuestos en que el TAE de la operación se sitúa entre el doble y el triple del interés legal del dinero, la sanción por la mora del consumidor no debería rebasar dos veces aquél, mientras que la mora de las operaciones de consumo cuyo TAE exceda del triple del interés legal del dinero de la fecha del contrato no debería rebasar el 0,5 de ese interés". La Sala concluye que "[l]os criterios proporcionales que anteceden deberán ponderarse junto con parámetros tales como la extremada duración del contrato (a mayor duración, interés remuneratorio superior) o en su caso el importe del capital prestado (factor que en principio no constituye una variable absoluta directa en la apreciación del riesgo del financiador), amén de las circunstancias específicas distintas de las anteriores que rodeasen la operación".

Algunas Audiencias, como las de Girona y Tarragona, venían aplicando y siguen defendiendo el criterio analógico del art. 19.4, hoy 20.4, de la Ley de Crédito al Consumo, establecido para los descubiertos en cuenta corriente, es decir hasta 2,5 veces el interés retributivo. Otros intentos buscan la analogía en el Real Decreto n. Ley 6/2012 o en los intereses del art. 6 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio. Otro criterio "techo" es considerar que en ningún caso cabe superar el 20% que, para el supuesto de contrato de seguro, establece el art. 20 de la Ley 50/1980.

También hay que tener en cuenta el propio importe del crédito y de las cuotas mensuales, porque aun con tipos de interés retributivo y moratorio alto, los consumidores priorizan a veces la disponibilidad inmediata del capital y la asumibilidad de la cuota mensual, frente al propio precio del dinero, el interés retributivo.

Desde otra perspectiva, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelve el caso (y el auto de aclaración que lo integra) opta por entender que, denunciada la mora y reclamados intereses por esta razón, es de aplicación el art. 1108 C.c. y, por ello, requieren al actor para que liquide los intereses de demora conforme a los tipos de interés legal.

3. La posible reforma del proceso monitorio español

Se viene a sugerir, con la sentencia del TJUE, la necesidad de una reforma procesal que reconozca o ampare la facultad judicial de control de oficio de las cláusulas abusivas, pero, aun sin una reforma legal, por imperativo constitucional y comunitario debe el juez analizar las cláusulas de tal posible carácter.

Como hemos repetido, el Tribunal de Luxemburgo considera que el sistema procesal español de proceso monitorio no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva dispensa.

El Tribunal europeo también parece asimilar en esta sentencia la doctrina del asunto Pénzügyii (sobre la posibilidad de práctica de pruebas de oficio), también para el proceso monitorio. La sentencia Pénzügyi, asunto C-137/08, estableció que el juez nacional "debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula". Ahora, el TJUE no afirma ni niega que para que el juez pueda tener en la mano en el proceso monitorio todos los elementos de hecho y de Derecho respecto al carácter posiblemente abusivo de una cláusula de intereses moratorios, pueda practicar determinadas pruebas (en sentido amplio).

Se plantea, por tanto, si el juez español debe o puede también acordar diligencias de prueba en el proceso monitorio para determinar si una cláusula de intereses moratorios es o no abusiva. No obstante, entiendo que sólo cuando en la demanda no queden suficientemente explicitados los argumentos para sostener la validez de una determinada cláusula de intereses moratorios (los datos de hecho o de Derecho) y sólo cuando el juez aprecie una duda seria de abusividad sería procedente tal trámite.

En tercer lugar, la sentencia de 14 de junio de 2012 no indica en qué momento procesal y con qué medios debe contar el juez para analizar si la cláusula es o no abusiva, pero apunta a que el juez debe hacer ese juicio tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho para ello.

Por último, el Tribunal no asume, en el caso analizado, la tesis de la Abogada General de que el juicio de valor de los requisitos procesales sea distinto en el proceso monitorio (formal) que en el proceso declarativo (material) y tampoco pone dificultades a que el juicio del juez nacional pueda realizarse *inaudita parte*.

Todo ello sugiere la conveniencia de una reforma del proceso monitorio que permita cumplir con el principio de efectividad, que permita la protección que impone la Directiva 93/13/CEE, en beneficio de los consumidores, a través del reconocimiento de las competencias del secretario judicial y del juez para controlar de oficio las posibles cláusulas abusivas.

La recopilación de los datos de hecho y de Derecho suficientes para juzgar la abusividad de la cláusula puede realizarse de diversos modos, uno de los cuales puede ser, como sucede para el proceso monitorio europeo, que el solicitante determine con claridad en la demanda el tipo de interés moratorio, su carácter penalizador o no (la causa de pedir), el periodo concreto de devengo, su referente respecto al interés legal de Derecho interno o porcentual por encima del interés del Banco Central Europeo o expediente similar.

En este sentido, el art. 7 del Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 diciembre, que establece un proceso monitorio europeo, remite al formulario A del anexo I, en el que deben indicarse “b) el importe de la deuda, incluido el principal y, en su caso, los intereses, las penalizaciones contractuales y las costas; c) si se reclaman intereses sobre la deuda, el tipo de interés y el período respecto del cual se reclaman dichos intereses, a menos que se añada de oficio un interés legal al principal en virtud del Derecho del Estado miembro de origen; y d) la causa de pedir, incluida una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados”. Y en un encasillado debe concretar si se trata de interés legal, contractual, capitalización de intereses o tipo de interés del préstamo, si se ha calculado por el demandante y el tanto por ciento por encima del tipo de base del Banco Central Europeo y las “penalizaciones contractuales”, es decir, el interés moratorio y su cálculo (tipo, periodo, causa de pedir de los intereses, si es contractual, si se ha capitalizado, si lo ha calculado el demandante o no y su diferencial respecto al tipo de base del Banco Central Europeo).

Entiendo que el análisis sobre la posible abusividad de la cláusula de intereses moratorios no implica, en los casos de análisis de oficio y *ab limine litis* (no así cuando

la cuestión haya sido objeto de contradicción y prueba a iniciativa de las partes, en el contexto de un proceso plenario), un examen amplio de los derechos y deberes contractuales por parte del juez nacional, sino un juicio sumario y directo, a la vista de los elementos documentales obrantes en las actuaciones y, en su caso, de las alegaciones de las partes.

Sería también conveniente que se introdujera una reforma procesal que incluya la posibilidad de utilizar un mecanismo incidental breve (como el mero traslado a la parte actora, sin necesidad de oír a la otra parte) para recabar aquellos elementos de hecho que pueda necesitar el juez para pronunciarse cuando no se deducen de la demanda inicial y de los documentos acompañados.

En el proceso monitorio, despacha la ejecución el secretario judicial (art. 815.1 LEC, según la Ley 37/2011, de 10 de octubre), que también viene vinculado por la doctrina de la sentencia. Si no hay oposición, ello no impedirá que el juez, al despachar ejecución (primer momento en que puede tener los elementos de hecho y de Derecho para resolver) pueda analizar y declarar la nulidad de la cláusula. No obstante, parece razonable que secretario y juez se pongan de acuerdo sobre los criterios de admisión y de inadmisión. También habrá de admitirse la supuesta abusividad de una cláusula como “razón” oponible por el deudor tras el requerimiento de pago.

¿Y si no se apreció la nulidad de una cláusula abusiva de oficio en el primer momento, puede hacerlo el juez después? Entiendo que no. Convendría también introducir una cláusula de cierre que impida al órgano judicial que no observó la abusividad *ab limine*, planteársela con posterioridad, a no ser que surja algún elemento de hecho o de Derecho nuevo y relevante. La posibilidad de enjuiciamiento de oficio de la abusividad se debe agotar en una sola ocasión, sin que penda sobre la parte acreedora la espada de Damocles de estar sometido permanentemente a que el juez pueda plantearse la cuestión, de forma que si en el momento inicial el juez no estudia la cláusula (razonablemente, porque disponiendo de todos los elementos de hecho y de Derecho o habiéndoselos procurado no aprecia que la cláusula sea abusiva), no ha de poder hacerlo con posterioridad (salvo que se promueva a instancia de parte o aparezcan de forma sobrevenida elementos de hecho o de Derecho nuevos) y, por tanto, de existir dudas sobre la cláusula y no adoptarse diligencias de prueba, no es correcto resucitar la cuestión de oficio en fases posteriores del proceso. Aunque no rigen, en puridad, criterios de preclusión procesal, debe predicarse una seguridad jurídica y una previsibilidad de la conducta del órgano judicial.

En cuanto a si esta doctrina es aplicable o no a otros procesos (ejecución de título no judicial, proceso ejecutivo hipotecario), la opinión más generalizada es la positiva. Ello ha de significar que, sin perjuicio de la posible ampliación de las posibles causas de oposición en el juicio ejecutivo (art. 557 a 560 LEC) y en el hipotecario (art. 695 LEC), el juez, de oficio y *ab limine litis*, podrá analizar la posible nulidad de una cláusula de intereses moratorios en esos procesos.

4. La (imposible) integración del contrato

La sentencia de Luxemburgo también nos plantea si no será necesaria la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2007, especialmente de su artículo 83, en tanto, desde la perspectiva del Derecho del consumidor, declara que no es posible la integración del contrato cuando se ha declarado abusiva una determinada cláusula. Acoge así el principio *quod nul·lum est nul·lum efectum produit*, destacando la finalidad disuasoria del art. 6 de la Directiva.

Las entidades financieras empiezan a presentar demandas en las que se auto limitan en la fijación del tipo de interés moratorio, reduciendo porcentajes del 25 o del 30% a otros de entre el 10 y el 15% y pretendiendo con ello subsanar el defecto. No parece que esta opción implique una renuncia que se deba considerar válida, pues si la cláusula es nula lo es en toda su extensión.

No obstante, en cuanto la mora se ha producido y se reclama por ella, no creo que atente al sentido de la sentencia que comentamos el que se reconozca el derecho a los intereses legales, conforme a las previsiones generales de los arts. 1101 y 1108 C.c.

En ningún caso se puede hacer extensivas estas consideraciones a los intereses retributivos, que forman parte del “núcleo duro” del contrato (el precio del préstamo) y que sólo pueden ser impugnados, además de por las normas generales de los contratos, si fueran usurarios (SSTS 26 de septiembre de 2011, 2 de octubre de 2010, 24 de junio de 2009 y 30 de noviembre de 2005). Es sumamente ilustrativo el consultar, a estos efectos, la STS 18 de junio de 2012.

Por vía del art. 1154 C.c. y como cláusula penal, el Tribunal Supremo ha negado siempre la moderabilidad, en el sentido de que se debe pagar íntegra la pena (SSTS 12 de febrero de 2012, 10 de mayo de 2011, 23 de enero de 2010 y 17-1-2012, 23-11-2009, con el argumento de que al reclamar el acreedor tan sólo el capital pendiente de pago, ya está moderando dicha pena. Si, en algún sentido, la cláusula de intereses

moratorios tuviera este alcance, establecido contractualmente (el de una cláusula penal), encontraríamos dificultades para declarar su abusividad.

Es fácil.

rjib 11
COMENTARIS I NOTES

EL PACTO SUCESORIO MALLORQUIN: LA "DIFFINITIO"

Maria Pons Salvà
Abogada

I. Introducción. II. Definición mallorquina. Concepto y antecedentes históricos. III. Análisis de los artículos 50 y 51 de la Compilación 1990. Naturaleza y requisitos de la Definición mallorquina. IV. Objeto de la Definición. V. Clases de Definición. VI. Tratamiento Fiscal. VII. Apuntes críticos.

I. INTRODUCCION

La sucesión contractual, denominada más vulgarmente como "pacto sucesorio", hace referencia a un negocio jurídico en sí mismo considerado, caracterizándose por el hecho de haber sido una figura prohibida en el derecho común durante siglos.

De forma breve y sin profundizar en el concepto, se diría que la sucesión contractual, puede configurarse como un instrumento de planificación sucesoria, una verdadera alternativa a la sucesión testada. La escasa regulación jurídica es consecuencia lógica de la prohibición que pesa sobre los pactos de sucesión, por lo que su desarrollo ha sido básicamente consuetudinario, contando con escasa doctrina en relación a otras figuras o instituciones del derecho sucesorio.

Es perfectamente lícito indicar que nuestro Código Civil no admite la sucesión contractual, sin embargo no la prohíbe expresamente, aunque de la dicción de determinados artículos, así se deduce; es determinante el artículo 658 del Código Civil, el cual admite únicamente la sucesión testada y la legítima o intestada, y el artículo 816 del mismo Código, que declara nula la renuncia y transacción sobre legítima futura –entiéndase legítima estricta[1]-, vedando a los legitimarios la posibilidad de pacto de renuncia o transacción, sobre la legítima que les corresponda en una sucesión que todavía no se ha abierto.

Nos hallamos ante una especialidad de prohibición dentro de la imposibilidad de negociar, en Derecho Común, la sucesión futura, que determina la nulidad del negocio jurídico, de carácter unilateral, abdicativo de la legítima, así como de los negocios bilaterales realizados entre el futuro legitimario y los herederos del causante que tengan lugar en un momento temporal anterior a la apertura de la sucesión.

El artículo 991 del Código Civil, dispone que no puede haber aceptación o repudiación sin que se esté en la certeza de la muerte de la persona a quien se haya de heredar, en otro caso, se estaría renunciando a una herencia futura, declaración de voluntad sin efectos en el derecho común; el precepto indicado deja cerrada la posibilidad de cualquier pacto sucesorio por razones obvias.

Hallamos una nueva prohibición de pacto sucesorio en el artículo 1674 del Código Civil, ya que impide que los socios integren en la sociedad universal los bienes que adquieran con posterioridad al contrato (de sociedad), por herencia, legado o donación, y el artículo 1271 del Código Civil, después de indicar que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, afirma que sobre la herencia futura no se podrá disponer, aclarando una vez más y de manera expresa que cualquier declaración de voluntad en este sentido no tendrá efectividad.

El origen de la prohibición reflejada en los anteriores preceptos se halla en el Derecho Romano y en la premisa de que la voluntad de hombre es mutable y que con el pacto sucesorio se limita y merma de forma estricta esa libertad.

Tal prohibición original del Derecho Romano se ampara en la creencia de que con la sucesión contractual, el futuro heredero desearía la muerte del testador o incluso la podría provocar[2].

---

1 El término legítima en el contexto de este artículo ha de entenderse como legítima estricta, ya que el artículo 827 del mismo Código Civil permite pactar sobre la mejora en capitulaciones matrimoniales y en contrato oneroso.

2 "*votum mortis captandae*" (deseo de que muera el *cuius*).

La doctrina ha criticado fuertemente las consideraciones existentes que dan soporte a la prohibición del pacto sucesorio en el derecho común, sin embargo, solo el Derecho Civil propio de ciertos territorios recoge los pactos sucesorios, amparándose para ello en el Principio de la autonomía de la voluntad y sobre todo en la perpetuación de la familia agraria[3]. De este modo, los pactos sucesorios encuentran su desarrollo en las economías rurales y zonas de montaña.

Desde un punto de vista histórico, entendemos que con la sucesión contractual, el Derecho Civil propio de ciertos territorios buscaba, sobretodo, el mantener unido el patrimonio familiar.

De esta forma entendemos que la definición podría tener como fundamento la perpetuación del patrimonio familiar, puesto que el ascendiente "pagando" de manera anticipada la legítima a uno de sus descendientes, independientemente de que ese pago sea igual a la porción de legitima que le correspondería legalmente en el momento del fallecimiento del ascendiente[4], se asegura la indivisión de ciertos bienes que desea formen parte del patrimonio de otro de sus descendientes, en el momento de su fallecimiento.

II. DEFINICIÓN MALLORQUINA. CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Quizá la *diffinitio* mallorquina sea la figura que más bien refleja lo que es un pacto sucesorio, sobretodo por su estructura negocial, descrita en el artículo 50 y 51 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares. Consiste en una atribución patrimonial, fundada en un título lucrativo, creado por un negocio dispositivo, realizado por el ascendiente, que tiene como destinatario un descendiente legitimario. El supuesto de hecho de este tipo negocial consiste en un contrato unilateral del descendiente, mediante el cual renuncia o define sus futuros derechos sucesorios, en la sucesión de su ascendiente.

Es requisito que el renunciante sea un descendiente legitimario emancipado, de igual forma el aceptante de la renuncia debe ser un ascendiente. Es requisito también

3 Véase, CASTÁN TOBEÑAS, JOSE, y DE LOS MOZOS, JOSE LUIS, "Derecho Civil español común y foral: Derecho de sucesiones. Los particulares regímenes sucesorios, la sucesión intestada, la sucesión contractual, la sucesión excepcional. Pag. 317.

4 Es independiente que lo que se dona tenga un valor inferior a lo que le correspondería al definido en cuanto a legitima en el momento del fallecimiento del causante, aunque si es relevante que la donación en sede de definición no perjudique la legítima de los demás legitimarios, esto es que sea de valor superior a lo que le correspondería al definido en el momento del fallecimiento del causante. Tal afirmación tiene su amparo en el articulo 50 in fine en relación con el articulo 47 tercer párrafo, ambos de la Compilación, deduciendo de su dicción que si con la donación se supera el valor de la legítima que le correspondería ya esta perjudicando a los demás legitimarios y por ello se aplicaría la regla del articulo 47 Compilación, con un resultado que, podría significar que el definido cuya donación haya superado el valor de su legitima, deba pagar en metálico a los demás legitimarios la parte que en exceso le haya beneficiado.

que el renunciante tenga vecindad civil mallorquina sin dejar claro el precepto que el ascendiente deba tener la misma vecindad mallorquina.

Entendemos pues, que esta institución, probablemente la más importante por su ininterrumpida vigencia durante más de siete siglos en el derecho sucesorio mallorquín, facilita que el heredero que decida el causante, desaparezca de la herencia, previo anticipo de su legítima, con la finalidad de que se pueda trasmitir de manera indivisa un bien o todo el patrimonio hereditario a favor de un heredero único.

Según afirman Ferrer Pons[5], Clar Garau[6], y Ferrer Vanrell[7] el origen más próximo de la definición mallorquina debemos buscarlo en el año 1274, a través de un Privilegio otorgado por Don Jaume I, en el *idus*[8] de marzo momento el cual parece ser que se creó la institución referenciada, aplicada únicamente a la hija que recibe dote y renuncia a toda participación en la herencia de sus padres, extendiéndose de manera consuetudinaria a los varones, perdurando en el tiempo por considerarse una institución que permitía mantener la riqueza familiar en las manos de un solo heredero conservando, con ello, el prestigio familiar y evitando la disgregación del patrimonio.

El constante uso por parte de los mallorquines, del privilegio otorgado en primer lugar por Don Jaume I, y la ampliación subjetiva de aplicabilidad de la institución otorgada a través, también, de Privilegio, por el Rey Don Sancho, en el año 1319, hizo que la definición se convirtiera en una institución valorada en la isla de Mallorca, y permitida, aunque contraria al sistema legitimario romano, regulándose por escrito en 1622, a través de la recopilación efectuada por Canet y Mesquida ("*Molí, Ordinations i sumari deis privilegis, consuetuts i bons usos del regne de Mallorca",* Palma de Mallorca, 1663)[9].

Con el paso del tiempo la institución evolucionó, ampliándose su regulación, plasmándose en el Informe del Ilustre Colegio de Abogados de Palma, de 2 de junio de 1921 que *"los hijos salidos ya de la patria potestad, puedan otorgar a favor de sus padres el finiquito de sus legitimas y derechos hereditarios"*; Además el Auto de la Audiencia Territorial de Palma, de 11 de junio de 1940 reafirma la extensión del privilegio otorgado por el Rey Don Jaume I, a los hijos varones emancipados, recogiéndose tal requisito de emancipación en el Proyecto de 1949, así como en el artículo 50 de las dos

5 *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, y DIAZ ALABERT, t. XXXI, vol. I, págs. 906 y 907

6 *El Derecho Foral de Mallorca*, págs. 74 y 75

7 FERRER VANRELL, *La Diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca: Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. 1992.

8 Según calendario romano corresponde al decimoquinto día del mes marzo, siendo un día de buen presagio – www.espasa.planetasaber.com /

9 DE BARRÁN ARNICHES "La definición y el finiquito de legitima en el Derecho Civil de las Islas Baleares". Publicación La Notaría.

compilaciones posteriores.

Así pues, el frecuente uso de la institución hizo que el proyecto de apéndice para las Islas Baleares de 1949 la conservara con elemento válido para pactar dentro de una sucesión, indicando el propio Proyecto que " por *la frecuencia con que se otorgan los contratos llamados de definición de derechos hereditarios, cuya base radica en un Privilegio concedido por el Rey Jaime I, mantenemos esta institución que, lejos de provocar abusos, ha constituido un elemento de armonización, de intereses y de cohesión familiar".* Igualmente, en el anteproyecto de la Compilación de 1953, se decidió de manera unánime, por los compiladores, mantener la institución de la *difinitio,* y de esta manera ha perdurado, ampliándose en cuanto a su regulación hasta la Compilación actualmente vigente.

III. ANALISIS DE LOS ARTICULOS 50 Y 51 DE LA COMPILACIÓN. NATURALEZA Y REQUISITOS DE LA DEFINICIÓN MALLORQUINA

1. Naturaleza. Negocio jurídico oneroso y su posible ineficacia

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares[10] desglosa la institución de la definición mallorquina, a fin de analizarla, concibiéndola como un negocio jurídico complejo, compuesto de dos elementos condicionados, cuales son, el acto de liberalidad y la renuncia, verificándose y dándose validez uno en función del otro, ya que se dona por que se renuncia y se renuncia por que se dona, ello hace que el negocio jurídico devenga oneroso, aun siendo gratuita la causa de la donación por una parte, y la renuncia, por la otra. Se entiende que "*con el perfeccionamiento de la definición ambas partes obtienen ventajas a costa de la otra*". La onerosidad deviene:

1º.- El ascendiente elimina las limitaciones que tiene en el momento de testar; limitaciones que blindaban la legítima.
2º.- El descendiente recibe una atribución patrimonial que no hubiera recibido hasta el momento de la muerte del causante.

Lo que realmente se considera trascendental, por el Tribunal, es el hecho de que la causa del subnegocio jurídico de la donación por parte del ascendente parte del común propósito de las partes de asignar tal donación a un pago adelantado de la legítima, o en su caso de los derechos sucesorios, como distinguiremos más adelante,

10 STSJ Islas Baleares, 28.05.1992 (MP: D. Francisco Javier Muñoz Jimenez)

comprometiéndose el definido a no reclamar nada por tales conceptos en el futuro.

La definición, como negocio jurídico bilateral, consensual, y oneroso, también se caracteriza como un contrato aleatorio[11] y de carácter irrevocable[12]. Igualmente podemos añadir que los dos negocios jurídicos – donación y renuncia- que subyacen en la *difinittio,* no tienen que ser coetáneos: así es posible que un hijo renuncie a obtener la legítima de su padre en contemplación a una donación recibida con anterioridad al momento de la renuncia, al menos tal posibilidad se extrae de la citada Sentencia,[13]o de la opinión de FERRER PONS.[14]

Con lo acabado de exponer, sobretodo con la premisa de que ambos subnegocios jurídicos no adquieren validez el uno sin el otro, entendemos que el articulo 50 de la Compilación, al exponer el término renuncia no lo hace en el sentido técnico-jurídico estricto, pues reiterando la exposición anterior, la renuncia – acto en esencia unilateral-, no adquiere validez sin la liberalidad otorgada por otro sujeto, cual es, el ascendiente.

Conviene resaltar el profundo análisis que el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares efectúa, sobre los supuestos en los cuales la definición devendría ineficaz[15], aplicando la reversión contenida en el artículo 812 del Código Civil. Explica que, aún entendiendo la *difinittio* como un negocio jurídico oneroso *"por efecto de la mutua condicionalidad en la que se encuentran los dos elementos integrantes del tipo negocial, de la misma manera que si el beneficiario resultara despojado del bien donado por consecuencia de evicción, es obvio que la renuncia devendría ineficaz, la premoriencia del descendiente sin dejar posteridad, y por consiguiente que no nazca para éste ni para su estirpe derecho a legitima en la sucesión de su ascendiente a que imputar el pago, priva a la atribución patrimonial de la razón determinante, de modo que no existen impedimentos que se opongan en la situación dicha a que los bienes donados vuelvan de nuevo a quien los dono".*

---

11 El contrato Aleatorio, es aquel que surge cuando la prestación depende de un acontecimiento futuro e incierto. Debemos relacionar el momento de la definición con el momento del fallecimiento del ascendiente, de esta manera si el ascendiente empobrece el definido se ha visto beneficiado con el pacto sucesorio, al contrario si hay un enriquecimiento del futuro causante. Aunque el efecto tenga mayor relevancia si la renuncia no solo se ha producido sobre la legítima, si no sobre todos los derechos hereditarios.

12 Entendida la definición como contrato, le es inherente, entre otras, la característica de irrevocabilidad, a salvo, de pacto posterior entre partes, siempre que no perjudique a terceros.

13 STSJ Islas Baleares, 28.05.1992.- FD SEXTO *in fine "(…) Idéntica solución ha de propugnarse también, y con mayor fundamento todavía, para aquellos casos, teóricamente no descartables, en que premuere el descendiente que se definió en contemplación de donaciones que se le habían entregado con anterioridad y que inicialmente no habían sido preordenadas a tal fin.(…)".* La sentencia contempla un supuesto de hecho en el cual tienen lugar una serie de donaciones no con la finalidad inicial de renuncia de legítima.

14 FERRER PONS, JAIME, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, y DIAZ ALABERT. T. XXXI, vol. I, págs. 925.

15 STSJ Islas Baleares, 28.05.1992 (MP: D. Francisco Javier Muñoz Jimenez)

Con ello el Tribunal bien entiende que el hecho de que exista esta posibilidad de retorno hará que el pacto sucesorio de definición sea utilizado con mayor frecuencia, por que lejos de suponer un reparo, el hecho de que los ascendientes sepan que lo donado para definir retornará a su patrimonio caso de premoriencia sin descendencia del definido, favorecerá el empleo del citado pacto en su sucesión.

Por el contrario, los magistrados Álvaro Blanco Álvarez y Juan López Gaya, emitieron voto particular[16], argumentando de igual forma que la Sala, en cuanto a la onerosidad de la definición mallorquina, y sin embargo, considerando que la reversión no debía aplicarse a la institución foral de la definición al hacer con ello que ésta perdiera su carácter autóctono como elemento jurídico propio de la legislación civil balear, sin contar con que las interpretaciones legales y consuetudinarias hacían, precisamente, inviable la reversión de la donación efectuada en el marco de una definición, aunque a mi entender, con mayor fundamento, al comparar los distintos donatarios: por una parte el donatario definido el cual tiene que renunciar a un derecho legitimario o sucesorio para obtener esa donación, a diferencia del donatario "ordinario", el cual recibe sin tener que renunciar a derecho alguno. Es por lo que, si se considera compatible la reversión con la definición, ponemos en desventaja al donatario definido frente al donatario ordinario. Así pues, al entender de los magistrados discrepantes, el bien donado al donatario definido no debería volver a manos del donante, caso de premoriencia del definido, si no que tal bien debe formar parte del caudal relicto y ser adjudicado a quien corresponda por ministerio de la ley: de lo contrario, se igualan dos figuras jurídicas, a las cuales les corresponde un trato jurídico-legal distinto.

En mi opinión, el hecho de que al futuro causante le impulse definir a uno de sus descendientes el saber que el bien donado regresara a su patrimonio por premoriencia sin descendencia del definido, puede resultar positivo en el marco de la perduración de la definición, figura menos utilizada en la actualidad, y es por lo que compartiría la tesis de la Sala, en sede de la Sentencia referenciada, mediante la cual se apoya la relación reversión-definición.

Pero, ¿qué ocurre si el renunciante premuere a su ascendiente al que otorgó *diffinitio*, habiendo tenido hijos? Ferrer Vanrell, nos indica que decayendo el negocio jurídico de renuncia, se mantiene la liberalidad –negocio dispositivo-atributivo-, lo que siendo un anticipo de legitima, los descendientes del premuerto, deberán imputar a la porción de legitima de la sucesión de su abuelo, tesis que deviene de una decisión adoptada por el Senado, el 6 de julio de 1609[17], mediante la cual se clarificó que el nieto

16 STSJ Islas Baleares, 28.05.1992

17 PLANAS ROSSELLO, ANTONIO. "La Real Audiencia de Mallorca en la época de los Austrias". La Real Audiencia recibía asimismo la denominación de Real Consejo o Senado, que manifiesta su paralelismo en el ámbito insular con el Consejo Supremo de Aragón (p. 50)

entra en el lugar de su ascendiente premuerto (renunciante o definido), respecto a la sucesión del abuelo (donante), imputando la donación a su legítima.[18] Quizás sería más lógico entender que con la premoriencia del definido con descendencia, deviene ineficaz el total negocio jurídico de la definición, es decir, debería revertirse la donación, al igual que debe tener amparo jurídico la petición de legítima de los descendientes del definido.

Fijándonos en la escasísima jurisprudencia existente sobre la materia en cuestión, hallo una Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, que contempla –y en todo caso apoya- la posibilidad de declarar ineficaz una definición, si bien en el marco de un supuesto distinto que el contemplado en la anteriormente referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares[19].

Del completo comentario de la Sentencia, entendemos que la Audiencia Provincial de Baleares, en el año 2000, apoya, de alguna forma, la idea de que exista compatibilidad entre reversión y definición.

Centrando nuestra atención en la Sentencia anteriormente comentada, concretamente en uno de los motivos mediante el cual la demandante pretendía

---

18 FERRER VANRELL, *La Diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca: Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. 1992. Pags.193-194.

19 SAP Islas Baleares , 31.10.2000, Secc. 4ª (MP: Miguel Ángel Aguiló Monjo).
HECHOS: En 1955, la Sra. M.F. novicia en la orden de las hermanas de la caridad de S.V., renuncia mediante escritura a todos los derechos legitimarios y hereditarios de su padre ya fallecido, a cambio de una donación que nunca recibe. En 1998, se demanda la nulidad e ineficacia de tal renuncia, en base, entre otros motivos que aquí no interesan, a la falta de perfección del otro subnegocio jurídico que engloba la definición mallorquina, cual es, la donación que nunca recibe, argumentando que el no recibir el metalico que conformaba la donación, quiebra la razón de ser del pacto de no pedir sito en la definición, reiterando, la demandante, que tal institución deviene nula, también, si no se llegan a profesar votos solemnes.
COMENTARIO: En primer lugar la Sala, efectuando un pormenorizado repaso a la figura de la institución balear, no califica el negocio jurídico otorgado en 1955 como definición, sirviendo la argumentación histórica, doctrinal, y jurídica efectuada por la Sala como apoyo a todo lo, hasta ahora, expuesto. Así, se indica que *"La definición o diffinitio, institución que fue regulada por Privilegios del Rey Don Jaime I de 1274 y otros del Rey Don Sancho de 1319 aunque su uso parece que se remonta a época muy anterior y, desde luego, no estaba circunscrito al ámbito geográfico de Mallorca, era, históricamente, la renuncia a reclamar futuros derechos legitimarios -pactum de non petendo- que, en consideración a la constitución de la dote u otra donación, podían hacer las hijas al contraer matrimonio, primero, los hijos e hijas que profesaban órdenes religiosas, después, y, posteriormente, los hijos varones que salían de la familia. Hoy la conservan los artículos 50 y 51 de la vigente Compilación, Texto Refundido de 6 de septiembre de 1990, -art. 50 de la Compilación de 19 de abril de 1961-; y si bien en la actualidad es muy probable que no se experimente como antaño la necesidad imperiosa de preservar unido el patrimonio familiar, que era la finalidad a que principalmente la institución servía, es indudable que puede rendir utilidad suma como medio de introducir un factor de seguridad en el fenómeno sucesorio por causa de muerte, evitando futuras y eventuales situaciones conflictivas".*
La sala sigue exponiendo que el negocio jurídico efectuado en 1955 no puede calificarse desde el punto de vista jurídico como definición, puesto que la misma es "*de naturaleza esencialmente contractual y, por consiguiente, exige indefectiblemente el consentimiento concorde del ascendiente y el "definido", lo que en modo alguno puede suceder cuando el primero ya ha fallecido"*. No es "definición" la renuncia a una sucesión ya abierta, a unos derechos consolidados, pues, entonces, si es gratuita, nos hallamos, sencillamente, ante una repudiación.
Después de efectuar el análisis de la figura jurídica foral sobre la que trata el presente trabajo, es cuando la Sala descarta entrar a valorar la posible ineficacia de lo que la demandante describía inicialmente como definición, sea por que no consolido sus votos como religiosa (piénsese que estamos ante una renuncia del año 1955, cuando la diffinitio todavía no estaba regulada jurídicamente como institución foral y únicamente regia la costumbre, a salvo, lo anteriormente expresado en el apartado de antecedentes históricos), sea por que nunca recibió la donación como contraprestación a la renuncia, puesto que la Sala ya ha descartado que se trate de una definición precisamente por su propia esencia contractual, como ya hemos visto. Debemos fijarnos en el hecho de que la Sala, apoyando la tesis (no el voto particular) de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 28 de mayo 1992 , da validez al hecho de poder declarar una definición como ineficaz, *("(…)que, en cualquier caso, su renuncia es simple repudiación y no "definición" que pueda ser declarada ineficaz")* con motivo a que, con posterioridad a la renuncia y donación, la definida no hubiera consolidado sus votos religiosos, algo que de conformidad con el voto particular de la referida Sentencia de TSJ Baleares, no sería posible, debido a que la definición se consolida en el mismo momento de su otorgamiento sin que puedan influir acontecimientos posteriores como la premoriencia del descendiente sin descendencia.

obtener la declaración judicial de ineficacia de lo que ella creía *diffinitio*, cual es la no consolidación de sus votos como religiosa, debemos indicar que sabemos casi con toda seguridad cuál habría sido el fallo de la Sentencia: la declaración de ineficacia de la *diffinitio* que se deduce de su propia motivación jurídica. Así, Ferrer Vanrell, en su estudio profundizado sobre la figura de continua referencia, ya en 1988, clarifica, repasando la historia, que la profesión de votos es esencial para la eficacia del negocio jurídico, no solo para la atribución patrimonial por ingresar en una orden religiosa, sino también por la renuncia, conforme al capítulo 16 de la Sesión 25 del Concilio de Trento. Si no se seguía la profesión de votos, el negocio previamente otorgad, era ineficaz.[20]

No podemos abandonar los apuntes sobre ineficacia, revocación y, en su caso, reversión de la *diffinitio*, sin tratar unas cuestiones que, en torno a ello, también se nos podrían plantear. Así, cabria formularse qué ocurriría si efectuada la *diffinitio*, y consolidada la misma, deviene una causa de desheredación o de indignidad. En primer lugar debemos indicar que la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, en cuanto a la definición, nada regula, aunque sí respecto a la donación universal, exponiendo el segundo párrafo del artículo 8[21] que a pesar de caracterizarse por su irrevocabilidad, puede ser revocada en los supuestos previstos en el apartado a y b del punto primero del artículo 7 bis[22]. Igualmente las causas de revocación por indignidad sirven como causas de deshederacion[23]: entendemos con ello que si deviene causa de desheredación en sede de la donación universal, sería revocable la misma.

También el Libro III de la misma Compilación, el cual se refiere a las disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera, indica que las causas de indignidad y desheredación operan como causas de revocación, a través de la ineficacia de los pactos sucesorios.[24]

De lo anteriormente expuesto surge una nueva cuestión;¿Cabe la aplicación analógica de la normativa dispuesta para la donación universal a la definición o de la normativa pitiusa a la definición, a la cual le corresponde la aplicabilidad de la ley mallorquina? Entiendo que de la interpretación conjunta de los artículos 1 y 2 de la

---

20 FERRER VANRELL, *La Diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca: Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. Palma de Mallorca, 1992. Pags.191-192

21 Modificación introducida por la Ley 3/2009 de 27 de abril, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

22 Son indignos para suceder, y por remisión del artículo 8 de la Compilación, se revocará la el pacto sucesorio de la donación universal cuando el donatario sea condenado en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes, y también cuando sea condenado en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.

23 Articulo 7. Bis. 3 de la Compilación: "Las causas de indignidad del punto 1 son también justas causas de deshederamiento".

24 Articulo 74 de la Compilación e.r. Articulo 69 bis de la Compilación.

Compilación, los cuales permiten la aplicación supletoria de un derecho más lejano, el derecho civil común, en relación también, con el artículo 4 del Código Civil, sería viable tal aplicabilidad, y en consecuencia considerar ineficaz, y por ende, revocable, una definición en la cual devenga cualquier causa, tasada legalmente, de deshederación o indignidad.

2. Requisitos

A) SUBJETIVOS

Se refiere a las personas, es decir, analizamos en este punto quién puede ser definido y quien puede definir. Con anterioridad a la Reforma legislativa de 1990, y atendiendo a la literalidad del antiguo artículo 50 de la Compilación, parece ser que únicamente podían ser definidos los hijos e hijas.

Apoyaba tal interpretación literal el autor Pascual y González[25], entendiendo que al ser la definición un derecho especialísimo y silenciar el propio articulo 50 la posibilidad de que los nietos pudieran participar en el citado negocio jurídico, debía entenderse que únicamente se podía definir a los hijos.

Sin embargo es fácil desestructurar tal interpretación literal efectuada por el citado autor; es el propio Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares[26] el que argumenta a favor de una interpretación más amplia del antiguo artículo 50 de la Compilación.

Se analiza por parte del Tribunal si es posible que un nieto pueda renunciar a sus derechos legitimarios respecto a la herencia de su abuelo. La respuesta es afirmativa por varios motivos, entre los cuales se hallan el hecho de que el Tribunal Supremo ha equiparado en repetidas sentencias, en el seno de la interpretación de testamentos, o incluso en otros supuestos, a los hijos con los nietos, con la salvedad de que éstos últimos estén expresamente excluidos, y el hecho de que la "evolución legislativa lo ha sido en el sentido de generalizar los posibles supuestos personales de definición".

El Tribunal entiende que el primitivo artículo 50 de la Compilación, acoge la posibilidad a través de la interpretación de que un nieto renuncie a los derechos

25 PASCUAL Y GONZÁLEZ, La definición, Institución del derecho sucesorio contractual. Palma de Mallorca, 1962. Pág. 55

26 STSJ Islas Baleares, 20.12.2001 (MP: D. Antonio Federico Capó Delgado).

legitimarios de su abuelo a cambio de una disposición por parte del propio abuelo, amparándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo[27], en los precedentes históricos[28], y al desarrollo legislativo que ha desembocado en la actual redacción del artículo 50 de la Compilación, que permite definir a los descendientes legitimarios.

Superado el obstáculo inicial y en base al cual se solicitaba la nulidad de la *diffinitio*, y concluyendo la Sala que cabe la posibilidad de definir a un nieto aplicando el antiguo artículo 50, el problema sigue en el supuesto planteado, ya que el nieto que renunció a los derechos legitimarios de su abuelo lo hizo representado por su padre al no estar emancipado, algo que tampoco se contempla en la Compilación de 1961, y en base a lo cual también se solicita la nulidad de la definición.

La Sala acude al Código Civil vigente en el momento en el cual se otorgó la definición, aplicable en base a la Disposición Final Segunda de la Compilación de 1961[29], y concluye indicando que es posible que el nieto (menor no emancipado) renuncie a los derechos legitimarios de su abuelo materno, representado por su padre, representando, obviamente, el menor, a su madre premuerta en la sucesión de su abuelo. Así, aplicando al supuesto de hecho el artículo 626 del Código Civil, el cual indica que un menor no emancipado no puede aceptar donaciones condicionales u onerosas salvo que sea a través de su legitimo representante, y además acudiendo al artículo 164 relación al artículo 155 del Código Civil, en su redacción en el momento en el cual se otorgó la definición referenciada, esto es, en 1979, es de ver que un menor no emancipado podía quedar definido a través de la representación de su padre, ya que la Compilación de 1961 no lo prohibía y sí lo permitía el Código Civil, aplicable supletoriamente, pues si el este último autorizaba lo más (repudiar herencia en representación de un hijo no emancipado), se entendió en la citada Sentencia que también se autorizaba a lo menos (renuncia a legitimas en base a donaciones). Como antecedente y confirmando el hecho de que es posible ser definido a través de representación, se puede aportar la Sentencia del Juzgado número 2 de Palma, de 17 de marzo de 1957 que resuelve el caso en el que las partes intervinientes otorgaron definición ante Notario por medio de representación.[30]

---

27 STS, Núm. 192/1981, de 30.04.1981 (MP: D. CECILIO SERENA VELLOSO): *"(…) La palabra hijos empleada en disposiciones de última voluntad comprende a todos los descendientes".*

28 FERRER VANRELL, *La Diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca: Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. Palma de Mallorca, 1992. Pags. 86.

29 *"En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general"*

30 FERRER PONS, JAIME, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, y DIAZ ALABERT. T. XXXI, vol. I, págs. 923 y 924.

Conviene resaltar, en este punto del estudio, el hecho de que el Tribunal Superior de Justicia de Baleares[31] autorice de manera justificativa el que un descendiente legitimario pueda renunciar a los derechos legitimarios, o en su caso hereditarios, respecto a un progenitor del cual no recibe donación alguna, en base a una atribución lucrativa efectuada por el otro progenitor. Si nos detenemos brevemente en este punto, quizás podamos entender mejor uno de los fundamentos históricos de la definición, comentado con anterioridad, cuál es la conservación del patrimonio familiar. De esta forma, se permite que un legitimario renuncie a través de la *diffinitio* a los derechos legitimarios de su padre a cambio de una donación de bienes de su madre: sería el caso de que los ascendientes tuvieran en propiedad, cada uno de ellos, una finca, suponiendo su total patrimonio, con lo que las exigencias legitimarias forzarían a vender las mismas fincas para proceder a su reparto. En cambio, con la *diffinitio*, el adjudicatario de la finca paterna renunciará a la materna y viceversa, manteniéndose el patrimonio en la familia.

Por lo que se refiere a la vecindad civil, FERRER PONS se plantea y resuelve diversas cuestiones, determinando en su estudio que para otorgar definición, únicamente, es necesario que el ascendiente tenga vecindad civil mallorquina, ya que para determinar la validez de un pacto sucesorio se estará a la ley nacional del causante en el momento de su otorgamiento (artículo 9.8 del Código Civil), al igual que lo relevante para saber qué legislación aplicar a una sucesión es la ley nacional del causante.[32] A parte de esta acertada interpretación doctrinal, contamos con el reflejo de lo anteriormente expuesto en el actual artículo 50 de la Compilación, al igual que en el mismo se contempla que un cambio de vecindad civil después de haber otorgado *diffinitio* no afecte a la validez de la misma.

En cuanto a la capacidad para intervenir, también se pone de manifiesto el cambio radical producido en el actual artículo 50 de la Compilación, el cual no exige el consentimiento de los maridos para que una mujer sea definida en la herencia de sus ascendientes.

En este punto, el cual trata de los sujetos intervinientes en la definición, nos planteamos la posibilidad que tendría un causante de definir a sus ascendientes o a su cónyuge, algo que no se contempla en la propia Compilación ni aparece su posibilidad plasmado en jurisprudencia. Son razones históricas y legales las que nos indican la imposibilidad de que el negocio jurídico de la definición se perfeccionara entre los sujetos referenciados,

31 STSJ Islas Baleares, 28.05.1992 – FD 7º (MP: D. Francisco Javier Muñoz Jimenez)

32 Entiéndase vecindad civil al mencionar "ley nacional del causante" (Arts. 16 e.r 9.8 del Código Civil)

sin embargo, en nuestra Compilación los ascendientes[33], a falta de hijos, y el cónyuge viudo, son legitimarios, por lo que si existiera una ampliación subjetiva en la normativa foral reguladora de la definición quizás pudiera ser interesante definir a unos ascendientes, con el fin, por ejemplo de liberar a su cónyuge de pago de legítimas en el momento de su fallecimiento, pudiendo mantener la residencia matrimonial intacta, caso de ser el único bien que comprendiera el caudal relicto. De todas formas, está claro que de permitirse legalmente tal definición se caracterizaría, entiendo, por su desuso, ya que únicamente entraría en juego, en caso de ausencia de hijos y siempre y cuando existiera un cónyuge.

Y nos preguntamos también, ¿qué ocurriría si en el mismo supuesto anterior, una vez fallecido el qué define, aparece un descendiente declarado judicialmente como tal, tras el correspondiente procedimiento de filiación? Entendemos que el cónyuge viudo debería pagar, ahora sí, la legitima correspondiente a ese hijo, y la definición otorgada al ascendiente debería ser revocada por ineficaz, al igual que como se ha expuesto con anterioridad, cuando un descendiente definido premuere al ascendiente, sin descendencia.

B) FORMALES

De conformidad con el actual artículo 50 de la Compilación no hay lugar a dudas que tal institución, de ser otorgada, debe instrumentalizarse a través de escritura pública[34]. Sin embargo, con anterioridad a la reforma, la Compilación no contemplaba este requisito, al igual que tampoco se contemplaba el momento de su otorgamiento. Algunos autores, como LACRUZ[35], entendían que conforme a las antiguas costumbres bastaba que se otorgara en documento privado.

En cuanto al momento en el cual debe otorgarse, el propio artículo 50, también es claro al indicar que la *diffinitio*, únicamente puede otorgarse en vida de los ascendientes, y no cabe renunciar a derechos legítimos una vez fallecidos aquellos.

IV. OBJETO DE LA *DIFFINITIO*

El objeto de la *diffinitio* comprende la totalidad de los derechos legitimarios/ sucesorios futuros a los que se renuncia y que surgirían de la futura apertura de la sucesión del ascendiente, así como la atribución otorgada por éste a favor del renunciante.

33 Entiéndase ascendientes como padres, los únicos legitimarios según la Compilación.

34 *"La definición deberá ser pura y simple e instrumentalizarse en escritura pública (…)"*

35 VER "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales"*, t. XXXI, vol. I, pág. 924

El derecho civil romano prohibía la definición basándose en que el objeto del negocio jurídico, es decir, el derecho al que se pretendía renunciar, era irrenunciable. Nos hallamos ante unos derechos (los legitimarios) inmutables sobre los que no es posible disponer. Se acogían también al hecho de que el principio indiscutible -libertad de testar- en el cual se fundamentaba su derecho sucesorio, se quebraba por el pacto de no suceder.

Igualmente se atribuía otra problemática al objeto de la definición, cual era el derecho al que se renuncia es una expectativa; según sus teorías no se puede renunciar a un derecho futuro ya que sobre el mismo no existe poder de disposición y la renuncia es un acto de disposición. FERRER VENDRELL explica que varios doctores resolvieron la cuestión con uno de los elementos esenciales de la diffinitio, el pacto; éste convertía la expectativa en un derecho futuro con causa de presente, según los doctores, sí renunciable[36].

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en la Sentencia ya referenciada de 20 de diciembre de 2001, explica en un marco más actualizado la posibilidad de donar una expectativa en sede de una *diffinitio*, resolviendo la demanda de nulidad de la institución planteada precisamente por el carácter de la donación, entre otros motivos. Los ascendientes donan al definido la nuda propiedad de unas fincas, reservándose derecho de venta sobre las mismas, renunciando éste a sus derechos legitimarios en escritura pública, y al morir sus ascendientes, el definido deviene pleno propietario de algunas de las fincas puesto que sus ascendientes han dispuesto del derecho que se reservaron. El Tribunal resuelve que *"el negocio se perfeccionó el día de la firma de la escritura, y las expectativas de toda índole por el creadas se fueron transformando (…)hasta que al morir los causante, se llego al momento final del negocio en el que se realiza el fin perseguido por este".*

Siguiendo con la partida de los derechos a los que se puede renunciar; ya hemos señalado que los derechos legítimos son derechos futuros con causa de presente, puesto que si bien es cierto que son expectativas, en un futuro van a darse en virtud de la relación de parentesco entre las partes de la *diffinitio*, en cambio respecto a los derechos sucesorios voluntarios, a los que también puede renunciarse en base a una donación, el descendiente no tiene una expectativa fundada de recibirlos, aunque la permisión a la renuncia de esta expectativa, empero, se podría justificar con el consentimiento del futuro causante a la renuncia del definido, con lo que se estaría admitiendo que existe algo a lo que precisa que su descendiente renuncie, y por ello adquiere validez tal expectativa.

36 FERRER VANRELL, *La Diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca: Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. Palma de Mallorca, 1992. Pags. 118-119

V. CLASES DE *DIFFINITIO*

Del primitivo artículo 50 de la Compilación surgía la duda de si la renuncia podía limitarse a la legítima o necesariamente debía extenderse a la legítima, y además, a todos los derechos sucesorios. Lo que estaba claro era la necesidad de que la renuncia comprendiera, al menos, la legítima, por lo que difícilmente podría haberse incluido en tal artículo una alternativa a la renuncia de la legítima.

Se permitía pues renunciar sólo a la legítima, conservando los demás derechos sucesorios intactos, fundamentándose para ello en la finalidad principal de la definición, que no es más que la de liberar la herencia futura de los ascendientes de la carga que supone la legítima, o en que la institución de heredero u ordenación de legado a favor del hijo definido no perjudicara a los demás legitimarios, ya que el heredero (definido) recibirá su haber tras el computo de la legítima (que al definido no le correspondería, aunque para el cálculo de legitima si hará número[37]) y en cuanto al legado, tampoco perjudicará la legítima de los legitimarios, entre otros motivos los cuales incluyen el carácter contractual de la definición con la necesaria aplicabilidad del principio de autonomía de la voluntad. De esta manera y de conformidad con el actual articulo 50, entendemos que se comprendía la posibilidad de una renuncia a todos los derechos sucesorios, incluyendo la legítima, o únicamente, una renuncia a la legítima.

De lo anteriormente expuesto extraemos dos tipos de definición, la amplia y la estricta, y en atención a la dicción del artículo 50 de la Compilación de 1961, se entiende que dependiendo de su forma podemos distinguir una definición en contemplación a donación o en contemplación a ventaja, en ésta última se podrían enmarcar todos los favores que no tendrían encaje en la donación propiamente dicha, por ejemplo, como indica FERRER PONS, costear unos estudios al hijo renunciante. Con la Compilación actual desaparece el término ventaja, y, diría, se sustituye por atribución o compensación.

También y como se ha visto con anterioridad, aprobado por la jurisprudencia, la donación podría ser de pleno dominio o de nuda propiedad.

Entiendo que, en el caso de una renuncia únicamente a la legítima, conservando intactos los demás derechos hereditarios, siendo el definido, además instituido heredero por testamento posterior, cabrá plantearse si la legítima de los demás legitimarios se ha respetado al efectuarse la donación al definido ya que siendo el valor de lo donado

37 Artículo 42.2 de la Compilación de 1990.

para el otorgamiento de la definición superior a la legítima que le correspondería una vez fallecido el causante y en consecuencia perjudicar la legítima de los demás, debe aplicarse la regla prevista en el propio articulo 50 in fine de la Compilación y computarse el valor de la donación inicial a efectos de cálculo de legitima[38].

VI. TRATAMIENTO FISCAL DE LA *DIFFINITIO*

La Definición está regulada en los artículos 50 y 51 del capítulo III (De la Sucesión Testada) del título II (De las sucesiones) del Libro I (De las Disposiciones aplicables a la Isla de Mallorca) del Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, y tal y como se ha visto con anterioridad la Definición es un pacto sucesorio.

El artículo 56 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de Baleares[39] establece que *"(…)La definición a que se refieren los artículos (…) 50 y 51 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Baleares, tendrán el carácter de título sucesorio a los efectos del artículo 11.b del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de Impuesto sobre sucesiones y Donaciones, y, en consecuencia, gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando les sean aplicables"*

A su vez, el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dispone en su apartado 1, letra a), que *"Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio".* A este respecto, el artículo 11 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, determina en su letra b), que *"Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: … b) Los contratos o pactos sucesorios". De esta manera, se deduce que* los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

---

38 De esta forma el definido instituido heredero deberá computar en el caudal relicto su donación siempre y cuando la misma se haya excedido en cuanto a su porción de legitima. Ver nota p.g. nº 4

39 La legislación fiscal balear será siempre de aplicación a la tributación de la definición, al exigir, la normativa balear, que el causante (entendamos por éste al ascendiente, en la defunción) debe tener vecindad civil balear, requisito preceptivo en la propia definición. De esta forma el artículo 2 de la Ley 28/2010, de 16 de julio, de régimen de cesión de tributos del estado a la CAIB y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, remite al artículo 32.2 A) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común, indicando el mismo que en el caso del impuesto que grava las adquisiciones mortis causa, se considerara producido el rendimiento del impuesto en la comunidad autónoma donde el sujeto pasivo tenga su residencia habitual en el momento del devengo, y de esta forma se determinara la ley aplicable. Así, para otorgar definición, se ha estudiado con anterioridad que el ascendiente debe tener vecindad civil balear, y éste al considerarse causante a efectos fiscales, determinara con su vecindad, la aplicabilidad de la normativa fiscal balear.

Por lo tanto, el tratamiento fiscal que debe darse a la definición, en cuanto a determinar qué tipo de impuesto aplicar, es el que corresponde a las adquisiciones mortis causa.

De esta forma, habrá que aplicar las normas fiscales de la sucesión (en base al artículo 3 de la ley 29/1987 del Impuesto de sucesiones y donaciones o del artículo 11 del Reglamento del impuesto), y por ende, podrá el renunciante/donatario pedir la aplicación de las mismas reducciones y bonificaciones, que si lo donado ahora en pago de legitima, lo recibiera al fallecer el donante, a titulo de heredero o legitimario.

En cuanto al devengo del impuesto, cabe indicar que el artículo 24.1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones dispone que en las adquisiciones producidas en vida del causante, como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en el que se cause o celebre dicho acuerdo.[40]

En cuanto a la tributación sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, cabe indicar que el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio establece que "(…) 3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (…) b) Con ocasión de la transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente." En el caso de la definición, y siguiendo la dicción del mencionado precepto sin normativa comparativa a los efectos oportunos, al producirse una trasmisión de bienes en vida del causante, no resultará aplicable lo dispuesto en el citado precepto por lo que si se generase una ganancia patrimonial estaría sujeta al impuesto.[41]

A mi entender debería aplicarse la exención plasmada en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, ya que el tratamiento en el impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de los pactos sucesorios contemplado en el derecho Civil de Baleares es el que corresponde a las transmisiones mortis causa, por tanto entiendo que en el Impuesto sobre la Renta de

---

40 En este sentido podemos acudir a la Consulta vinculante de la DGT, de 9 de marzo de 2010 (núm V450/2012), la cual resuelve una consulta en sede de definición, indicando que *"en materia de devengo debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 24 de la Ley 29/1987, cuyo apartado 1 establece en el ultimo inciso una regla especial para los pactos sucesorios, en los siguientes términos "(…) no obstante en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengara el dia en que se cause o celebre dicho acuerdo".* De acuerdo con lo anterior, el impuesto se devengara con el otorgamiento de escritura publica de definición.

41 Consulta Vinculante 1969/2009, de 4 de septiembre de 2009, y consulta vinculante 2714/2009, de 9 de diciembre de 2009, DGT. Ambas resuelven la consulta en sede de definición en el sentido de negar la aplicabilidad de la exclusión del articulo 33.3 b) de la Ley del Impuesto renta de las personas físicas, a la ganancia patrimonial que pudiera existir por la trasmisión de bienes y derechos en vida del contribuyente.

las Personas Físicas, podría igualmente equipararse el pacto sucesorio con la trasmisión lucrativa por causa de muerte, resultando exenta cualquier posible ganancia patrimonial producida en la definición, algo que también podria tener acogida si nos amparamos en los artículos 56 y 58 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Baleares 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones, los cuales exponen que "los (…) pactos sucesorios gozaran de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando les sean aplicables".

De lo anteriormente expuesto se pueden deducir las siguientes conclusiones positivas a nivel fiscal, en cuanto a la utilización de la figura de la definición, haciendo tales consideraciones mucho más atractivo el empleo de tal institución, desde el punto de vista fiscal, sin querer desnaturalizar su finalidad desde el punto de vista civil:

Primera.- La institución del Derecho Civil de Baleares denominada "definición" es un pacto sucesorio, y los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por lo tanto, el tratamiento que debe darse a los pactos sucesorios en este impuesto es el que corresponde a las adquisiciones mortis causa.

Segunda.- el momento de devengo del impuesto es en el momento en que se perfecciona el contrato de definición.

Tercera.- El ascendiente en la donación deberá tributar si existe una ganancia patrimonial con motivo de la donación, ya que la exención prevista en la Ley del IRPF, y referenciada con anterioridad únicamente es aplicable a las trasmisiones lucrativas con motivo de la muerte del contribuyente, algo que en la definición no se dá.

En definitiva, a efectos fiscales, y con la normativa balear vigente, complementada por la estatal, es posible donar un bien inmueble a través de la definición y tributar como si de un bien heredado (de padre a hijo) se tratara, con los beneficios fiscales que ello implica.

VII. APUNTES CRÍTICOS

Como hemos visto en el presente estudio, la sucesión contractual es incompatible con la libertad de testar promulgada por el derecho Romano, por lo que la definición es una institución, en principio, contraria al Derecho romano, planteándose, por ello, varios interrogantes en torno a esta figura, debido, sobre todo, a su escasa regulación, doctrina y jurisprudencia.

¿Realmente podemos decir, como apuntaba Clar Garau[42], que nos hallamos ante una institución peligrosa? Es difícil la solución a tal cuestión debido a la escasísima jurisprudencia sobre la materia.

Entendemos que se puede utilizar el otorgamiento de tal figura en perjuicio de los acreedores del definido, pero, la pregunta que formularemos una vez admitida tal posibilidad, será la posible aplicabilidad del artículo 1001 del Código Civil a la definición mallorquina, el cual permite a los acreedores del heredero que ha repudiado la herencia solicitar al Juez que les autorice a aceptar la herencia en nombre del que ha repudiado (en el caso de la definición, en nombre del definido). En base a las consideraciones fundamentadas por el Tribunal Supremo[43] en sede de una desheredación, podríamos entender que, de manera analógica, los acreedores del definido podrían ejercitar la acción contenida en el artículo 1001 en el marco de una definición que se haya otorgado en perjuicio de los acreedores del definido. De todas formas entendemos como Clar Garau que la aplicación o no del citado precepto dependerá de la calificación que se le atribuya a la definición. Si lo entendemos como renuncia a los derechos legitimarios o hereditarios parece ser que damos encaje a la aplicabilidad del artículo 1001 del Código Civil, por la asimilación en significado a la palabra repudiación que contiene el propio artículo; ahora bien, si lo entendemos como un finiquito de derechos, la cabida del precepto, entiendo, sería más dudosa.

Con independencia de las cuestiones ambiguas que puedan pesar sobre la figura de la definición y sobre todo de las lagunas que puedan existir por su incompleta regulación y por la escasa jurisprudencia existente sobre la materia, creo que nos hallamos ante una figura histórica que conserva a fecha de hoy su esencia como contrato sucesorio civil, siendo también una institución muy atractiva a efectos fiscales para organizar un patrimonio en vida del causante, permitiéndole a éste la conservación integra de alguno de sus bienes, asegurándose en vida la indivisión del ciertos inmuebles que por un motivo u otro quiere conservar en manos de un descendiente concreto, evitando problemas jurídicos con herederos forzosos problemáticos.

42 "El Derecho Foral de Mallorca" P. 76

43 STS, núm. 300/1979, de 03.10.1979 (MP: D. Jaime de Castro).- En sede de una desheredación de hecho, los acreedores del legitimario desheredado de manera consentida, haciendo uso de la facultad que les otorgaba el artículo 1001 del Código Civil, ejercitaron acción de reclamación de legitima del desheredado en propio beneficio cubriendo las deudas.

BIBLIOGRAFIA

AGUSTÍN TORRES, CARMELO y AGUSTÍN JUSTRIBÓ, JAIME (2004), *Los contratos sucesorios y el impuesto de Sucesiones. Devengo y reducciones. V.Lex. Revista la Notaria núm. 3/2004.*

BUSTO LAGO, J.M, ALVAREZ BARBEITO, P., ALVAREZ PLATA, N., CALDERON CARRERO, J.M, PEÑA LÓPEZ (2010), *Derecho de sucesiones, legislación, comentarios y jurisprudencia. aspectos civiles, procesales y fiscales. Thomson. Aranzadi*

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ y DE LOS MOZOS, JOSE LUIS (1978), *Derecho civil español común y foral: Derecho de sucesiones. Los particulares regímenes sucesorios, la sucesión intestada, la sucesión contractual, la sucesión excepcional.* Reus

CLAR GARAU, RAIMUNDO, COLL CARRERES, MIGUEL, FERRER PONS, JAIME, MASSOT MIQUEL, MIGUEL, MIR DE LA FUENTE, TOMAS, NOGUERA ROIG, FRANCISCO, VERGER GARAU, JUAN.- DIRECCIÓN OBRA.- ALBALADEJO, MANUEL (1980), *Comentarios al Codigo Civil y Compilaciones Forales – TOMO XXXI – VOL.1.* Editorial.- Edersa.

CLAR GARAU, RAIMUNDO,(2005) *El Derecho Foral de Mallorca*, Ed. Lleonard Muntaner.

DE BARRÁN ARNICHES, Paloma (1999) *La definición y el finiquito de legitima en el Derecho Civil de las Islas Baleares*. Publicación La Notaría. Núm 5/1999 – Archivo Histórico de protocolos de Barcelona.

FAUS, MANUEL (2008), *Sucesión paccionada en Mallorca. V.lex.*

FERRER VANRELL, PILAR (2003), Lecciones de derecho civil balear, Ed. Col.lecció de Material. Didàctics de la UIB, Mallorca.

FERRER VANRELL, MARIA PILAR (1992) *La Diffinitio en el derecho civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. Ed. UIB

FERRER VANRELL, MARIA PILAR, (1990) *Tradición Jurídica Mallorquina: Autors del segle XV al XVIII*. Ed. UIB.

JIMENEZ GALLEGO, CARLOS (Coordinación) (2012) *Jornadas de Derecho Civil Balear, con motivo del 50 aniversario de la compilacion balear*. Ed. Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER (2006), *Código Civil comentado,* 5ª ed., Editorial La Ley.

PLANAS ROSSELLO, ANTONIO, (2010) *La Real Audiencia de Mallorca en la época de los Austrias*. Ed. Univ. Pompeu Fabra.

rjib 11
COMENTARIS I NOTES

COMENTARI A LA STC 132/2012, DE 19 DE JUNY, SOBRE LA LLEI 8/2000, DE 29 D'OCTUBRE, DE CONSELLS INSULARS. UN TANCAMENT EN FALS DE LA PROBLEMÀTICA DEL RÈGIM D'ORGANITZACIÓ I FUNCIONAMENT?

Jaume Munar Fullana
Professor Associat de Dret Administratiu
Universitat de les Illes Balears

I. La importància del pronunciament del TC quant al règim jurídic dels consells insulars: els preceptes qüestionats. **II.** La tesi central de la defensa per part del Lletrat de la Comunitat autònoma. **III.** La providencial aplicació de la doctrina del *ius superveniens* en l'aval de la Llei de Consells Insulars. Un exemple paradigmàtic de constitucionalitat sobrevinguda. **IV.** Les fonamentacions jurídiques emprades pel TC per avalar el gruix dels preceptes impugnats de la LCI. **V.** Les causes d'inconstitucionalitat de les dues úniques previsions anul·lades de la LCI per contradicció amb la legislació bàsica. **VI.** Reflexions entorn al vot particular. Un avanç sobre el manteniment del debat del règim d'organització propi dels consells. **VII.** Reflexions entorn les diputacions, les comunitats autònomes uniprovincials i els consells insulars. Una possible tercera via en la interpretació de l'art. 41.3 de la LRBRL dins l'Estat autonòmic. **VIII.** Algunes reflexions finals sobre la forma de tancament del debat constitucional relatiu al règim d'organització i funcionament. **IX.** Breus ressenyes bibliogràfiques sobre la qüestió tractada per la sentència.

I. La importància del pronunciament del TC quant al règim jurídic dels consells insulars: els preceptes qüestionats

L'aprovació per part del Parlament de les Illes Balears de la Llei 8/2000, de 27 d'octubre de Consells Insulars (LCI), amb la subsegüent derogació de la llei precedent d'idèntica denominació, la Llei 5/1989, de 13 d'abril, obeïa d'acord amb les pròpies paraules del legislador, a la superació de més d'una dècada de vigència sense abordar de cara alguns dels aspectes essencials del règim jurídic dels consells i, en especial, el de l'organització.

És precisament en l'exposició de motius de la LCI on es fa ressò del fet de l'evolució del model autonòmic balear, que facilitava, l'any 2000, que el Parlament donés un nou pas en l'articulació institucional de l'autonomia. Això a partir de l'experiència del funcionament del sistema administratiu, juntament amb la darrera reforma del text estatutari, operada en aquell moment per la Llei orgànica 3/1999, de dia 8 de gener, que feia especialment oportuna l'actualització de l'ordenació establerta a la Llei 5/1989, de 13 d'abril, de Consells Insulars per adequar-la a una etapa en què eren paleses les aspiracions d'un major desenvolupament de les administracions insulars.

Ens trobàvem així amb la LCI davant una norma que, com es pot constatar, en la seva exposició de motius suposava un exemple més que correcte en la justificació i contextualització de la regulació que introduïa, essent en aquest sentit, cabdal allò que exposa el seu apartat IV, dedicat a la descripció de la seva funció essencial en desplegament de determinacions de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears (EAIB), d'acord amb la redacció dels seus preceptes vigent en aquell moment, per tal d'establir les regles fonamentals del règim jurídic, l'organització i el funcionament dels consells insulars.

És així l'exposició de motius la que, per la seva correcció, ens serveix per assenyalar algunes qüestions clau que seran tractades a la sentència del TC objecte d'aquest comentari, començant, com no podia ser d'altra manera, per la referència al fet que les Illes Balears estaven habilitades a fer ús, «com a expressió més genuïna de l'autonomia, de les seves facultats d'autoorganització, facultats que es fonamenten també sobre el títol de competències que figura a l'article 11.2 de l'Estatut. D'altra banda, pocs dubtes planteja el fet que la posició central dels ens insulars va lligada a la intensitat dels poders normatius del Parlament, institució a la qual pertoca de fer la construcció del sistema administratiu balear i l'articulació dels diversos interessos territorials en cada un dels sectors de l'acció pública.»

Seguidament i a fil dret de l'anterior, i tal volta com a clàusula de salvaguarda d'inserció de la llei autonòmica en el bloc de la constitucionalitat, assenyalava igualment el legislador balear el fet que «les solucions que incorpora aquesta llei encaixen sense dificultat en el marc de la normació bàsica, el qual està integrat principalment per la legislació estatal de règim jurídic de les administracions públiques, en la qual s'inclouen les regles fonamentals de l'organització de les illes com a ens territorials. Es tracta d'un àmbit prou flexible que, a la llum dels preceptes estatutaris, permet al Parlament regular àmpliament l'organització i el funcionament dels consells, de manera que aquestes administracions puguin assumir adequadament la càrrega de competències que preveu l'article 39 del text estatutari i, al mateix temps, en resulti potenciada la capacitat d'autoorganització.»

D'aquesta forma, en aquest específic punt relatiu al règim de nova configuració legal autonòmica quant a l'organització i funcionament dels consells insulars que s'introdueix per la LCI l'any 2000, es poden destacar els següents aspectes, igualment seguint les paraules de la seva exposició de motius:

a) Partint d'un esquema fonamentat en l'organització bàsica com a ens locals, simultàniament, es possibilitava que cada ens insular, per reglament orgànic, pogués crear i regular òrgans que funcionarien d'acord amb el principi de gestió burocràtica.

b) Un reforçament de l'atribució de competències marcadament executives en el president i en els òrgans que en depenen com a via d'acostament a les exigències del principi constitucional i estatutari d'eficàcia. Com a contrapès, s'establien determinacions sobre la fiscalització política i administrativa de l'administració executiva dels consells. Es pretenia així assegurar la validesa d'un sistema de govern i d'administració operatiu que, alhora, sintonitzaria plenament amb els principis democràtics i de representació, inherents a aquestes corporacions.

c) Com a tret més innovador, es va preveure que, a tots els consells, hi hagués d'haver un consell executiu, llevat que el Reglament orgànic disposés una altra cosa. Aquest òrgan, cridat a ser l'element motor del govern i de l'administració executiva dels consells, queda sotmès al president i, en la seva composició, s'entén que hi ha de prevaler el principi d'eficàcia.

d) D'existir Consell Executiu, la Comissió de Govern passava a tenir una composició representativa de la que tengui el Ple.

e) Els membres del Consell Executiu encapçalen els departaments corresponents, els quals podran estructurar-se en direccions insulars i secretaries tècniques, al davant dels quals hi haurà un titular que eventualment disposarà de facultats resolutòries i que serà lliurement designat pel president del consell.

f) S'autoritzava la creació d'uns òrgans de gestió, amb la fórmula de direccions insulars i de secretaries tècniques, dependents directament del president o d'un membre de la Comissió de Govern.

g) En relació al règim de funcionament, s'estableixen finalment regles especials derivades de les facultats de control de què disposa el Ple sobre l'administració executiva dels consells.

Contra tot un conjunt de preceptes de la LCI reguladors dels anteriors aspectes concrets d'organització i funcionament dels consells insulars, es va interposar per part del President del Govern d'Espanya recurs d'inconstitucionalitat, amb suspensió de la seva vigència, que fou aixecada mitjançant interlocutòria del TC núm. 132/2001, de 23 de maig, moment des del qual han tengut plena aplicabilitat.

Tot i que evidentment no era una bona notícia la interposició de l'esmentat recurs inconstitucionalitat, com a mínim la seva resolució hauria de servir finalment per aclarir o donar llum a un debat intens produït durant l'aprovació de la norma quant a les possibilitats del legislador autonòmic en el punt de major innovació, el del règim jurídic organitzatiu i de funcionament de nova implantació; tota vegada que altres aspectes sense dubte igualment interessants, quant a la pròpia naturalesa dels consells insulars o el sistema d'assignació de competències oferien una altra problemàtica.

Restava per tant l'avaluació dels paràmetres admissibles de la legislació autonòmica, quant a l'abast de regulació del seu règim d'organització i funcionament, en els marges de la legislació bàsica de règim local, doncs el debat de constitucionalitat s'origina en el context temporal en què en la normativa estatal, entenent que dins la normativa estatal també s'hi inclou un Estatut d'Autonomia, els aspectes de règim jurídic dels consells insulars estaven només prevists molt breument a la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local (LRBRL).

Anant als concrets preceptes impugnats de la LCI als què per part del President del Govern se'ls hi atribuïen motius d'inconstitucionalitat tant immediats

o directes, per infracció de determinacions de la Constitució espanyola (CE), com igualment motius de tipus mediat, per infracció de normativa bàsica estatal integrada en el bloc de constitucionalitat, en aquest sentit, i per raó de la motivació del recurs, s'agrupaven en tres grups:

1) El que formen els arts. 7.1, 3 i 5; 8.1 h) i v); 9.2 u) i 3; 12; 13; 14; 15.1 a); 16.1; 18.1; 20.4, 5 i 6 i 22.2 i 3 de la Llei, relatius al règim jurídic dels òrgans de caràcter no necessari dels consells insulars: consell executiu, direccions insulars i secretaries tècniques, als que se'ls atribuïa vulneració dels arts. 23 i 141 CE, tot entenent que el caràcter burocràtic d'aquells òrgans de lliure creació pels consells insulars seria contrari a la reserva constitucional del govern i administració en favor d'òrgans de caràcter representatiu, així com de l'article 149.1.18 CE per infracció de la LRBRL, que no contempla la possibilitat d'existència d'aquests òrgans.

2) El conformat pel paràgraf segon de l'article 7.3, i per connexió amb ell, els arts. 8.3 i 10.2 de la LCI, que haurien omès la regulació bàsica de la comissió de govern continguda a l'art. 35 LRBRL.

3) Determinats incisos dels arts. 8.2 (sobre atribucions del Ple susceptibles de delegació a la comissió de govern); 15.5 (sobre atribucions a un conseller executiu del càrrec de secretari del consell executiu); 16.3 (quant a la relació de supòsits en els què es pot plantejar qüestió de confiança) i 17.2 (relatiu a la convocatòria extraordinària del Ple per debatre la gestió del consell executiu en àrees concretes; als què s'atribueix infracció de la LRBRL i de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (LOREG)).

S'ha d'incidir en el fet que, entre els preceptes de la legislació bàsica o exclusiva estatal que per part del President del Govern s'entenien com a infringits per la LCI i per tant com a causa d'inconstitucionalitat mediata, sense cap dubte el que constitueix la clau de volta en la resolució de la controvèrsia no era d'altre que l'art. 41.3 LRBRL; que disposa l'aplicabilitat als consells insulars de les normes sobre organització i funcionament de les diputacions provincials, que connecta essencialment i per remissió amb la majoria de la resta de preceptes d'aquella llei bàsica estatal que es consideraven vulnerats per la llei balear.

II. La tesi central de la defensa per part del Lletrat de la Comunitat autònoma

En la defensa de la constitucionalitat de la llei hi participaren tant el Parlament de les Illes Balears com l'Advocacia de la Comunitat autònoma. Les al·legacions de la representació del Parlament se centraren en destacar les diferències competencials que separen els consells insulars de les diputacions provincials, amb un gruix de competències que faria inimaginable la seva gestió únicament amb els mitjans i organització prevists per a les diputacions a la llei de bases de règim local, factor al seu torn motivador de que el legislador autonòmic pugui crear òrgans diferents i de naturalesa burocràtica per a la gestió d'algunes d'aquestes competències, solució que contrasta amb el fet de que s'exercien anteriorment per òrgans de naturalesa no democràtica, tant de l'Estat o de la Comunitat Autònoma.

Tanmateix, i per molt raonable que sigui la tesi de defensa del Parlament, la que al nostre entendre toca el punt d'inflexió és la del Lletrat de la Comunitat Autònoma, en abordar l'aspecte central del debat d'inconstitucionalitat plantejat mitjançant el recurs promogut pel President del Govern d'Espanya contra la LCI: les relacions entre la LRBRL i els consells insulars pel que fa a la definició del seu règim jurídic d'organització i funcionament.

Comença així, tot destacant que la regulació estatal és breu, però il·lustrativa del reconeixement de la singularitat de les illes i dels consells, atès que els art. 40 i 41 de la LRBRL es remeten expressament a l'Estatut d'Autonomia. La representació de la CAIB és tanmateix plenament conscient, i així ho indica, que les esmentades remissions estatutàries operen en matèria competencial, però res no havia d'impedir tenir-les en consideració per a la regulació d'aspectes d'organització i funcionament dels consells. En aquest sentit podríem resumir aquest posicionament a partir de dos punts bàsics:

1) Cal determinar l'abast de l'art. 41.3 LRBRL, d'acord amb el qual, «els consells insulars de les Illes Balears, als què són d'aplicació les normes d'aquesta Llei que regulen l'organització i funcionament de les diputacions provincials, assumeixen les seves competències d'acord amb el que disposa aquesta Llei i les què els corresponguin, de conformitat amb l'Estatut d'Autonomia de Balears». Aquest precepte contindria una clàusula de tancament destinada a assegurar l'aplicació del règim bàsic estatal als consells insulars, però sense impedir que la normativa per la què s'ha de regir principalment la seva organització i el funcionament, sigui, fonamentalment, la que estableixi el Parlament balear sobre la base dels articles 5, 18 i 36 de l'Estatut (amb referència a la versió de la norma estatutària en la seva redacció originària de 1983, modificada l'any 1999).

2) L'art. 41.3 LRBRL completaria, en règim de supletorietat, l'element més important de l'organització dels consells insulars, com és la composició del seus òrgans establerta per l'Estatut d'autonomia i la llei electoral autonòmica, de manera que la LCI de 2000 no contradiu la disposició normativa estatal, sinó que la completa en el mateix sentit que ho fa la llei electoral autonòmica. Així, la remissió a les normes d'organització i funcionament de les diputacions, s'ha d'interpretar en clau estatutària, de manera que ha de prevaler la seva interpretació harmònica amb la consideració dels consells com a institucions pròpies de la comunitat autònoma.

III. La providencial aplicació de la doctrina del *ius superveniens* en l'aval de la Llei de Consells Insulars. Un exemple paradigmàtic de constitucionalitat sobrevinguda

El recurs d'inconstitucionalitat plantejava essencialment una controvèrsia de caràcter competencial més que no material, i per això la STC núm. 132/2012, de 19 de juny, dedica el seu Fonament Jurídic segon a la precisió de quin hagi de ser el paràmetre d'enjudiciament, a partir de la reiterada doctrina constitucional sobre el *ius superveniens*, d'acord amb la qual el control de les disposicions que puguin incórrer en extralimitació competencial s'ha de fer d'acord amb les normes del bloc de la constitucionalitat vigents en el moment de dictar sentència.

Així, dins el bloc de constitucionalitat vigent, el TC determina que el seu pronunciament s'haurà de fer tenint present, d'una banda, la regulació dels consells insulars continguda a l'Estatut d'Autonomia reformat de les Illes Balears, aprovat per Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, i; de l'altra, les disposicions de la LRBRL, que puguin resultar aplicables als referits consells insulars, en la redacció vigent d'ambdues normes integrades en el bloc constitucional.

Així, i pel que fa als canvis de redacció produïts en aquelles normes des de l'aprovació l'any 2000 de la vigent LCI, es destaca per part del TC:

1) El contingut de l'EAIB aprovat l'any 1983 segons la redacció de la Llei orgànica 3/1999, de 8 de gener, vigent en el moment d'aprovar-se l'any 2000 l'actual LCI, quant a la regulació de les institucions de la Comunitat Autònoma, varia notablement després de la reforma estatutària operada per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer. Així la reforma estatutària vendria confirmar la doble naturalesa dels consells com a institucions de govern i administració d'una entitat local insular (art. 39), a la vegada que són igualment institucions de la

Comunitat autònoma de les Illes Balears (art. 61), fent al·lusió col·lateral al nou règim de competències i al nou sistema d'elecció dels consellers de la respectiva circumscripció.
Tanmateix, en allò que constituirà paràmetre del judici de constitucionalitat, el que destaca el TC del nou text estatutari és que després d'establir que una Llei del Parlament regularà l'organització dels consells insulars en el seu article 62, identifica com a òrgans necessaris dels consells insulars de Mallorca, Menorca i Eivissa, al Ple, el President i el Consell Executiu (art. 63.1), precisant que en el cas del Consell Insular de Formentera, que estarà integrats pels regidors de l'Ajuntament, no serà preceptiva l'existència del Consell Executiu (art. 63.2).

Destaca igualment que respectant aquesta organització necessària cada un dels tres consells insulars esmentats a l'art. 63.1 pot procedir a la creació d'òrgans complementaris en els termes fixats pel legislador autonòmic, que té així mateix la facultat d'establir, en el seu cas, singularitats de règim jurídic i d'organització pròpies pel Consell Insular de Formentera (art. 62.2). Finalment, destaca com els arts. 65 a 67 del nou Estatut es dediquen als òrgans necessaris, i específicament l'article 67 pel que fa a la composició i les atribucions del Consell Executiu; així com el tancament de la regulació estatutària amb previsió d'una llei de consells insulars, que determinarà les regles de funcionament i el règim jurídic de la seva actuació, amb respecte a la legislació bàsica de l'Estat, que contempla l'art. 68.

2) Front als canvis substancials del contingut de la primera de les normes del bloc de constitucionalitat a considerar, el TC destaca en segon lloc que, contràriament, el contingut de les disposicions de la LRBRL que s'entenen vulnerades per part dels preceptes recorreguts de la LCI no ha sofert cap modificació substancial. Tanmateix, deixa constància de que després de l'aprovació de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures de modernització del govern local, la comissió de govern passa a denominar-se junta de govern, i que es produeix una reordenació de la relació d'acords per als què es requereix vot favorable de la majoria de membres de la corporació, com a conseqüència de la supressió de l'exigència de majoria qualificada de dos terços per a l'adopció de determinats acords.

Centrat el paràmetre de constitucionalitat en funció de la doctrina del dret sobrevingut, i si la nova norma integrant del bloc de la constitucionalitat que ha sofert variació des de l'any 2000 en què s'aprova la LCI impugnada és l'Estatut d'Autonomia reformat l'any 2007, que com veurem serà la norma que avalarà la pràctica totalitat de

les determinacions de la llei autonòmica que es declaren adequades a l'esmentat bloc constitucional, cal demanar-se quin hagués estat el resultat hipotètic de la sentència si no s'hagués aprovat aquella reforma estatutària.

Al nostre entendre la resposta és bastant clara, tota vegada que si l'argumentació del TC, com veurem, parteix de que el contingut de la majoria dels preceptes impugnats de la LCI és correlació de previsions estatutàries que regulen materialment aspectes organitzatius; i aquesta correlació ho és amb un Estatut sobrevingudament vigent; la resposta a la qüestió com hem dit ens sembla prou evident: mols dels preceptes no s'adequarien a la norma de bloc de constitucionalitat a la qual el TC acaba finalment atribuint el paper rellevant. Més endavant comprovarem com, a la resta de fonaments, i d'una forma més o menys evident encara que indirecta, el TC confirmaria aquesta percepció.

IV. Les fonamentacions jurídiques emprades pel TC per avalar el gruix dels preceptes impugnats de la LCI

A banda del ressort de les determinacions introduïdes per la reforma estatutària de 2007, la utilització directa de distints preceptes de la CE com a norma immediata d'aplicació resulta clau en la resolució del conflicte, i tal vegada el fet que el ponent de la sentència fos el magistrat Manuel Aragón Reyes, format des de la càtedra de Dret Constitucional, pugui explicar el perquè d'aquesta especial anàlisi en l'abast de les singularitats que es poden deduir de les referides determinacions de la màxima norma.

El recolzament constitucional de la majoria de les disposicions impugnades, amb independència de l'anàlisi particularitzada de cada un d'ells, partirà d'un principi estructurant prou clar, al què la sentència dedica bona part del seu Fonament Jurídic tercer. En aquest sentit, considera que la regulació de determinades condicions bàsiques sobre règim jurídic, no exigeix a l'Estat la fixació d'estàndards uniformes allà on la pròpia Constitució ha reconegut l'existència de circumstàncies diferencials, com succeeix justament amb el mandat d'atenció en particular a les circumstàncies del fet insular contingut a l'article 138.1 CE, inserit en el capítol dels principis generals de l'organització de l'Estat, que comporta una atenció sobre la singularitat objectiva que el fenomen insular representa, i que s'ha de posar amb relació al que disposen els arts. 141.4 i 143.1 CE, en allò què es refereix a l'administració local pròpia de les illes.

Aquest fet insular explicaria un tractament especial dispensat en els corresponents Estatuts dels arxipèlags balear i canari, ex art. 143.1, constituïts en comunitats autònomes. A la vegada, el TC incideix en que, de la mateixa manera que l'illa no substitueix la província, tampoc les institucions a les què correspon l'administració de les illes, consells

insulars, no poden ser considerades com a còpia de les diputacions provincials, sinó com a ens específics per voluntat expressa del poder constituent reflectida a l'article 141.4 CE.

També d'una altra manera, el TC afirma, en aquests apartats introductoris del nucli essencial de la sentència, literalment que:

1) Si bé la consideració constitucional de l'illa en els arxipèlags canari i balear com a entitat local amb administració pròpia en forma de cabildos o consells resulta indisponible pel *legislador estatutari*, la Constitució no s'oposa de cap manera a què els consells insulars es configurin com a institucions autonòmiques en l'Estatut d'Autonomia com a norma institucional bàsica de la Comunitat Autònoma ex art. 147.1 CE, sempre i quan aquesta configuració estatutària dels consells insulars no suposi detriment de la seva naturalesa d'administració local de cada illa, ni minva de la seva autonomia dels interessos propis de l'illa.

2) Dins d'aquests límits, l'art. 141.4 CE atorga un ample marge de decisió al *legislador estatutari*, per tal de regular el règim jurídic dels consells insulars com a administració pròpia de l'illa i al seu torn i en el seu cas, com a institució bàsica autonòmica atenent a la singularitat del fenomen insular.

Convé que reparem com el TC, en al·ludir a la regulació autonòmica d'aquestes institucions, es refereix o fa una crida, per dues vegades en el Fonament Jurídic tercer, al que denomina, *legislador estatutari.* És a dir, que tal vegada ens ve a dir per via indirecta allò que ja podíem intuir des del moment en què anunciava, inicialment, que el cànon de constitucionalitat que utilitza és el del *ius superveniens*, constituït per la reforma estatutària balear de l'any 2007, així, molt possiblement, sense l'aplicació del nou estatut la inconstitucionalitat de la LCI de 2000 en el preceptes impugnats hagués estat més que probable.

Sigui com sigui, un cop centrada la premissa de la singularitat constitucional insular, i el paper que pot jugar el *legislador estatutari* en la regulació dels consells, el segon punt igualment important al què dedica atenció és que la mateixa concepció de les illes i dels seus òrgans de govern, es trobaria igualment recollit a la normativa bàsica de règim local, tot interpretant que:

a) El distint tractament que dispensa l'article 41.3 de la LRBRL, precepte legal bàsic, als aspectes organitzatius i competencials dels consells insulars respon al fet de que, en el moment de la promulgació d'aquesta norma es trobava vigent

l'Estatut d'Autonomia originari de les Illes Balears, aprovat per la Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer, que no incloïa cap previsió relativa a l'organització i funcionament dels consells insulars.

b) La situació ha canviat notablement després de l'aprovació del nou Estatut d'Autonomia per la Llei orgànica 1/2007, que esmenta als consells insulars entre els òrgans que integren el sistema institucional autonòmic i els atribueix la condició d'institucions de la Comunitat autònoma de les Illes Balears.

c) D'acord amb aquesta caracterització, i a l'empara de l'art. 147.2.c) CE, l'Estatut d'autonomia reformat, conté la regulació essencial de l'organització dels consells insulars, sense minva de la seva condició d'administració pròpia de les illes de l'arxipèlag balear com a entitats locals.

En aquest sentit, la conclusió preliminar sobre el nucli del debat i que deriva del Fonament Jurídic tercer de la sentència, se sintetitza indicant-se per part del TC, literalment que, en definitiva, «resulta inqüestionable que el vigent Estatut d'Autonomia de les Illes Balears, en configurar el règim essencial de l'organització dels consells insulars, ha atès al mandat constitucional d'acord amb el qual «en els arxipèlags, les illes tendran la seva administració pròpia en forma de Cabildos o Consells » (art. 141.1 CE), alhora que, en l'exercici de la potestat d'organització de les Comunitats Autònomes, ha configurat els esmentats consells insulars com a «institucions autonòmiques pròpies (art. 147.2.c) CE), opció legislativa que resulta constitucionalment lícita en la mesura en què troba recolzament en el denominat "fet insular", circumstància geogràfica específica, pròpia de les Comunitats Autònomes que són territorialment un arxipèlag, i la singularitat de les quals és tinguda en compte per la pròpia Constitució (arts. 69.3 i 114)».

Tanmateix, a la conclusió definitiva abans transcrita hi podem fer modestament una petita observació, com és que per bé existeixi un «mandat» constitucional en ordre a regular un règim d'organització de les illes d'acord amb l'art. 141.4 CE (l'al·lusió a l'apartat 1 que fa en un primer moment és clarament un error material); cal apuntar que tal mandat, des del referit precepte de la Constitució, no té una reserva constitucional al legislador estatutari.

Això pot ser així o no, des del moment en què el mandat del precepte constitucional operaria igualment amb independència de que no s'hagués constituït la nostra comunitat autònoma i per tant no existís Estatut d'autonomia. Altra cosa és que s'hagi de reinterpretar la literalitat dels preceptes relatius als règims especials contemplats a la legislació bàsica de règim local, que contemplen normes d'organització i funcionament dels consells insulars per mera remissió al règim de les diputacions, a

la llum i del paper que es pugui conferir a una reforma estatutària posterior i que hagi integrat institucions amb més intensitat i n'hagi regulat aspectes de règim jurídic i de funcionament, mantenint tanmateix la seva condició d'entitat local.

Per això, consideram més afinat el raonament contingut en el Fonament Jurídic quart de la sentència, emprat per tractar la problemàtica dels preceptes de la LCI sobre atribució de funcions de govern i administració als consells (i consellers) executius, direccions insulars i secretaries tècniques en membres o titulars no electes dels òrgans insulars, front al principi representatiu al què s'ha de subjectar l'Administració local. En aquest punt, el TC entén que aquesta particularitat del règim dels consells insulars, ni contradiu la legislació bàsica sobre administració local, ni comporta una vulneració de l'autonomia local concretada en l'autogovern de l'entitat local insular a través de corporacions de caràcter representatiu, com estableixen els art. 137, 140 i 141.4 CE, des d'aquesta perspectiva, les previsions de la LCI de 2000 quant als membres no electes, s'adeqüen a la Constitució i a l'art. 41.3 de la LRBRL, tot interpretant-se per part del TC que:

a) Encara que, en els seus termes literals, la remissió a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears i a les Lleis que els corresponguin que conté l'art. 41.3 LRBRL per a la regulació dels consells insulars només faci referència a les competències, el que és cert és que aquesta crida a l'Estatut resulta cabdal als efectes del judici de la constitucionalitat, tota vegada que l'art. 141.4 CE confereix al *legislador estatutari* un marge ample de decisió per regular el règim jurídic dels consells insulars com a administració pròpia de l'illa i a la vegada com a institucions autonòmiques pròpies (art. 147.2.c) CE), tot considerant la singularitat del fenomen insular, de la mateixa manera que el TC ha reconegut que la finalitat d'atendre a la singularitat del sistema institucional establert per determinades Comunitats autònomes en els seus Estatuts d'Autonomia s'ha de vincular a la peculiaritat d'aquestes comunitats.

b) En coherència, el vigent EAIB, que atribueix a la comunitat autònoma competència exclusiva en matèria d'organització, règim i funcionament de les seves institucions pròpies (art. 30.1) i de procediment administratiu derivat de les especialitats de l'organització pròpia (art. 30.36), així com competències de desenvolupament legislatiu i d'execució en el marc de la legislació bàsica estatal en matèria de règim local (art. 31.13), conté la regulació essencial de l'organització i competències dels consells insulars, configurats com a institucions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (art. 61.3), sense detriment de la seva condició d'Administració pròpia de les

illes de l'arxipèlag balear en quant entitats locals (art. 61.1), remetent a la llei de consells insulars el desenvolupament de l'organització i funcionament (arts. 62, 63.1, 67.4 i 68).

Així, respecte de les funcions atribuïdes als òrgans executius integrats per membres o titulars eventualment no electes, considera que les decisions que adoptin es basaran exclusivament en criteris de naturalesa essencialment política, que constitueixen el nucli essencial de l'autonomia local, corresponent-los *només* l'execució de les normes i directrius aprovades pel Ple del consell insular, dirigint o gestionant els corresponents serveis administratius (arts. 67.2 de l'Estatut d'autonomia amb relació amb el consell executiu, i art. 13.3 de la LCI, pel que respecta a les direccions insulars i les secretaries tècniques). Consideració que parteix, al nostre modest entendre, d'un error de base, perquè tant l'Estatut com la LCI habiliten als referits tres òrgans, com igualment als consellers o conselleres executius amb caràcter individual, a l'exercici de funcions que impliquen alguna cosa més que el de simples òrgans que dicten actes d'execució de normes i directrius plenàries.

Efectivament, els òrgans executius dicten actes d'execució i no tenen potestat normativa, però podran executar eventualment de forma directa totes les normes legals i reglamentàries *extra* insulars reguladores de les matèries que impliquin exercici de competències pròpies dels consells (siguin les derivades de la legislació de règim local, siguin les derivades de la legislació sectorial estatal i autonòmica); i no només les normes o directrius aprovades pel plenari del consell.

Aquest error de plantejament, va ser posat precisament de manifest en el vot particular de la sentència que analitzarem més endavant, doncs com bé diu, cap dels dos preceptes citats no fa cap referència a una mera funció d'execució de directrius fixades pel Ple, ans el contrari, l'article 67.2 de l'Estatut atribueix als consellers la direcció d'un sector de l'activitat administrativa sota la superior direcció del President del consell insular i l'art. 13.3 de la Llei considera a les direccions insulars i a les secretaries tècniques els òrgans directius per a la gestió, sota l'autoritat del respectiu conseller, d'àrees funcionalment homogènies o dels serveis comuns del departament de què es tracti.

Altra cosa és que, efectivament, com esmenta el TC, aquests òrgans executius responguin de la seva gestió davant els òrgans de caràcter representatiu, quedant amb això salvaguardat el nucli inherent a la funció representativa que constitucionalment correspon als membres d'una corporació local insular, integrat per les facultats de

participació en l'activitat de control del govern local, d'intervenció en les deliberacions del Ple de la corporació i de votació en els assumptes sotmesos a aquest mateix òrgan, així com pel dret a obtenir la informació necessària per poder exercir les anteriors funcions.

El principi de preferència de la regulació estatutària serà igualment el què s'utilitzarà per part del TC per avalar la constitucionalitat de l'article 16.3 de la LCI, que permet que el president del consell insular plantegi qüestió de confiança sobre el seu programa en conjunt, sobre una declaració de política general o sobre l'aprovació de qualsevol assumpte o actuació de rellevància política. Es plantejava una discrepància de tal previsió entre els arts. 33 de la LRBRL i 207.4 de la LOREG al què remet el primer, doncs en la regulació de la possibilitat de que el president de la diputació plantegi qüestió de confiança ho és només amb relació a uns supòsits taxats d'aprovació dels pressuposts, el reglament orgànic o el pla provincial de cooperació municipal.

La discrepància, per part del TC, s'entén que s'ha de considerar actualment salvada per l'art. 66.3 de l'Estatut d'Autonomia reformat de les Illes Balears, que, en coincidència amb el precepte legal de la LCI disposa que l'aprovació d'una moció de censura al President del Consell Insular o la denegació d'una qüestió de confiança que aquest plantegi es regiran pel que disposa la legislació electoral general, amb la particularitat de que el President pot plantejar la qüestió de confiança sobre el seu programa en conjunt, sobre una declaració de política general o sobre l'aprovació de qualsevol assumpte o actuació de rellevància política. Però al nostre entendre, el TC va encara més enllà, doncs entén que la particularitat assenyalada per l'Estatut quant a la qüestió reformada és una «particularitat que permet la pròpia legislació bàsica de règim local (art. 41.3 LRBRL).» Que dit d'una altra manera, i entenem que com amb la majoria de preceptes objecte del recurs, és tant com dir que la previsió de la LCI resultava inconstitucional en el moment en què es va aprovar, per manca de cobertura estatutària.

Sorprèn així i d'aquesta manera, la tesi addicional emprada pel TC per tal d'avalar la constitucionalitat de l'art.17.2 de la LCI, relatiu a la convocatòria extraordinària del Ple del consell quan així ho sol·licitin al menys una cinquena part dels seus membres o dos grups polítics. Així, front a l'argument de l'Advocat de l'Estat de que tal previsió és contrària a l'art. 46.2.a) LRBRL, que estableix un mínim de la quarta part dels membres de l'òrgan col·legiat i afegeix la limitació de que cap d'ells pugui formular més de tres sol·licituds a l'any, sense que aquesta limitació no figuri en el precepte impugnat de la LCI, considera el TC que, a banda de tenir aquest precepte cobertura en la pròpia singularitat organitzativa dels consells insulars expressament prevista en l'EAIB:

a) No modifica amb caràcter general el règim de quòrum exigit per la convocatòria extraordinària del Ple del consell insular, sinó que únicament modalitza aquest requisit amb un objecte concret: sotmetre a debat la gestió del Consell Executiu en àrees concretes, i ho fa, a més, exigint un percentatge inferior al requerit per la norma bàsica en matèria de règim local (art. 46.2.a) LRBRL) com a mínim comú normatiu i sense subjecció a un nombre taxat de sol·licituds de convocatòria per any, tot això amb una finalitat constitucionalment legítima, com és la de democratitzar el funcionament dels consells insulars.

b) L'existència de més facilitats per instar la convocatòria extraordinària del Ple del consell per tal de controlar la gestió del Consell Executiu, no implica necessàriament l'èxit de la iniciativa de censura de l'activitat de l'òrgan de govern, doncs la seva aprovació o rebuig queda subjecta al règim de majories per a l'adopció d'acords plenaris establert amb caràcter general, d'acord amb els arts. 15 i 17.3 de la LCI, amb relació a l'art. 47 LRBRL.

V. Les causes d'inconstitucionalitat de les dues úniques previsions anul·lades de la LCI per contradicció amb la legislació bàsica

Resulten anul·lades únicament, d'entre tots els preceptes impugnats, dues concretes previsions de la LCI, quant al règim de delegacions de competències plenàries i quant al desenvolupament del càrrec de secretari del consell executiu.

Així, la possibilitat prevista a l'art. 8.2 de la LCI per tal que el Ple del consell insular delegui en el president i en la comissió de govern algunes de les competències relacionades en el seu art. 8.1, resultava impugnada per contravenció al que estableixen els apartats 3.ñ) i 4 de l'article 33 LRBRL, que exclouen la possibilitat de delegació de les atribucions que corresponen al Ple per exigir la seva aprovació una majoria especial, en connexió a determinades matèries regulades a l'article 47 de la mateixa LRBRL.

En aquest punt, per part del TC no hi ha dubte del caràcter materialment bàsic dels preceptes de la LRBRL, atès que comporten una garantia nuclear de l'autogovern de la comunitat local, com és la reserva al Ple de la corporació, en qualitat d'òrgan de caràcter representatiu de la ciutadania, de la competència per adoptar decisions especialment rellevants com són l'exercici de la iniciativa econòmica pública, l'alteració del règim jurídic especial dels béns de titularitat pública o la transferència o assumpció de noves funcions per l'entitat exponent d'aquesta comunitat local.

Aquest principi s'hauria vulnerat per l'art. 8.2 de la LCI, doncs permet eludir aquesta deliberació pública i substituir-la per la delegació de l'exercici de les competències bé en un òrgan de caràcter estrictament unipersonal, com és el president del consell insular, bé en la comissió de govern, en la què únicament estan presents alguns dels representants de la ciutadania. Tanmateix, a l'hora de precisar l'abast de declaració d'inconstitucionalitat, el TC aclareix que el vici apreciat consisteix únicament en que el precepte impugnat no inclou entre les atribucions exceptuades de la facultat de delegació les enunciades a les lletres k), o) i q) de l'art. 8.1.

S'anul·la així mateix la previsió relativa a l'ocupació del càrrec de secretari del Consell Executiu pel conseller executiu que designi el president, establerta a l'art. 15.2 de la LCI, que a la vegada preveu com a funció pròpia l'extensió d'acta dels acords i la d'expedició dels corresponents certificats. Això pel fet que, d'acord amb la disposició final primera de la Llei 7/2007, de l'estatut bàsic de l'empleat públic, s'efectua una reserva de funcions a favor dels funcionaris amb habilitació de caràcter estatal, tenint la consideració de bases del règim estatutari dels funcionaris d'acord amb l'art. 149.1.18 CE.

En aquest sentit, la discrepància se centra en l'exercici d'unes funcions administratives de secretaria i de fe pública que estan reservades expressament per part del legislador bàsic estatal al personal vinculat amb l'Administració local per una relació estatutària, predominant així en aquesta matèria el principi d'objectivitat de l'acció administrativa derivat de l'art. 103.1 CE, que informa igualment el règim jurídic dels consells insulars.

VI. Reflexions entorn al vot particular. Un avanç sobre el manteniment del debat del règim d'organització propi dels consells

Hem apuntat que la sentència del TC fou objecte de vot particular, formulat per part del magistrat Luis Ignacio Ortega Álvarez, al què es va adherir la magistrada Adela Asua Batarrita, sobre el qual haurem de destacar alguns dels seus raonaments de discrepància doncs com veurem no es tractaran d'argumentacions gratuïtes, com demostra la seva extensió. Igualment hem d'apuntar que la problemàtica dels consells insulars a la LCI de 2000, tot i que analitzada estrictament des de la perspectiva competencial, havia pogut ser objecte d'anàlisi des de la càtedra per part d'Ortega Álvarez, qui en alguns treballs sobre la qüestió (indicats en l'apartat de ressenya bibliogràfica) manifestava literalment com, al seu parer «en termes generals, s'observa un gran confusionisme en el terreny formal entre el règim organitzatiu i el règim competencial» tot afegint igualment com, també en la seva opinió, i des de la perspectiva de l'exercici de les funcions en les

matèries atribuïdes a la seva competència «la doble naturalesa dels consells insulars els fa ostentar, finalment, una posició d'autonomia inferior a la que els hagués correspost com a ens locals purs».

Potser des d'aquesta opinió, ja manifestada com deim per part del magistrat anys abans i des del vessant de la càtedra, i en coherència, es pugui explicar bona part del contingut del seu vot particular a la sentència. Tanmateix, i precisament per posar de manifest el caràcter prou raonat de l'argumentació alternativa, i que hagués comportat un resultat radicalment distint al que deriva de la Sentència, els magistrats discrepants, al final indiquen que la seva conclusió no lleva que l'actual ordenament jurídic de règim local, possiblement, després de més de trenta anys de model autonòmic, podria considerar la necessitat de la seva adaptació a aquest model d'una forma més interioritzada, però que aquesta decisió correspondria als òrgans legislatius amb competència per a la regulació d'aquests canvis. Tornarem més endavant sobre aquestes consideracions de *lege ferenda* que s'apunten en el vot particular.

Però en el que ara interessa quant al raonament del vot particular, aquest parteix de no compartir les argumentacions que per a la resolució de la problemàtica s'han realitzat a la sentència quant al significat i abast atribuït a la reforma estatutària balear relativa als consells insulars, i quant a la relació de l'Estatut amb les previsions de la LRBRL, entenent que l'argumentació majoritària s'ha separat, sense cap justificació, dels criteris fixats a la STC 31/2010, de 28 de juny, a la què es va assenyalar la necessitat de que el legislador estatutari respectés la competència estatal bàsica sobre governs locals derivada de l'art. 149.1.18 CE.

En aquest sentit, tot i compartir una aplicació correcta de la doctrina constitucional del *ius superveniens*, i amb això examinar les determinacions de la LCI d'acord amb la regulació de l'EAIB de 2007, la sentència també afirma que tendria en compte les disposicions de la LRBRL que també fossin aplicable als consells insulars. Ara bé, entén el vot particular que no s'ha abordat el vertader problema, que constitueix la relació entre les previsions de l'Estatut amb les normes bàsiques sobre les illes com a entitat local, als efectes de resoldre els motius d'inconstitucionalitat que s'havien sotmès a consideració del Tribunal, i especialment per la lectura que fa la Sentència sobre les normes bàsiques estatals de règim local, que suposa un canvi en el contingut de la seva significació jurídica.

D'aquesta manera, certament, el punt nuclear sobre el que pivota el vot particular és precisament el canvi de significat en la literalitat de l'art. 41.3 LRBRL, que de forma molt didàctica es pot explicar amb dos raonaments que sintetitzam:

1) La sentència invoca la insularitat com un fonament de constitucionalitat que permet realitzar una regulació estatutària pròpia de règim local obviant al legislador bàsic estatal, tret d'allò relatiu al reconeixement de les illes de la seva condició d'Administració local i de la seva autonomia per a la gestió dels interessos propis. Però en tota la resta d'aspectes, la sentència permet al legislador estatutari un marge molt ample de decisió. Aquesta construcció doctrinal sobre la relació entre el legislador bàsic de règim local i els Estatuts d'Autonomia es realitza sense recolzament de construcció jurídica, permetent una excepció constitucional al règim local basada en el fet insular. Aquesta base doctrinal s'utilitzaria per tal d'obviar els termes literals de l'art. 41.3 LRBRL, que disposa que als consells insulars els són d'aplicació les normes d'aquesta llei que regulen l'organització i funcionament de les diputacions.

2) El Tribunal s'engana a si mateix, doncs per aparentar que no es desvia de l'anterior STC 31/2010, força la interpretació de les previsions de la LRBRL: el Tribunal és conscient del problema, però l'obvia, atès que el precepte estatal és prou clar, i conté clarament dos tipus de remissions diferents, al règim jurídic i al règim de competències, que la sentència confon amb greus conseqüències pel respecte del manament del legislador bàsic estatal. Confon el contingut dels dos conceptes, l'organitzatiu i el competencial, per tal d'atribuir-los-hi la mateixa conseqüència jurídica, amb la finalitat d'ampliar el marge de disposició estatutari i de reduir el de base estatal. Així, molt gràficament el magistrat expressa la seva discrepància indicant que no es pot qualificar d'altra manera la pretensió de donar a entendre que l'organització dels consells insulars és disponible per part de l'Estatut perquè així ho permet la LRBRL, quan allò que de la llei de bases s'ha de qualificar com a susceptible de ser afectat per la regulació estatutària és, com es desprèn directament del tenor literal del seu art. 41.3, estrictament, allò relatiu a les competències dels consells insulars, permetent-los l'assumpció de competències autonòmiques.

Així, en el vot particular, s'entén que amb el raonament majoritari es permetria des d'aquesta sentència, i en conclusió, que les dues comunitats autònomes insulars troben una base constitucional per interioritzar el règim local, via un règim constitucional singular de les illes contingut a l'article 141.4 CE. Aquesta interiorització només tendria com a limitació, segons la doctrina que assenta la sentència, la consideració de les illes com a entitats locals i de la garantia de la seva autonomia per a la gestió dels seus interessos propis, que «a la vista de la molt escassa densitat amb la que aquest Tribunal

ha reconegut el contingut d'aquesta garantia», significa la possibilitat d'elaborar un dret local insular de nova planta, al marge de les regulacions que la LRBRL ha establert per a les diputacions provincials.

VII. Reflexions entorn les diputacions, les comunitats autònomes uniprovincials i els consells insulars. Una possible tercera via en la interpretació de l'art. 41.3 de la LRBRL dins l'Estat autonòmic

Hem avançat en l'apartat anterior que des de la formulació del vot particular ja s'efectuaven finalment algunes reflexions de *lege ferenda*, quant a l'oportunitat del poder legislatiu de possibilitar la interiorització més intensa del règim local en el model autonòmic, per tal de superar una interpretació al seu entendre més que forçada que fa la sentència majoritària d'un precepte de la legislació bàsica estatal. És precisament aquella reflexió final del vot particular, la que ens dóna la base per tal de poder posar de manifest que tal vegada la constitucionalitat dels preceptes de la LCI que ha estat confirmada per part del TC, potser no hagués sofert vot particular si s'hagués optat per afegir-hi raonaments addicionals que avalessin igualment la relectura del tenor literal de l'art. 41.3 de la LRBRL.

Efectivament, si llegim la literalitat del precepte, podrem entendre perfectament, tal i com diu el vot particular, que el legislador bàsic contempla la realitat insular balear i identifica el règim jurídic de l'organització i funcionament dels consells insulars amb el de les diputacions provincials, i només deixa l'especialitat o la modulació de que en el règim de competències, i només en aquest règim, l'Estatut d'autonomia els pugui atribuir més competències que les que es contemplen per a les diputacions a la LRBRL.

Així, derivadament, aquesta seria l'única especialitat que es remet a l'Estatut, i per això entén el vot particular que la resposta correcta havia de partir del fet de que la garantia constitucional de l'autonomia local inclou les illes, garantia que es correspon amb la seva caracterització com a entitats locals territorials que figura a l'article 3.1.c) LRBRL, així com de l'afirmació de l'article 141.4 CE segons la qual l'Administració pròpia de l'illa és, en aquest cas, el consell insular. D'aquesta afirmació, entén que no sembla difícil deduir que s'ha d'aplicar a l'illa el mateix cànon que a la restat d'entitats locals sobre el significat de l'autogovern local. «Sobre todo, teniendo en cuenta que, conforme al art. 41.3 rectamente interpretado conforme a su tenor literal, a los consejos insulares les son de aplicación las normas que regulan la organización y el funcionamiento de las Diputaciones Provinciales, con el significado que, en lo que respecta a la aplicación de la legislación básica ex art. 149.1.18 CE en relación con la pretensión estatutaria de interiorización del gobierno local, se le ha atribuido en la STC 31/2010 (F.36).»

Ara bé, ens hem de formular la següent pregunta: és admissible una relectura de la literalitat del 41.3 LRBRL, admetent la interiorització estatutària del règim jurídic del govern local insular en el cas de les Illes Balears, des d'una relectura conjunta de tots els preceptes que s'integren en el capítol sobre règims especials de la mateixa norma bàsica? Al nostre entendre tal vegada la resposta hauria de ser positiva, conformant-se en un argument addicional que potser hagués contribuït a reforçar l'opinió majoritària de la Sentència.

Això perquè aquesta lectura de conjunt dels preceptes que conformen el règim especial, articles 39 a 41, i particularment la de l'article 40, poden explicar el context i per extensió l'objectiu que pretenien assolir aquestes determinacions. Efectivament, l'article 40 prescriu com les comunitats autònomes uniprovincials i la Foral de Navarra, assumeixen les competències, mitjans i recursos que corresponen en el règim ordinari a les diputacions provincials, exceptuant a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en els termes del seu Estatut propi. Anem per parts en les conseqüències pràctiques que va tenir l'esmentat precepte.

La LRBRL fou aprovada l'any 1985, quan els Estatuts d'Autonomia de totes les comunitats autònomes uniprovincials, tret de la nostra, ja havien contemplat idèntica previsió que la contemplada a l'art. 40 LRBRL, és a dir, ja havien previst la desaparició per integració autonòmica de les entitats locals provincials. Les diputacions, en aquests casos, desapareixien per integració en l'Administració autonòmica a tots els efectes i per tant, no és que es violentàs cap garantia establerta pel legislador bàsic, sinó que el legislador bàsic de règim local validava una situació prèvia estatutària de molta més transcendència que no l'aplicabilitat d'un o altre règim jurídic: validava la desaparició de l'entitat local provincial per integració en la comunitat autònoma per la via de la corresponent previsió estatutària anterior. Perquè s'exceptuava la nostra comunitat autònoma, específicament, d'aquesta validació?

Doncs tal vegada per mor del fet que a les Illes Balears, tot i sent igualment comunitat autònoma uniprovincial, la diputació havia estat suprimida feia temps per l'Estat, i per tant, la integració dins la nostra Comunitat autònoma de la diputació, succeïda pel Consell General Interinsular i pels consells insulars, es faria en els termes i abast del nostre Estatut propi de l'any 1983. El legislador bàsic estatal de 1985 partia per tant d'aquest reconeixement, i això explica que si com hem dit, a la resta de comunitats autònomes uniprovincials la diputació s'extingia per integració en l'Administració autonòmica, a les Illes Balears no hi havia diputació a extingir o a integrar, i conscient d'això, la integració de les entitats locals successores de la diputació, els consells

insulars, era possible per la via estatutària tot i ser entitats locals. El mateix legislador bàsic local de 1985, conscient que l'EAIB de 1983 no regulava el règim d'organització i funcionament dels consells insulars, va haver de regular un règim d'organització i funcionament per remissió al de les diputacions provincials.

La previsió de la llei de bases continguda en el seu art. 40, pretenia garantir únicament allò que calia garantir des de la Constitució: el manteniment de l'illa com a entitat local i la seva autonomia en l'EAIB, res mes. Per tant, allò important dels articles de la LRBRL sobre els règims locals especials pel que fa als consells insulars, és que davant la constitució de comunitats autònomes uniprovincials, va cercar una fórmula d'integració de les diputacions provincials dins l'administració autonòmica, però va voler mantenir a la uniprovincial balear les illes com a entitats locals d'acord amb el 141.4 CE. El que pretén així dir realment l'art. 40 és que la integració insular local es produirà en els termes de l'Estatut de les Illes Balears, amb la limitació literal de l'existència necessària de les illes com a entitats locals, però sense impediment quant a l'establiment d'un règim jurídic i de funcionament per la via estatutària, i justament per això la previsió del 41.3 LRBRL pot ser considerada com a dret supletori, sense perjudici de l'aplicabilitat de preceptes bàsics d'aquella en aspectes molt concrets i nuclears que destaca el TC en la sentència ara comentada.

Avala aquest posicionament l'origen i antecedent legislatiu dels règims especials continguts a la LRBRL, que no és d'altre que el conformat pels arts. 9 i 10 de la Llei 12/1983, de 14 d'octubre, de procés autonòmic (LPA), per cert formalment vigents. El primer dels seus preceptes, dedicats als efectes de la constitució de comunitats autònomes uniprovincials, estableix com l'Administració provincial queda totalment integrada en l'administració autonòmica, i que la comunitat autònoma uniprovincial tendrà el caràcter de corporació representativa a què es refereix l'art. 141.2 CE.

L'art. 10, per la seva part, indica com l'article anterior no és d'aplicació als consells insulars, i entenem que així ho indicava per ressaltar el manteniment de la seva existència com òrgan de govern d'una entitat local que no es podia extingir per integració en l'administració autonòmica, però mai per proscriure'n una regulació autonòmica d'interiorització en el seu entramat institucional ni, per extensió, la regulació del seu règim jurídic respectant la garantia de l'autonomia de l'illa com a entitat local. En resum, la LPA permetia la integració total en l'administració autonòmica per extinció de les diputacions, i permetia interiorització del règim local insular si així ho contemplàs el nostre Estatut sempre que no suposàs extinció de l'illa com a tal entitat i l'illa mantingués el caràcter de corporació representativa. En definitiva, aquí disposaríem d'un antecedent

normatiu que permet la tant reclamada lectura en «clau estatutària» dels arts. 40 i 41 LRBRL.

A més, aquesta proposició resultaria potser avalada des de la pròpia jurisprudència constitucional, si tenim en compte que els esmentats art. 9 i 10 de la LPA són extrets dels articles 15 i 16 del que fou el projecte de llei orgànica d'harmonització del procés autonòmic (LOAPA), inserits en el seu títol II, comunitats autònomes i diputacions provincials, sobre els qual el TC va poder efectuar algunes reflexions. Efectivament, a la seva STC núm. 76/1983, va indicar que el contingut del títol II del projecte de llei orgànica d'harmonització, no podia considerar-se ni harmonitzador ni orgànic, però que era legítim constitucionalment com a legislació bàsica en matèria de règim jurídic de les Administracions Públiques ex art. 149.1.18 CE, tant respecte d'aquelles comunitats autònomes els Estatuts de les quals haguessin assumit el desenvolupament legislatiu en tal matèria, com respecte a la resta de comunitats autònomes.

Però interessa destacar que, entre els distints fonaments de la referida STC que abordaren el contingut del títol II del projecte de LOAPA, hi ha un incís essencial en el Fonament Jurídic 18, en concret en el seu segon paràgraf, pel que feia a les comunitats uniprovincials, i pel que fa al contingut de l'article 15 del projecte, relatiu a la integració de la diputació en l'administració autonòmica, i que havia estat impugnat per la Generalitat de Catalunya en considerar-se matèria pròpia de l'Estatut, es posava de manifest que dit contingut «aparece recogido explícita o implícitamente en los Estatutos de dichas Comunidades –todos ellos posteriores al texto inicial del proyecto (así en los de Asturias, artículo 20 y disposición transitoria 2.ª 4; Cantabria, artículo 31 y disposición transitoria 3ª; Madrid, disposición transitoria 4.ª; y la Rioja, artículo 14 y disposición transitoria 1.ª)– y el valor del mismo para un futuro legislador estatutario no sería otro que el de una simple directriz que podría seguir o no libremente.»

En altres paraules, un futur legislador estatutari d'una comunitat uniprovincial, posterior a la LPA podria optar per integrar o no la diputació plenament dins l'Administració autonòmica. Aleshores cal formular-nos la següent pregunta: suposava confrontació amb la competència estatal derivada de l'art. 149.1.18 CE el fet que l'Estatut de les Illes Balears, respectant el límit de no desaparició dels consells insulars per integració en l'Administració autonòmica, interioritzàs les illes dins el seu sistema institucional amb previsió de peculiaritats pròpies del règim d'organització i funcionament? Entenem que no, i entenem igualment que quan l'art. 41.3 LRBRL fa menció a l'aplicabilitat del règim d'organització i funcionament de les diputacions requereix una necessària reinterpretació d'acord amb el seus antecedents normatius estatals, LOAPA i LPA, que s'explicaven

més en el marc de la formació incipient de l'Estat autonòmic (clau estatutària) i no tant en la preconfiguració d'una aplicació lineal d'una estructura bàsica organitzativa i de funcionament des de la competència estatal de règim local; essent la seva pretensió traçar una línia de manteniment o supressió per integració d'entitats en comunitats autònomes uniprovincials.

De la mateixa manera que el TC va dir que les disposicions del projecte de la LOAPA sobre les integracions de les diputacions provincials era una directriu que podia seguir o no l'Estatut corresponent, es permetria inferir que la no aplicació d'aquesta potestat estatutària d'integració de les diputacions quan es tractés de consells insulars, no impedia en cap cas la definició d'un règim jurídic organitzatiu de les illes en el propi Estatut, conclusió a la què arriba per altres conductes el TC a la seva sentència sobre la LCI. És a dir, a l'elusió de la literalitat del 41.3 LRBRL, o entendre el seu caràcter no bàsic o de dret supletori, s'hi pot arribar igualment des d'un correcte enteniment dels antecedents legislatius estatals.

En definitiva, potser s'hagués pogut explorar la línia argumentativa segons la qual el legislador estatal, a partir de la previsió del 141.4 CE, des de la *non nata* LOAPA, la LPA i la LRBRL, va voler garantir l'existència dels consells insulars com a corporacions representatives de l'entitat local illa, per tal que no desapareguessin a la nostra comunitat autònoma uniprovincial; però les referides disposicions estatals mai no pretengueren proscriure (tampoc l'any 1985), la possibilitat de regular per part del legislador autonòmic un règim específic d'organització. Per tant, la lectura de l'art. 41.3 LRBRL hauria de ser igualment defensable des de la perspectiva de considerar que, tal i com va dir el mateix TC quant a les possibilitats dels Estatuts de la resta de comunitats uniprovincials davant el projecte de LOAPA, en ordre a decidir que feien vers les diputacions, el nostre Estatut de 1983 no havia adoptat encara cap decisió sobre el règim d'organització dels consells insulars.

Únicament s'havia regulat en el nivell estatutari la composició dels consells insulars, per assegurar-ne una integració representativa en el seu art. 38, i una remissió a la regulació dels aspectes organitzatius, en el marc de la legislació bàsica de l'Estat, per llei ordinària del Parlament. El que va succeir és que, a manca de legislació autonòmica balear sobre els consells insulars fins a l'any 1989, la legislació bàsica de règim local estatal de 1985 va introduir allò que ja sabem diu l'art. 41.3 LRBRL, però molt possiblement davant el fet de que la regulació estatutària del règim d'organització i funcionament dels consells insulars era inexistent, i no per perpetuar-la amb un pretès caràcter bàsic per remissió al règim previst per a les diputacions provincials.

Tanmateix i a efectes pràctics poca cosa hauria pogut fer la LCI de 1989 per corregir-ho, doncs d'acord amb la doctrina acabada d'assentar per part del TC, li hauria pertocat fer-ho prèviament a l'Estatut. Així, realment el que posa de manifest indirectament la STC amb la doctrina del *ius superveniens*, sense dir-ho, era que els preceptes impugnats de la LCI de 2000 eren inconstitucionals per manca de cobertura estatutària, però certament la conclusió de constitucionalitat de la llei balear queda avalada pel suport que li dóna l'Estatut.

VIII. Algunes reflexions finals sobre la forma de tancament del debat constitucional relatiu al règim d'organització i funcionament

L'aval de la gran majoria dels preceptes impugnats de la LCI que s'ha efectuat per part del TC és evidentment una fita important quant al reconeixement d'un àmbit de regulació en favor del legislador autonòmic balear, es vulgui qualificar aquest àmbit com el de regulació de les institucions pròpies d'autogovern o de les institucions de govern i administració local-insular. Ara bé, és realment un èxit del legislador ordinari autonòmic, o és un èxit per la vigència sobrevinguda d'una llei orgànica aprovatòria d'una reforma estatutària efectuada per part del legislador mixt autonòmic-estatal? La LCI era majoritàriament inconstitucional sense l'Estatut renovat de 2007?

Així és com hem d'interpretar la victòria de la llei balear, perquè si no seria la primera vegada en la història del nostre complex ordenament jurídic en què una llei autonòmica podia implicar una declaració de supletorietat del 41.3 LRBRL, llei bàsica que forma part del bloc constitucional, a través de la inaplicació de la seva literalitat. Evidentment, un Estatut d'autonomia s'integra igualment en aquest bloc de constitucionalitat, encara que com bé diu el vot particular de la sentència, en precedents recents sobre la reforma estatutària catalana, s'establiren límits en la regulació, límits que en la nostra reforma afortunadament s'entenen superables amb el ressort d'una peculiaritat del fet insular constitucionalment reflectida, que ja ens aniria bé que s'utilitzàs igualment per superar determinats límits en altres sectors de l'ordenament.

Una relectura de la literalitat de l'art. 41.3 LRBRL en connexió a l'art. 40, molt semblant a la què hem proposat en l'apartat precedent, ja s'havia dut a terme per part de reconeguda doctrina jurídica, singularment per part de Parejo Alfonso l'any 2003, d'acord amb l'obra que figura a la ressenya bibliogràfica que adjuntam al final d'aquests comentaris. Tanmateix, aquella relectura partia d'una diferència essencial amb el plantejament coadjuvant que hem assenyalat més amunt: es realitzava des de l'enteniment que la regulació del règim d'organització i funcionament dels consells insulars,

distinta de la contemplada per remissió a les normes previstes per a les diputacions, era possible establir-la directament per part del legislador autonòmic ordinari, sense que fos necessària prèviament l'establiment de preceptes d'organització en el nivell de la norma estatutària, més enllà de la garantia del manteniment de l'existència de les illes com a entitats locals que imposa l'esmentat art. 40 LRBRL.

La problemàtica subsisteix, més que res, perquè la doctrina assentada per la recent sentència del TC certament parteix d'una tesi del fet insular com a raó constitucional que empara regulacions singulars sobre règim local en l'Estatut d'autonomia, però amb una paradoxa que contempla la norma vigent. Efectivament, el fet insular des d'una perspectiva de l'Estat autonòmic, actualment el constitueixen dues comunitats. Una d'elles, la balear, disposa d'una regulació estatutària de partida de l'organització, funcionament i administració de l'illa, una vegada reinterpretat pel TC l'abast de l'art. 41.3 LRBRL; i l'altra comunitat autònoma canària, veu potenciada en canvi una regulació directa de l'organització dels cabildos, a través d'una nova redacció de l'art. 41.1 i la introducció d'una disposició addicional quarta a la mateixa LRBRL, operada per la Llei 57/2003, de 16 de desembre.

Així, per a la Comunitat Autònoma de Canàries, resulta que la LRBRL disposa que els cabildos insulars, «com a òrgans de govern, administració i representació de cada illa» es regeixen per les normes contingudes a la disposició addicional catorzena de dita LRBRL, «i supletòriament per les normes que regulen l'organització i funcionament de les diputacions provincials, assumint les seves competències, sense perjudici del que disposi l'Estatut d'Autonomia de Canàries». És a dir: una explícita declaració de supletorietat del règim de les diputacions provincials, però no per alliberar totalment en favor del legislador autonòmic ordinari la regulació del seu règim jurídic, sinó dins el marc de les normes contingudes a la disposició addicional catorzena. Disposició addicional que estableix en el seu punt 2 una organització necessària insular en Ple, President i Consell de Govern Insular; determinant l'aplicació de la majoria de preceptes regulats en els capítols II i III del títol X de la mateixa LRBRL als cabildos de determinada població; és a dir, ni més ni menys que l'aplicació bàsica dels preceptes sobre municipis de gran població; deixant únicament marge a la llei ordinària autonòmica a la decisió d'aplicació de tals determinacions pel que fa a les illes de població superior a 75.000 habitants. En altres paraules, la LRBRL canvia el sistema anterior d'organització dels cabildos, per remissió al règim de les diputacions, per una remissió al règim de municipis de gran població.

Per tant, la paradoxa que indicàvem parteix de tenir dues comunitats autònomes insulars amb dues fonts distintes de regulació principal del sistema organitzatiu dels

òrgans de govern i administració de les entitats locals insulars. Les dues comunitats, evidentment, disposen del corresponent Estatut d'autonomia i totes dues estan emparades en la peculiaritat del fet insular reconegut directament a la CE i que en paraules del TC és allò que finalment justifica l'esmentada regulació estatutària. Si la doctrina de la STC ara comentada és la definitiva, també cal demanar-nos si el que posa més en evidencia és no tant la constitucionalitat de la nostra LCI, com l'excés de regulació de la disposició addicional catorzena de la LRBRL, per manca de competència estatal en l'àmbit de la regulació del règim dels cabildos insulars.

Ens demanam perquè l'any 2003 el legislador estatal que va modificar la LRBRL no va fer unes previsions similars sobre els consells insulars, si justament l'Estat havia impugnat la LCI de 2000, ni que fos per qualsevol de les dues opcions: establir una remissió estatutària plena al 41.3 o bé preveure un règim específic pels consells insulars.

En definitiva i per anar concloent, la STC comentada facilita, en bona part, el camí que haurà de córrer el futur projecte de la nova llei de consells insulars revisada i adaptada al nou Estatut de 2007, però per tancar del tot el debat que sens dubte propicia mantenir el vot particular, hauria d'haver donat una passa més valenta que no la invocació de la singularitat insular per matisar (o alterar, segons es vulgui) la literalitat de l'art. 41.3 LRBRL. Aquesta passa que trobam a faltar no hauria estat d'altra que la separació motivada de precedents de la seva jurisprudència, que és allò que sense dir-ho expressament és el que ve a reconèixer implícitament el resultat pràctic de la sentència: efectuar una declaració del caràcter no bàsic del ja reiterat art. 41.3 LRBRL.

Això perquè tal vegada la doctrina constitucional precedent quant als límits de la legislació autonòmica de règim local front a la legislació bàsica estatal ex art. 149.1.18 CE, s'ha generat des d'una atribució d'una excessiva expansivitat a la segona, que no s'ha frenat per part del TC des d'una perspectiva del que es pugui deduir que reserva estrictament la Constitució a aquella legislació estatal, i que s'hauria de cenyir a garantir el nucli dur del règim local: assegurar l'autonomia i el caràcter representatiu de les entitats que integren l'Administració local. Això permetria que fos la mateixa llei ordinària autonòmica, i no necessàriament la norma estatutària, la que, assegurant l'autonomia i representativitat dels consells insulars, disposàs de títol habilitant suficient per regular els seus aspectes d'organització i funcionament. Evidentment, la declaració expressa per part del TC del caràcter no bàsic del 41.3 LRBRL, sense haver d'acudir al ressort d'una reinterpretació forçada dels seus termes literals, hagués aplanat aquest camí.

Tanmateix, reiteram que, des de la nostra percepció, això és el que ha dit, sense dir-ho si se'ns permet l'expressió, el TC, i tampoc no hauria de ser una qüestió tabú malgrat les consideracions del vot particular. És cert que la legislació bàsica s'inclou en el bloc de la constitucionalitat, però com va poder matisar el mateix TC a les seves sentències núm. 156/1995, de 16 d'octubre; núm. 163/1995, de 8 de novembre, o núm. 252/2005, d'11 d'octubre, en contexts com el del recurs d'inconstitucionalitat contra la LCI, en què el dubte de constitucionalitat precisa contrastar la norma bàsica i la de desenvolupament autonòmic per determinar si l'autonòmica és adequada a la Constitució; cal primer que res verificar la pròpia constitucionalitat de la norma bàsica abans de ser emprada com a paràmetre indirecte o mediat de la constitucionalitat de la norma autonòmica de desenvolupament.

Curiosament, en la sentència que ens està ocupant trobam un exemple clar d'aquesta tècnica, doncs hem de recordar, com hem pogut explicar més amunt, que aquest judici és el que ha realitzat el TC quan ha declarat la inconstitucionalitat de l'art. 8.2. de la LCI quant al règim de delegacions de competències plenàries, per contravenció dels arts. 33 i 47 LRBRL, moment en què ha hagut de declarar prèviament que no hi ha dubte del caràcter materialment bàsic d'aquells dos preceptes, atès que comporten una garantia nuclear de l'autogovern de la comunitat local. És a dir, el TC ha fet referència a una constatació prèvia del caràcter materialment bàsic de la llei estatal per efectuar el judici de compatibilitat de la llei autonòmica; *ergo* la lògica hauria imposat, finalment i en congruència amb l'aval constitucional de les determinacions de la LCI que contravenien la literalitat del 41.3 LRBRL, una referència al caràcter no bàsic del precepte.

En qualsevol cas, dit allò que ha dit el TC, en la propera reforma del règim local bàsic estatal ja anunciada des de fa mesos en el moment en què escrivim aquestes línies, és evident que el propi legislador estatal haurà d'adaptar-lo forçosament a partir de la vinculació que li suposa el dictat de la sentència quant a la norma a la què s'assigna la funció reguladora dels aspectes d'organització i funcionament dels consells insulars. Restaran alguns aspectes de règim jurídic sense resposta concloent, com pugui ser el de la potestat reglamentària dels consells insulars: té caràcter bàsica la regulació procedimental establerta a la legislació estatal de règim local en aquest aspecte? La qüestió no va ser abordada perquè la LCI no la contemplava, doncs el reconeixement general de la potestat reglamentària normativa insular sobre les seves competències pròpies «autonòmiques» no va tenir lloc fins la reforma estatutària de 2007.

Queda només formular-nos un darrer interrogant que ens suscita la lectura de la sentència. Això perquè per bé que la reforma de la norma institucional bàsica ha de partir necessàriament d'una iniciativa de les Illes Balears, l'Estatut no deixa de ser aprovat com una norma estatal. Va ser precisament en el tràmit parlamentari en seu de les Corts Generals el moment en el qual alguns dels preceptes estatutaris relatius als consells insulars varen ser complementats amb al·lusions al caràcter local concurrent d'aquestes institucions, que no figuraven en el text tramès pel Parlament de les Illes Balears. Ara bé, paral·lelament a la reiteració per les Corts Generals del caràcter d'entitat local, el mateix poder legislatiu estatal partint d'aquesta reiteració, va validar i per tant assumir com a llei orgànica estatal, les previsions en ella contingudes sobre organització d'aquestes entitats, tant des del vessant d'institucions pròpies, com des del vessant d'ens locals insulars. En altres paraules, el legislador estatal era conscient (o cal presumir-ne la consciència) que estava introduint regulacions d'organització i funcionament en unes entitats locals, en contra de la literalitat de l'art. 41.3 LRBRL.

Assumint-se en conseqüència aquelles determinacions per part del legislador estatal, quin sentit tenia la continuació del procediment de recurs d'inconstitucionalitat? Es podria explicar certament en el fet que el recurs no fou promogut per cap grup de parlamentaris del Congrés o del Senat, òrgans del legislatiu bicameral que aprovaren la llei orgànica que se separava de la llei bàsica de règim local, sinó que era promogut per part del President del Govern.

Explicació que seria raonable si no fos que el parer del Govern, expressat en les intervencions de la seva vice-presidenta primera, ministra de la Presidència i Portaveu del Govern, en el Diari de Sessions del Congrés dels Diputats de la sessió plenària aprovatòria de la reforma de l'Estatut a la Cambra Baixa, expressa en termes literals que: «Les Illes Balears han decidido articular su poder público mediante un sistema de doble nivel compuesto por las instituciones propias de la comunidad -Parlamento y Gobierno- y por los consejos insulares, como institución de Gobierno propio de cada isla, que también son instituciones de la comunidad autónoma. Ahora, señorías, se fortalece la legitimación democrática de los consejos insulares. Se prevé un importante quantum competencial y se les da una estructura dividida en Presidencia, Consejo Ejecutivo y Pleno que asegurará un ejercicio responsable y eficaz del poder público. Además Formentera contará con su propio consejo insular, lo cual es un motivo también de satisfacción.»

Per tant, no trobam explicació lògica en el manteniment del recurs d'inconstitucionalitat per part del President del Govern contra la LCI de 2000 després

de l'aprovació estatal de la reforma estatutària de 2007, més quan la seva portaveu, expressant el parer de l'executiu en el debat parlamentari del Congrés dels Diputats, tanca la seva intervenció tot proclamant de forma solemne: «Señorías, concluyo. Los contenidos que he repasado brevemente convierten al Estatuto balear en una verdadera norma institucional muy completa *que no se aparta un ápice de los márgenes constitucionales* y que profundiza los caminos andados durante los últimos veinticinco años, dando plena continuidad a las reformas ya aprobadas. El nuevo Estatuto de las Illes Balears se sostiene sobre el respaldo unánime del Parlamento balear y espero que cuente con el apoyo unánime de las Cortes Generales.»

Sigui com sigui cal recordar que l'anterior proclama de la Portaveu del Govern s'efectuava, en definitiva, en favor d'una norma estatal com és una llei orgànica que aprova una reforma d'un Estatut d'autonomia, i lògicament per mor del context en què es realitzava, no en favor de la llei ordinària autonòmica balear reguladora del règim dels consells insulars. Per ventura, des d'aquesta perspectiva, podem trobar una certa explicació a un interès hipotètic per part de l'Estat en que es posàs de manifest en un moment posterior una pretesa manca de competència del legislador autonòmic ordinari, ni que fos acceptant-se implícitament pel propi Govern que el gruix dels preceptes de la LCI balear que havia impugnat set anys abans davant la jurisdicció constitucional quedarien emparats per la *lex superveniens* que les Corts Generals haurien aprovat l'any 2007.

En definitiva, si d'això es tractava, és a dir, d'obtenir una declaració constitucional que avalàs una reserva de competència en favor de l'Estat, mitjançant llei, de la darrera paraula quant a l'establiment del règim nuclear d'organització dels consells insulars, als ciutadans de les Illes Balears tant ens era. Més enllà del fet que l'Estatut d'autonomia és una norma que no és modificable de forma unilateral per l'Estat sense que abans no concorri iniciativa autonòmica, la modificació de la llei estatal «bàsica» de règim local potser hauria pogut aconduir, teòricament i abans del pronunciament del TC, al mateix resultat. Hem d'apuntar com, igualment, sobre la base de l'art. 87 CE existia el ressort d'una proposició de llei del Parlament de les Illes Balears davant el Congrés dels Diputats en ordre a la modificació de l'art. 41.3 de la LRBRL, donant-se la paradoxa ja apuntada més amunt que el mateix precepte va ser modificat l'any 2003 pel que fa al règim d'organització i funcionament dels cabildos insulars.

Tanmateix, si s'ha de ser plenament coherent amb la doctrina assentada per part de la STC que hem comentat, caldria descartar qualsevol modificació de la

LRBRL que anés dirigida bé a la incorporació de normes d'organització directa dels consells insulars similars a les introduïdes l'any 2003 per als cabildos insulars, o bé a la introducció d'una remissió al règim que pogués introduir el legislador autonòmic ordinari. Això perquè, en suma, la conclusió que cal deduir del pronunciament del TC no és d'altra que per a l'establiment del règim essencial quant a l'organització i funcionament dels consells insulars és que existeix una «reserva estatutària» que impedeix cap altra regulació a la legislació estatal, reserva estatutària que tanmateix no impediria el desenvolupament de les seves determinacions per part de la legislació autonòmica pròpia, a la que fan una crida expressa distints preceptes de l'EAIB de 2007. En definitiva, semblaria que l'única reforma de la LRBRL admissible en virtut de la doctrina assentada per part de la sentència, no és d'altra que la modificació del seu art. 41.3 per tal de preveure una remissió plena a la regulació de l'EAIB de les dues matèries que contempla.

IX. Breus ressenyes bibliogràfiques sobre la qüestió tractada per la sentència

Dins la que, avui per avui, constitueix ja una literatura jurídica prou extensa respecte dels consells insulars, destacarem a efectes pràctics només aquelles obres o treballs doctrinals més específicament lligats a la temàtica relativa al règim jurídic d'organització i funcionament, en el context normatiu que ha tengut en compte el TC en el moment de dictar la sentència comentada, dividint-les així en funció de la seva publicació per ordre cronològic, posterior a la LCI i abans de la reforma de l'EAIB de 2007, i amb posterioritat a l'esmentada reforma estatutària, sense que en cap cas la relació que oferim no tengui un caràcter exhaustiu.

Bibliografia publicada després de la vigència de la LCI de 2000:

1. Reflexions sobre les funcions i competències dels consells insulars. Luis Ortega Álvarez. Revista catalana de dret públic, núm. 28, 2002.
2. L'organització dels consells insulars a la Llei balear 8/2000, de 27 d'octubre. Avel·lí Blasco Esteve. Revista catalana de dret públic, núm. 28, 2002.
3. Cuatro estudios sobre la ley de consejos insulares. AAVV. Palma: Govern de les Illes Balears. Institut d'Estudis Autonòmics, 2003. Col·lecció L'Esperit de les lleis. (Especialment recomanable atès que centra el seu objecte en els aspectes d'organització i la inserció de la LCI de 2000 en el marc bàsic i estatutari).
4. Una vegada més sobre la naturalesa jurídica dels consells insulars: aproximació històrica, jurídica i política. Bartomeu Colom i Pastor. Revista jurídica de les Illes Balears, núm. 2, 2004.

5. La nova organització del Consell Insular d'Eivissa i Formentera. Àngel C. Navarro Sánchez. Revista jurídica de les Illes Balears, núm. 3, 2005.
6. Los consejos insulares. Avel·lí Blasco Esteve (coordinador). València. Tirant lo Blanch, 2005. (D'aquesta obra cal destacar especialment els apartats «La organización del gobierno y la administración insular en la C.A.I.B.», a cura de Luciano Parejo Alfonso; «La nueva organización de los consells insulars» a cura d'Avel·lí Blasco Esteve; «Funcionamiento y Régimen Jurídico de los Consells Insulars», a cura de Lluís J. Segura Ginard; i «Funciones y competencias de los consejos insulares en la Ley 8/2000», a cura de Luis Ortega Álvarez).

Bibliografia posterior a la reforma estatutària de 2007:

1. Els Consells Insulars en l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears. AAVV. Palma: Lleonard Muntaner, 2007.
2. El Consell Insular de Formentera a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears. Maria Torres Bonet i Àngel C. Navarro Sánchez. Revista jurídica de les Illes Balears, núm. 6, 2008.
3. Els consells insulars en el nou Estatut d'Autonomia de 2007. Avel·lí Blasco Esteve. Revista jurídica de les Illes Balears, núm. 6, 2008.
4. Els consells insulars com a institucions de la Comunitat Autònoma. Fèlix Pons Irazazábal. Revista jurídica de les Illes Balears, núm. 6, 2008.
5. Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears. AAVV. Coordinador Avel·lí Blasco Esteve. Civitas, 2008.
6. Una aproximación a la regulación de los consejos insulares en la reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. Jeroni M. Mas Rigo. El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, núm. 21, 2009.
7. La potestad ejecutiva de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears tras la reforma estatutaria de 2007: su distribución entre el Gobierno y los Consejos Insulares. Joan Oliver Araujo i Vicente J. Calafell Ferrá. Corts: Anuario de derecho parlamentario, núm. 21, 2009.
8. La naturalesa jurídica dels consells insulars segons la jurisprudència. Jeroni M. Mas Rigo. Revista jurídica de les Illes Balears, núm. 10, 2012.

rjib 11
COMENTARIS I NOTES

LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN IBIZA EN LA SUCESIÓN INTESTADA Y SU REGULACIÓN A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DE LA REMISIÓN ESTÁTICA AL CÓDIGO CIVIL

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, 4/2012 de 24 de octubre de 2012)

Eugenia Garcías de España
Abogada

I. Origen del litigio y su resolución en primera instancia. II. La contradicción entre los artículos 834 y 945 del Código Civil. III. La sentencia de la Audiencia Provincial. IV. Posición jurídica del cónyuge viudo en Ibiza y Formentera. V. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la atribución concedida por el artículo 84 de la Compilación? VI. ¿Existe una laguna legal en el artículo 84 de la Compilación? VII. Remisión estática o dinámica al Código Civil.

A continuación trataremos de analizar la sentencia 4/2012, de 24 de octubre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, cuyo ponente fue el Ilmo. Sr. D. Antonio Federico Capó Delgado.

El asunto que dio origen al litigio fue el siguiente: Manuel R.R., de vecindad civil ibicenca, falleció intestado en 2002, en estado de casado con Isabel A.C., y sin hijos. Sus sobrinos instaron la declaración de herederos ab intestato, al entender que la viuda de su tío no ostentaba derecho alguno sobre la herencia, pues estaban separados de hecho. Isabel A.C. demanda a los sobrinos del finado, solicitando que se declare su condición de heredera universal o, en su defecto, su derecho al usufructo de 2/3 de los bienes de la herencia; los demandados se oponen a ambas pretensiones.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia confirma la de la Audiencia Provincial, y declara heredera universal a la viuda de Manuel R. R., sobre la base del art. 944 C.c. en su redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, considerando no acreditada la separación de hecho por mutuo acuerdo; si bien no entra a valorar algunos de los argumentos del recurso presentado por los demandados por considerarlos "cuestiones nuevas". No obstante, y a pesar de que pueda resultar acertada la decisión desde un punto de vista procesal, creemos que es interesante analizarlos; en especial las cuestiones siguientes: la posición y derechos del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión intestada; la existencia o no de una laguna legal en el art. 84 de la Compilación Balear y modo de integración, en su caso; y la remisión estática de la Compilación Balear al Código Civil.

I. Origen del litigio y su resolución en primera instancia

Es conveniente comenzar haciendo un breve repaso al origen del litigio, así como a las sentencias de primera instancia y de la Audiencia Provincial.

La primera de ellas, al igual que las posteriores, entiende, por los motivos que después se verán, que por remisión del artículo 84 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, deben aplicarse las disposiciones del Código Civil que regulan la cuestión debatida, en su redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En sede de sucesión intestada, y en lo que a nuestro caso se refiere, son las siguientes:

Artículo 944 del Código Civil: "*En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente"*

Artículo 945 del Código Civil "*No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*."

Y en sede de los derechos que corresponden al cónyuge viudo:

Artículo 834 del Código Civil: "*El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado*[1] *o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*."

1 Jurisprudencia y doctrina entendieron que se refería a una separación judicial.

Artículo 838 del Código Civil: *"No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia*."

Antes de seguir avanzando, conviene recordar que, a diferencia de los que ocurre en el Código Civil y en Mallorca y Menorca, en Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no ostenta la condición de legitimario; así que lo que le corresponda en usufructo, por la vía del artículo 838 del Código Civil o de otro precepto (al que después nos referiremos, y que defiende el recurso de los demandados), no deberá entenderse como tal.

Dicho lo anterior, y continuando con la sentencia de primera instancia, concluye ésta que debe considerarse acreditada la separación de hecho en los términos del artículo 945 del Código Civil, pues afirma literalmente que "*la exigencia de fehaciencia del artículo 945 del Código Civil no equivale a constancia documental sino que cabe acreditar la separación de mutuo acuerdo por cualquier medio probatorio*", otorgando únicamente a la viuda el usufructo de los 2/3 de los bienes de la herencia, como reconoce el artículo 838 del Código Civil, pues sí entiende la sentencia que la separación fue por culpa del difunto, ya que consta acreditado que Isabel A.C. tuvo que abandonar el domicilio conyugal por malos tratos de su marido fallecido, y por tanto, determina que la separación fue culpa del finado. En realidad, el fallo reconoce el derecho de *legítima* de Isabel A.C., lo cual debe interpretarse como un error conceptual, por lo expuesto en el párrafo anterior.

En este sentido, conviene recordar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 27 de julio de 2009, en relación con lo que debe entenderse por separación de hecho: "*Este deber de convivencia no significa la constante compañía física de los consortes sino su voluntad de desarrollar una vida en común o, como se ha dicho en la doctrina con frase gráfica, "conservar el animus de reunirse cuando están ausentes". La separación matrimonial surge cuando la convivencia así entendida desaparece, cuando los miembros de la pareja se apartan entre sí con la intención -de ambos o de uno- de no compartir su vida en adelante*." Por tanto, la separación de hecho requiere dos elementos: uno físico y otro espiritual.

II. La contradicción entre los artículos 834 y 945 del Código Civil

La sentencia de primera instancia nos brinda la oportunidad de poder hablar sobre la, hoy ya superada, posible contradicción entre los artículos 834 y 945 del Código Civil.

Fue una cuestión discutida, y zanjada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que el cónyuge que no pudiera ser llamado a la sucesión intestada, mantuviera su derecho de usufructo, reconocido en los artículos 834 y siguientes. El problema fundamental radicaba en la aparente contradicción que existía entre los artículos 945 y 834 del Código Civil, pues el primero privaba de la posibilidad de ser llamado a la sucesión intestada cuando existía separación de hecho entre los cónyuges; pero el segundo exigía separación judicial o culpa del viudo, para negarle su derecho de usufructo. Como decimos, hoy ya se ha solucionado esta cuestión, pues tras la reforma del año 2005, se incluyó la separación de hecho en el artículo 834.

Curiosamente, en las islas de Mallorca y Menorca, donde el cónyuge viudo es legitimario, no se suscitaba esta cuestión, pues el artículo 45 de la Compilación de 1990 ya establecía la posibilidad de que el viudo pudiera ser privado de su derecho en los casos de separación de hecho. Es cierto que la dicción actual del artículo 45 sigue haciendo referencia a la idea de "separación sanción", en el sentido de que, si hay separación de hecho pero es por culpa del difunto, se siguen manteniendo los derechos legitimarios. A pesar de ello, parte de la doctrina considera que hoy en día debe entenderse superada esa lectura, sobre todo tras la reforma de 2005, tal y como parece intuirse en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 27 de julio de 2009 la cual, aunque se refiere a un supuesto distinto del aquí tratado, sí se apoya en la indicada reforma para interpretar el artículo 45 de la Compilación.

No obstante, puesto que en el caso que nos ocupa, el causante ostentaba la vecindad civil ibicenca, y el libro III se remite en estos casos al Código Civil, sí es (o era) predicable esta cuestión. Sobre todo teniendo en cuenta que -recordemos- el causante falleció en 2002, cuando aún no se había llevado a cabo la reforma operada por la Ley 15/2005.

Debemos decir que la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia, por motivos en los que hoy, desaparecida la polémica, no vale la pena detenerse, consideraban que podían ostentarse los derechos reconocidos en los artículos 834 y siguientes, a pesar de estar excluido del llamamiento *ab intestato*. De hecho, así lo afirma la sentencia del juzgado de Ibiza.

III. La sentencia de la Audiencia Provincial

Frente a la sentencia de primera instancia, ambas partes presentaron recurso de apelación solicitando, la demandante, que se reconociera su condición de heredera

universal; y la demandada, que se declarara que Isabel A.C. no tenía derecho legitimario alguno (o más correctamente, el derecho de usufructo mencionado).

Por lo que se desprende de los antecedentes de hecho, parece que el motivo principal del recurso de la demandante era que no podía considerarse acreditada la separación de hecho, en los términos exigidos por el Código Civil; y uno de los argumentos esenciales del recurso de los demandados se basaba en defender que no existen legítimas en la sucesión intestada; y que, aun existiendo, los dos cónyuges compartían la condición de heroinómanos, y que por tanto la separación era culpa de ambos y no exclusiva del difunto, lo que privaría a la viuda de los derechos de usufructo reconocidos en el artículo 838 del Código Civil.

Creemos, por una parte, que la afirmación que realiza la Audiencia es cierta: no existen legítimas en la sucesión intestada, en tanto la legítima es un límite a la libertad de testar (artículo 806 del Código Civil). No obstante, el Tribunal parece olvidar que el cónyuge viudo sí mantiene sus derechos reconocidos en los artículos 834[2] y siguientes, aunque se trate de una sucesión ab intestato. Algunos autores, como Rivas Martínez, hablan de un *derecho de usufructo ab intestato*; otros, de simple atribución patrimonial *ex lege*. Creemos que no se trata de una tercera delación, como parece considerarlo la sentencia de la Audiencia para concluir que no tendría cabida en el art. 658 del Código Civil; sino de un derecho reconocido al cónyuge, de contenido patrimonial. Recordemos que existen otros derechos, también de contenido patrimonial, que nacen *ex lege*, y no son considerados como una nueva delación (por ejemplo, las reservas).

A pesar de estas reflexiones, finalmente la Audiencia Provincial entendió que no estaba acreditada la separación de hecho en los términos exigidos por el artículo 945 del Código Civil y declaró a la viuda, Isabel A.C., heredera universal.

IV. Posición jurídica del cónyuge viudo en Ibiza y Formentera

Como ya hemos dicho, el cónyuge ibicenco viudo no ostenta la condición de legitimario, de conformidad con el artículo 79 de la Compilación, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, así como en las islas de Mallorca y Menorca. La razón histórica parece ser que en Ibiza y Formentera era muy habitual que en las capitulaciones matrimoniales (*"espolits*"), o en testamento, se constituyera el usufructo universal a favor del supérstite, "*es fruit*". Pero era, y es, una práctica voluntaria, sobre la que no

2 Tras la reforma de 1958, el art. 953 del Código Civil, hoy desaparecido, clarificó la cuestión.

existe obligación legal alguna. Por tanto, puede que en ocasiones, en casos de sucesión testamentaria, por descuido, olvido o ignorancia, no se lleve a cabo tal disposición y se deje al sobreviviente sin atribución alguna. De hecho, la realidad social pitiusa muestra como esta práctica de dejar al cónyuge el usufructo universal de los bienes de la herencia resulta cada vez menos habitual. En este sentido, algunos han llegado a considerar que el testamento es el peor enemigo del cónyuge supérstite en Ibiza y Formentera.

No obstante, la posición del viudo es muy distinta en los casos de sucesión intestada, y puede resultar incluso paradójico. La reforma de la Compilación de 1990 introdujo el artículo 84, despejando cualquier duda, como dice su Exposición de Motivos, sobre la aplicación del Código Civil en sede de sucesión intestada; y mejoró en su párrafo 2º la posición del cónyuge viudo en relación a la que le otorga el Derecho común, según con quien concurra, como después veremos.

Desconocemos los motivos que llevaron al legislador a dispensar un trato tan diferenciado al supérstite. Puede que la justificación radique en la presunta voluntad del difunto; es decir: aquél que otorgó testamento y no reservó el usufructo universal a su cónyuge, parece que no quería hacerlo; no obstante, no es tan sencillo presumir esta voluntad cuando fallece intestado.

Sea por lo que fuere, lo cierto es que la mayoría de la doctrina considera, *lege ferenda*, que es un primer paso para que, en una futura reforma de la Compilación, el cónyuge viudo tenga la condición de legitimario. Es lógico pensar que sea así, si partimos de la idea de que el viudo no es legitimario en Ibiza debido a una tradición jurídica propia, que a su vez proviene de una práctica habitual, y que resulta que ya no es tan habitual.

Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia, en la ya citada sentencia de 27 de julio de 2009, ha definido cuál es el objetivo de la legítima: "*El reconocimiento de legítima vidual -en el inicio histórico sólo a favor de la viuda- busca el objetivo de proporcionar al supérstite recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja.*"

V. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la atribución concedida por el artículo 84 de la Compilación?

Artículo 84 de la Compilación: "*La sucesión intestada en Eivissa y Formentera se rige por las normas del Código Civil.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes."

A nuestro juicio, los derechos reconocidos en el artículo 84 de la Compilación participan de la misma naturaleza que los que le atribuye el Código Civil al cónyuge viudo, en sede de sucesión intestada. Por tanto, como veíamos más arriba, se trata de un derecho de usufructo ab intestato (Rivas Martínez), o una atribución patrimonial *ex lege*.

Una cuestión que nos resulta interesante es: si realmente no es legítima, ¿puede privarse de su atribución por las causas de desheredación del artículo 855 del Código Civil?; o, dada la interpretación estricta que debe darse a tales causas, en tanto privan de derechos, ¿únicamente se perdería el usufructo en el caso contemplado en el 834 del Código Civil?

VI. ¿Existe una laguna legal en el artículo 84 de la Compilación?

El recurso de los demandados considera que existe efectivamente una laguna en el artículo 84.2, pues regula únicamente el usufructo del viudo en los casos en que concurra con descendientes o ascendientes. Y, ¿qué ocurre cuando no concurre con ninguno de ellos pero sí con colaterales declarados herederos *ab intestato*? En tal caso, el recurrente considera que el legislador olvidó regular el supuesto y que tal vacío debe llenarse, no con las disposiciones del Código Civil, sino con las de la propia Compilación, según su art. 1, párrafo 2º, a través del mecanismo de la autointegración.

En esta misma línea, considera el recurrente que nada impide (y de hecho, es lo correcto) que ese vacío se complete con las normas del libro I de la Compilación, correspondientes a la Isla de Mallorca; y por tanto, según el art. 45 párrafo 3º*, in fine,* le correspondería el usufructo universal a Isabel A.C.

La sentencia no entra en el análisis de este planteamiento por considerar que es una cuestión nueva y que, en las dos instancias anteriores, el demandado se opuso a cualquier pretensión de la actora sobre la herencia del difunto.

Nuestra opinión es que, realmente, no existe tal laguna. El legislador de 1990 simplemente quiso mejorar la posición del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión

intestada, en relación con la que le otorga el Código Civil, aumentando la cuota de usufructo cuando concurra con descendientes o ascendientes (lo cual suele ser lo más habitual, dicho sea de paso); cosa lógica si tenemos en cuenta que el Derecho común parte de un régimen económico matrimonial de gananciales; mientras que en las Baleares rige un sistema supletorio de separación de bienes. En todo lo demás, el artículo 84 se remite al Código Civil.

Para el caso de que se considerara que sí existe una laguna, creemos que lo más correcto es pensar que deberá cubrirse con las disposiciones del Código Civil, a las que tan claramente se remite el artículo 84; sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina y los tribunales observan cómo, cada vez más, priman en el Derecho Ibicenco las instituciones de Derecho Común en perjuicio incluso de las propias. Es más, no podemos olvidar que los principios básicos de la sucesión que rigen en la isla de Mallorca y Menorca son antagónicos a los del territorio pitiuso: "*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus"; "semel heres, semper heres"* y responden a "*las pautas más esenciales del modelo romano*" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 24 de noviembre de 2005). Por tanto, a nuestro juicio resulta más coherente que se integre con un conjunto normativo que le es más afín, como es el Código Civil.

Con ello no estamos en absoluto desechando el mecanismo de la autointegración; pero ésta debe aplicarse de manera razonada y coherente: no por el hecho de estar recogido en la Compilación debe ser de aplicación automática ante un vacío legislativo de la misma. Recordemos que la Compilación está formada por tres libros, correspondientes cada uno de ellos a una isla, y que tal clasificación responde a una realidad diferenciada, no sólo física, sino también jurídica; y especialmente acentuada en el territorio pitiuso, que cuenta con unos principios y costumbres que le son propios.

VII. Remisión estática o dinámica al Código Civil

Afirma el recurrente en su recurso que, a pesar de que la Disposición Final 2ª de la Compilación ordena una remisión estática a las disposiciones del Código Civil, esto es, a la redacción que tenían en el momento de la entrada en vigor de la Compilación de 1990, el Tribunal Superior de Justicia tiene potestad para interpretar normas del Código Civil, que son de aplicación en nuestro territorio por la técnica de la remisión; de tal manera que, consciente de la modificación introducida por el legislador estatal a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio; y consciente también de la realidad social actual, dicho articulado debe cobrar hoy un nuevo sentido.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicfia no da respuesta a esta cuestión por una razón muy simple: Manuel R.R. falleció en 2002, lo que significa que, conforme a lo que dispone el art. 9.8 C.c., la ley que rige su sucesión será la existente al tiempo de su fallecimiento; y por tanto, la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Y todo ello, con independencia de la remisión a la vecindad civil del finado, pues la solución sería la misma si habláramos de la sucesión de un ciudadano con vecindad civil común.

Más sentido tendría el razonamiento del recurrente, y resultaría más interesante la reflexión, si Manuel R. R. hubiera fallecido tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que destierra cualquier idea de separación-sanción; sobre todo tras la interpretación defendida por algunos sobre el artículo 45 de la Compilación, a la que hacíamos referencia más arriba. En cualquier caso, al haber fallecido en 2002, no hay lugar a dudas; y la sentencia acierta plenamente al entender que debe aplicarse el articulado anterior a la reforma. En este sentido, la dicción de la DF2ª de la Compilación es clara; y también el Tribunal Superior de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema de la remisión estática en alguna ocasión, como por ejemplo, en su sentencia de 24 de noviembre de 2005:

"*Son, pues, remisiones de carácter estático, de manera que la eventual modificación ulterior de los preceptos del Código Civil a que se dirigen no las afecta ni altera su sentido. Tales remisiones producen el efecto de incorporar al Derecho Civil Balear las concretas normas remitidas, que la Compilación prescinde de reproducir por conveniencias técnicas de simplificar la redacción del texto legal. La Compilación hubiera podido incluirlas dentro de su articulado en forma expresa y el legislador autonómico puede sin duda cambiarlas si lo estima oportuno. Aquí basta con destacar que la circunstancia de que una norma sea idéntica a otra del Código Civil no obsta a que aquélla forme parte del cuerpo de derecho civil propio de esta Comunidad Autónoma"*.

No obstante, no deja de ser paradójico que por una parte, el Tribunal Superior de Justicia defienda de forma tan tajante la remisión estática; y por otra, se apoye en la reforma 15/2005 para interpretar el artículo 45, aunque en sentencia referida a un caso supuesto del que aquí nos ocupa. Creemos que en este caso son poderosos los motivos que pueden justificar argumentos aparentemente contradictorios, y que se encuentran íntimamente relacionados con la realidad actual (artículo 3.1 del Código Civil).

Queremos terminar este breve comentario poniendo de manifiesto las críticas que suscita la técnica de la remisión estática. Si bien es cierto que posee ventajas,

sobre todo el hecho de ser inmune a los cambios que realice el legislador de Derecho Común y no ver mermadas nuestras competencias legislativas; también lo es que puede ocasionar, y de hecho lo hace, situaciones contradictorias o deslavazadas. Para evitarlo, sería interesante revisar la Compilación cuando se introduzcan reformas en el Código Civil de gran envergadura, como la Ley 15/2005 de 8 de julio, a la que tantas veces nos hemos referido.

BIBLIOGRAFÍA:

FERRER VANRELL, M.Pilar Y MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Legislación Civil Balear*, Edición UIB i Parlament de les Illes Balear 2011.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de sucesiones común y foral*. Ed. Dykinson 2009.

FERRER VANRELL, M. Pilar: *Lecciones de Derecho Civil Balear*. Ed. UIB 2003.

rjib 11

JURISPRUDÈNCIA
(novembre 2011-octubre 2012)

Jaume Munar Fullana
Doctor en Dret (Dret Constitucional)

Miquel Masot Miquel
Advocat (Dret Civil Balear)

Carlos Gómez Martínez
President de l'Audència Provincial (Civil)

Antonio J. Terrasa García
President del TSJIB (Penal)

Fernando Socías Fuster
Magistrat del TSJIB (Contenciosa administrativa)

Ferran Gomila Mercadal
Advocat (Laboral)

I. Constitucional

1. SENTÈNCIA NÚM. 26/2012, D'1 DE MARÇ (PLE). RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. Ponent: Pérez Tremps. COMPETÈNCIES ESTATALS I AUTONÒMIQUES ESPECÍFIQUES EN MATÈRIA DE COMERÇ INTERIOR. RÈGIM ADMINISTRATIU DELS ESTABLIMENTS COMERCIALS. HORARIS. VENDA DE SALDOS I MODALITATS DE LIMITACIÓ DE VENDES: PROHIBICIÓ TEMPORAL D'ACTUACIONS DE PROMOCIÓ I DE VENDA A PÈRDUES. ESTATUT D'AUTONOMIA DE LES ILLES BALEARS: COMPETÈNCIES EXCLUSIVES I MODALITZACIÓ PER LA LEGISLACIÓ BÀSICA.

Resum dels fets: Mitjançant recurs d'inconstitucionalitat promogut per part del President del Govern, s'impugnen els arts. 4.2; 14.1; 18; 20; 21.l b) segon incís; 22.1, en el seu incís final; 27.a); 28; 35.2 i 54.1 de la Llei balear 11/2001, de 15 de juny, d'ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears (LOACIB).

Es considera que l'esmentada llei autonòmica, en la regulació de determinats aspectes als què ens referirem, vulnera diverses competències estatals, singularment les relatives a les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals, legislació mercantil i civil, bases i coordinació general de l'activitat econòmica, i bases del règim jurídic de les administracions públiques.

Fonamentació jurídica: La STC es fa ressò del fet que durant la tramitació del procediment alguns dels preceptes que en varen constituir el seu objecte han sofert modificacions, tot recordant que en aquesta situació és doctrina del Tribunal que l'apreciació de la pèrdua de l'objecte depèn de la incidència real que tengui la derogació, substitució o modificació de la norma, sense que es pugui resoldre en base a criteris apriorístics i tot considerant que el punt d'inflexió és si ha cessat o no la controvèrsia de competències, atès que aquesta és precisament la finalitat del recurs.

Analitzarà, des d'aquesta perspectiva, la incidència de tres reformes posteriors de la norma autonòmica: la produïda per les Lleis balears 8/2004, de 23 de desembre; 25/2006, de 27 de desembre; i més especialment la Llei 8/2009, de 16 de desembre, de reforma de la LOACIB per a la transposició de la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior.

El TC conclou en que els canvis normatius sobrevinguts amb posterioritat al plantejament del recurs no han afectat al seu objecte, que es manté en els mateixos

termes, tot tenint en compte que els preceptes recorreguts i posteriorment modificats foren impugnats per qüestions competencials i que cap de les parts no va manifestar la seva voluntat de desistir del procediment.

Igualment, el TC té en compte que la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears ha entrat en vigor posteriorment a l'admissió del recurs, per la qual cosa les qüestions objecte de controvèrsia es decideixen considerant les noves prescripcions estatutàries d'aplicació.

Finalment, cal destacar que l'anàlisi constitucional és de caràcter mediata o indirecta, d'acord amb el concepte introduït per la jurisprudència del TC per referir-se a la infracció per la normativa autonòmica de l'ordre constitucional de distribució de competències per contradicció amb normativa estatal bàsica; tot recordant que, en aquest cas, s'exigeix la concurrència de dues circumstàncies: a) que la norma estatal infringida per la llei autonòmica sigui norma bàsica en doble sentit, material i formal, i; b) que la contradicció entre ambdues normes, estatal i autonòmica, sigui efectiva i insalvable per via interpretativa. En aquest sentit, es recorda que el cànon de constitucionalitat en aquest punt s'ha de resoldre d'acord amb la legislació bàsica estatal en el moment de dictar la sentència i no la vigent en el moment de formulació del recurs.

Comentari: La resolució de la controvèrsia, amb caràcter general, se centra en l'àmbit sectorial del comerç interior o la defensa dels consumidors i usuaris, en què la delimitació competencial a considerar a l'hora de resoldre les qüestions plantejades és la que resulta de la lectura conjunta dels arts. 30.42 i 30.47 de l'EAIB, d'acord amb la redacció conferida per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, d'acord amb els quals la nostra comunitat autònoma té competències exclusives tant en matèria de comerç interior «sense perjudici del que disposen els articles 38, 131 i en els números 11 i 13 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució», com en matèria de defensa dels consumidors i usuaris «en els termes disposats als articles 28, 131 i en els números 11, 13 i 16 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució.»

Des d'aquest punt de partida comença el TC recordant que, d'acord amb el tenor literal dels termes estatutaris, les referides assumpcions competencials no exclouen la competència estatal per establir les bases i la coordinació del sector, i que l'exercici autonòmic d'aquesta competències exclusives pot estar condicionat per mesures de l'Estat que, en l'exercici d'una competència pròpia i diferenciada, es poden desplegar autònomament sobre diversos camps o matèries.

A partir d'aquest marc previ, i partint de l'anterior STC 140/2011, de 14 de setembre, reitera, en relació a l'assumpció autonòmica de la competència en matèria de comerç interior, que s'ha d'adequar d'acord amb el previst en el propi EAIB en l'exercici de llurs competències a la disciplina establerta per l'Estat d'acord amb els títols habilitants relacionats a l'art. 149.1 CE i «en especial a aquells explícitament esmentades pel text estatutari» doncs només així serà possible reconèixer que la competència autonòmica «s'ha actualitzat en el respecte al seu marc delimitador propi, constitucional i estatutari», qüestió que passa a examinar el TC amb relació a cadascun dels preceptes objecte del recurs, tot posant-se en relació amb les competències estatals que s'entenen vulnerades, com són especialment les que deriven de l'art. 149.1.6 i 13 CE.

En aquest sentit, d'aquesta anàlisi singularitzada dels distints preceptes de la llei autonòmica cal destacar-ne les següents conclusions:

a) L'art. 4.2 de la LOACIB resulta inconstitucional en incloure dins la definició d'activitat comercial al detall la relativa als obsequis i regals oferts per les entitats de crèdit als usuaris de serveis financers i el finançament de béns que l'entitat posa a disposició del client, atès que respon a l'especificació d'un concepte prèviament definit a la Llei estatal 7/1996, de 14 de gener, de comerç minorista (LCM), amb contradicció de redaccions i de definicions, incloent la norma autonòmica aspectes no inclosos en la definició estatal. Correspon a la legislació estatal civil o mercantil la definició de la condició de comerciant, i per extensió de definició de l'activitat que deriva d'aquesta condició, ex art. 149.1.6 CE. La competència autonòmica en matèria de comerç interior, si bé pot incloure les condicions d'exercici de l'activitat comercial, no pot envair àmbit d'activitat mercantil estatal de configuració jurídica negocial. Afegeix que la regulació autonòmica escomet relacions contractuals en què no hi ha pròpiament activitat de venda, sinó de serveis financers, negocis pròpiament bancaris, que si bé poden ser qualificats com a actes de comerç, es troben reservats a entitats de crèdit d'acord amb la Llei estatal 26/1988, de 29 de juliol, norma estatal redactada a l'empara de l'art. 149.1.11 CE que limita igualment la competència autonòmica en matèria de comerç interior.

b) La fixació de la LOACIB, en el seu l'article 14.1, de limitacions a l'autorització d'obres i implantació d'establiments en funció de la combinació de superfícies útils d'exposició i venda amb la població del respectiu municipi on es pretén la implantació, resulta incompatible amb la regulació bàsica estatal sobrevinguda, a partir dels canvis de la LCM efectuats per la Llei estatal 1/2010, d'1 de març, complint els manaments de la precedent Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre lliure accés a les activitats de servei i el seu exercici, a partir de la consideració que aquesta darrera norma estatal (que

incorpora a l'ordenament espanyol la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de novembre de 2006), disposa la impossibilitat de que la normativa reguladora supediti l'exercici de l'activitat a restriccions quantitatives o territorials; concretament a partir de límits fixats en funció de la població. En aquest sentit, per part del TC resulta clara la incompatibilitat de l'art 14.1 de la norma amb l'esmentada legislació bàsica sobre ordenació general de l'economia ex art. 149.1.13 CE.

c) Quant al tractament de la impugnació relativa a distints articles relatius a la regulació dels horaris comercials, la STC pren com a referent bàsic les determinacions del Reial decret llei 6/2000, de 23 de juny, i especialment, la Llei 1/2004, de 21 de desembre, d'horaris comercials, en l'enteniment que suposen una expressió del títol estatal sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica ex art. 149.1.13 CE. En aquest sentit, extractant les conclusions dels respectius Fonaments de Dret, cal destacar-ne la constatació per part del TC del fet que la legislació estatal abans esmentada es tracta, formalment i materialment, de normativa bàsica, descartant-se així d'entrada un argument defensat per la representació autonòmica que en qüestionava tal caràcter. El TC considera que dita normativa estatal inclou clarament una sèrie d'objectius de política econòmica en un sector de gran transcendència econòmica com és el de la distribució comercial i, des d'aquesta premissa, s'entén:

- Que l'art. 18.2 de la llei autonòmica contravé la legislació bàsica i per tant resulta contrari a l'ordre de distribució de competències, en fixar una limitació diària a l'horari d'obertura i tancament d'establiments no admesa per l'estatal.
- Que l'article 20 de la LOACIB, regulador de limitacions de l'activitat comercial en diumenges i dies festius, no resulta contrari als preceptes bàsics estatals, tota vegada que no existeix una contradicció insalvable per la via interpretativa de manera conforme amb l'ordre constitucional de distribució de competències. Tal interpretació ha de passar per establir que la norma autonòmica no exclou que els diumenges i festius puguin ser dies hàbils per a l'exercici de l'activitat comercial, sinó que es limita a preveure que la seva determinació es trobaria sotmesa a autorització expressa, per tal de determinar els dies festius d'obertura, que també ve exigida per la legislació estatal. No resulta contradictòria sempre i quan es respecti els mínims de vuit dies d'obertura establert a la legislació bàsica.
- En canvi, resulta contrari a l'ordre competencial allò establert per l'art. 21.1.b) i 22 de la LOACIB, quant s la limitació d'obertura horària màxima en dotze hores pel que fa a les zones de gran afluència turística, tota vegada que l'art. 5 de la referida Llei estatal 1/2004, de 21 de desembre, en regular els establiments

amb règim especial d'horaris, disposa que els ubicats a zones de gran afluència turística disposaran de plena llibertat per determinar els dies i hores que romandran oberts al públic a tot el territori nacional; remetent-se en aquest sentit, a la doctrina fixada ja a la STC 88/2010, de 15 de novembre.

d) La inconstitucionalitat de l'art. 27.2 de la LOACIB, d'acord amb l'argument del TC, es declara finalment a partir del fet que el precepte envaeix una competència estatal en matèria de lliure concurrència en el mercat, en prohibir de forma taxativa la dedicació exclusiva d'un establiment comercial a la venda de saldos.

En aquest sentit, per bé que reconeix el TC que en precedents anteriors, com pugui ser la STC 124/2003, de 19 de juny, va considerar que la regulació de dret públic sobre la venda de saldos quedava inclosa en les competències autonòmiques en matèria de comerç interior i de protecció del consumidor; aclareix que en aquest cas la norma balear no disciplina una concreta modalitat de venda promocional, la venda de saldos, sinó que pretén excloure que l'establiment comercial pugui dedicar-se en exclusiva a aquest tipus de venda.

Així, s'està incidint realment en una ordenació del mercat mitjançant la restricció a la llibertat d'empresa amb la prohibició d'un determinat format comercial; i per tant la disposició autonòmica, en realitat, no persegueix la millora o increment de les condicions de competència en el sector de distribució comercial, sinó limitar el lliure exercici de l'activitat mercantil amb una concreta modalitat, qüestió que pel seu caràcter conformador del mercat, s'hauria d'adoptar per l'Estat d'acord amb la competència normativa ex art. 149.1.13 CE.

e) Argumentacions similars trobam a l'hora de l'anàlisi dels preceptes impugnats de la LOACIB sobre limitació de vendes promocionals (art. 28) i sobre definició i característiques de la venda a pèrdues (art. 35.2).

En aquest sentit, el TC incideix en que ambdues regulacions afecten materialment en l'àmbit de defensa de la competència, competència exclusiva estatal, tota vegada que suposen incidir en el lliure exercici de l'activitat mercantil establint un quadre temporal imperatiu per al desenvolupament d'una específica modalitat de venda (venda promocional), que no es pot reputar com una norma de protecció de consumidors, sinó de garantia de lliure competència entre els comerciants; amb l'objecte d'evitar que la concurrència entre empresaris en el mercat es rompi per l'ús d'unes ofertes que volen atreure els consumidors. La regulació per tant, tampoc no pot tenir empara en la

competència autonòmica de promoció de la competència en aquest àmbit territorial ex art. 30.42 EAIB, doncs entra en conflicte amb la competència estatal derivada de l'art. 149.1.13 CE.

Pel que fa a la definició de venda a pèrdues que contempla l'art. 35 LACIB, considera el TC que se separa substancialment de la definició establerta a la LCM, tot entenent que igualment des de la competència estatal sobre defensa de la competència es deriva una habilitació estatal per establir el concepte a partir del qual s'aplica la prohibició general de les vendes a pèrdua. Però igualment considera que en la mesura en què tal definició afecta un dels elements de les relacions contractuals dels particulars, s'incideix en la competència estatal sobre regulació mercantil de les transaccions comercials. Descarta així el TC, finalment, que aquesta prohibició es tracti d'una mesura de naturalesa administrativa tendent a la protecció del consumidor, sinó que el seu objectiu suposa la prohibició d'una pràctica per garantir la competència lliure i lleial entre comerciants.

f) Contràriament, entén el TC que no resulta contrari a l'ordre de distribució de competències el fet que l'art. 54.1 de la LOACIB no contempli la reincidència com a element de graduació de les sancions en ella previstes, tota vegada que reiterant la doctrina ja establerta en aquest concret aspecte en altres sentències, considera que no existeix vulneració del marc bàsic configurat per la Llei estatal 7/1996, que en establir tal element graduador no imposa a les comunitats autònomes cap modalitat tècnica quant a la concreció de la sanció, tret d'un topall màxim de sanció econòmica amb relació al percentatge de facturació del comerciant. En definitiva, el TC considera que la llei balear en realitat no ha omès la valoració de la reincidència, sinó que tècnicament l'ha incorporada dins dels marges establerts per la norma bàsica estatal a través de la configuració de tipus específics d'infracció que contemplen la reincidència.

2. SENTÈNCIA NÚM. 121/2012, DE 5 DE JUNY (PLE). Ponent: Ortega Álvarez. CONFLICTE EN DEFENSA DE L'AUTONOMIA LOCAL. CAIXES D'ESTALVI: COMPETÈNCIES NORMATIVES AUTONÒMIQUES. AUTONOMIA LOCAL. REPRESENTACIÓ MUNICIPAL I RÈGIM D'ADOPCIÓ D'ACORDS. LEGITIMACIÓ DE LES CORPORACIONS LOCALS EN LA INTERPOSICIÓ DEL CONFLICTE.

Resum dels fets: Distints municipis del Principat d'Astúries varen promoure un procés de conflicte en defensa de l'autonomia local amb relació a determinats preceptes de la Llei autonòmica 2/2000, de 23 de juny, de caixes d'estalvis.

La impugnació es dirigia contra els articles 22.2 i 24.2, des de l'enteniment municipal que dits preceptes establien un règim atípic per a l'adopció d'acords per part de les entitats locals als efectes de la designació dels seus representants en els òrgans de govern de les caixes d'estalvi, que vulneraria la Llei estatal 31/1985, de 2 d'agost, reguladora dels òrgans rectors de les caixes d'estalvi (LORCA), en un dels seus preceptes declarats bàsics per part de la STC 49/1988, de 22 de març, com també les normes dels arts. 46 i següents de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local (LRBRL).

Per la seva part, en concret l'Ajuntament de Gijón al·legaria la privació a aquesta entitat local, en tant que destinatària única de l'art. 46.1 de la llei autonòmica referida, d'un dret a designar el vicepresident de la *Caja de Ahorros de Asturias*, que ostentava des del moment de la seva fundació. Igualment, la promoció del conflicte per l'ajuntament es dirigia contra la disposició addicional primera de la llei, pel que fa a la determinació que preveu del percentatge de representació d'aquella corporació en els òrgans de govern de la caixa.

Fonamentació jurídica: La sentència aborda de forma preliminar diferents qüestions de naturalesa processal, com la manca de sol·licitud d'informe de l'Administració consultiva prevista a la LOTC, que implica que finalment el TC exclogui del procés a determinats municipis per manca de requisit d'admissibilitat i per tant no poden ser promotors del conflicte. Igualment, analitza si la naturalesa d'alguns dels preceptes impugnats és o no de norma de destinatari únic, afectant per això a una concreta corporació local i excloent-ne les altres del conflicte, als efectes de determinar el mateix requisit d'admissibilitat.

En aquests aspectes estrictament processals, pensam que mereix destacar-se la concreció que fa el TC a l'efecte de determinar el concepte de destinatari únic, tot indicant que el supòsit contemplat per la LOTC en aquest procediment especial d'impugnació, es refereix «al municipi o província que sigui destinatari únic de la Llei, expressió que no es pot considerar equivalent o exactament coincident amb les denominades Lleis singulars o Lleis de cas únic.»

Així, el cas contemplat a l'art. 75 ter.1 a) LOTC «no pot ser definit en termes tan estrictes, sinó que bastarà, a efectes d'entendre satisfet allò que preveu, que la norma resulti aplicable exclusivament a aquest concret municipi o província, trobant-nos en el supòsit contemplat per la nostra Llei Orgànica quan, de la norma en qüestió resulti clar que, des del punt de vista material, es trobi dirigida a regular la situació d'un sòl

subjecte, que resulta ser l'únic al què, en realitat, resultaria aplicable la Llei o el precepte qüestionat.»

Analitzats els anteriors requisits de legitimitat i d'acumulació d'actuacions en els seus Fonaments de Dret 1 a 4, l'admissibilitat del procediment de conflicte queda reduïda per part del TC al que han plantejat setze municipis amb relació a l'art. 22.2 de la Llei 2/2000, i al plantejat en solitari per l'Ajuntament de Gijón i relatiu a l'art. 24.2 i disposició addicional primera.

El resultat de l'anàlisi de fons del preceptes referits, que destacarem en l'apartat de comentari, parteix de la concreció del cànon d'enjudiciament de les normes impugnades. Per part del TC s'indica que, davant el silenci de la LOTC al respecte, ha de ser deduït de la mateixa Constitució a la vista de les resolucions adoptades pel mateix Tribunal amb relació a l'autonomia local; que concreta per remissió a diferent jurisprudència que es pot resumir en que, en la mesura en què el constituent no va predeterminar el contingut concret d'aquesta autonomia, el legislador habilitat constitucionalment per regular matèries de les què sigui raonable afirmar que formen part d'un nucli indisponible d'autonomia, podrà exercir en un sentit o altre la seva inicial llibertat de configuració, però no ho podrà fer de manera que estableixi un contingut de l'autonomia local incompatible amb el marc general perfilat en els arts. 137, 140 i 141 CE.

El legislador té prohibida, sota sanció d'inconstitucionalitat per vulneració de la garantia institucional de l'autonomia local, -qualsevol regulació de la capacitat decisòria de les entitats locals respecte de les matèries del seu interès- que se situï per davall d'aquest llindar mínim que els garanteix la seva participació efectiva en els assumptes que les afectin.

Comentari: Des del referit cànon d'enjudiciament, el TC analitza el contingut dels tres preceptes de la Llei asturiana 2/2000 que, superats els requisits de legitimació i admissibilitat, resulten finalment estudiats. En aquest sentit, cal destacar:

a) L'adequació al principi constitucional de les previsions del seu art. 22.2, en la seva regulació d'un sistema d'elecció proporcional segons candidatures presentades i del sistema de vot establert per a l'elecció plenària de les corporacions locals, norma que afecta a la totalitat dels municipis d'aquella comunitat autònoma.

Es discutia una vulneració del caràcter basic de la LORCA, que suposadament impediria l'establiment per llei autonòmica d'una forma proporcional d'elecció pel ple de

la corporació local dels consellers representants, amb vulneració igualment de la LRBRL quant als règim de majories.

En aquest punt, resulta interessant apuntar com el TC entén que en el procediment especial de conflicte en defensa de l'autonomia local no pot invocar-se vulneració per part de la llei autonòmica de la normativa bàsica estatal en matèria de caixes d'estalvi, doncs no pot formar part de l'objecte d'aquests tipus de processos, atès que aquesta és una qüestió que afecta al sistema de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes, que, per imperatiu de l'art. 75 bis 1 LOTC no es pot suscitar en el procés, sense perjudici de que la suposada vulneració de normativa bàsica pogués, en el seu cas, integrar també materialment una lesió de l'autonomia local.

Així, el TC comença recordant com l'Estatut d'autonomia del Principat d'Astúries atribueix a la comunitat competència exclusiva en matèria de caixes d'estalvi i institucions de crèdit corporatiu públic i territorial, en el marc de l'ordenació general de l'economia (art. 10.1.36). Igualment, d'acord amb el seu art. 11.10 s'atribueix habilitació normativa, en el marc de la legislació bàsica de l'Estat, per al desenvolupament legislatiu i execució en matèria de règim local. A partir dels títols autonòmics d'habilitació, el TC indica que d'acord amb la seva doctrina específica sobre la participació de les corporacions locals en els òrgans de govern de les caixes d'estalvi s'ha concretat com, ja des de l'art 3.1 de la LORCA, els consellers representants de les corporacions locals són lliurement designats per aquestes, d'acord amb el procediment que determinin les normes de desenvolupament, reconeixent-se per la mateixa llei estatal, en la seva disposició final quarta, a favor de les comunitats autònomes el desenvolupament del procediment per escollir i designar els membres de l'assemblea general i del consell d'administració, i en particular, el procediment de selecció de les corporacions municipals. Resulta per tant que en la normativa reguladora de les corporacions locals en aquest sector estarem en presència d'un àmbit de competència compartida entre l'Estat i el Principat d'Astúries.

Així, les comunitats autònomes amb competència poden desenvolupar la previsió continguda en la norma bàsica per a la designació dels representants de les corporacions locals en els òrgans de govern de les caixes d'estalvi, sempre que assegurin el dret de la corporació en la seva designació, i estableixin un sistema que garanteixi una autèntica representativitat i llibertat del mecanisme de selecció.

El criteri material de distribució dels representants de la llei asturiana dóna compliment als referits criteris, doncs respecta el principi democràtic i no vulnera l'autonomia local constitucionalment garantida. Autonomia que queda salvaguardada

amb la participació dels ajuntaments en els òrgans rectors de les caixes d'estalvi, en qualitat d'ens públics dipositaris dels interessos col·lectius dels veïnats, i en res no la violenta el fet que un dels criteris possibles d'elecció escollits pel legislador sigui el de proporcionalitat en la designació, de tal forma que s'adeqüi en la major mesura possible a la composició del plenari de la corporació.

Des de la perspectiva de les normes bàsiques relatives a les majories necessàries per a l'adopció vàlida dels acords per part del ple de la corporació, l'aplicació del referit criteri proporcional material per a la distribució dels consellers a designar, tampoc no les altera en res, doncs l'obligatorietat de guardar la necessària proporcionalitat en la designació dels representants de la corporació local és quelcom diferent al sistema d'adopció d'acords i majories exigibles.

b) Seguidament es tracta per part del TC el contingut dels preceptes el plantejament de conflicte dels quals es va admetre amb base a la legitimació de l'Ajuntament de Gijón com a destinatari únic.

En concret, el primer d'ells, l'art. 24.2, és similar al precedent ja analitzat, per bé que amb la diferència de que l'exigència d'una forma proporcional d'elecció es refereix als consellers generals representants de l'entitat fundadora d'una caixa, condició que tenia en aquest cas l'esmentat ajuntament. Es resol per part del TC, per remissió a les consideracions efectuades abans, la plena constitucionalitat del precepte.

Més interès ofereix l'anàlisi de la disposició addicional primera de la llei, que s'impugnava en solitari per l'Ajuntament pel que fa a l'alteració del límit del percentatge de representació d'una entitat o organisme públic amb dret a nominar membres en els òrgans de govern de la caixa, que es reduïa del 20 per cent al 13 per cent. En opinió de l'Ajuntament la limitació provocava la ruptura, a favor del Principat, del principi de paritat entre entitats fundadores sobre el què s'havia articulat l'organització i el funcionament de la *Caja de Ahorros de Asturias* des de la seva constitució.

En aquest punt, per remissió a anterior jurisprudència, el TC recorda que no existeix un dret a una determinada participació dels grups afectats en els òrgans de les caixes d'estalvis, atès que l'esmentada participació esdevé de configuració legal; indicant així mateix el criteri de que l'organització de les caixes i l'exercici de la seva activitat es deslliga de la voluntat del fundador. Entendre el contrari implicaria que les competències autonòmiques en matèria de caixes d'estalvi estarien sotmeses a una mena de límit implícit que no derivaria ni de la Constitució ni dels Estatuts d'autonomia,

i no és la funció del TC determinar si un concret percentatge és o no l'encertat, doncs això suposaria discutir una concreta opció adoptada per part del legislador autonòmic.

En definitiva, una pretesa alteració dels pactes fundacionals produïda per llei, no es pot considerar que comporti lesió del principi constitucional d'autonomia local pel simple fet de que una de les entitats fundadores d'una caixa, l'Ajuntament de Gijón en aquest cas, fos una corporació local.

3. STC NÚM. 132/2012, DE 19 DE JUNY (PLE). Ponent: Aragón Reyes. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. CONSELLS INSULARS. LLEI DE CONSELLS INSULARS 8/2000, DE 27 D'OCTUBRE. REGULACIÓ DEL RÈGIM D'ORGANITZACIÓ I FUNCIONAMENT PER LLEI ORDINÀRIA AUTONÒMICA. RESERVA ESTATUTÀRIA. ADEQUACIÓ A LA NORMATIVA BÀSICA ESTATAL SOBRE RÈGIM LOCAL.

Vegeu comentari particular més extens d'aquesta Sentència a la secció Comentaris i Notes.

4. STC NÚM. 185/2012, DE 17 D'OCTUBRE (PLE). Ponent: Roca Trías. Qüestió de constitucionalitat. Custòdia compartida en separació i divorci. Manca d'acord i límits en la naturalesa de d'informe del Fiscal en el procediment. Principis constitucionals d'exclusivitat jurisdiccional; tutela judicial efectiva i protecció dels menors.

Resum dels fets: L'Audiència Provincial de las Palmas de Gran Canaria va formular qüestió d'inconstitucionalitat amb relació a l'article 92.8 del Codi civil (CC), d'acord amb la redacció conferida per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per contradicció amb els arts. 14, 24, 39 i 117.3 CE, davant la previsió establerta d'una exigència d'informe favorable del Ministeri Fiscal per a l'atorgament de la custòdia compartida dels fills menors en els processos de separació i divorci en els que no existeixi acord entre els pares.

En un procediment de demanda de divorci tramitat en el Jutjat de Primera Instància, per tal de fonamentar la concessió de la guarda i custòdia en exclusiva a la mare, es va valorar l'informe del Ministeri Fiscal, que estimava més idònia aquella concessió, fent-se ressò de forma expressa a la sentència que l'«òrgan judicial no pot aprovar el règim de guarda i custòdia compartida proposada pel pare, perquè ho impedeix el Dret positiu actual en haver informat negativament dit règim de guarda i custòdia compartida el Ministeri Fiscal, per la qual cosa no pot entrar a analitzar si dit règim és o no beneficiós per a la filla comú.»

Interposat recurs d'apel·lació per part del pare, tot sol·licitant la guarda i custòdia compartida davant la Sala de l'Audiència Provincial, l'òrgan judicial realitza els tràmits per al plantejament de la qüestió d'inconstitucionalitat front a l'apartat 8 de l'art. 92 del CC, en el punt relatiu a que supedita la decisió judicial de la custòdia compartida del fill menor a petició d'un dels progenitors, a l'existència de l'informe favorable del Ministeri Fiscal. La interlocutòria que resol formular la qüestió, parteix de la possible inconstitucionalitat de la norma estrictament pel que fa a l'adjectiu *favorable* afegit a l'exigència del preceptiu informe del Fiscal, que vincula la decisió jurisdiccional sobre la custòdia compartida com un prius o requisit de procedibilitat, sense que el Jutge o Tribunal no pugui jutjar.

Fonamentació jurídica: El precepte objecte de qüestió de constitucionalitat disposava literalment que «excepcionalment, encara que no es donin els supòsits de l'apartat cinc d'aquest article, el Jutge, a instància d'una de les parts, amb informe favorable del Ministeri Fiscal, podrà acordar la guarda i custòdia compartida fonamentant-la en què només d'aquesta forma es protegeix adequadament l'interès superior del menor».

S'analitza la previsió de l'informe de caràcter favorable del Ministeri Fiscal des de la perspectiva del seu encaix o separació de distintes previsions i principis de la CE, que passam a resumir.

Quant a l'art. 117.3 amb relació al 39 CE, invocat en el plantejament de la qüestió, sobre l'exclusivitat de l'exercici de la potestat jurisdiccional en tot tipus de processos per part dels Jutges i Tribunals, el TC perfila els distints vessants d'aquest principi d'exclusivitat, incidint en el fet que la titularitat de la potestat només en els Jutges i Tribunals implica que cap altra autoritat pública que no formi part del Poder Judicial no està investida constitucionalment d'aquesta potestat. Però hi afegeix una consideració addicional: la funció dels Jutges i Magistrats és la de jutjar i fer executar, aplicant les normes de procediment que estableixin les lleis. I en aplicació de la llei que se sotmet a qüestió, la norma de procediment és la que estableix que, perquè de forma excepcional el Jutge pugui acordar la guarda i custòdia compartida quan la sol·liciti només un dels pares, ha de concórrer un informe favorable del Ministeri Fiscal, i si aquesta garantia no es dóna, l'òrgan jurisdiccional no la pot acordar lliurement.

El TC analitzarà no només si la norma comporta una limitació de la potestat jurisdiccional provocada per la vinculació al Jutge de l'informe del Ministeri Fiscal, sinó també si és o no raonable en termes constitucionals.

Exposarà que quan es troben en joc els drets del menors, el legislador ha previst la preceptiva intervenció del Ministeri Fiscal en el procés, que actua com a garant dels seus drets i sota els principis d'imparcialitat i de defensa de la legalitat. Lligat amb aquest principi, existeix un interès públic en la protecció de la família, derivat de l'article 39 CE, que estableix el deure dels poders públics d'assegurar la protecció social, econòmica i jurídica de la família, així com la protecció integral dels fills. Trobant-se en joc l'interès dels menors, els seus drets excedeixen de l'àmbit estrictament privat, d'acord amb el principi de protecció integral establert en l'esmentat article de la Constitució; per això, l'interès superior del menor opera com a contrapès dels drets de cada progenitor i obliga l'autoritat judicial a valorar tant la necessitat com la proporcionalitat de la mesura reguladora de la seva guarda i custòdia.

Seguidament el TC, davant el fet que ni la CE ni l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal determinen quina naturalesa té la seva intervenció en la jurisdicció civil, indica que caldrà partir de considerar que en els processos de família la seva intervenció esdevé obligada justament per la seva posició de garant legal de l'interès del menor, ja sigui actuant com a part formal o en altres com a assessor o dictaminador. D'aquí la importància que cal atribuir a l'informe que ha d'emetre, doncs sent un dels intervinents en el procés, els interessos que defensa són totalment objectius i només van encaminats a protegir el menor, en aquest cas sobre la conveniència de determinades modalitats de guarda i custòdia. En aquest cas, el jutge està facultat per acordar la mesura consensuada, o per denegar-la fins i tot en el cas que el Ministeri públic hagi dictaminat favorablement.

Finalment, en ordre a centrar la seva decisió, el TC indicarà com l'apartat 8 de l'art. 92 del Codi civil és una norma de caràcter excepcional, com indica expressament el precepte, perquè la custòdia compartida descansa en el principi general d'existència d'acord entre els pares segons l'apartat 5 del mateix art. 92, de manera que quan no existeixi consens només es podrà imposar quan concorrin els requisits normatius. Requisits que suposen l'acreditació dels següents punts: a) petició d'un progenitor; b) informe favorable del Ministeri Fiscal i; c) el benefici del menor. En realitat, el TC aclareix que la reforma del CC operada l'any 2005, lluny d'establir una norma prohibitiva, ha autoritzat al Jutge perquè, malgrat l'oposició d'un dels progenitors i trencant el principi general de la reforma relatiu al pacte o acord entre els pares quant a l'establiment de custòdia compartida, pugui imposar-la mancant aquest acord, encara que sotmesa als referits requisits.

Tanmateix i tot plegat, únicament en el cas de que el dictamen de la Fiscalia sigui favorable, el Jutge podrà acordar la guarda compartida, perquè és a allò a

que li faculta el precepte. En sentit contrari, tal i com està redactada la norma, si no concorre tal dictamen, l'òrgan judicial no està legitimat per acordar-la o establir-la. És precisament en aquest darrer supòsit on, d'acord el TC, es produeix una ruptura de la raonabilitat, en termes constitucionals, de la norma qüestionada, d'acord amb els arts. 24, 39 i 117 CE.

Això precisament perquè una custòdia compartida imposada judicialment ha de ser excepcional, o el que és el mateix, perquè s'ha d'obligar als progenitors a exercir-la conjuntament només quan quedi demostrat que és beneficiosa per al menor, de manera que aquesta decisió no pot quedar sotmesa a l'únic parer del Ministeri Fiscal, impedint-se a l'òrgan judicial valorar ponderadament la resta de les proves practicades.

La mateixa manca de raonabilitat en la regulació es troba a faltar igualment per part del TC des de la perspectiva del mandat de l'article 39 CE, com des del principi de tutela judicial efectiva que contempla l'art. 24.1, atès que, per bé que l'actuació del ministeri públic esta configurada per assegurar el benestar dels fills menors, el fet que el pronunciament judicial es faci dependre del seu dictamen, suposa menyscabament del dret a obtenir una resolució sobre el fons de l'assumpte. El TC entén que això és així perquè malgrat s'obté en el procés judicial una resolució judicial sobre el fons, allò que també és cert és que ja ve predeterminada per la decisió del Fiscal, suposant, com ja ha pogut explicar sobre la base d'altres preceptes constitucionals, l'afectació a la funció exclusiva a favor dels Jutges i Tribunals per administrar justícia.

Un resultat distint té l'anàlisi de constitucionalitat del precepte per vulneració del dret d'igualtat davant la llei ex art. 14 CE i el dret d'igualtat dels nins ex art. 10.2; que s'invocaven per la Sala de l'Audiència Provincial que planteja la qüestió, tot raonant que no té justificació l'existència d'informe favorable del Fiscal perquè el Jutge pugui atorgar la custòdia compartida en el cas que no existeixi acord entre els pares i, en canvi, no exigir-lo en el cas que els pares estiguin d'acord en compartir la custòdia. En aquest punt, el TC entén que el fet de que el ministeri públic emeti un o altre informe perd rellevància amb relació amb una possible vulneració de l'art. 14 CE, això pel fet de constatar que, en qualsevol cas, l'al·legada vulneració procediria no de la regulació de situacions distintes, que ho són, sinó de la circumstància de què l'òrgan judicial vegi limitada, depenent de cada supòsit, la seva funció jurisdiccional. Així mateix, el TC es fa ressò del fet que la regulació del CC contempla una audiència preceptiva al menor per part de l'òrgan judicial, quan tenguin judici suficient i quan s'estimi necessari, d'ofici o a petició del Fiscal, parts o membres de l'equip tècnic judicial o del propi menor.

Així, el TC estima la qüestió de constitucionalitat formulada i declara per tant inconstitucional i nul l'incís «favorable» contingut a l'article 92.8 del CC, segons redacció conferida per la Llei 15/2005, de 8 de juliol.

Comentari: La contundència dels fonaments del TC respecte de la vulneració dels arts. 24, 39 i 117 CE podria fer pensar que el debat fos pràcticament inexistent. Però aquesta claredat en la conclusió majoritària del TC, es posada en qüestió mitjançant el vot particular formulat per part del magistrat Aragón Reyes, al què s'hi adheriren els magistrats Pérez Tremps, Asua Batarrita i Ollero Tassara. Els arguments de plena constitucionalitat del precepte, esgrimits per part dels magistrats discrepants, es resumeixen en:

El legislador democràtic està legitimat constitucionalment per imposar limitacions a l'exercici de la funció jurisdiccional, sense que el nivell de densitat normativa d'una regulació afecti, en principi, a l'exclusivitat en aquest exercici, tret que dita configuració normativa no sigui raonable, o sigui desproporcionada o arbitrària, defectes que, en opinió dels discrepants i com s'ha avançat, no concorren a la regulació establerta a l'art. 92.8 del CC.

Contràriament, estaríem davant una determinació que obeeix a una justificació raonable i que resulta proporcionada a la finalitat que es persegueix: assegurar la millor protecció de l'interès prevalent dels menors; en què la llibertat de decisió del Jutge resulta en alguna mesura legítimament vinculada per les posicions adoptades per les parts en el marc del procés, concretament per la postura adoptada pel Ministeri Fiscal, que actua en defensa de l'interès superior del menor.

Dedueix el vot particular una conclusió que considera irrefutable: l'informe favorable del Fiscal sobre la custòdia compartida, en cas de discrepància dels pares, no obliga al jutge a acordar la mesura. El jutge, atenent l'interès superior del menor, podrà decidir si acorda o no la custòdia compartida; per tant no existeix vulneració de l'art. 117.3 CE. Contràriament; si l'informe del Fiscal no és favorable, el Jutge no la podrà acordar encara que ho volgués fer. En aquest cas el criteri desfavorable del Fiscal vincula al Jutge, doncs li impedeix acordar la custòdia compartida; però de la mateixa manera que també queda vinculat el jutge, en sentit contrari, quan hi ha acord de les parts sobre la custòdia compartida, ex art. 92.5 del CC, on l'ha d'acordar preceptivament.

El vot particular considera que, de fet, la circumstància del precepte de que un dels pares no vulgui compartir la custòdia dels fills podria haver estat fins i tot considerada

per part del legislador com a suficient per excloure l'acord del Jutge en aquests casos. No obstant, justament per salvaguardar el dret dels menors, el legislador ha previst que el Jutge la pugui acordar malgrat l'oposició d'un dels pares, però subjectant aquesta decisió a la cautela simultània del criteri favorable del Ministeri fiscal, institució a la què el seu Estatut orgànic ha encarregat la funció de vetllar per la defensa dels drets del menors. Això en cap cas no compromet l'exercici de la potestat jurisdiccional, de la mateixa manera que tampoc no queda compromès quan el jutge decreta preceptivament la custòdia compartida en el cas de que així ho sol·licitin els dos progenitors de comú acord, com estableix l'art. 92.5 del CC.

Per extensió i coherència, el vot particular discrepa de la vulneració del dret a la tutela judicial *ex* art. 24.1 CE, doncs forçosament s'ha reconduït dins la sentència a un concepte distint, com és una suposada reserva de jurisdicció ex art. 117.3, sense que no es justifiqui cap vici d'inconstitucionalitat autònoma dirigida a l'article qüestionat del CC amb relació al dret reconegut a l'article 24.1 CE. Això perquè el dret a la tutela queda satisfet amb l'obtenció d'una resolució judicial sobre el fons, que es pronunciï i ho faci de manera raonable, motivada i fonamentada en Dret, sobre les pretensions deduïdes oportunament en el procés, i aquest pronunciament judicial de fons no resulta impedit, en cap cas, per la regulació continguda a l'art. 92.8 del CC.

5. SENTÈNCIA NÚM. 187/2012, DE 29 D'OCTUBRE (SALA SEGONA). Ponent: Ortega Álvarez. RECURS D'EMPARA. DRETS FONAMENTALS DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA I D'UN PROCÉS AMB GARANTIES. SISTEMA DE FONTS. INAPLICACIÓ JUDICIAL DE LLEI AUTONÒMICA SENSE PLANTEJAMENT DE QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT. APLICACIÓ DE LLEI AUTONÒMICA VIGENT.

Resum dels fets: La Comissió d'Urbanisme de Barcelona aprovà l'any 1991 el pla general del municipi de La Roca del Vallès, i posteriorment l'ajuntament dictà actes de desenvolupament de l'esmentat pla. L'aprovació autonòmica i els actes de desenvolupament municipals varen ser impugnats en via de recurs contenciós administratiu per part de particulars.

Es produeix mentre tant l'entrada en vigor de la Llei del Parlament de Catalunya 10/2004, de 24 de desembre, que en la seva disposició transitòria quarta establia que la publicació en un diari oficial, per l'Administració de la Generalitat o per l'ajuntament competent, de les normes urbanístiques de les figures de planejament urbanístic aprovades abans de l'entrada en vigor de la Llei 2/2002, de 14 de març,

d'Urbanisme de Catalunya, convalida la tramitació i l'aprovació dels plans i actes d'aplicació que s'hagin dictat a l'empara de la seva aprovació definitiva, atès que la manca de publicació prèvia de les disposicions i actes esmentat únicament comporta, si fos el cas, la seva anul·labilitat. S'atribueix el mateix efecte de convalidació a la publicació de normes urbanístiques en un diari oficial abans de l'entrada en vigor de la Llei 10/2004.

En tots dos casos, d'acord amb les determinacions concordants de la llei autonòmica, es requereix tanmateix que l'acord d'aprovació definitiva del planejament hagués estat objecte de publicació oficial.

La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 27 de juny de 2005 va estimar el recurs contenciós administratiu, tot declarant nuls els acords objecte d'impugnació.

L'Ajuntament de La Roca del Vallès i la Generalitat de Catalunya formularen recursos de cassació que resultaren acumulats, i que es resolen per part del TS mitjançant sentència de 14 d'octubre de 2009, desestimant els recursos; sentència contra la qual la Generalitat de Catalunya va promoure al seu torn incident de nul·litat d'actuacions per lesió dels drets fonamentals a la tutela judicial i a un procés amb totes les garanties, incident que fou inadmès per providència del TS de 22 de gener de 2010.

Contra ambdues resolucions judicials del TS abans referides, es formula per la Generalitat recurs d'empara davant el TC.

Fonamentació jurídica: S'escomet l'anàlisi jurídica del recurs d'empara per lesió dels drets fonamentals de la Generalitat a la tutela judicial efectiva sense indefensió i a un procés amb totes les garanties ex art. 24.1 i 2 CE, en incórrer l'òrgan judicial en excés de jurisdicció amb omissió del sistema de fonts, en inaplicar la disposició transitòria referida de la Llei autonòmica, i aplicar en el seu lloc l'article 62.2 de la Llei 30/1992 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu (LRJPAC), sense que no es plantegés la qüestió de constitucionalitat davant el TC i aplicant l'òrgan judicial la clàusula de prevalença del Dret estatal prevista a l'article 149.3 CE.

Així mateix, s'analitza la inadmisió de l'incident de nul·litat d'actuacions plantejat per la Generalitat esmentat en el resum dels fets, per lesió del dret fonamental reconegut a l'art. 24.1 CE, amb desconeixement del nou paper de l'incident en no reparar les lesions produïdes per la sentència.

El TC atorga l'empara per vulneració dels drets fonamentals de la Generalitat a obtenir la tutela efectiva de jutges i tribunals i a un procés amb totes les garanties, amb retroacció d'actuacions al moment precedent al dictat de la sentència en el recurs de cassació, d'acord amb els següents raonaments:

a) La sentència del TS va inaplicar la disposició de la llei autonòmica en entendre que regulava una matèria d'eficàcia de les normes jurídiques, la competència de la qual no és exclusiva de la Generalitat, sinó una competència exclusiva de l'estat ex art. 149.1.8 CE. El TS entén que la norma autonòmica és de convalidació d'actes de desenvolupament d'instruments de planejament urbanístic encara que no s'haguessin publicat les disposicions contingudes en els instruments de planejament, com era el cas del pla general del municipi de La Roca del Vallès.

Acceptant les argumentacions de la Generalitat i del Ministeri Fiscal, el TC concorda amb que d'acord amb la seva doctrina constitucional no és possible la utilització de la clàusula de prevalença del Dret estatal com a solució per a la inaplicació d'una llei autonòmica qüestionada per l'òrgan judicial per contradir les bases estatals. En realitat l'òrgan judicial no estava davant una qüestió relativa a la prevalença de les normes de l'Estat sobre les autonòmiques, sinó relativa a l'abast del seu propi àmbit de jurisdicció sobre control de constitucionalitat.

b) Integra el contingut de les garanties consubstancials a qualsevol procés judicial del nostre ordenament jurídic el fet que la disposició d'una llei que, segons l'òrgan judicial, resulti aplicable a aquest procés, no deixi de ser-ho per mor d'una possible causa d'invalidesa, sinó a través de la promoció d'una qüestió d'inconstitucionalitat mitjançant resolució motivada i amb l'audiència prèvia necessària (art. 163 CE i 35 LOTC).

L'omissió d'aquests regles constitucionals suposa en definitiva, no només menyscabar la posició ordinamental de la Llei en el nostre Dret i sostreure el seu singular règim de control per la jurisdicció constitucional, sinó també privar al justiciable de les garanties procedimentals d'audiència, regles que s'han de respectar per inaplicar al cas la llei. En aquest sentit, es remet ja al precedent constituït per la seva STC 58/2004, que va atorgar empara contra una sentència aparentment o formalment motivada, però a través de la qual l'òrgan judicial inaplicava per pròpia, autònoma i exclusiva decisió, dues lleis autonòmiques postconstitucionals.

c) Insistint en aquesta línia, es recorda que ja és doctrina constitucional declarada quant a l'excés de jurisdicció el fet de que si la llei postconstitucional pugui ser contrària a la Constitució, només pot ser inaplicada mitjançant el plantejament d'una qüestió

d'inconstitucionalitat de l'art. 163 CE. I si la llei postconstitucional és contradictòria amb el Dret comunitari només pot ser inaplicada mitjançant el plantejament de la qüestió prejudicial de l'art. 234 del Tractat constitutiu de la Comunitat europea.

Comentari: El plantejament de l'empara gira entorn a l'aplicació i eficàcia de les normes jurídiques, que és competència exclusiva de l'Estat d'acord amb l'art. 149.1.8 CE.

El TS va considerar que les exigències de publicació requereixen que es publiquin en els diaris oficials les normes urbanístiques dels plans d'ordenació urbana, en tractar-se de disposicions de caràcter general. Això no obstant, la Generalitat i l'ajuntament afectat plantejaven que, d'acord amb la legislació autonòmica en matèria urbanística, era suficient la publicació íntegra de l'acord d'aprovació dels plans generals.

La lesió dels drets fonamentals de les Administracions recurrents en empara de la tutela judicial efectiva sense indefensió i a un procés amb totes les garanties, per haver-se inaplicat les normes amb rang de llei autonòmiques sense haver-se plantejat l'oportuna qüestió d'inconstitucionalitat, es resolia per la STS indicat que el conflicte no era urbanístic, sinó d'eficàcia de les normes, i que la contradicció entre la norma aprovada pel Parlament català i l'establerta a l'art. 62.2 LRJPAC, s'havia de resoldre conferint prevalença a aquesta darrera norma, perquè la matèria que regula no està atribuïda com a competència exclusiva de la comunitat autònoma; entenent així el TS que no s'havia de plantejar qüestió de constitucionalitat de les normes en conflicte, doncs no es tracta d'un vici d'inconstitucionalitat, sinó d'una simple contradicció entre normes que només admet que se n'apliqui una de les dues, per la qual cosa s'havia d'aplicar la prevalent, que en aquest cas i per les raons adduïdes, havia de ser l'estatal.

El TC indica que la STS va realitzar un judici previ de selecció de la norma aplicable al cas que, d'acord amb la doctrina constitucional, correspon efectivament realitzar a l'òrgan judicial com a qüestió de legalitat ordinària i, per tant, no ha de merèixer cap retret de constitucionalitat la realització d'aquesta tasca de determinació de la norma duta a terme pel jutge ordinari; tret, però, dels efectes que aquesta operació va tenir en el cas i que implica que, finalment, el TC atorgui l'empara sol·licitada.

Efectivament, en el cas, la selecció de la norma jurídica duta a terme pel TS, va comportar els següents efectes, segons el TC:

1r. Implícitament, l'enquadrament competencial d'una disposició d'una llei autonòmica en un àmbit material com és l'eficàcia de les normes jurídiques, quan la

pròpia STS reconeixia, igualment, que es tractava d'una llei de convalidació de normes urbanístiques, matèria en la que Catalunya té competència exclusiva d'acord amb l'art. 148.1.3 CE i l'art. 149.5. de l'Estatut d'Autonomia de 2006, aprovat per Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol.

2n. El TS va aplicar la clàusula de prevalença del Dret estatal de l'art. 149.3 CE, malgrat reconèixer que l'assumpte sobre el què versava el plet era l'aplicació i eficàcia de les normes jurídiques, és a dir, competència exclusiva estatal; quan el precepte constitucional disposa que el Dret de l'Estat serà prevalent en cas de conflicte sobre les normes de les comunitats autònomes en tot allò que no estigui atribuït a l'exclusiva competència d'aquestes.

Així, en definitiva, per més que la STS pogués resultar aparentment o formalment motivada, va inaplicar una llei postconstitucional vigent sense plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat i ho va fonamentar en l'aplicació errònia d'una clàusula de prevalença que no resulta conforme amb la doctrina constitucional. Això acondueix a que en el cas, el TS va prescindir del sistema de fonts existent relatiu al control de normes, tant per negar-se a aplicar l'art. 163 CE com per desconèixer l'eficàcia d'una norma legal plenament vigent, tot violentant una de les garanties que integren el contingut d'un procés judicial. A més, entén que es va col·locar a la Generalitat en una situació d'efectiva indefensió, doncs no va tenir oportunitat o ocasió de preveure la pretericiò del sistema de fonts; ni tampoc no va poder fer ús del tràmit d'al·legacions que imposa l'art. 35 LOTC.

II. Dret Civil Balear

A. Sala civil i penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM, 4/2012 DE 24 D'OCTUBRE. Ponent Sr. Capó Delgado. POSSIBILITAT QUE EN ELS RECURSOS DE CASSACIÓ PER INFRACCIÓ DE NORMA FORAL ES PUGUIN CONÈIXER ELS MOTIUS D'INFRACCIÓ PROCESSAL. INTANGIBILITAT EN LA CASSACIÓ DELS FETS PROVATS. QUESTIÓ NOVA. DRET A LA SUCCESSIÓ INTESTADA DEL CÒNJUGE VIUDO SEPARAT DE FET SI LA SEPARACIÓ NO S'HA PRODUIT PER MUTU ACORD QUE CONSTI FEFAENTMENT. REMISSIONS DE LA COMPILACIÓ AL CODI CIVIL: S'HAN D'ENTENDRE FETES ALS PRECEPTES QUE ESTAVEN EN VIGOR EN EL MOMENT DE PROMULGARSE AQUELLA, SENSE QUE TINGUIN RELEVÀNCIA LES MODIFICACIONS POSTERIORS DEL CODI CIVIL.

Resum dels fets: La Senyora A, vídua del Senyor B, del que estava separada de fet, interposa demanda contra els germans i nebots del difunt Senyor B –el qual era de veïnatge civil pitiús- sol·licitant: 1er) la nul·litat de la interlocutòria de 31 de juliol de 2007 per la que es declaren hereus del Sr. B els seus germans i nebots; 2n) la declaració del seu dret a la herència del Senyor B donat el fet d'haver mort intestat; i 3r) de manera subsidiària, pel cas de no estimar-se l'anterior petició, el dret a l'usdefruit dels dos terços de la indicada herència, en virtut de la remissió que l'article 84 de la Compilació fa al Codi Civil.

El Jutjat de Primera Instància 2 d'Eivissa va dictar sentència estimant parcialment la demanda i va donar lloc a la tercera de les peticions efectuades, declarant el dret de la Senyora A a la llegítima vidual, consistent en l'usdefruit de les dues terceres parts de l'herència sobre la base de l'article 838 del Codi Civil. Apel·lada la sentència per les dues parts del litigi, l'Audiència Provincial (Secció 3ª) va dictar la sentència 93/2012 de 23 de febrer, en la que estimava el recurs de la Senyora A i desestimava el dels parents col·laterals del difunt Senyor B, declarant el dret d'aquella de succeir en l'herència del causant amb preferència als col·laterals.

La part demandada va interposar contra aquesta sentència els recursos següents: el que denomina extraordinari per infracció processal, sobre la base de l'article 469.1.4ª de la Llei d'Enjudiciament Civil, per vulneració del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, atesa la valoració –segons el seu parer- irracional, arbitrària

i il·lògica de la prova testifical i documental; i recurs de cassació fonamentat en els motius següents: 1er) per la concurrència d'interès cassacional -per no existir doctrina del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears sobre la successió intestada a l'illa d'Eivissa-, atacant la sentència recorreguda en consideració a què les proves del litigi havien acreditat que els cònjuges estaven separats de fet per mutu acord fefaent, cas en el que el cònjuge vidu no succeïa intestat, per aplicació de l'article 945 del Codi Civil, en la redacció anterior a la Llei 15/2005 de 8 de juliol, precepte aplicable al cas, atesa la remissió al Codi Civil de l'article 84 de la Compilació i la disposició final 2ª de la mateixa, segons la qual las remissions al Codi Civil s'han d'entendre fetes a la redacció vigent a l'entrada en vigor de la Compilació; i 2n) també per la via del interès cassacional -per la mateixa circumstància indicada-, demanant la integració del art. 84 de la Compilació amb la disposició de l'article 45 de la mateixa, omplint d'aquesta manera la llacuna que presenta el primer dels indicats preceptes, ja que, en el marc de la successió intestada, concedeix una quota usufructuària al cònjuge vidu que concorre a l'herència amb descendents o ascendents del mateix, però no conté cap disposició pel cas de concurrència amb col·laterals.

Per interlocutòria de 4 de juliol de 2012, la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia va resoldre admetre els dos motius de cassació formulats per la via del interès cassacional i no admetre el denominat per la part recurs extraordinari d'infracció processal, tot recordant la doctrina consolidada de la Sala segons la qual la seva competència no s'estén a l'indicat recurs, sinó tan sols a la possibilitat que, en els recursos de cassació per infracció de norma foral, es puguin conèixer els motius d'infracció processals continguts en l'article 469 de la Llei d'Enjudiciament Civil i, essent *ratio decidendi* per a la inadmissió del recurs el fet de proposar una nova valoració de la prova testifical i documental, en contra de la doctrina tantes vegades expressada pels Tribunals d'intangibilitat en la cassació dels fets provats.

Per la seva part, el recurs de cassació va ser desestimat en els seus dos motius.

Fonamentació jurídica: El causant Senyor B –de veïnatge civil pitiús, com s'ha dit- va morir el 15 de març de 2012 sense haver atorgat testament, raó per la qual era aplicable l'article 84 de la Compilació, segons el qual la successió intestada a Eivissa i Formentera es regeix per les normes del Codi civil, que disposava –en el seu article 945, abans de la modificació del precepte per la Llei 15/2005 de 8 de juliol- que no tindrà lloc la crida a la successió intestada al cònjuge "*si estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*"

La sentència de l'Audiència Provincial va considerar que no existia una separació de fet amb aquestes característiques, ja que "*el artículo 945 Cc no otorga eficacia a toda separación de hecho, quedando excluida la unilateral, aun siendo consentida, y debiendo constar fehacientemente dicho acuerdo de separación, ya que lo exigido por el precepto es la exclusión de la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, con la consecuencia de que tal separación de hecho, de mutuo acuerdo, se revele como algo inequívocamente querido y llevado a cabo por los cónyuges."* Ja examinant el supòsit contemplat, ens diu la mateixa sentència que *"en el caso de autos no se ha probado que se diesen las condiciones para poder apreciar que los cónyuges estuviesen separados de hecho de mutuo acuerdo. En efecto, no ha quedado acreditada la voluntad definitiva de los cónyuges de no reanudar la vida en común. Se ha demostrado que ambos eran heroinómanos y que fue ésta la causa del deterioro de la relación hasta el punto de que el Sr. B llegó a maltratar a su mujer, que hubo de pedir auxilio al Institut de la Dona y refugiarse en una casa de acogida, pasando después a vivir con una amiga unos dos años.*" Després, i una vegada examinada la prova, la sentència arriba a la conclusió que "*la separación no fue en origen consentida, sino provocada por los malos tratos inferidos a la Sra. A. En consecuencia, nos hallaríamos ante una separación de hecho que no reúne las condiciones para que el cónyuge viudo quede exceptuado de la sucesión intestada. Como más arriba se ha dicho, el concepto de "separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente" que utiliza el art. 945 Cc excluye la separación unilateral aun siendo consentida. Por otro lado, la fehaciencia exigida en dicho precepto para el mutuo acuerdo, si bien no es equiparable a la constancia documental, sí excluye la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, que es, como mucho, lo que se habría dado en el caso de autos*."

El motiu primer del recurs de cassació s'estavella contra aquestes conclusions provatòries de la sentència recorreguda per ignorar –com diu la sentència del Tribunal de Cassació- "*el principio de la intangibilidad en casación de los hechos probados proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que enseña que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la cuestión fàctica, sino que se concreta al control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico (STS de 27 de febrero de 2012 y las múltiples en ella citadas) y que reitera que es función de este recurso contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la que interesadamente pueda querer presentar la parte recurrente, sino a la que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados en el proceso (STS de 14 de febrero de 2012 y las que cita*)."

El segon motiu del recurs de cassació propugna integrar l'article 84 de la Compilació mitjançant l'aplicació analògica del article 45, atorgant així a la vídua l'usdefruit de la totalitat de l'herència –com diu el segon dels indicats preceptes-, per la seva concurrència amb col·laterals, que serien nuus propietaris de la mateixa. La sentència de cassació desestima aquesta pretensió, certament curiosa, per ser una qüestió nova i resultar contrària a la postura processal adoptada pels recurrents.

En efecte: a la demanda la Senyora A sol·licita primerament el dret a succeir *ab intestato* a qui va ser el seu marit Senyor B, i, subsidiàriament, el dret a percebre la llegítima contemplada en el Codi Civil; i, per la seva part, els col·laterals demandats tan sols varen sol·licitar la desestimació de la demanda sense formular reconvenció ni adduir pretensió de cap mena. En aquestes circumstàncies, el Tribunal de Cassació considera que el que pretenen els recurrents "*es antitético con las afirmaciones fácticas de dicha parte en ambas instancias. Y, por otro lado, jamás se planteó la posibilidad de llenar la laguna que, ahora, sostiene que existe en el art. 84. II de la Compilación, aplicable a Eivissa y Formentera, que en la sucesión abintestato del cónyuge difunto no otorga derecho alguno a los colaterales que concurran con el cónyuge viudo, mediante la auto integración del Derecho civil de Baleares por la vía del artículo 1. II de la Compilación y la aplicación analógica de su artículo 45.III que... solo rige en la isla de Mallorca, por estar situado en el libro Primero, y en la de Menorca, en virtud del artículo 65*."

La sentència comentada fa després una anàlisi sobre les diverses categories de qüestions noves, i així, hi hauria un primer grup format per les que "*no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia (STS de 30 de abril de 2012)"* i un segon grup constituït per *"las cuestiones que sí fueron suscitadas por la recurrente en primera instancia pero no integraron el objeto del debate en apelación, y, por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria mencionada en la sentencia de la Audiencia Provincial, pues el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada al tratar sobre las cuestiones que se haya pronunciado (STS de 13 de junio de 2012)."*

En definitiva, considera el Tribunal que aquesta qüestió introduïda per la part recurrent en el recurs de cassació de cap manera pot ser apreciada, ja que "*su examen ex novo (por vez primera) produciría indefensión a la parte contraria, que no ha dispuesto en la instancia de los argumentos y medios de prueba adecuados para combatir la cuestión que se plantea por primera vez en casación, y se vería afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia*."

Comentari: Com sigui que els motius de caràcter processal que provoquen la desestimació del recurs de cassació són totalment clars i suficientment coneguts, el comentari es centrarà en la qüestió de fons del litigi.

La Llei general del Estat 15/2005 de 8 de juliol, va donar una nova configuració a la institució del matrimoni, que passa a estar fonamentat exclusivament en la voluntat dels cònjuges de mantenir-lo. A l'exposició de motius d'aquesta llei es diu que "*la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio*." Com a primera manifestació d'aquest principi es va introduir el divorci no causal, ja que el pot demanar qualsevol dels cònjuges sense altre condicionament que el fet d'haver transcorregut tres mesos de matrimoni, i, per tant, sense que els tribunals puguin fer declaracions sobre la suposada culpabilitat d'un o altre cònjuge com a causant d'aquesta situació.

Lògicament, aquesta nova conceptuació del matrimoni havia de produir també els seus efectes dintre del àmbit successori. I així, la mateixa llei modifica els articles 834 i 945 del Codi Civil, assenyalant que el cònjuge vidu tindrà dret a la llegítima i a succeir *ab intestato* si no està separat judicialment o de fet, sense cap altre precisió, mentre que, abans de la reforma, es conservava el dret a la llegítima si la separació havia estat per culpa del difunt, i l'exclusió del cònjuge viudo de la successió intestada exigia la separació per sentència ferma o per mutu acord que consti fefaentment.

Com es sabut, aquestes modificacions legislatives de caràcter successori varen ser inoperants dintre del nostre Dret, perquè tant l'article 51 –aplicable a Mallorca i Menorca- com l'article 84 –per a Eivissa i Formentera- assenyalen que la successió intestada es regirà pel Codi Civil –sense perjudici de les particularitats que un i altre precepte contemplen-, i aquesta remissió té caràcter estàtic, com diu la Disposició final 2ª de la Compilació, i, per tant, es considera feta al text del Codi Civil que estava en vigor quan es va aprovar la Compilació de 1990.

La conseqüència és que, dintre del nostre Dret, el cònjuge vidu separat de fet segueix tenint dret a succeir *ab intestato*, a no ser que la separació s'hagi produït per mutu acord que consti fefaentment. Sense que aquesta darrera expressió suposi l'exigència d'una constància documental determinada, però –segons la sentència de l'Audiència Provincial recorreguda en el present cas- quedant exclosa la separació unilateral encara que sigui consentida.

És obvi que l'actual regulació del Codi Civil és més congruent amb la consideració actual del matrimoni, com també ho és amb la doctrina del nostre Tribunal de Cassació, segons la qual les atribucions successòries legals al cònjuge vidu no tenen altre fonament que la convivència, i així, la sentència de la Sala Civil i Penal 2/2009 de 27 de juliol ens diu que "*la legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación*." I si bé la sentència es refereix a la llegítima, el mateix es podria dir, i possiblement amb moltes més raons, pel que fa a la successió intestada.

Però, com ens diu el refrany castellà, "*Dios escribe a veces con renglones torcidos*", i, en el present cas, l'aplicació del text del article 945 del Codi Civil anterior a la reforma de 8 de juliol de 2005, permet adjudicar l'herència intestada al cònjuge separat de fet, que havia fins i tot sofert violència de gènere per part del causant. És veritat que anant a determinar culpabilitats es complirien –en casos extrems com el que aquí es contempla- les exigències de la justícia material, però també pareix que no són aquestes, avui en dia, les funcions del Tribunals en el supòsits de crisi matrimonial. De totes maneres no es pot oblidar que l'article 45 de la Compilació –aplicable a Mallorca i Menorca- concedeix llegítima al cònjuge separat de fet que es trobi en aquesta situació per causa imputable al difunt.

I per acabar, tres breus consideracions:

l) La tècnica de les remissions és absolutament desencertada i encara ho resulta més una remissió en bloc al Codi Civil. S'ha de dir que no trobem ja remissions d'aquest tipus dintre de les lleis autonòmiques més recents.

2) El cas contemplat és una mostra més de la necessitat de donar el més aviat possible un desenvolupament lògic a la Compilació mitjançant lleis sectorials que regulin amb profunditat les nostres institucions. La regulació de la successió intestada a les nostres Illes demanda una especial regulació a fi de tenir en compte, entre altres extrems, el condicionament que suposa, a Mallorca i Menorca, el principi nemo pro parte pel que fa a la procedència de la successió intestada, la torturant qüestió de si l'exclusió del cònjuge vidu de la successió tan sols l'ha de determinar la separació judicial o de fet, sense necessitat de ponderar si una o altra son degudes a culpa del difunt, així com la problemàtica presentada pel paràgraf segon del article 84 de la Compilació, que concedeix al cònjuge vidu, dintre de la successió intestada pitiusa, una llegítima que no té dintre de la testada. A més

seria molt oportú, en aquest temps de crisi econòmica, establir la crida a l'herència de la Comunitat Autònoma, en lloc del Estat, davant la manca de parents en dret a heretar ab intestato, com s'ha disposat a Galícia, Navarra, País Basc, Aragó i Catalunya.

3) I per finalitzar, una especial recomanació a les persones separades de fet que no hagin atorgat testament: que el facin el més aviat possible.

2. INTERLOCUTÒRIA 3/2012 DE 11 DE JULIOL. Ponent Sr. Capó Delgado. INTERÈS CASSACIONAL. INEXISTÈNCIA DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: NO ES PRODUEIX QUAN HI HA UNA ANTERIOR SENTÈNCIA DICTADA PER TOTS ELS MAGISTRATS QUE ALESHORES FORMAVEN LA SALA. PENSIÓ COMPENSATÒRIA I INDEMNITZACIÓ PEL TREBALL PER A LA FAMÍLIA: DELIMITACIÓ I PONDERACIÓ D'UNA I ALTRE FIGURA.

Resum dels fets. La Senyora A va interposar demanda de divorci contra el seu marit, sol·licitant, entre altres mesures, una pensió compensatòria temporal durant cinc anys i una compensació pel treball realitzat per a la família per un import de 150.000 euros. El Jutjat de Primera Instància 20 de Palma va dictar sentència desestimant aquestes pretensions. Interposat recurs d'apel·lació, la secció quarta de l'Audiència Provincial va dictar la sentència 66/2012 de 14 de febrer, la qual, fent una nova valoració de les proves, concedeix a la recurrent la pensió compensatòria per cinc anys de 350 euros mensuals, així com una compensació pel treball realitzat per a la família, la qual redueix a la quantitat de 30.000 euros, en virtut de la ponderació a la qual es refereix l'article 10.5 de la Llei autonòmica 18/2001, de 19 de desembre de parelles estables, fent expressa referència a la sentència de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de 24 de març de 2010.

Contra aquesta sentència el marit va interposar recurs de cassació per la via del interès cassacional de l'article 477.3 de la Llei d'Enjudiciament Civil, sobre la base dels dos motius següents: 1er) per infracció dels articles 1 i 4 de la Compilació, en no establir el segon d'ells una especial compensació del treball realitzat per a la família –a diferència de l'article 1438 del Codi Civil- i no resultar correcte introduir, per la via analògica, l'article 9 de la Llei de Parelles Estables, atès que els articles 3, 4 i 5 de la Compilació constitueixen un ordenament jurídic complet per regular el règim econòmic matrimonial, com va establir la sentència de la Sala Civil i Penal del

Tribunal Superior de Justícia 1/1998 de 3 de setembre; i 2n) infracció de l'article 9 de la Llei de Parelles Estables, en relació amb l'article 4.1 de la Compilació, per no concórrer els requisits legals per a la aplicació del primer dels indicats preceptes, en no donar-se una situació de desigualtat patrimonial entre els cònjuges.

La Sala Civil i Penal va dictar providència el 14 de juny de 2012 donant a les parts deu dies per a formular al·legacions donat el fet de poder no existir interès cassacional, ja que, quant el primer motiu, la Sala –integrada per tots els seus membres- ja va establir doctrina mitjançant la sentència 2/2010 de 24 de març en resolució d'un recurs d'interès cassacional; i per que fa al segon motiu, pel qual es denuncia infracció de l'article 9 de la Llei de Parelles Estables en relació amb l'article 4.1 de la Compilació, per les mateixes raons, a més del fet de portar els indicats preceptes més de cinc anys en vigor. Posteriorment, el 11 de juliol de 2012 es va dictar la interlocutòria 3/2012 decretant la inadmissió del recurs.

Fonamentació jurídica. A la indicada interlocutòria la Sala Civil i Penal reitera que la sentència 2/2010 de 24 de març ja va establir l'oportuna doctrina sobre la qüestió debatuda, pel que resulta innecessària una nova sentència que no seria sinó una repetició de l'anterior doctrina. Com sigui que la part recurrent havia formulat l'al·legació que una sola sentència no forma jurisprudència, en mancar la reiteració establida per l'article 1.6 del Codi Civil, contesta la Sala de la següent manera: "*Como quiera que la parte recurrente intenta ampararse en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 –con independencia de que esta Sala, en Sentencia de 20 de diciembre de 2001, en relació a un anterior Acuerdo de aquella, dijera que vincula, en su caso, unicamente a la Sala que lo dictó- conviene reproducir un extremo del mismo trascendental, que aquella silencia y que le quitaría la razón, pues luego de afirmar que "El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del TS", formula una primera excepción que, mutatis mutandi, se acomodaría totalmente a nuestro caso del siguiente tenor literal: "Cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de sentencias fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido*".

Pel que fa a la suposada discrepància entre les sentències de 24 de març de 2010 i 3 de setembre de 1998 –denunciada en el motiu primer del recurs- diu la Sala que, entre una i altra havia canviat la realitat del nostre ordenament jurídic, a conseqüència de la Llei de Parelles Estables i que "*aun en el caso de que hipoteticamente existiera*

tal cambio de criterio se impondria el de la sentencia de 24 de marzo al ser posterior, como se reconoce en el referido Acuerdo del Tribunall Supremo en el que se lee ... que "la doctrina mantenida en las sentencias de la Sala Primera del TS invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación no tiene caràcter jurisprudencial cuando exista otra formulada en sentencias más recientes que se alejen de ella".

Pel que fa al motiu segon, es reiteren les causes d'inadmissió indicades a la providència anterior, i es posa de relleu que l'article 9 de la Llei de Parelles Estables LPE porta més de cinc anys en vigor, pel que exclou la concurrència d'interès cassacional.

Comentari: Pareix deduir-se d'aquesta interlocutòria –i també de la 4/2012 de 16 de novembre, de contingut similar- que el nostre Tribunal de cassació ha canviat el criteri d'admissió dels recursos. Així com a resolucions anteriors es posava de manifest una major amplitud, amb congruència amb l'idea que, en definitiva, són els recursos de cassació els que fan possible que els Tribunals puguin establir la doctrina legal, de la qual tan necessitat està el nostre ordenament jurídic privat, a la interlocutòria que es comenta la Sala Civil i Penal oposa al raonament del recurrent –que deriva la inexistència de doctrina legal que demostra l'interès cassacional del fet d'existir una sola sentència (la 2/2010 de 24 de març), faltant per tant la reiteració que exigeix l'article 1.6 del Codi Civil- el contingut dels acords de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 30 de desembre de 2011, tot i reconèixer clarament la interlocutòria que es comenta l'existència de doctrina del nostre Tribunal de Cassació segons la qual aquests acords vinculen tan sols al propi Tribunal que els ha adoptat i no als altres. Per això, tal vegada hagués estat més oportú admetre el recurs i dictar la corresponent sentència reiterant la doctrina de la indicada sentència 2/2010 de 24 de març, ja que aleshores ja es podria dir, sense cap tipus de dubte, que s'està al davant d'una doctrina jurisprudencial reiterada.

Segons els indicats acords de la Sala Primera del Tribunal Suprem, no és necessària la reiteració quan es tracta d'una sentència del Ple de la Sala Primera, situació que, per una altre part, no pareix assimilable al fet d'haver dictat la sentència 2/2010 de 24 de març els quatre Magistrats que aleshores formaven la Sala, donat el considerablement major nombre de Magistrats de la Sala Primera, que actua normalment en seccions separades, a diferència de la Sala Civil i Penal del nostre Tribunal Superior de Justícia.

En un dels motius de cassació es posava de manifest la contradicció entre la doctrina de la sentència 2/2010 de 24 de març, que establia l'aplicació analògica al règim econòmic matrimonial del article 9 de la Llei de Parelles Estables sobre

compensació econòmica del treball realitzar per a la família, amb l'anterior sentència 1/1998 de 3 de setembre, segons la qual el Títol I del Llibre I de la Compilació estableix una regulació completa dels efectes del matrimoni, que impedeix l'entrada d'altres preceptes, com va ser el cas del article 1320 del Codi Civil; per la mateixa raó considera el recurrent que no hauria de ser possible l'entrada, per via d'analogia *legis,* del article 9 de la Llei de Parelles Estables. Creiem realment que els dos preceptes no són assimilables, ja que és diversa la seva procedència normativa i, en aquest sentit, és evident que l'article 9 de la llei de Parelles Estables, a diferència de l'article 1320 de, Codi Civil, forma part integrant del ordenament jurídic civil balear.

I també s'ha d'assenyalar –com ja deia en el comentari de la sentència 2/2010 de 24 de març que va sortir en el número 9 d'aquesta Revista- que la disposició del art. 9 de la Llei de Parelles Estables establint la compensació pel treball realitzat per a la família no és més que una conseqüència que, dintre del règim econòmic del matrimoni, es podria deduir del propi article 4.1 de la Compilació, en la mesura que estableix l'obligació dels cònjuges de contribuir en proporció als seus recursos i la consideració com a contribució del treball per a la família. En realitat, d'aquest precepte ja es pot derivar la conclusió que quan hi ha hagut una contribució molt generosa en treball per a la família per part d'un dels cònjuges –permetent a l'altre dedicar-se més lliurament als seus treballs i negocis-, combinat amb el fet objectiu d'un flagrant desequilibri patrimonial entre l'un i l'altre, pot el cònjuge perjudicat demanar la indemnització compensatòria quan té lloc la liquidació del règim econòmic matrimonial. És per això que, en el cas contemplat per la sentència 2/2010 de 24 de març, la indemnització es podia donar sense necessitat d'acudir a la -d'altra banda intel·ligent- idea de l'aplicació analògica del article 9 de la Llei de Parelles Estables, ja que la contribució dels dos cònjuges a l'aixecament de les càrregues no s'hauria realitzat en la forma indicada per l'article 4.1 de la Compilació.

Pel que fa a la qüestió de fons, crida l'atenció la diferent valoració que els dos òrgans judicials d'instància han fet del material provatori, ja que la Secció quarta de l'Audiència Provincial concedeix a la demandant la pensió compensatòria de 350 euros mensuals i la indemnització pel treball realitzat per a la família, si bé reduint a 30.000 euros la quantitat sol·licitada de 150.000 euros, revocant la decisió del Jutjat de Primera Instància que havia desestimat ambdues peticions.

Com sigui que el article 97 apartats 4 i 5 del Codi Civil estableix que per determinar la pensió compensatòria s'ha de tenir en compte "*la dedicación pasada y futura a la familia*" i "*la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles,*

industriales o profesionales del otro cónyuge", és necessari delimitar nítidament els dos conceptes –pensió compensatòria i indemnització per treball realitzat per a la família-, a fi d'evitar que unes mateixes circumstàncies puguin donar lloc a dos pagaments distints, i això explica la necessitat de reclamar-les conjuntament perquè es pugui fer la adequada ponderació de les mateixes, segons estableix l'article 10.5 de la Llei de Parelles Estables.

I la realitat és que, conceptualment, es poden separar les dues figures, ja que la indemnització pel treball realitzat per a la família es centraria en la dedicació a aquesta i la col·laboració en les activitats professionals del altre cònjuge, mentre que la pensió compensatòria tindria en compte l'edat i estat de salut, la qualificació professional i la probabilitat de trobar feina del cònjuge que la reclama. És a dir: la pensió compensatòria miraria cap el futur, mentre que la indemnització es basaria en fets passats. Això explicaria també el divers tractament d'una i altre a la Llei de Parelles Estables, ja que a la indemnització pel treball realitzat per a la família no l'afecten les causes d'extinció previstes pel article 10.2 de la Llei de Parelles Estables per a la pensió periòdica (causes generals d'extinció del dret d'aliments i el fet que el receptor de la pensió contregui matrimoni, constitueixi una parella estable o convisqui amb una altre persona en una relació afectiva anàloga a la conjugal).

El que és clar és la necessitat de no donar lloc a duplicitat de pagaments per unes mateixes causes, i per això les legislacions que estableixen les dues figures imposen la necessitat de la seva reclamació conjunta i adequada ponderació, com fa el article 10.5 de la Llei de Parelles Estables. Però com sigui que no es dóna cap regla sobre la manera de realitzar aquesta ponderació, la qüestió desemboca en l'aplicació del arbitri judicial. La doctrina ha considerat que, en cas de concurrència de pensió i compensació pel treball, pareix que resultaria més lògic calcular en primer terme la compensació, i, segons la seva entitat, fer variar el muntant de la pensió, ja que aquesta contempla les expectatives econòmiques futures de qui la rep, i aquestes varien pel fet d'haver rebut la indemnització compensatòria del treball per a la família. Però pareix que no ha estat aquest el raciocini que ha emprat la sentència de l'Audiència Provincial, donat que en ella llegim "...*en el supuesto de autos, teniendo en cuentas que ya se ha concedido a la hoy apelante el derecho a percibir una pensión compensatoria en cuantía de 350 euros mensuales durante el plazo de cinco años y que ya se ha valorado para ello la dedicación pasada de dicha apelante a la familia, esta Sala considera proporcionado y adecuado fijar en 30.000 euros la cantidad que debe percibir la misma en concepto de compensación por su "sobre aportación" a los trabajos para la familia*".

III. Dret Civil

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA, NÚM 82 DE 2012 DE 16 DE FEBRER. Ponent: Moragues Vidal. INDEMNITZACIÓ PER INCOMPLIMENT D'UN CONTRACTE BANCARI D'INVERSIÓ EN PARTICIPONS PREFERENTS PER MANCA D'INFORMACIÓ DURANT LA VIGÈNCIA DEL CONTRACTE

Resum dels fets: El 15 d'abril de 2007 l'actora va fer una inversió de 50.000 € mitjançant l'entitat bancària demandada. Al·lega que es pensava adquirir bons que, en realitat, varen ser participacions preferents de *Lehman Brothers*, la fallida de la qual es va produir el 15 de setembre de 2008. Es tracta de productes d'alt risc que, encara que tenen una rendibilitat no garantida, són perpetus en el sentit de que tan sols es poden vendre si es troba un comprador en el mercat secundari –venda "*face to face*"-. La pretensió principalment exercitada és la de nul·litat del contracte per vicis en el consentiment provocats per una manca d'informació ja que segons la demanda, l'actora és una inversionista minoritària a la qual es va col·locar un producte complex que no correspon al seu perfil conservador, producte de les característiques del qual no va ser informada. Subsidiàriament la demandant exercita una acció indemnitzatòria per incompliment contractual que hauria consistit en què el banc no hauria informat degudament a la seva client de l'evolució econòmica de *Lehmans Brothers* que l'hauria permès desfer-se de les accions venent-les en el mercat secundari quan això encara era possible. La sentència de primera instància que estima la pretensió subsidiària, és apel·lada per l'entitat bancària demandada. L'Audiència desestima el recurs.

Fonamentació jurídica: La sentència d'apel·lació parteix de la base que l'important no és si el contracte entre l'inversionista i el banc era de gestió de cartera –que inclou l'assessorament- o de mera comercialització d'un producte, sinó que l'actora era inversionista no professional, la qual cosa suposava que l'obligació d'informar del banc era especialment intensa. Quan es va produir la fallida de *Lehman Brothers* ja estava vigent al nostre país La Llei 47/2007, de 19 de Desembre, per la qual es modifica la Llei del Mercat de Valors, que traspassa al nostre ordenament jurídic la Directiva 2004/39 CE sobre Mercats d'instruments financers (coneguda per les seves sigles en angles com a MIFID –*Markets in Finantial Instruments Directive*) i que imposa a les entitats financeres importants obligacions d'informació que la sentència considera que el banc demandat no va complir. En efecte, el tribunal entén que no era exigible al banc que preveiés la fallida de *Lehman Brothers* però cita la sentència de la Secció Cinquena d'aquesta

Audiència de Balears en la qual es considera que "el deure d'informació implicava donar a conèixer als clients minoristes les informacions preocupants que es publicaven sobre el particular i, en ocasions, amb caràcter contradictori, ja que les agències de qualificació mantenien el "*rating*" elevat de seguretat de la inversió, a fi que els clients, amb totes les dades disponibles en el moment, poguessin decidir si procedeixen a la venta de les participacions preferents, malgrat la baixa del valor nominal en les transaccions dutes a terme en el mercat secundari, o si les mantenien, amb els rics que ambdues postures poden implicar". La sentència fa referència a l'argument del banc de què un consell de venda hagués pogut produir el pànic i entén que, encara que això és versemblant, el legislador no ho contempla com a excepció a l'obligació d'informar. Cita la jurisprudència del Tribunal Suprem segons la qual el banc s'ha d'assegurar que els seus clients disposen de tota la informació necessària "i de mantenir-los sempre adequadament informats".

Comentari: La sentència deixa clar que l'estàndard d'informació al qual s'ha d'ajustar l'entitat bancària no depèn solament del tipus de relació que estableixi amb el seu client –assessorament o intermediació- sino, especialment, del perfil del inversor –minorista, professional o contrapart elegible-. El deure d'informació és màxim quan el client és un inversor minorista i el producte és complex. La sentència presenta la particularitat de què no es refereix a la informació precontractual sinó la informació que l'entitat ha de facilitar als seus clients durant la vigència del contracte.

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 258, DE 24 DE MAIG DE 2012. Ponent: Moragues Vidal. EL CONCEPTE AMPLI DE PRECARI PERMET EL DESNONAMENT DE PERSONES QUE OCUPEN L'INMOBLE EN VIRTUT D'UN TÍTOL QUE HA ESDEVINGUT INEFICAÇ.

Resum dels fets: El Patronat Municipal de Reallotjament i Reinserció Social va interposar demanda de desnonament per precari contra una família que gaudia de permís per ocupar una casa a Son Banya el termini del qual havia expirat. La sentència de primera instància estima la demanda. El recurs d'apel•lació es fonamenta, entre d'altres motius, en la inadequació del procediment ja que, segons s'al•lega, l'Audiència ho havia establert en sentències anteriors.

Fonamentació jurídica: En relació a la inadequació de procediment, el tribunal recull un acord de la Junta de Magistrats de l'ordre jurisdiccional civil de l'Audiència Provincial de 17 de gener de 2012, segons el qual: "Els magistrats de l'ordre jurisdiccional civil de l'Audiència Provincial de Balears, després de deliberar sobre la qüestió acorden unificar criteris sobre l'àmbit material dels judicis de desnonament per precaris i entenen,

per majoria, que quan l'article 259.2 de la LEC es refereix al judici verbal incoat en virtut de demandes "que pretenguin la recuperació de la plena possessió d'una finca o urbana cedida en precari" no al•ludeix, solament, a aquells supòsits en els quals s'ha cedit l'immoble a títol gratuït, sense pagament de renda –concepte de desnonament del Digest-, sinó també a aquells altres en els quals el demandat es troba en possessió de la finca sense títol o amb títol inicialment vàlid però esdevingut ineficaç –concepte de precari elaborat per la jurisprudència abans de la promulgació de la LEC de 2000-".

Comentari: L'Audiència torna, amb l'acord al qual fa referència aquesta sentència, al concepte de precari que havia seguit abans de la reforma de la Llei d'Enjudiciament Civil de 2000 i, amb aquest posicionament doctrinal, ha fet possible el desnonament de moltes cases de Son Banya que es trobaven en situació irregular.

3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ QUARTA NÚM. 257/2012 DE 30 DE MAIG. Ponent: Aguiló Monjó. CUANTIA MÍNIMA DE LA PENSIÓ D'ALIMENTS EN TEMPS DE CRISI.

Resum dels fets: El pare sol·licità en primera instància una reducció de la pensió d'aliments de 400 € acordada en sentència prèvia de divorci, tot al·legant que la seva situació econòmica havia empitjorat. Per això demana que es fixi la quantia d'aquesta prestació en 150 € que, segons al·lega, és la mínima que venen establint els tribunals en aquesta Comunitat Autònoma. El Jutjat de Primera Instància quantifica la pensió en 300 €. L'alimentant apel·la i l'Audiència estima parcialment el seu recurs i quantifica en 200 € la pensió.

Fonamentació jurídica: Es reconeix que la quantitat oferta pel pare, 150€ és la establerta pel "*usus fori*" com a "aliments mínims".

Al fonament jurídic segon llegim que "No es, per tant, argument decisiu per a eximir de l'obligació assistencial o minorar la seva quantia a uns dels progenitors respecte dels fills, afirmar que no es té ocupació laboral estable o permanent, que és irregular o atípica o que prové de l'economia submergida ja que això no determina el seu nivell d'ingressos econòmics ni molt manco li eximeix de la prestació assistencial que la Constitució [article 30] li imposa ... No s'ha d'oblidar que ens trobem en el marc del dret de família i que aquesta disciplina (sense entrar en la problemàtica de si és especial i autònoma) es regeix, al manco parcialment, per principis diferents dels del dret civil comú, de manera que el jutge decisor no està vinculat al principi de rogació com ho estaria si es tractés de dilucidar drets estrictament privats ja que els que estan en qüestió superen aquest àmbit. És palmari i clar que la quantia dels aliments depèn dels mitjans del que els ha de prestar (article 146

del Codi Civil) però no ho és menys que fins i tot la simple manca de treball no extingeix l'obligació, ni tan sols temporalment, ja que això suposa un risc de deixar sense protecció interessos públics de rang superior als estrictament particulars. En resum, excepte que en les actuacions consti de manera fidedigna i provada sense cap mena de dubte que l'alimentat manca total i absolutament de recursos, la solució civil no pot ser cap altra que imposar l'obligació constitucional, encara que sigui en els mínims quantitatius que el cas concret requereixi i la realitat social imposi. No ha de ser obstacle, per aquesta decisió, el fet que determinades conductes d'impagament estiguin criminalitzades ja que el dret penal es mou dins paràmetres diferents regits per principis subjectius de culpabilitat, de concreció al fet i amb causes d'exoneració de la responsabilitat diverses a les que ara s'estan contemplant. El que no es susceptible de ser emparat en dret és que, amb el pretext d'una falta de mitjans no demostrada, s'intenti eludir o minorar una obligació que, sense cap risc d'errada, s'imposa sota dictats distints dels incriminatoris ja que ens trobem instal·lats dins una disciplina jurídica supra legal que no pot ser eludida".

Comentari: La sentència estableix una presumpció que tothom pot pagar la pensió de 150 € que anomena "d'aliments mínims", de manera que solament queda exonerat de complir-la aquell que prova la seva total impossibilitat econòmica d'atendre l'obligació alimentària cap als fills, sense que basti estar a l'atur. El fet que l'impagament sigui un delicte no ha d'impedir que els tribunals civils fixin la pensió alimentària, encara que puguin donar-se dificultats pel compliment de la sentència, dificultats que no han de ser valorades pel jutge civil sinó, en el seu cas, pel tribunal penal que conegui del delicte o la falta per l'impagament de la pensió.

4. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA, NÚM 356 DE 10 DE JULIOL DE 2012. Ponent: Oliver Koppen. L'ENREGISTRAMENT DEFECTUÓS DEL JUDICI NO SEMPRE SUPOSA LA NULITAT D'ACTUACIONS.

Resum dels fets: L'enregistrament del judici va ser defectuós fins al punt de que resultava inaudible. L'apel·lant ho va al·legar com a únic motiu del seu recurs.
Com que el motiu es va desestimar i no s'havia adduït cap altre, l'Audiència confirma la sentència de primera instancia sense entrar en el fons de l'assumpte.

Fonamentació jurídica: La sentència reconeix que l'enregistrament defectuós suposa una vulneració dels articles 147 i 187 de la Llei d'Enjudiciament Civil. Però es fa ressò de la doctrina fixada pel tribunal en altres sentències, com la d'1 de febrer de 2012, en les quals es fa aplicació dels articles 225.3 de la Llei Processal Civil i 238.3 de la Llei Orgànica del Poder Judicial que demanen que, per poder declarar la nul·litat

d'actuacions, es produeixi efectiva indefensió, a més d'infracció de la norma processal. En el cas contemplat el recurrent s'havia limitat a demanar la nul·litat sense indicar quina indefensió li causava la manca d'enregistrament, per la qual cosa el tribunal va entendre que no procedia decretar la nul·litat, i com que no s'havia articulat cap motiu d'apel·lació de fons, desestima el recurs.

Comentari: L'interès de la sentència radica en què contempla un supòsit on es pot salvar la validesa del procés malgrat que una avaria tecnològica impedeixi l'adequada documentació de l'acte més important de la primera instància, com és el judici. A primera vista podria parèixer que la manca del enregistrament impedeix al tribunal "*ad quem*" du a terme la seva tasca revisora, tal com exigeix l'efecte devolutiu propi del recurs ordinari (article 456.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil). Però això només serà així si hi ha indefensió i, aquesta sols es pot produir per defectes en l'enregistrament del judici si el recurs es basa en l'errònia apreciació de la prova practicada en aquest excepte la documental o la pericial no ratificada, és a dir, la prova personal. Si es vol que triomfi el recurs d'apel·lació per nul·litat d'actuacions processals no basta la denuncia del vici processal sinó que a més a més s'ha d'explicar en què hauria consistit la indefensió.

5. RESOLUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA DE 24 DE JULIOL DE 2012. Ponent: Gómez Martínez. LA SOL·LCITUD D'UNA CÒPIA DE LA GRABACIÓ DEL JUICI NO INTERROMP EL TERMINI PER A INTERPOSAR RECURS D'APEL·LACIÓ.

Resum dels fets: La part que pretenia impugnar la sentència va demanar una còpia de la gravació del judici i entre tant va deixar transcórrer el termini per interposar el recurs. Quan va presentar el corresponent escrit, el Jutjat va dictar una resolutòria en la qual acordava la inadmissió de recurs, resolutòria contra la qual es va interposar recurs de queixa. L'Audiència estima la queixa.

Fonamentació jurídica: El tribunal recull la doctrina –que ja havia establert a la seva sentència número 307 de 14 de juny -d'acord amb la qual la petició d'una còpia de l'enregistrament de la vista no és un motiu contemplat a la Llei d'Enjudiciament Civil per la suspensió, interrupció o ampliació del recurs d'apel·lació.

Comentari: Quan la petició de la còpia provoca una resolució del jutge de primera instància suspenent el termini per a interposar el recurs, si aquesta resolució no es impugnada, la suspensió, efectivament, es pot produir. En cas contrari, que és el contemplat a la resolutòria comentada, si res s'ha acordat en primera instancia, no es produeix la suspensió del termini per a apel·lar.

IV. Penal

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 56/2012, DE 11 OCTUBRE 2012. PONENT: SRA. CAMESELLE MONTIS. ESTAFA INFORMÀTICA (PHISING)/ BLANQUEIG DE CAPITALS PER IMPRUDÈNCIA GREU.

Resum del fets: L'acusat va acceptar la proposta, feta a Internet i procedent de persones desconegudes, de rebre – en un compte bancari obert al seu nom sumes de diners que havia de reenviar , procedents de comptes corrents de terceres persones defraudades pel procediment informàtic conegut com a "*phishing*" i que, gràcies a la intermediació de l'acusat, reverteixen en els defraudadors com diners de procedència coneguda.

Es revoca la sentencia de primera instancia, que condemnava per un delicte d'estafa informàtica, i es condemna per un delicte de blanqueig de capitals imprudent.

Fonamentació jurídica: "*La cuestión sobre la que se discrepa afecta, sin ninguna duda, al elemento subjetivo de ambos delitos. Sintéticamente expuesta, se trata de determinar si existe o no prueba suficiente para llegar a la conclusión de que el acusado era consciente de la antijuridicidad de su conducta en un grado suficiente para imputarle la comisión del delito.*

No corresponde ahora profundizar sobre cuál de los dos delitos invocados se adapta mejor a la naturaleza de los hechos enjuiciados. Conductas semejantes han sido objeto de frecuentes pronunciamientos judiciales en procedimientos penales en los que la imputación ha revestido formas muy diversas, apareciendo conjuntamente o por separado los delitos a los que nos hemos referido y en formas diversas, tal y como hemos visto en la distinta posición adoptada por las acusaciones en este procedimiento; podría igualmente reflexionarse acerca de si cabe alguna forma de concurso delictivo.

Aparcando estas cuestiones teóricas y acotando el razonamiento a lo que realmente ha constituido materia de debate en el juicio oral, hemos de partir de la consideración, como requisito común a ambas figuras delictivas, de la necesidad de que el dolo abarque el conocimiento de la ilicitud del acto de desposesión patrimonial. (…) Lo que interesa ahora destacar es que los datos concretos de que disponemos en cuanto a dicha operación, por oposición a los que hemos visto concurren en otras resoluciones condenatorias, no sólo no son reveladores en el sentido que pretenden las acusaciones,

sino que nos alejan de los contornos de la participación delictiva, de la participación consciente o asumida en la consumación o el agotamiento de un delito o en la ocultación o transmisión de las ganancias ilícitas de él provenientes, aunque no en la imprudente.

Se trata, en primer lugar, de cantidades de dinero no significativas, tres transferencias por importe de 1.150, 1.150 y 1.000 euros, respectivamente, lo cual, desde el punto de vista de los autores de la sustracción, suponía rebajar la posibilidad de la sospecha y una exposición menor al riesgo. En segundo lugar, los movimientos bancarios se produjeron de modo prácticamente simultáneo, los días 27 y 28 de mayo de 2.009. Fueron, en tercer lugar, las únicas cantidades transferidas, no hubo ninguna más, fue una actuación aislada y puntual, en ningún caso una dedicación a una actividad. En cuarto lugar, las cantidades se ingresaron en una cuenta que ya estaba abierta a nombre del acusado, no consta que se hubiera procedido a una nueva apertura. En último lugar, la actuación del acusado fue prácticamente instantánea y toda la operación se desarrolló en un lapso de tiempo ciertamente reducido, pues ese mismo día se realizaron los envíos postales. En realidad, todo estaba diseñado para que los hechos se produjeran de ese modo, lo mismo que resulta perfectamente comprensible que se diera por finalizada toda actuación posterior con el acusado por parte de la organización delictiva, ante la previsible reacción por parte de los titulares de la cuenta ilegítimamente manipulada.

Lo que se valora es, justamente, la actuación en ese momento concreto, en pocos días en los que se precipitaron todos esos acontecimientos, todo ese intercambio de información y de movimientos de dinero, debiendo colocarnos en la posición del acusado que decidió participar en lo que se le proponía. Uniendo este dato a todo lo anterior, resta un margen de duda suficiente que impide la apreciación que solicitan las acusaciones.

En definitiva, hemos de concluir en la falta de elementos de prueba que nos lleven a la conclusión de la conciencia de la antijuridicidad, aunque no de la falta de adopción de cautelas elementales por parte del acusado. Las circunstancias examinadas permiten concluir con seguridad que el acusado no habría actuado en el modo en que lo hizo de haber siquiera intuido que pudiera ser objeto de una imputación penal. Esto es particularmente claro en lo que se refiere al delito de estafa informática, por cuanto no es lógico y racional concluir en el conocimiento por parte del acusado de que el dinero se transfería sin el consentimiento de sus titulares legítimos. Sin embargo, sí consideramos que su comportamiento fue descuidado, confiado e imprudente, hábil para incardinar el tipo de blanqueo por imprudencia grave, del artículo 301.3 CP, máxime cuando dice que creyó que era para eludir impuestos, y que le sorprendió lo alto de la comisión. ”

Comentari: Per resoldre si és possible aplicar els tipus penals en qüestió (estafa informàtica/blanqueig de capitals), la sentència analitza i aclareix si concorre o no l'element subjectiu inherent al dol, o la comissió per imprudència greu, però no ho analitza per separat per a cada delicte, sinó a la vegada per a ambdós tipus de forma indiferenciada: "*Las circunstancias y consideraciones que la Sala entiende relevantes y que se analizan conjuntamente en relación con ambos delitos, al ser aplicables a ambos, son las que siguen a continuación*…", no sense certa dificultat perquè no hi ha una coincidència plena en els fets ni els requeriments típics on es projecti l'element subjectiu.

En qualsevol cas, la sentència exhibeix una càrrega argumental extensa en establir amb gran claredat que l'acusat no va sospitar l'origen ni la procedència il·lícita dels doblers, perquè l'oferta va venir revestida amb una inqüestionable aparença d'entitat mercantil solvent amb implantació en el tràfic jurídic internacional, a banda de què l'acusat mancava de coneixements informàtics especials, que tampoc estava familiaritzat amb els procediments bancaris, que es va exposar obertament en aportar totes les seves dades personals tant en la titularitat del compte de destí intermedi com en culminar la transferència de fons final, i que el lucre que va obtenir amb aquest fet va ser puntual; tot plegat impedeix considerar provada la seva consciència de la procedència il·lícita de les sumes rebudes, per la qual cosa es descarta la col·laboració conscient ni descuidada amb el previ delicte d'estafa, que mitjançant el frau informàtic ("*phishing*") va permetre fer-se amb les sumes de doblers que l'acusat va rebre posteriorment dels defraudadors per al seu reenviament: "*Las circunstancias examinadas permiten concluir con seguridad que el acusado no habría actuado en el modo en que lo hizo de haber siquiera intuido que pudiera ser objeto de una imputación penal. Esto es particularmente claro en lo que se refiere al delito de estafa informática, por cuanto no es lógico y racional concluir en el conocimiento por parte del acusado de que el dinero se transfería sin el consentimiento de sus titulares legítimos*."

En sentit contrari pot trobar-se la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 12 de juny de 2007, on l'argument del benefici parcial o de quantia no rellevant s'entén insuficient per derivar falta de consciència sobre la antijuridicitat de la conducta, tot i que en aquest altre cas l'oferta procedia d'un menor d'edat i no d'una entitat aparentment seriosa i solvent des del punt de vista mercantil en el tràfic internacional: "*Se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su*

conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber –ignorancia deliberada–, o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron. Lo relevante es que se beneficiaron con todo, o, más probablemente, en parte como "pago" de sus servicios, es obvio que prestaron su colaboración eficiente y causalmente relevante en una actividad antijurídica con pleno conocimiento y cobrando por ello no pueden ignorar indefensión alguna, por su parte la "explicación" que dieron de que no pensaban que efectuaban algo ilícito es de un angelismo que se desmorona por sí sólo. En la sociedad actual el acervo de conocimientos de cualquier persona de nivel cultural medio conoce y sabe de la ilicitud de una colaboración que se le pueda pedir del tipo de la que se observa en esta causa, y al respecto, hay que recordar que los recurrentes vivían en Madrid y no consta en los autos nada que pudiera ser sugestivo de un desconocimiento de la ilicitud de la colaboración que se le pedía, máxime cuando no se trataba de una colaboración gratuita sino que llevaba aneja un claro enriquecimiento personal. No hay por tanto ninguna posibilidad de derivar a ningún supuesto de error la acción de los recurrentes. Sobre la inexistencia de engaño por parte de los recurrentes, sólo recordar que dada la estructura de la estafa informática, y estamos en una estafa cometida a través de una transferencia no consentida por el perjudicado mediante manipulación informática, en tales casos no es preciso la concurrencia de engaño alguno por el estafador. En tal sentido, STS de 20 de noviembre de 2001 y ello es así porque la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal."

Dado que la oferta aceptada por el acusado recababa su intermediación por problemas fiscales, y dado que el propio acusado admitió haber albergado sospechas ciertas sobre su contribución a eludir impuestos, la sentencia de la Audiencia Provincial que es objeto de análisis concluye que: "Sin embargo, sí consideramos que su comportamiento fue descuidado, confiado e imprudente, hábil para incardinar el tipo de blanqueo por imprudencia grave, del artículo 301.3 CP, máxime cuando dice que creyó que era para eludir impuestos, y que le sorprendió lo alto de la comisión."

Els comentaris de jurisprudència incorporats en el número anterior d'aquesta mateixa Revista ja recollien una referència al blanqueig de capitals sota el prisma de la seva problemàtica general (implantació expansiva d'aquesta figura penal impulsada des d'instàncies internacionals) i el complicat perfil de la seva comissió com a imprudència greu.

A partir que el Codi Penal vigent ho contempla i que la Llei 10/2010 no exigeix intencionalitat en qualificar com a blanqueig la participació o ajuda en el mateix, les

reticències doctrinals sobre el blanqueig imprudent s'hauran de concentrar ara en les dificultats que presenta la seva configuració imprudent, atès que el tipus incorpora elements subjectius de l'injust (sobre coneixement den la procedència il·lícita dels doblers i sobre la finalitat d'ocultació o encobriment ("*para ocultar o encubrir*"), més pròxims a l'essència del dol –ni que sigui eventual- que a la imprudència greu, quina bromosa frontera es desdibuixa de forma significativa.

Cal fer notar que, front a una proposta de col·laboració inusual i en certa forma extravagant, l'acusat es va adaptar a les exigències d'una oferta que apuntava clarament cap a la col·laboració necessària per solucionar un problema fiscal (tant que el propi acusat va deduir que l'objectiu era l'evasió fiscal) , de manera que no es va poder presentar com a una oferta negocial il·lícita ni tan sols en aparença; i encara que podrà dir-se que la quantia de les sumes transvasades no tenia cap raó per fer sospitar una infracció fiscal d'entitat criminal, tampoc pot descartar-se que l'acusat hagués de concebre un resultat global ben distint atesa l'amplitud d'una oferta generalitzada a Internet.

En conseqüència, la qualificació de blanqueig imprudent passa per establir l'existència d'un error, que la sentència atribueix a l'enganyosa aparença de seriositat empresarial exhibida pels qui li varen fer l'oferta, juntament amb el caràcter ocasional del fet, el limitat de la seva col·laboració i l'escassa magnitud dels guanys obtinguts; res de tot això l'impedia arribar a assegurar-se de la vertadera situació en la mesura que coneixia la seva il·licitud per abocar a una possible defraudació fiscal, de manera que es tracta d'un error vencible i greu.

La sentència analitzada silencia la manca de necessitat de què, per condemnar per blanqueig de capitals, s'hagi de fixar l'existència del delicte encobert pel blanqueig, que opera directament sobre la base d'aquesta possibilitat acceptada per la jurisprudència i criticada per la doctrina; i tot i que al·ludeix a la possibilitat d'un concurs de delictes entre l'estafa informàtica i el blanqueig ("*podría igualmente reflexionarse acerca de si cabe alguna forma de concurso delictivo*"), el cert és que aquesta reflexió mancaria de sentit una vegada descartada la concurrència de l'esmentada estafa informàtica.

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 100/2012, de 12 ABRIL 2012. PONENT: SR. TERRASA GARCÍA. DELCITES DE L'ADMINISTRACIÓ FRAUDULENTA ARTICLE 295 DEL CODI PENAL: INEXISTÈNCIA PER DESVIAMENT DE CLIENTELA.

Resum del fets: L'administrador de fet d'una societat limitada, aprofitant que estava en contacte permanent amb la seva clientela, la va desviar a una nova mercantil d'objecte

social coincident que havia constituït juntament amb altres persones, la qual cosa va determinar la dissolució de la primera societat per pèrdues.

Fonamentació jurídica: "*Desde el punto de vista calificatorio, la actividad que desde el recurso se designa como "desvío" de clientes resulta de dificultoso encaje subsuntivo en el comportamiento que, descrito en el art. 295 del CP, exige una disposición fraudulenta. No puede ocultarse que incluso la actividad de disposición penalmente trascendente en el ámbito de la apropiación indebida (art 252 CP) ha sido taxativamente expandida hasta comprender en la actualidad supuestos que no responden a un comportamiento cuyo efecto jurídico se restrinja a los actos de riguroso dominio, sino que además se ha previsto la sanción penal para actuaciones proyectadas sobre "efectos" o sobre algún "activo patrimonial", lo que de por sí entraña una categorización más amplia de los actos susceptibles de incriminación que, más allá de la genuina apropiación, llega a comprender también la distracción o la negativa a haber recibido, lo que como efecto jurídico no resulta desde luego perfectamente identificable con una apropiación que en términos estrictos se pueda equiparar a la adquisición o el puro dominio.*

Del mismo modo responde a un acervo jurisprudencial consolidado, e incluso anterior a la existencia del vigente CP, la distinción entre dos modalidades de apropiación indebida con la finalidad de no llegar a exigir la ilícita consolidación dominical estricta en el patrimonio de quien actúa, sino bastando un desvío patrimonial que, sin llegar a generar consolidación apropiatoria en el patrimonio del sujeto agente, suponga una afectación o un destino diferente del previsto, mediante un comportamiento consciente del exceso de facultades con que se actúa en orden a eliminar las facultades o capacidades de disposición del legítimo titular del bien para obtener con ello un lucro indebido del que deriva un correlativo perjuicio.

Y en este mismo sentido la jurisprudencia es clara en torno a que la conducta típica albergada en al art 295 CP para los supuestos de administración fraudulenta entendida como delito propio (cuando no exista apoderamiento que la aproxime a la apropiación indebida, con la que podría llegar a concurrir) tampoco exige siquiera la intención de obtener para sí lo defraudado, bastando el dolo genérico proporcionado por el conocimiento y la voluntad de causar perjuicio a la empresa por la maniobra fraudulenta procurada a través de sus capacidades como administrador siquiera de hecho.

Pero por más que doctrina científica y jurisprudencia coinciden en no limitar la configuración típica a las actividades de riguroso dominio ni estricta disposición, incluyendo también las de simple utilización, lo cierto es que la maniobra fraudulenta del administrador debe

recaer sobre elementos integrantes del activo societario, respecto del que el fondo de comercio, y en concreto la clientela, constituye un elemento inmaterial cuya realidad patrimonial sólo tolera reflejo contable por el precio de su eventual adquisición onerosa, y cuya traducción en valor patrimonial tangible, más allá de la pura expectativa, sólo cabe obtenerla indirectamente mediante el giro comercial efectivamente desarrollado sobre aquella, lo que a su vez requiere una decisión bilateral que involucra de manera imprescindible el propio consentimiento del cliente, de modo que no cabe disposición ni utilización por decisión puramente unilateral del gestor societario; y por ello la captación o el desvío de clientela a favor de una empresa diferente, pudiendo constituir un comportamiento desleal en el orden mercantil, no resulta para nosotros un comportamiento idóneo desde el prisma de una tipicidad requirente de un acto de disposición fraudulenta que ni siquiera ampliamente entendido abarca la influencia sobre el cliente para que deje de contratar con la sociedad con la que venía operando, pues no nos parece que la negociación constituya un activo comercial disponible, pese a que, como actividad, el gestor comercial deba desarrollarla con lealtad."

Comentari: A l'evolució legal observada per la figura penal d'apropiació indeguda (article 252 del Codi Penal), li acompanya una consolidada línia jurisprudencial que subratlla el caràcter obert de les relacions jurídiques atípiques; conjunt que clarament apunta cap a la seva expansió, superant l'originari encast del desplaçament patrimonial que obeeix a la retenció material, o la lesió de facultats estrictament dominicals, bastant el pur desplaçament no justificat i abusiu d'un valor patrimonial.

L'estreta relació entre els delicte d'apropiació indeguda i d'administració deslleial, plasmada en reiterats pronunciaments jurisprudencials sobre la possibilitat de concurrència en funció de la modalitat d'apoderament, explica que també l'administració fraudulenta de l'article 205 del Codi Penal mantingui una decidia tendència a la flexibilitat típica, que justifica la incriminació sense necessitat que concorri ànim e lucre propi, sinó que entén que és suficient amb la simple consciència i intenció de perjudicar mitjançant maniobres fraudulentes amb abús de les facultats d'administració de la societat.

Encara que es parteixi de la premissa esmentada, la desviació de la clientela planteja dificultats singulars d'encaix, atesa la particular naturalesa d'aquest element, més pròxim a l'expectativa que pròxim al Dret, més incorpori que tangible i per suposat no susceptible de disposició unilateral per part de l'empresa; excepte pel que fa a les dades de coneixement o identificació dels clients, la qual cosa constitueix una informació "potencialment" valuosa, en la mesura que augmenta i facilita les possibilitats del negoci. És cert que el coneixement o informació sobre la clientela no és susceptible de determinar

–al menys per si mateixa- la contractació, ni de incidir directament i automàticament sobre el gir efectiu, perquè per això es requereix (a més de conèixer la cartera de clients) negociar amb ells fins desembocar en una relació que és bilateral, perquè depèn també de la decisió del client i no només de qui posseeixi la informació sobre la cartera de clients, de manera que disposar de la informació sobre els clients no equival a disposar efectivament de la clientela.

En el supòsit examinat, el desviament de la clientela va ser realitzat per qui va generar la cartera de clients mitjançant la seva actuació com a administrador de fet durant anys, de manera que era ell qui des de sempre s'havia relacionat directament amb els clients, captant-los, negociant i tractant amb ells i simplement va seguir fent el mateix una vegada constituïda la nova societat, la qual cosa, que pot ser deslleial, no necessàriament ha de constituir una "disposició" fraudulenta penalment transcendent.

Seria diferent la transcendència penal d'una actuació sobre la cartera de clients de qui, sense tenir accés a ella, sense conèixer-la, sense tenir concedides facultats adequades, o tenint-ho prohibit, hagués descobert i/o hagués utilitzat o revelat aquestes dades, cosa que eventualment podria constituir un delicte distint.

3. INTERLOCUTÒRIES DE LA SECCIÓ SEGONA, DE 2 MAIG I 9 JULIOL 2012. EMPLAÇAMENT PER CORREU POSTAL A DOMICILI D'UN ALTRE ESTAT MEMBRE DE LA UNIÓ EUOPEA. NUL·LITAT D'ACTUACIONS PER FALTA D'EMPLAÇAMENT PERSONAL.

Resum del fets: Dictada la interlocutòria d'obertura del judici oral, el tràmit d'emplaçament per comparèixer que disposa l'article 764 de la Llei d'Enjudiciament Criminal es va dur a terme por correu postal dirigit al domicili de l'acusat, situat en un altre Estat membre de la Unió Europea.

Fonamentació jurídica: "*Toda vez que el acusado no ha sido emplazado conforme a lo dispuesto en el art. 784 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige que el emplazamiento sea personal y no por correo, y de conformidad con el art. 238.2 de le LOPJ, al haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento produciendo indefensión al acusado, procede declarar la nulidad de las actuaciones.*"

Comentari: La decisió d'anul·lar els tràmits pot explicar-se sense dificultat sobre la base d'un criteri d'eficiència processal, atesa l'alta probabilitat d'incompareixença, a la qual cosa és inherent la impossibilitat de dur a terme del judici en absència de l'acusat. I això,

unit a la freqüència d'acusats amb domicili en un altre Estat de la Unió Europea, ha inclinat per una solució pragmàtica, orientada a intentar la seva localització i possibilitat efectiva que es trobi a disposició de l'òrgan judicial, abans d'avançar cap a l'assenyalament d'un judici on probablement no compareixerà.

No obstant, la qüestió resulta tributària d'algunes matisacions, perquè la regla estampada en el paràgraf 1 de l'article 784 de la Llei d'Enjudiciament Criminal preveu exclusivament el trasllat dels escrits d'acusació quan s'evacua el tràmit d'emplaçament perquè l'acusat comparegui en el termini de tres dies; de manera que, per començar, no és aquest precepte el que imposa l'exigència d'emplaçament personal, sinó que la regulació de l'emplaçament es conté en l'article 175 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, que remet a "la forma establerta per a les notificacions", la regulació de la qual es troba en l'article 166 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, on el caràcter general de la notificació personal claudica front a la facultat de notificar per correu quan el jutge o el president del Tribunal ho estimin convenient, excepte per al cas de l'article 160 (notificació de la sentència definitiva) i de l'article 501 (interlocutòria elevant la detenció a presó), supòsits en que només hi ha lloc a la notificació personal.

Però és que, més enllà de la regulació continguda en al Llei d'Enjudiciament Criminal, el Conveni d'assistència judicial en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea, fet a Brussel·les el 19 de maig de 2000, imposa la notificació per correu en l'article 6 (sobre enviament i notificació de documents processals).

"*1. Cada uno de los Estados miembros <u>enviará directamente por correo</u> a las personas que se hallen en el territorio de otro Estado miembro los documentos procesales dirigidos a ellas.*

2. El envío de documentos procesales <u>podrá efectuarse por mediación de las autoridades competentes del Estado miembro requerido únicamente</u> en caso de que:

a. El domicilio de la persona a la que va dirigido un documento sea desconocido o incierto.
b. El Derecho procesal pertinente del Estado miembro requirente exija una prueba de que el documento ha sido notificado al destinatario distinta de la que pueda obtenerse por correo.
c. No haya resultado posible entregar el documento por correo.
d. El Estado miembro requirente tenga razones justificadas para estimar que el envío por correo resultará ineficaz o inadecuado.".

La regla general derivada del conveni estableix la notificació per correu, i l'excepció del punt b en l'apartat 2 de l'esmentat article 5 del Conveni, que remet a les exigències de la legislació processal de l'Estat recurrent, no sembla que de forma indubtable ni inobjectable pugui interpretar-se en el sentit que la regulació de la nostra Llei d'Enjudiciament Criminal exigeix, com ja s'ha anticipat, la notificació personal en aquest cas.

Qüestió distinta, en cara que evidentment lligada, és que el mateix article 784 de la Llei d'Enjudiciament Criminal prevegi que la suspensió del judici i l'expedició de requeriments sigui procedent quan, per la pena sol·licitada, no hi ha hagi lloc a la realització del judici quan l'acusat hagi estat citat personalment.

Això no obstant, front a un emplaçament per correu, ni les actuacions manquen automàticament de validesa ni per suposat la incompareixença pot ser augurada de forma infal·lible encara que estadísticament sigui freqüent.

4*. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 97/2012, DE 15 NOVEMBRE 2012. PONENT: SRA. MARTÍN HERNÁNDEZ. DELCITE CONTRA EL MEDI AMBIENT: INEXISTÈNCIA. DELICTE CONTRA L'ORDENACIÓ DEL TERRITORI: EXISTÈNCIA PER AUTORIA DIRECTA. INEXISTÈNCIA EN COMISSIÓ PER OMISSIÓ. PREVARICACIÓ ADMINISTRATIVA*

Resum del fets: Sense autorització administrativa prèvia ni posterior, l'acusat va procedir a eixamplar la llera d'una torrent i va continuar eixamplant un camí existent, per donar continuïtat a ambdós, talant per això una zona d'uns 300 metres quadrats, a més de permetre l'abocament de terres, pedres i material procedent de demolició, entre els quals es trobaven restes asfàltiques, de naturalesa i composició que no s'ha pogut determinar i s'ha afectat així una extensió aproximada de terreny de 2.700 metres quadrats, amb una altura mitja dels abocaments de 1,20 metres a 1,50 metres, la qual cosa suposa un volum d'entre 3.240 i 4.050 metres cúbics.

Fonamentació jurídica:

1.- Pel que fa al delicte contra el medi ambient, tipificat en l'article 325 del Codi Penal:

Es compleixen les exigències típiques d'actuació, com també la infracció d'una norma extrapenal (Llei d'Aigües de 2/08/1985 i el seu Text Refós de 20/07/2001, en el Reglament de Domini Públic Hidràulic que es va desenvolupar parcialment, aprovat pel Real decret d'11/04/1986; la Llei 1/1991, de 30 de gener, d'Espais Naturals i de Règim Urbanístic de les Àrees d'Especial Protecció de les Illes Balears; Llei 5/2005, de 26 de maig, per

a la conservació dels espais de rellevància ambiental) però no concorre l'exigència jurisprudencial (STS 2ª de 30 de desembre de 2008, amb cita de la data 13 de febrer de 2008) sobre creació d'un perill greu:

"*Respecto a la situación de peligro grave para el bien jurídico hemos de partir de que las irregularidades administrativas no constituyen ni dan vida sic et simpliciter al delito medio ambiental (STS. 1118/2005 de 26.9). El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (SSTS. 25.10.2002, 1.4.2003, 24.6.2004, 27.4.2007, 20.6.2007), atendiendo por tal un híbrido "a medio camino entre el peligro concreto y abstracto" (STS. 27.9.2004), en el que "no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta" (STS. 25.5.2004), esto es, como dice la STS. 24.6.2004, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear o en su caso, el daño causado como concreción del riesgo... es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido. Ahora bien se acoja la estructura del tipo penal -de peligro concreto, abstracto-concreto o hipotético, lo cierto es que el art. 325 exige como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas. De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas. Por ello lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través las sentencias. En este sentido la STS 96/2002, de 30 de enero, establecía que "esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, de 27 de enero)". La valoración que hace el tribunal es inmune ... en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional expresión, atendiendo*

siempre a la naturaleza y sentido casacional utilizado. Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro". En la STS 194/2001, de 14 de febrero se afirmó, en el mismo sentido que "el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba... A tal efecto no puede perderse de vista que el Código penal cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta". Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo. En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal. En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico.

La Sala, como ya ha adelantado a la hora de valorar la prueba practicada, no puede entender acreditado que se haya producido perjuicio grave de los sistemas naturales ni riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. Antes al contrario, como hemos expuesto estas obras no han supuesto riesgo que perjudique gravemente el equilibrio de los sistemas naturales de la zona afectada así como tampoco la salud de las personas, pues del informe y declaración de la perito Sra. (…), en relación a la tala de árboles, ha manifestado que éste, el daño, es moderado y cabe la regeneración natural en tanto que en relación a los vertidos en la explanada, si bien lo considera "más grave" no ha sabido delimitar la gravedad y, en todo caso, si se retiran los vertidos cabe

la repoblación forestal y, la natural también, si bien el tiempo es mayor. En cuanto al impacto de las obras del Torrente y camino, ha manifestado que lo desconoce, en tanto que el perito Sr. (…) ha manifestado que no hay ningún riesgo.

En consecuencia, falta la idoneidad exigida por el art. 325.1º del CP para que la acción llevada a cabo por el Sr. (…) en relación a la tala y vertidos en la explanada pueda ser incluida en la exigencia del tipo penal de "puedan perjudicar gravemente"; y en relación al ensanchamiento del lecho del Torrente y el camino, se halla huérfano de prueba sobre la posibilidad de "perjudicar gravemente" por lo que, al igual que cuando no se prueba cualquier otro ingrediente esencial del tipo de injusto, no puede exigirse responsabilidad criminal, por muy importantes que sean las evidencias sobre la superación de los limites administrativos tolerados (STS. 27.9.2004)."

2.- Pel que fa al delicte contra l'ordenació del territori tipificat en l'article 319.1 del Codi Penal:

L'eixamplament del curs del corrent i el camí compleixen les exigències típiques d'una "construcció", han estat executades sobre terrenys d'especial protecció i no resulten susceptibles d'autorització d'acord amb el que estableix la Llei d'Espais Naturals i de Règim Urbanístic de les Àrees d'Especial Protecció de les Illes Balears.

2.a).- Pel que fa a l'autoria directa: "…*no cabe invocar el error de prohibición cuando se ejecutan conductas claramente desautorizadas por el ordenamiento jurídico que cualquiera sabe que están prohibidas. Para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno (sentencias de veintinueve de noviembre de 1994, diecisiete de abril de 1995 y veintiocho de enero de 2000). Y en la vida social es conocido, que no se puede construir sobre un solar sin una autorización administrativa. Quien no lo hace, es porque conoce que no la va a obtener, lo que es buena prueba del conocimiento de la ilicitud de su acción. No cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y le consta que están prohibidas.*

En el presente supuesto, el Sr. (…) obró con conocimiento de que las obras que realizaba no estaban permitidas como lo demuestra el hecho de haber sido ya sancionado por la Administración, por hechos similares, que no idénticos, en el año 2003; sanción que, además, abonó, por lo que conocía que el lugar se hallaba sometido a protección

especial y, por ende, a un régimen de autorizaciones que no podían obviarse. Prueba de lo anterior también lo constituye el hecho de haber solicitado autorización para los vertidos en la explanada, en fecha 27 de marzo de 2006, sin llegar a obtenerla." (...) "… los hechos declarados probados constituyen un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el apartado 1 del art. 319 del CP, en los términos que han quedado expuestos, pues el ensanchamiento o ampliación llevados a cabo por el Sr. (…) supone construir, en zona de dominio público hidráulico y en el paraje protegido, una auténtica calzada que no guarda ninguna relación de semejanza con el lecho inicial del Torrente ni con el sendero o camino originario porque desborda su configuración, aspecto y esencia con el impacto ambiental tan evidentemente perceptible, lo que equivale a la construcción típica contra la que debe reaccionar el Derecho Penal para la salvaguarda de los valores ecológicos en los que subyace el interés social. La construcción realizada rebasa los límites de lo tolerable y, por tanto, impide la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, porque, de un lado, contrasta con el estado originario del terreno y, de otro lado, supone, por su resultado, que el uso natural del ensanchamiento producido permite un tráfico rodado que supondrá una consecuencias invasivas en el entorno natural que no serían posibles si se hubiera mantenido el lecho del torrente y el sendero en su estado originario, aún acondicionándolo o incluso mejorándolo, pero dentro de los límites de su genuina configuración, lo que, como ha quedado dicho, se ha modificado. Y a lo anterior no obsta lo alegado por la defensa del Sr. Linares en cuanto que por la Administración fue sancionado por infracciones leves, pues considerando las mismas aisladamente, pueden conducir a dicho resultado pero, valoradas en su conjunto, suponen un ataque grave al medio protegido."

2.b).- Pel que fa a la comissió per omissió: *"Propugna la acusación la participación de (…) como autor del delito contra la ordenación del territorio por comisión por omisión* (puesto que) *dejó continuar los trabajos y permitió su consolidación (…)*"*En la fecha en la que el Sr. (…) presenta escrito en el Ayuntamiento de (…) , 8 de mayo de 2006, adjunta fotografías en las que puede observarse que parte de las obras que el Sr (…) acometió, ya se habían realizado. Por tanto, el daño ya estaba producido en el momento en el que se pone en conocimiento del Ayuntamiento lo que estaba aconteciendo. Y, como hemos expuesto, si bien la orden de suspensión de las obras se adoptó en Julio de 2006, y hubiera sido deseable mayor premura, la ausencia de esta orden no fue la causa del daño finalmente producido. Por tanto, no concurre aquí este requisito objetivo 2º del art. 11 CP.* (…) *Este art. 11 CP, como límite para la posibilidad de exigir responsabilidad penal en estos delitos de omisión establece la necesidad de realizar una valoración jurídica: que la producción de delito a virtud de esa omisión "equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación ". No cabe hablar de relación de*

causalidad en estos delitos de omisión, porque lo que no existe nada puede causar. Pero sí ha de realizarse en cada caso esa valoración de modo que pueda equipararse esa acción esperada, en su antijuricidad, a los casos de actuación positiva, es decir, a la ejecución del delito mediante acción. Ya hemos expuesto que las obras se habían realizado antes del acuerdo de suspensión, que existió, no se omitió, por lo que no fue la causa del daño. En conclusión, faltó aquí también este requisito 4º exigido para la aplicación correcta del art. 11 CP."

3.- Pel que fa al delicte de prevaricació administrativa :"*la Sala no puede concluir que exista el delito de prevaricación que propugna el Ministerio Fiscal. El art. 3 de la Ley de Disciplina urbanística en su apartado 1 atribuye la competencia para otorgar las licencias al ayuntamiento, excepto en los casos previstos en la legislación urbanística; en los apartados siguientes regula los supuestos en los que son necesarios informes previos de otros Organismos por afectar a dominio público o por la propia naturaleza del acto. (…) presentada la petición de autorización por el Sr.(…) en fecha 27 de marzo de 2006, el Aparejador municipal emite informe en fecha 6 de Abril de 2006, en el que establece la necesidad de que la Consellería de Medio Ambiente evalúe el impacto territorial. En fecha 11 de Julio de 2006, por el acusado Sr. (…), en su condición de Alcalde, remite a la Consellería la documentación del Sr. (…) al objeto de poder tramitar y obtener la pertinente autorización. En fecha 19 de julio de 2006, el Aparejador municipal, amplía el informe inicial haciendo constar la existencia de infracción del art. 2.1 de la Ley 10/90, de Disciplina urbanística. En atención a lo anterior, en fecha 20 de julio de 2006, la Junta de Gobierno local, acuerda requerir al Sr. (...) a los efectos de que se abstenga de seguir depositando piedras en el terreno y la reposición de éste a su estado primitivo, concediéndole plazo para su realización y, en su defecto, por el Ayuntamiento. Este acuerdo se adopta antes de que exista informe de la Consellería de Medio ambiente si bien no se notifica al Sr.(…) hasta el 17 de agosto de 2006, cuando la Consellería remite al Ayuntamiento, con fecha 10 de agosto de 2006, el acuerdo del Pleno de fecha 13 de julio de 2006 por el que se establece que el organismo competente abra el correspondiente expediente que es acuerdo distinto al informe solicitado por el Ayuntamiento en cuanto a la autorización solicitada por el Sr. (…). Finalmente el Sr. (…) fue sancionado*".

Comentari:

1.- L'exigència jurisprudencial d'un perill greu en el delicte contra el medi ambient contemplat en l'article 325 del Codi Penal no fa altra cosa que incidir sobre la dificultat de construcció inherent a la protecció penal de béns jurídics col·lectius, freqüentment lligats a la concurrència de perill. A banda de què el valor ambiental no és susceptible

de protecció per si mateix, sinó per la funció que du a terme respecte de l'ésser humà i la vinculació a les necessitat de la seva vida i existència, l'experiència general evidencia que una actuació merament individual i objectivament lesiva no sigui -per si mateixa- bastant per arriscar ni lesionar de forma concloent i suficientment efectiva el bé jurídic protegit, excepte per acumulació, és a dir, unida a altres actuacions individuals concorrents (vegi's *Roland Hefendehl "¿Debe el Derecho Penal ocuparse de riesgos futuros?" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-14 (2002)*). Si es posa així en relació amb l'articulació d'un resultat de simple perill per a aquesta figura penal, i donant per suposada la dificultat d'establir una configuració conceptual distintiva entre perill concret i abstracte (al final acaba sent perill abstracte tot el que no encaixi en la configuració d'un perill concret), no és estrany que el Tribunal Suprem hagi imposat el requisit que el perill abstracte generat amb l'actuació infractora hagi d'assolir nivells de gravetat suficients com per poder entendre que el risc creat és idoni i de la intensitat suficient com per afectar de forma adequada i efectiva el bé jurídic que s'ha de protegir.

2.- Pel que fa al delicte contra la ordenació del territori, la sentència analitzada fa referència a la reacció legislativa contra la redacció originària de l'article 319 del Codi Penal, que en l'apartat 1 incriminava inicialment la construcció simplement "no autoritzada" en sòl destinat a vials, zones verdes, llocs de reconegut valor paisatgístic, o d'especial protecció; pel contrari l'actual redacció exigeix una construcció "no susceptible d'autorització" o "no autoritzable", la qual cosa permet superar freqüents obstacles derivats d'actuacions només formalment mancades de l'oportuna llicència però susceptibles d'arribar a obtenir-la, que contenien una autèntica absència d'antijuridicitat material idònia per a la repressió penal.

No obstant, crida l'atenció que l'argumentació, exhibida en suport de l'existència d'aquesta infracció, recala proporcionalment molt menys en l'aspecte que el que s'ha construït està mancat de tota possible conformitat amb la norma administrativa aplicable ("*construir, en zona de dominio público hidráulico y en el paraje protegido (...). La construcción realizada rebasa los límites de lo tolerable"),* que en l'aspecte de l'afectació mediambiental descartada prèviament per insuficient ("*una auténtica calzada que no guarda ninguna relación de semejanza con el lecho inicial del Torrente ni con el sendero o camino originario porque desborda su configuración, aspecto y esencia con el impacto ambiental tan evidentemente perceptible* (…) *que supondrá una consecuencias invasivas en el entorno natural que no serían posibles si se hubiera mantenido el lecho del torrente y el sendero en su estado originario (…)* infracciones que"*valoradas en su conjunto, suponen un ataque grave al medio protegido*").

Es descarta també la comissió per omissió d'aquest delicte en atenció a la falta d'equivalència entre l'acció omesa i la realitzada, requisit d'exigència jurisprudencial incorporat al Codi penal de 1995 i que tendeix a recavar l'existència d'una posició de garant per la concurrència d'un deure jurídic especial d'actuar en evitació del resultat, quan la conducta omesa i la realitzada mereixin igualtat valorativa quant al resultat produït, la qual cosa es produirà especialment en supòsits de generació dolosa del risc, i sempre que qui ometi tingui una adequada capacitat de resposta per actuar en evitació del risc. Requisits que no es compleixen en el cas, perquè segons remarca la sentència examinada: "*las obras se habían realizado antes del acuerdo de suspensión, que existió, no se omitió, por lo que no fue la causa del daño*."

3.- Pel que fa al delicte de prevaricació, la sentència també abunda en consideracions sobre la inexistència d'ordre de paralització, basant-se en què per atorgar la llicència municipal eren necessaris informes previs d'altres organismes (avaluació d'impacte ambiental per part de la Conselleria de Medi Ambient del Govern de les Illes Balears) i que la Junta de Govern municipal va requerir (perquè es detingués el dipòsit de pedres i altres materials) abans que la Conselleria sancionàs l'infractor, de manera que va poder haver alentiment però no inactivitat administrativa, ni en conseqüència omissió generadora de risc.

V. Contenciosa Administrativa

A. Tribunal Suprem (Sala 3ª).

1. SENTÈNCIA DE 27 DE JUNY DE 2012. RECURS Núm. 3913/2010. Ponent: Maurandi Guillén. CONTRACTES. DISCRECIONALITAT TÈCNICA. MOTIVACIÓ.

Resum dels fets: En expedient administratiu de concessió de la gestió de llocs d'amarrament en el port de Formentera, l'Autoritat Portuària de l'Estat va resoldre el concurs segons la valoració d'una "comissió tècnica de valoració" que va atribuir puntuació a cadascuna de les ofertes sobre la base de 7 criteris de valoració establerts a les bases. La sentència d'instància –del Tribunal Superior de Justícia de Illes Balears- va apreciar que era insuficient la motivació consistent a fixar una puntuació per a cada apartat de valoració però sense més explicació dels criteris pels quals es fixava cada concreta puntuació. La sentència del Tribunal Suprem ara comentada, confirmant la d'instància, reforça la línia jurisprudencial que, de cada vegada més, restringeix l'àmbit de la discrecionalitat tècnica exigint la necessitat de motivar el judici valoratiu.

Fonamentació Jurídica: *"(…) sobre la cuestión que acaba de apuntarse hay una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE); y cuyas líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue:*

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica (…).

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho.(…)

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades (…).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico (…).

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás."

Comentari: La freqüència amb la qual tenen lloc causes penals per presumpta corrupció amb motiu d'il·lícita adjudicació de contractes públics, posa en evidència el que ja és conegut: que en la contractació administrativa i sota el paraigües de la discrecionalitat tècnica s'obté un espai de decisió difícilment fiscalizable i en el qual no sempre s'adopta la decisió més convenient a l'interès general.

Això provoca que es dirigeixi la mirada cap a l'ordre jurisdiccional contenciós-administratiu –al que en primera instància li correspondria el control d'aquestes irregulars actuacions- i se li pregunti la raó de l'evident ineficàcia en aquesta funció.

Amb independència que un estudi profund de les raons per les quals la jurisdicció del contenciós-administratiu troba importants dificultats per efectuar una correcta fiscalització excediria d'aquestes breus línies, la sentència ara comentada té especial rellevància per dues raons: la primera, perquè conté una ressenya de l'evolució jurisprudencial sobre la matèria realitzant una anàlisi de l'estat de la doctrina més recent sobre la discrecionalitat tècnica; i, la segona, perquè confirma una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Illes Balears que, modificant criteris anteriors, augmenta el nivell d'exigència en la motivació de decisions discrecionals a fi d'evitar que la discrecionalitat tècnica constitueixi una pantalla infranquejable que faciliti actuacions arbitràries.

Ja no és necessari provar l'arbitrarietat per declarar la il·legalitat de l'adjudicació –criteri de la jurisprudència inicial- sinó que, encara que no es provi la mateixa, n'hi ha prou amb evidenciar els elements que la podrien propiciar: la falta de motivació i la valoració basada "en el més profund dels secrets" (en paraules de la *STS 29.03.2005).

Admès que el criteri tècnic de l'Administració ha de ser, en principi, respectat, per a això serà necessari conèixer la raó d'aquest criteri tècnic i en el cas que simplement es fixin puntuacions a cadascun dels apartats a valorar, serà necessari que, amb independència del valor en concret, es coneguin o s'expressin les premisses o criteris pels quals s'ha arribat a aquesta atribució de punts.

En el supòsit en què l'Administració valori les ofertes per mitjà d'adjudicació de puntuacions, la Sala contenciosa administrativa del *Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears ja ha precisat en sentència NÚM. 334 de 29 d'abril de 2010, que la suficiència de la motivació per aquest mitjà depèn en gran mesura del detall de l'enunciat a valorar, ja que a major generalitat de l'apartat li ha de correspondre major justificació de la puntuació atorgada, mentre que el major detall de l'enunciat, fa no tan necessària la motivació de la puntuació assignada. En la citada sentència, ja indiquem que "*no se rechaza sin más la valoración por medio de puntuaciones, pero si el elemento a valorar contiene subapartados, se ha de explicar cómo se han ponderado los mismos o explicar los criterios seguidos para determinar una puntuación final*".

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.

1. SENTÈNCIA NÚM. 11 DE 7 DE FEBRER DE 2012. RECURS DE APEL·LACIÓ Núm. 402/2011. Ponent: Frigola Castillón. URBANISME. DISCIPLINA URBANÍSTICA. CADUCITAT EXPEDIENT DEMOLICIÓ.

Resum dels fets: Realitzades obres no emparades en llicència, s'inicia expedient de restauració de la legalitat urbanística paral·lelament al sancionador. En el primer, s'invoca caducitat de l'expedient per transcurs dels sis mesos sense notificar resolució expressa (article 42.2º de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i el Procediment Administratiu Comú, LRJ-PAC) i que, un vegada caducat l'expedient, ja no és possible reiniciar-ho.

La sentència esmentada –amb cita de sentències anteriors de la Sala- rebutja que el termini de caducitat el sigui de sis mesos, així com que la caducitat impedeixi la represa de l'expedient.

Fonamentació Jurídica: *"(…), ya en sentencia NÚM. 645/2005 de 15 de julio, se entendió que por las anteriores circunstancias debía aplicarse el plazo de caducidad anual por asimilación al fijado para el procedimiento sancionador.*

5º) lo indicado en la sentencia NÚM. 645/2005 puede reforzarse con la previsión contenida en el art. 50.3º de la Ley 3/2003, de 26 de marzo sobre Régimen Jurídico de la Administración de la CAIB, en el que se fija plazo de caducidad anual para aquellos procedimientos sancionadores y "disciplinarios" respecto de los cuales la comunidad autónoma dispone de competencia normativa. La referencia a los procedimientos "disciplinarios" nos evoca a los sancionadores en materia de funcionarios, pero no hay razón para una lectura restringida a éstos y no a otro tipo de procedimientos disciplinarios: los de disciplina urbanística.

6º) Por supuesto que el cómputo del plazo anual quedaría interrumpido por varias causas, como las citadas en el art. 42.5º de la LRJyPAC , que en el particular supuesto del procedimiento que nos ocupa supondría interrupción cuando la Administración que ha de conceder la licencia de legalización precisa de informes de otras administraciones (p. ej. el previsto en el art. 36 de la LSR).

7º), la interrupción del cómputo del plazo para resolver y notificar también se produce por causa imputable al interesado (art. 44,2º LRJyPAC) y siguiendo la doctrina expresada en sentencia de esta Sala NÚM. 458 de 04.06.2004 , ello comporta que si el interesado quiere hacer valer la caducidad debe haber evidenciado un especial celo en la tramitación del expediente de legalización ya que no puede olvidarse que sobre el infractor recae la carga de legalizar la obra iniciada sin licencia o al margen de ésta. "

Tanto en aquella ocasión como en el supuesto de autos, la tramitación del expediente se hizo bajo la vigencia de la ley 3/2003 y su artículo 50-2 y en ambos casos se pretendía la aplicación del plazo de caducidad de seis meses, en vez de un año que los Juzgados habían aplicado.

La Sala considera que el plazo de caducidad del expediente de disciplina urbanística encaja de lleno en el párrafo previsto en el apartado 3 a) del artículo 50 de la ley 3/2003 , porque ese apartado cuando indica "Los plazos máximos para dictar y notificar la resolución expresa en los procedimientos sancionadores y disciplinarios (...)" contempla el plazo de caducidad para dos tipos distintos de expedientes, los sancionadores, naturaleza que ciertamente no tiene el expediente de restauración de legalidad, y los disciplinarios, en donde los expedientes de restauración de legalidad urbanística encuentran total y pleno encaje, porque son expedientes tramitados en

materia de disciplina urbanística, y buscan y pretenden la adecuación de la realidad a la legalidad urbanística, pudiendo para ello compeler coercitivamente al administrado tras la tramitación de un expediente donde resulte acreditado ese quebrantamiento urbanístico, no debiendo interpretarse el concepto "disciplinario" con carácter referido únicamente al ámbito funcionarial."

(…)

"CUARTO: Respecto a la imposibilidad de aperturar de nuevo el expediente, cosa que acordó la administración hizo en el año 2.007 respecto a unos hechos que la parte manifiesta ocurrieron en 1.999.

El punto de partida es lo dispuesto en la Sentencia del TS de 12 de junio de 2003 dictada en recurso de casación en interés de ley, y por lo tanto, de obligado cumplimiento para Juzgados y Tribunales, que fijó doctrina legal en materia de caducidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador en el siguiente sentido: «La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la ley 30/1992, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley»..

A pesar de que la naturaleza del presente procedimiento no tiene tal condición, nada obsta a que sea también de aplicación en este debate donde la administración ejerce potestades disciplinarias. Es más, debe de reiniciarlo porque tiene el deber de perseguir conductas infractoras de la legalidad urbanística en el ejercicio de las potestades de policía administrativa. La cuestión de la posibilidad de reapertura podría darse en expedientes sancionadores pero no en este tipo de expedientes ajenos a aquella naturaleza.

En efecto, no es lo mismo los procedimientos sancionadores de los procedimientos de restauración de legalidad. En los primeros la doctrina y la Jurisprudencia han analizado si es procedente la reapertura de procedimientos cuando la administración hace un uso torticero de la facultad de reiniciar sucesivos y reiterados expedientes administrativos previamente declarados caducados, hasta el punto de burlar con ese proceder inclusive el plazo de prescripción para perseguir aquella conducta infractora."

Comentari: El procediment sancionador i de disciplina urbanística –en particular aquells en els quals el Consell Insular opera per subrogació davant la inactivitat municipal- troba notables dificultats procedimentals que impedeixen el

seu correcte desenvolupament quan tant el subjecte infractor com l'Ajuntament –la voluntat contrària de aquest a complir les seves obligacions ja s'evidencia amb la necessitat de subrogació- coincideixen a evitar aquest avanç. Aquesta Sala ja s'ha pronunciat en nombroses ocasions – sentències de data 4 de juny de 2004 o de 19 de gener de 2010- en el sentit que han de rebutjar-se interpretacions favorables a la "caducitat provocada" i que es produeix quan conflueixen tant l'actitud municipal posant obstacles, com la de l'infractor alterant fraudulentament el sistema regular de notificacions evitant la seva pràctica.

Les dificultats de tramitar i resoldre l'expedient de disciplina en el termini dels sis mesos de l'article 42,2º LRJ-PAC són evidents si: a) el còmput s'inicia des de l'acord de suspensió i requeriment de legalització (no des de la seva notificació); b) el còmput no s'interromp durant el termini de dos mesos que concedeix l'art.65,1º LDU per sol·licitar llicència; c) tampoc durant els tres mesos que disposa la mateixa administració per resoldre l'eventual petició de llicència; c) s'ha efectuar proposta de demolició; d) s'ha de concedir audiència per deu dies i després del transcurs dels mateixos, resoldre i notificar en el termini de sis mesos computats des de la data de l'acord requerint de legalització. Per aquestes raons la Sala ha efectuat interpretació que condueix a estendre el termini de caducitat a l'any.

2. SENTÈNCIA NÚM. 805, DE 21 DE NOVEMBRE DE 2012. RECURS Núm. 130/10. Ponent: Socías Fuster. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL ESTAT LEGISLADOR. URBANISME. DESCLASSIFICACIÓ URBANITZACIONS.

Resum dels fets: Mitjançant la Llei del Parlament Balear 4/2008, de 14 de maig, "de mesures urgents per a un desenvolupament territorial sostenible en les Illes Balears", s'introdueixen modificacions en la delimitació d'algunes àrees d'especial protecció definides en la Llei 1/1991, de 30 de gener, d'Espais Naturals, que suposa incloure com a sòl rústic protegit determinades zones classificades com a sòl urbà.

Els propietaris van formular reclamació de responsabilitat patrimonial al Govern dels Illes Balears per acte legislatiu que els suposa alteració de "les condicions d'exercici de l'execució de la urbanització, o de les condicions de participació dels propietaris en ella, per canvi de l'ordenació territorial o urbanística" en els termes de la Llei estatal 8/2007, de 28 de maig, de Sòl.

Enfront de la desestimació presumpta de la reclamació, s'interposa recurs contenciós-administratiu que s'estima íntegrament.

Fonamentació Jurídica: *"CUARTO. LA FALTA DE PATRIMONIALIZACIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.*

La Administración demandada sostiene que al no haberse completado la urbanización, no se había producido una patrimonialización del aprovechamiento urbanístico, lo que sólo era posible una vez que se han aprobado los planes de desarrollo y se han cumplido los deberes urbanísticos básicos.

Dicha argumentación se sustenta en la Jurisprudencia (SsTS 16.06.1993, 12.05.1987, 05.01.1990, 28.09.1993, 07.12.1994, 09.12.1997…) la cual postuló que "solamente cuando se han cumplido los deberes urbanísticos puede decirse que se han ganado los contenidos artificiales que se añaden al derecho inicial o que éste se ha patrimonializado por haber llegado el Plan a su fase final de realización".

Con independencia de la doctrina jurisprudencial que se menciona en la demanda -toda referida a supuestos de alteración de planeamiento a los que no era de aplicación la Ley de Suelo 2007 ni su texto refundido de 2008- lo relevante para nuestro supuesto es que:

a) Dicha doctrina ha sido recogida en el art. 7.2 de la Ley de Suelo 2007 al indicar: "2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística." En consecuencia, no ofrece dudas que la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico precisa del cumplimiento de los deberes urbanísticos básicos, para que su pérdida o reducción sea indemnizable.

b) Aclarado lo anterior, la consecuencia no es la que extrae la administración demandada: que no existiría otra indemnización por alteración de planeamiento que la derivada de la compensación por los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador y devenidos inútiles. Ello sería así conforme a la legislación anterior a la Ley de Suelo de 2007, pero una vez asumido que ésta es la norma de aplicación al caso, debe estarse a los arts. 24, 25, y 30 de la mencionada Ley que establece los supuestos en que procede indemnización por "alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella" (art. 30), así como establece los criterios de valoración de dicha indemnización (arts. 24 y 25).

Así pues, poco importa la discusión introducida por la administración demandada con respecto a si se había producido o no la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico, ya que la parte recurrente no reclama por el aprovechamiento reducido o perdido, sino que reclama las indemnizaciones que la Ley de Suelo/2007 impone a favor del propietario que ha visto alteradas las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación en ella."

Comentari: La sentència ara comentada és la primera que el Tribunal Superior de Justícia de Illes Balears dicta en aplicació de la Llei de Sòl estatal (Llei 8/2007, de 28 de maig, després Text Refós 2/2008, de 20 de juny) i que en matèria de responsabilitat patrimonial derivada d'alteració de l'ordenació territorial i urbanística, introdueix un canvi radical en la determinació dels supòsits en què procedeix indemnització i, en particular, respecte els criteris de la seva valoració.

Presumiblement el legislador balear no va efectuar previsió de les conseqüències del nou règim d'indemnitzacions i per això el Govern Balear va defensar a la contestació de la demanda, l'aplicació de la clàssica doctrina conforme a la qual només s'indemnitza per valor de les despeses produïdes pel compliment dels deures inherents al procés urbanitzador i esdevinguts inútils, però no per la suposada "pèrdua d'aprofitament urbanístic" que no existeix quan, com en el cas, no s'havien patrimonialitzat. Criteri aquest, que hauria de conduir a una eventual indemnització de menor import.

El principi de no indemnització per la nova ordenació contempla diverses excepcions en la nova Llei de Sòl Estatal i, en particular, la "indemnització de la iniciativa i la promoció d'actuacions d'urbanització o d'edificació" de l'art. 26 del seu Text Refós. Aquest precepte reconeix indemnització –encara que no s'hagin patrimonialitzat els aprofitaments- mitjançant l'aplicació d'unes fórmules matemàtiques en funció del grau d'urbanització aconseguit que s'alteri el clàssic espai de debat dels plets sobre petició de responsabilitat patrimonial per alteració de condicions urbanístiques. Una vegada advertida l'alteració i que els propietaris estan al dia en el compliment de les seves obligacions i deures urbanístics, només resta la discussió sobre la correcta aplicació dels criteris tècnics de valoració detalladament especificats en els art. 23 a 26 de la Llei de Sòl, que, a la vista del primer plet judicial sobre la qüestió, determinarà indemnitzacions per import superior al que resultaria d'aplicar-se la normativa anterior a la Llei de Sòl estatal (Llei 8/2007, de 28 de maig, després Text Refós 2/2008, de 20 de juny)

3. SENTÈNCIA NÚM. 398, DE 31 DE MAIG DE 2012. RECURS NÚM. 805/2009. PONENT: Frigola Castillón. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL PER SUSPENSIÓ PLANEJAMENT URBANÍSTIC.

Resum dels fets: Acordada per Decret Llei 1/2007, del Govern de Illes Balears, la suspensió de la vigència del PGOU d'Eivissa quan legitimi qualsevol procés de transformació urbanística i ús del sòl en "Ses Feixes" d'Eivissa, diversos propietaris afectats van formular reclamació de responsabilitat patrimonial derivada de la simple mesura de suspensió.

S'argumenta que la suspensió causa un dany il·legítim al no fixar terme de finalització, en fer-ho dependre d'una condició -fins a l'aprovació de la Revisió o Modificació del PGOU- que no té data de compliment i fins i tot s'ignora si alguna vegada es complirà.

Fonamentació Jurídica: *"la suspensión de la vigencia del planeamiento -excepción a lo indefinido de la misma- es una posibilidad establecida con carácter general por la Ley del Suelo de 1975 para acordar su revisión, de modo que cabe hacer uso de esta medida siempre que se dé el presupuesto previsto en la norma. Tiene por finalidad que mientras se desarrollen los trabajos de reconsideración del planeamiento no se desvirtuará la efectividad de las medidas previstas, esto es, se trata de impedir actos de edificación y uso del suelo conformes con el planeamiento en vigor y que pugnan con las previsiones del nuevo planeamiento o, lo que es lo mismo, la finalidad de esta medida cautelar no es sino garantizar que no se producirá una ulterior consolidación de los criterios y opciones que, precisamente, se quieren cambiar -artículo 51.1 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y artículo 163.1 del Reglamento de Planeamiento-.*

La particularidad del supuesto que nos ocupa es que la suspensión no se acuerda por el órgano urbanístico competente en materia de planeamiento y al amparo de dichas normas, sino por medio de Decreto Ley –posteriormente ratificado- de modo que es el legislador el que adopta la medida suspensiva no encontrándose, por esta razón, sujeta a las limitaciones del art. 51 y 27,2º del TRLS/76 en particular en lo referido a los plazos máximos de suspensión previstos en éste último precepto (un año ampliable por otro).

No discutida la legitimación del legislador para adoptar la medida suspensiva del planeamiento ni cuestionada la constitucionalidad de la misma, la controversia se centra en si la medida suspensiva del planeamiento sin límite temporal alguno, genera o no daños y perjuicios indemnizables.

En este punto, debemos distinguir entre los daños y perjuicios derivados de la nueva ordenación que se podrán reclamar una vez aprobada definitivamente la misma, de los daños y perjuicios derivados del solo efecto suspensivo.

Centrados en este último, sólo cuando esta suspensión adquiera carácter indefinido por no adoptarse las medidas de planeamiento previstas en la Ley en plazos razonables, se podrá afirmar que lo que antes era el simple deber jurídico de soportar (art. 139,3º LRJyPAC) los efectos de la suspensión legítimamente adoptada se transforma en un injusto perjuicio indemnizable.

Es decir, el factor "tiempo" es el elemento que determinará si la suspensión inicial transforma lo que era un deber jurídico de soportar una decisión del planificador –en este caso del legislador- en orden a la legítima alteración del planeamiento, en un perjuicio indemnizable."

Comentari: La suspensió de l'atorgament de llicències o la suspensió de vigència del planejament, podria realment ocasionar un perjudici efectiu al propietari, com en particular per la congelació i falta de rendiment de la inversió, de vegades realitzada gràcies a préstecs externs. No obstant això, aquests perjudicis no són indemnitzables i es consideren com una càrrega legal de caràcter general que els administrats tenen el deure suportar.

Però en el supòsit en què la suspensió fora antijurídica, com quan s'adopta sense intenció real de modificar el planejament, sinó amb una simple intenció de paralitzar l'atorgament de llicències - vegeu sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears NÚM. 28 de 24 de gener de 2007- podria entendre's que la il·legal suspensió és generadora de responsabilitat patrimonial.

La sentència ara comentada també diu que si la suspensió s'acorda per norma de rang legal –i per tant no subjecta a les limitacions temporals dels arts. 51 i 27,2º del TRLS/76- podria admetre's també que la mateixa genera responsabilitat patrimonial quan no està subjecta a termini i es perllonga més enllà del temps necessari per a l'alteració del planejament que constitueix el fonament de la suspensió. Per al cas de la sentència comentada, advertit que la suspensió no es va perllongar més del termini de dos anys -el previst en el 27,2º del TRLS/76 per a l'anàleg supòsit en què la mesura suspensiva l'adopta l'òrgan administratiu competent i no el legislador-, es va denegar la indemnització pretesa.

En tot cas, el rellevant és la doctrina segons la qual la suspensió indefinida o sense intenció real de dur a terme l'actuació que la justifica, genera dret a indemnització.

VI. Laboral

A. Sala IV [Social] del Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA D'1 DE MARÇ DE 2008, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE DOCTRINA NÚM. 4478/2010. Ponent: Sr. Gonzalo Moliner Tamborero. MÒDUL DE RETRIBUCIÓ DE LES HORES EXTRAORDINÀRIES. SECTOR PROFESSIONAL DE VIGILÀNCIA I SEGURETAT. INTERPRETACIÓ DE SENTÈNCIA ANTERIOR TAMBÉ DICTADA –AMB CARÀCTER GENERAL I ABSTRACTE- EN UNIFICACIÓ DE DOCTRINA. PER A LA SEVA INTERPRETACIÓ I APLICACIÓ CONCRETA CALDRÀ TENIR EN COMPTE LA DIFERENCIACIÓ DE L'HORA ORDINÀRIA CALCULADA AMB INCLUSIÓ DELS COMPLEMENTS PERSONALS IGUALMENT ORDINARIS I CORRENTS, PER CONTRAPOSICIÓ A LA IMPROCEDÈNCIA DE CALCULAR COM EL MÒDUL DE L'HORA ORDINÀRIA AMB LA INCLUSIÓ –QUE NO ÉS PERTINENT- D'ALTRES COMPLEMENTS FIXATS EN FUNCIÓ DE CONCRETES I ESPECIALS CIRCUMSTÀNCIES, NO CORRENTS, QUE HAN CARACTERITZAT EL TREBALL.

Resum dels fets: Es desprèn, amb la màxima claredat, de la llarga transcripció que aportarem del fil argumental acabalat pel Tribunal Suprem**.** Es tracta de la contradictòria aplicació pels Tribunals inferiors de l'anterior sentència d'"unificació de doctrina" de 21 de febrer de 2007, possiblement –més ben dit amb tota certesa- impulsora de més problemes dels que va resoldre.

Fonamentació jurídica de la sentència:

SEGUNDO

1.- La empresa recurrente denuncia como infringidos por mal interpretados por la sentencia recurrida los artículos 26.1 y 35 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) así como la sentencia de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007, 3169) dictada por esta Sala en la impugnación que se hizo del art. 42 del Convenio del Sector en su definición de lo que había de considerarse hora extraordinaria. ….

TERCERO

2.- El hecho de que sea la interpretación de aquella sentencia en relación con lo que respecto del alcance del valor de la hora ordinaria dispone el art. 26 del ET (RCL 1995, 997) y el mínimo a retribuir la hora extraordinaria según el art. 35ET , y de que ése sea el principal objeto de discusión en estos procesos exige situar aquella sentencia en su verdadero contexto para llegar a un entendimiento adecuado de lo que en ella se

dispuso en aplicación de lo dispuesto en los anteriores preceptos estatutarios, partiendo de la base de que lo que se dijo en otra sentencia posterior de fecha 10-11-2009 (RJ 2010, 69) (rco.- 42/2008), también citada por ambas partes no hizo mas que confirmar la anterior aplicando el principio de la cosa juzgada. A tal efecto es necesario partir del hecho de que lo que en dicha sentencia se dijo, después de hacer un excurso por los antecedentes legislativos sobre el particular, era que, conforme a lo dispuesto en el art. 26ET , debía considerarse como salario a tomar como referencia para el cálculo de la hora ordinaria no solo el salario base como se disponía en el art. 42.2 del Convenio (RCL 2005, 1185) sino todos los complementos salariales, entendiendo por ello que en dicha norma convenida no se respetaba la exigencia de derecho necesario del art. 35 del Estatuto de los Trabajadores.

(…)

3.- Siendo esto lo que la sentencia dijo, la interpretación que de ella se ha hecho por la recurrida, es, tomando en su estricta literalidad lo dicho en la misma con el carácter general y abstracto propio de una sentencia de conflicto colectivo, que todas las horas extraordinarias se deben retribuir a partir del valor de la hora ordinaria calculada con todos los complementos salariales previstos, sin tomar en consideración ni distinguir entre complementos personales o generales y otros complementos fijados en función de concretas y especiales circunstancias en las que se ha desarrollado el trabajo; y en base a ese entendimiento ampliado de lo que la sentencia aquélla vino a decir, ha sostenido, siguiendo la tesis del demandante, que en el cálculo de la hora ordinaria y con repercusión en todas las horas extraordinarias, debían incluirse todos estos conceptos sin distinción. Por el contrario, la sentencia de contraste ha sabido distinguir entre lo que se dijo en la sentencia de conflicto colectivo con carácter general y abstracto y lo que procedía decir en aplicación de la misma, y de los preceptos estatutarios, al caso concreto planteado. Siendo esta segunda interpretación la que procede mantener, como igualmente ha hecho el Ministerio Fiscal en su informe. En efecto, una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular".

Comentari.- Ja hem dit a la nostra presentació que la sentència dictada "en unificació de doctrina" en data 21 de febrer de 2007, abans que resoldre el conflicte que cremava a l'àmbit de tot l'Estat sobre el mòdul aplicable al valor de l'hora "ordinària" sobre el qual aplicarem l'increment percentual per hora extraordinària, el va acabar d'encendre.

Ha representat la típica sentència que qüestiona pels fets indiscutibles l'avinentesa i eficàcia del model cassacional d'"unificació de doctrina" (i torna a revifar el debat teorètic del model alternatiu del ["*certiorari*"], quan un Tribunal Suprem coneix que un problema d'interpretació està col·lapsant tots els jutjats) talment que es va dictar una primera sentència tan poc diàfana que no va encertar a "il·lustrar" –missió pregona de la "unificació de doctrina"- a la comunitat d'interessats –i més precisament, als assessors de sindicats i agrupacions patronals- en quin sentit era interpretable la pauta "general i abstracta" del valor representat per una "hora ordinària", sense distingir –como ho farà la sentència avui comentada- que existeixen dues classes diferenciades de "complements personals", i que la primera –diríem que complements "sistemàtics"- entraven en compte, així com la segona –"asistemàtics", per tal que correspondrien a "concretes i especials circumstàncies" no entravem en compte. Aquesta manca de definició clara i llampant va produir milers i milers de reclamacions resoltes pels Jutjats i la corresponent quantitat de recursos de Suplicació reiteratius davant totes les Sales del Social dels TSJ de tot l'Estat. El Tribunal Suprem resol finalment la confrontació entre les posicions diferents encaminades pel TSJ de Balears i el TSJ de Madrid. Sortim perdent, si adoptem l'òptica dels treballadors.

B. Sala del Social del Tribunal Superior de Justícia de Balears

1. SENTÈNCIA NÚM- 45/2012, DE 13 DE FEBRER DE 2012, DICTADA EN EL RECURS DE SUPLICACIÓ NÚM. 776/2012. Ponent: Sr. Erik José Monreal Bringsvaerd. PRESTACIÓ PER RISC DURANT LA LACTÀNCIA NATURAL. DENEGACIÓ A UNA TÈCNIC ESPECIALISTA EN RADIOLOGIA. NO N'HI HA PROU AMB IDENTIFICAR UNS RISCS GENÈRICS SINÓ QUE ES REQUEREIX LA IDENTIFICACIÓ, VALORACIÓ I ACREDITACIÓ DE RISCS ESPECÍFICS DEL LLOC DE TREBALL EN RELACIÓ A LA SITUACIÓ DE LACTÀNCIA.

Resum dels fets: La part demandant, una dona en situació de post-part que reclama la prestació per "risc durant la lactància", s'enfronta a recurs de Suplicació de la Mútua responsabilitzada en la sentència d'instància, comptant amb un Informe de Salut Laboral de l'hospital on treballa com "tècnic especialista en Radiologia", el qual literalment diu que "*Con la evaluación del Profesiograma del puesto de trabajo, visto el RD 298/2009, de de marzo, Anexo VII y Anexo VIII. Al existir riesgo de radiaciones ionizantes envío a Mutua para seguir actuaciones*". Aquest Informe li havia estat indicatiu al Jutjat d'instància de l'existència del risc, i així fou estimada la demanda en la seu del Jutjat. Però el Tribunal de Suplicació aprofundeix en la literalitat de l'informe i diu que es reflecteix *"...que en el citado puesto de trabajo de Técnico especialista en radiodiagnóstico existe una exposición permanente a radiaciones ionizantes", però tot seguit també diu que "la*

sentencia de instancia da por probada esta exposición, aunque lo hace sin pronunciarse acerca de una información complementaria de la propia ficha profesiográfica que detalle que esta exposición tiene lugar cuando se trabaja en instalaciones de radiodiagnóstico fijo y radiodiagnóstico portàtil, pero no cuando las instalaciones son las propias de radioterapia y medicina nuclear". I també detalla la sentència de Suplicació que la Mútua oposa a la demanda que la normativa vigent –art. 10.2 RD 783/2001- estableix que "*Desde el momento en que una mujer, que se encuentre en periodo de lactancia, informe de su estado al titular de la pràctica, no se le asignarán trabajos que signifiquen un riesgo significativo de contaminación radiactiva" de tal manera que la Mútua argumenta que la normativa "reconoce el riesgo de radiación sólo cuando la misma provenga de contaminanción radiactiva"; que per consegüent la interessada "está adscrita a un servicio, el de radiología, donde no existe exposición a dicha contaminación", i que "Así las cosas, dado que el art. 10.2 liga el riesgo para la lactancia no a las radiaciones ionizantes en general sino en particular a la radiación proveniente de sustancias radiactivas, en el caso de autos se echan de menos, o brillan por su ausencia, explicaciones concretas acerca de este particular. Lo que determina que no quede suficientemente probado que este riesgo de exposición a radiaciones ionizantes signifique asimismo un riesgo específico para la situación de lactancia....."* La defensa de la Mútua prospera, encara que no exactament per aquesta argumentació de prova insuficient, i la sentència d'alçada refusa la demanda de la treballadora.

Fonamentació jurídica: "*TERCERO.- Para resolver el recurso cabe considerar que el riesgo de radiaciones ionizantes en el puesto de trabajo de M.I. efectivamente existe, como aparece reflejado.... Sin embargo, lo propio es demostrar que este riesgo puede afectar negativamente al proceso de lactancia, esto es, en los términos del art. 26.1 LPRL, que el riesgo efectivamente existente resulte además un riesgo "·específico" para la situación de lactancia natural. En los términos de la STS 17/3/2011, el acceso a la prestación de riesgo durante la lactancia natural presupone algo más que identificar y/o describir riesgos obvios, puesto que se exige acreditar "....la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación, es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador (vol dir, per força, treballadora, del gènere femení) al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia....." En la batería de sentencias del Tribunal Supremo existente sobre este particular, nueve en total, se cita ejemplificativamente normativa interna sobre protección de trabajadores frente a riesgos biológicos y frente a riesgos relativos a exposición a agentes cancerígenos que confirma la necesidad de efectuar dicha evaluación particularizada, manifestando que "..... en todas esas normas se describen riesgos a la exposición de distintos elementos que pueden suponer riesgo*

evidente para la salud de los trabajadores....., pero precisamente la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso, determina la imposibilidad de que pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los que concurren y su relevancia en relación con la lactancia en el caso que hoy nos ocupa...."

Comentari: La lectura de l'argumentació que subscriu la part recurrent, així com la constatació de la improsperabilitat de les demandes immanents a la situació proteica (*"gran variedad de actividades, de índices, de tiempos de exposición..."),* tal i com ho descriu el Tribunal de Suplicació, suscita la més gran frustració. Ens trobem davant innovacions legislatives d'aparent gran impacte social (protecció de la mare lactant, *rien ne va plus*, el *sursum corda* dels nostres avenços socials) que resulta ser completament paper mullat davant les exigències del Tribunals en matèria provatòria. Qui no dubta que no es troba a l'abast de la mare lactant aportar estadístiques, enquestes pregones, l'índex complet dels temps d'exposició i el no va més, i no solament pel que afecta a la possibilitat de presentar un expert o un perit, sinó a la inviabilitat radical de que sigui "cregut" en la mesura que mai no podrà obtenir les infinites dades reclamades, tot i que els mateixos òrgans judicials "saben" que es tracta de "*riesgos evidentes*"? Qui no dubta que en canvi les Mútues disposen –i i si no, se'l pinten- de serveis d'estudis, de científics, de metges, d'epidemiòlegs, no sols per contribuir a establir les dades, sinó –àrdidament- per aconseguir desvaloritzar les poques que pot oferir la mare lactant? I quin concepte té un Tribunal que raona d'aquest manera dels principis inspiradors del repartiment de la càrrega provatòria? ¿No ha de ser la Mútua la part obligada a convèncer de la "*evaluación particularizada*" que descarti el "*riesgo evidente*"? Com és tolerable per un mínim de prudència que totes les dubtes –inevitables, inexhauribles- perjudiquen al "beneficiari" del dispositiu legal i enlairen la posició obstructiva de l'assegurador? Així no hauríem de seguir. Si no volem reconèixer els repartiments lògics de les càrregues provatòries (article 217 de la Llei d'Enjudiciament Civil.), no hauríem de seguir.

2. SENTÈNCIA NÚM. 226/2012, DE 30 DE MARÇ de 2012, DICTADA EN EL RECURS DE SUPLICACIÓ NÚM. 796/2011. Ponent: Sr. Francisco Javier Wilhelmi Lizaur. SITUACIÓ DECLARADA AMB CARÀCTER PREVI D'UNA PRESTACIÓ D'INCAPACITAT PERMANENT EN GRAU TOTAL PER A DETERMINADA PROFESSIÓ. EL BENEFICIARI, EN EL CAS QUE PASSI A SOL·LICITAR LA PRESTACIÓ D'INCAPACITAT TOTAL QUALIFICADA PER A UNA PROFESSIÓ DISTINTA DE L'ANTERIOR, EXERCITADA AMB POSTERIORITAT, PODRÀ VEURE DENEGADA LA NOVA PRETENSIÓ, PERÒ NO ÉS LÍCIT ARRABASSAR-LI, SENSE HAVER-SE PRODUÏT UNA MILLORIA DEL SEU ESTAT PSICOSOMÀTIC, LA PENSIÓ JA ATRIBUÏDA ANTERIORMENT. L'EXERCICI D'UNA SEGONA

PROFESSIÓ NO ÉS INDICATIVA D'APTESA RECOBRADA EN FORMA AUTOMÀTICA PER A L'EXERCICI DE LA PRECEDENT PROFESSIÓ.

Resum dels fets : El demandant, que havia exercit l'antiga professió de "muntador d'estructures metàl·liques" fins l'any 1995, fou declarat el 27 d'octubre d'aquell any Incapaç Permanent en grau Total per a la professió esmentada, degut a un diagnòstic de "cremades en un 58%" (del seu cos). Posteriorment, donat d'alta al Règim Especial de Treballadors Autònoms, comença a exercir una nova activitat com a "muntador d'aire condicionat", sense demanar la compatibilitat amb el manteniment de la prestació ja concedida, però també sense que cap autoritat o responsable del sistema de Seguretat Social l'advertís de cap mena de desautorització. Uns anys més tard, en el febrer de 2010 causa baixa per un diagnòstic de malaltia no professional, dimanant de "síndrome cervico-braquial-espondiloartrosis lumbar", com fou dictaminat per l'Equip de Valoració d'Incapacitats. El mateix Equip també advertí que romanien "cicatrius en tòrax i extremitats, per cremades de tercer grau, amb limitació del balanç articular d'espatlla dreta en els últims graus de moviment seqüelar". En aquesta situació aflictiva, l'INSS dicta resolució i no sols li denega la nova prestació (substitutiva de la precedent, en tot cas) d'Incapacitat Total per a la nova professió de "muntador d'aire condicionat", sinó que –sense expressar en absolut una milloria de la seqüela de "cremades" primitiva- al propi temps li sostreu "incontinenti" l'antiga prestació que venia gaudint com a "muntador d'estructures metàl·liques". Després de formular reclamació prèvia administrativa "combinada" en contra de la doble decisió – argumentant que la privació de la prestació original era completament nul·la per inobservar el procediment obligat, i que d'altra banda l'assignació de la segona prestació, substituint l'anterior, era deguda pels nous patiments que presenta- és formulada demanda judicial que acaba en sentència estimatòria de la doble pretensió per part del Jutjat del Social número Ú de Palma. Sotmès a Suplicació el veredicte del Jutjat, la Sala del Social del TSJ confirma el criteri pronunciat a la sentència d'instància.

Fonamentació jurídica *:" TERCERO.- La parte recurrente sostiene, en síntesis, que el actor no solicitó la compatibilidad de la pensión de invalidez permanente total, que tenía reconocida para su profesión habitual de montador de estructuras metálicas, con su nuevo trabajo de montador de aire acondicionado, por lo que al iniciarse el segundo expediente de incapacidad se comprobó que la patología por la que se le había reconocido la invalidez permanente total era incompatible con la profesión de técnico de aire acondicionado, por lo que se procedió a la revisión de la invalidez permanente reconocida (…)*

Tal pretensión debe ser desestimada, puesto que si se consideraba que las dolencias y secuelas que determinaron la situación de invalidez permanente total para su profesión habitual de montador de estructuras metálicas es incompatible con la

de montador de aire acondicionado, lo que procedía era impedir o desautorizar que el actor ejerciera la nueva profesión, pero lo que no procedía es la revisión del grado de invalidez reconocida, que sólo puede tener lugar mediante una mejoría de las dolencias y limitaciones funcionales diagnosticas, tal y como dispone el art.143.2 de la LGSS, y si bien es cierto que a continuación se establece que en el caso que el pensionista de invalidez estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS podrá de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo, (….) ello no lleva a que se proceda, sin más, a la revisión del grado de invalidez reconocida, sino que para ello es necesario que se produjera una mejoría de las dolencias diagnosticadas (…).

Comentari: El comentari de la sentència no presenta especials dificultats : El sentit de la sentència dictada a la instància, confirmada en Suplicació, no presenta equivocitat. El que sí era equívoca era l'actitud, malauradament repetitiva per les dades de que disposem, de la Direcció Provincial de l'INSS, que fugint de tota mesura tuïtiva prudencial s'ha encaparrotat en presumir que si un Invàlid en grau Total per a determinada professió n'exercita una de nova amb determinada semblança o aparença "equivalent" té el poder de negar la nova pretensió però també, amb simultaneïtat, d'extirpar la prestació consolidada sense formular un judici crític –no arbitrari- de milloria detectada ortodoxament en un procediment de revisió <<ad hoc>>. Els Tribunals socials reaccionen amb energia: sense negar que hi podria convenir una possibilitat de revisió i supressió també de la prestació precedent exigiran –com és normatiu i de sentit comú- que no sols s'articuli un procediment específic de revisió, sinó en surti acreditada una situació de milloria dictaminada amb caràcter ferm i coherent amb les pautes legals dels criteris habituals (millora sensible, permanent, sobrevinguda). Corolari: si els òrgans judicials no haguessin concedit la segona pensió, com a mínim haurien declarat la conservació de la primitiva.

C. Jutjats del Social de Balears

1*. SENTÈNCIA NÚM. 326/2012, DICTADA EN LES ACTUACIONS 904/2011, PEL TITULAR DEL JUTJAT SOCIAL NÚM. 3 DE PALMA. Ponent: Sr. Juan Gabriel Álvarez Rodríguez. CONSEQÜÈNCIES INDEMNITZATÒRIES DERIVADES DE L'ESTIMACIÓ D'UNA DEMANDA PER ACOMIADAMENT EN UN CAS EN QUÈ LA NEGOCIACIÓ COLLECTIVA GARANTEIX LA SUCCESSIÓ PATRONAL QUAN S'ESDEVENEN CONTRACTES ADMINISTRATIVES IGUALMENT SUCCESSIVES PER A LA GESTIÓ D'UN SERVEI DE NETEJA ENCOMANANT PER UN ORGANISME PÚBLIC ALS LICITADORS PARTICULARS, PER TEMPS DETERMINAT. EFECTES DE LA TERMINACIÓ DE LA CONCESSIÓ INICIAL.*

Resum dels fets: Quan es plantejava la demanda el treballador disposa d'una carta de l'Empresa demandada en primer lloc, aleshores adjudicatària del servei de neteja de l'aeroport de Son Bonet, per la qual comunicació quedaria extingit el contracte amb dita adjudicatària per finalització de la contracta. La pròpia comunicació indica que AENA, Entitat Pública responsable dels aeroports, es troba en fase de formalització de la nova contracta, i que conforme a l'article 43 del Conveni Col·lectiu es produirà la subrogació del contracte de treball desplaçada sobre el nou adjudicatari. La realitat emperò és que AENA no va convocar i adjudicar el nou concurs fins que havien transcorregut uns cinc mesos des de l'extinció de la contracta precedent. Treball del Ministeri. La nova contracta passa a tenir eficàcia, per aquest motiu, en un termini posterior a cinc mesos a comptar de l'acabament de la contracta que precedia, quedant el treballador "penjat" en situació de greu inseguretat jurídica durant aquest interval. Per cobrir-se havia interposat demanda per acomiadament en contra del primer contractista, de qualsevol nou contractista futur, que AENA hauria d'identificar i contra la pròpia AENA. La sentència resulta estimatòria, en els termes que transcrivim. L'empresa pública AENA té interposat recurs de suplicació.

Fonamentació jurídica: "*SEGUNDO. El art. 43 del Convenio colectivo de Jardinería, Resolución de la DGT de 8 de agosto 2011, BOE 19-8-2011, vigente desde el 1-1-2010, que obra en autos, de aplicación a la contrata objeto de la litis y a todas las empresas codemandadas, establece la garantía de subrogación del personal que presta servicios en las contratas del sector cuando se suceden diversas entidades en la adjudicación de un determinado servicio por el comitente, -en el presente caso el servicio de limpieza, siega y desbroce del Aeropuerto de Son Bonet de Mallorca-, expresándose literalmente en el apartado 1 in fine: "siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contratas a cualquiera de las administraciones públicas".*

De acuerdo con dicha norma, es claro que la empresa demandada que se ha hecho cargo del servicio desde el 1-1-2012 es la responsable del despido del actor, dada su obligación convencional y contractual de subrogarse en la relación laboral del mismo, en virtud de lo dispuesto en los hechos declarados probados.

De tal obligación debe exceptuarse, sin embargo, el pago de los salarios de tramitación entre el 8-6-2011 y el 31-12-2011, de la que resulta responsable la codemandada comitente, AENA, toda vez que a ella exclusivamente es imputable el retraso en la nueva contratación de servicios de limpieza, siega y desbroce del Aeropuerto de Son Bonet, tal como se ha establecido en un supuesto semejante por la Sala de lo Social del TSJ de Baleares, en Sentencia 30-6-2009, RS 224/2009".

Comentari: La singularitat d'aquesta sentència és el desglossament de les dues obligacions típiques de l'estimació d'una demanda per acomiadament. El deure de readmissió pesarà damunt la nova contractista i també el pagament d'una part dels salaris de tramitació, des de que fou efectiva la nova contracta. Però la part significativa dels salaris de tramitació "penjats" durant l'interval en què AENA no havia procedit a la nova adjudicació es fan recaure damunt la pròpia AENA. Es tracta d'una diferenciació de responsabilitats certament original, en la mesura que són compartides les conseqüències negatives transcendents als anomenats "salaris de tramitació",.Per conseqüent, es forçós anotar que el supòsit de fet era anterior a la publicació del Reial Decret-Llei 3/2012, que eximeix els salaris de tramitació excepte en els casos en què la readmissió resulta obligada (acomiadament nul) o bé triada per la part condemnada al satisfer la dicotomia de l'acomiadament improcedent. El jutge d'instància s'inspira en una sentència molt similar, encara que no exactament, que va dictar la Sala del Social del Tribunal Superior a l'any 2009.

rjib 11

ACTIVITAT REGISTRAL

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat

(novembre 2011-octubre 2012)

Antoni Canals Prats

Registrador de la Propietat

1. RESOLUCIÓ D'1 DE MARÇ DE 2012. OBRA NOVA ACABADA. REQUISITS PER A LA INSCRIPCIÓ.

Resum dels fets: Per part del notari recurrent es av autoritzar el 22 de setembre de 2011 una acta de finalització d'obra, quina construcció va ser declarada davant el mateix notari el 21 d'octubre de 1999.

En l'acta compareix el representant del titular registral i declara que l'obra ha estat totalment acabada i als efectes de complir amb el que disposa l'article 19 de la Llei 8/2007, de 28 de maig, del Sòl, i el que preceptua el Real decret 1093/1997, que aprova les normes complementàries al Reglament per a l'execució de la Llei hipotecària sobre inscripció en el Registre de la Propietat d'actes de naturalesa urbanística, s'acompanya certificat de final d'obres i habitabilitat expedit per l'arquitecte director degudament visat pel Col·legi Oficial d'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Mallorca, del qual resulta que les obres varen finalitzar-se l'any 2000.

Aquest document és qualificat negativament perquè atès que cal que s'acrediti de conformitat amb l'article 24 del Real Decret-Llei 8/2011, d'1 de juliol, el compliment de tots els requisits imposat per la legislació reguladora de l'edificació per a l'entrega d'aquesta als usuaris i l'atorgament de les autoritzacions administratives necessàries per garantir que l'edificació reuneix les condicions necessàries per destinar-se a l'ús previst en l'ordenació urbanística aplicable i els requisits d'eficiència energètica. Tot això de conformitat amb els articles 2 i 58 de la Llei 10/1990 de 23 d'octubre, de disciplina urbanística de les Illes Balears.

Fonamentació jurídica: En el present expedient el debat se centra en l'aplicació dels requisits exigits per l'article 20 del Real Decret Legislatiu 2/2008, de 20 de juny pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei del sòl (en la redacció donada pel Real Decret-Llei 8/2001, d'1 de juliol) a una acta de declaració de final d'obra autoritzada després de la seva entrada en vigor però que es refereix a una obra que va ser finalitzada amb anterioritat d'acord amb el certificat tècnic.

La llicència de primera ocupació queda configurada en la legislació balear com aquell acte administratiu mitjançant el qual adquireix efectivitat l'ocupació de l'edificació acabada amb adequació al que preveu la llicència d'obres. Resulta així que el trasllat del certificat pel secretari de la llicència esmentada serà a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el document que acrediti davant el Registre, l'atorgament de les autoritzacions administratives necessàries per garantir que l'edificació reuneix les

condicions necessàries per a la seva destinació a l'ús previst en l'ordenació urbanística aplicable.

Pel que fa a la cèdula d'habitabilitat, l'article 7.1 del Decret 20/2008, de 23 de març la defineix com el document que reconeix l'aptitud d'un habitatge, d'un local o d'un edifici residencial no inclòs en el concepte d'habitatge, per ser habitat i que serà obligatori per a la seva utilització. No és, per tant, l'expressió formal d'un acte administratiu que declari que l'edificació reuneix les condicions necessàries per al seu ús urbanístic, sinó les condicions d'utilització, dimensionament, higiene i instal·lacions per a la seva habitabilitat. Per això només és exigible en edificacions d'ús residencial, té caràcter temporal i és concedida per l'Administració autonòmica competent en matèria d'habitabilitat i no per l'Ajuntament, que és competent als efectes de control urbanístic.

Resulta, per tant, que la legislació balear en matèria de disciplina urbanística subjecta l'ús de les edificacions a un doble control previ: un és aplicable a tota classe d'edificació, consistent en la comprovació per l'Administració municipal de l'adequació del destí donat a l'edificació en la norma d'ordenació urbana i un altre aplicable només a les edificacions destinades a usos residencials i consistent en la comprovació per l'Administració autonòmica de l'adequació de l'edificació a les condicions d'habitabilitat previstes per la legislació sobre higiene, dimensionament i instal·lació per al disseny i habitabilitat d'habitatges.

De tot això es dedueix que, un cop acreditat a través de la llicència de primera ocupació, que l'edificació reuneix les condicions necessàries per a la seva destinació a l'ús previst en la norma d'ordenació urbana, no pot tancar-se el Registre per manca de justificació de l'obtenció de la cèdula d'habitabilitat.

Una vegada aplicades aquestes consideracions al supòsit de fet que ha provocat aquest expedient i tenint en compte que dels fets es desprèn que l'obra va finalitzar l'any 2000 i de conformitat amb l'article 73 de la Llei 10/1990, de 23 d'octubre, de disciplina urbanística de les Illes Balears, el termini de prescripció és de vull anys i sense que resulti cap altra circumstància en el Registre, no existeix cap obstacle per procedir a la inscripció de la finalització de l'obre, sense que procedeixi prejutjar ara sobre el significat de la lletra b de l'apartat 4 de l'article 20 de la Llei del Sòl sobre les situacions fora d'ordenació, atès que de conformitat amb l'article 3.b de la llei 8/1998 d'1 de juliol, sobre edificacions i instal·lacions fora d'ordenació, el fet que l'obra nova estigués emparada en una llicència d'edificació l'exclou del règim de les edificacions fora d'ordenació a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Comentari: La inscripció de les obres noves pot realitzar-se en dos moments o fases distintes de l'edificació, o una vegada concloses i acabades o en fase de construcció. En aquest últim cas, en constar escrita només la iniciació de l'obra, cal publicar la seva finalització, la qual cosa es practica mitjançant una nota al marge de la inscripció de l'obra.

Doncs aquest últim supòsit és el cas debatut en la present Resolució. Es tacta de la presentació d'un document per a la constància de la citada nota margina al qual s'exigeix la presentació de la cèdula d'habitabilitat.

La Direcció General rebutja la necessitat d'aquest requisit basant-se en la distinció entre actes i controls de tipus urbanístic i els d'altre tipus com el dimensionament, higiene, ... és a dir enfocats al control o verificació de les condicions general de salubritat de l'habitatge. Aíxi, de conformitat amb el Decret 20/2007, de 23 de març, considera que la cèdula d'habitabilitat s'enquadra en aquest tipus de controls i per tant quan queda fora de la policia urbanística no és un requisit que calgui complimentar per a la inscripció en el Registre de les declaracions d'obra nova.

2.RESOLUCIÓ DE 7 DE MAIG DE 2012. EXECUCIÓ DE RESOLUCIONS JUDICIALS.

Resum dels fets: Mitjançant manament expedit per un Jutjat d'Instrucció, amb data 12 d'abril de 2011, dictat en procediment d'execució de títols judicials, s'incorpora interlocutòria on es dóna per emesa la declaració de voluntat del titular registral de la meitat indivisa d'un habitatge inscrit i, amb això s'entén resolta l'adjudicació del domini sobre l'habitatge esmentat, feta en conveni regulador a favor de M.V.C i subjecta a una condició resolutòria, ordenant-se de forma immediata la seva cancel·lació.

Com a conseqüència de l'assumpció de determinats préstecs per part de M.V.C (adjudicatària de la meitat indivisa de l'habitatge), en cas que deixés de satisfer algunes de els quantitats que deu en virtut dels préstecs en el moment dels venciments respectius i el senyor T (adjudicant) estàs obligat a satisfer-les, podrà optar per reclamar les quantitats satisfetes més els interessos legals per la via que estimi més convenient o resoldre l'adjudicació de la meitat indivisa d'aquesta finca en favor de la senyora V.

Una vegada presentada la documentació esmentada al Registre, va ser suspesa la inscripció basant-se en l'article 82 de la Llei Hipotecària, atès que perquè es pugui privar de la meitat indivisa a la senyora V.T.R. cal o el seu consentiment o una sentència ferma de caràcter contradictori obtinguda en el procediment corresponent.

Fonamentació jurídica: La Resolució de 15 de desembre de 2010, en relació amb la documentació necessària per inscriure, indica que "*es un principio esencial de nuestro sistema hipotecario que ningún asiento pueda ser practicado sin consentimiento del titular registral o sin que haya tenido lugar el oportuno procedimiento judicial en el que aquél haya podido disfrutar de la oposición prevista en el ordenamiento*", unit a això, el que l'abast de la qualificació registral s'estengui a l'adequació o conrgruència de la seva resolució amb el procediment seguit, o sigui a la relació entre el mandat judicial amb la classe de procediment seguit.

Dintre dels títols judicials, a la nostra Llei d'Enjudiciament Civil només duen aparellada l'execució les sentències de condemna ferma (article 517.2.1) i les resolucions que aprovin o homologuin transaccions judicials i acords assolits en el procés, acompanyades si fos necessari per a la constància del seu contingut concret, dels corresponents testimonis de les actuacions (article 517.2.2), juntament amb altres supòsits especials (article 517, 89 i 9) amb les modalitats previstes en l'article 776 de la Llei d'Enjudiciament Civil respecte de l'execució forçosa dels pronunciaments sobre mesures.

Les sentències declaratives o constitutives amb transcendència immobiliària, són directament inscribibles en els llibres –excepte les dictades en rebel·lia en els termes de l'aricle 524 de la Llei d'Enjudiciament Civil- si d'aquest no resulten obstacles que ho impedeixin, mitjançant la presentació del corresponent testimoni de la resolució judicial, que acredita el seu contingut, així com la seva fermesa (Resolució de 6 de febrer de 2012).

En el present expedient, no es pot afirmar que estem davant un procés d'execució d'una sentència ferma, ni davant una resolució judicial que aprovi o homologui transaccions judicials i acords assolits en el procés, que continguin una condemna, sinó que el contingut del conveni regulador que es pretén executar és una adjudicació d'un bé ganancial, amb assumpció per l'adjudicatari de certes obligacions garantides amb condició resolutòria, que no participa de l'aptitud de ser susceptible d'execució, sinó que precisa, amb caràcter previ una sentència constitutiva, que així ho recordi i que ara sí, podria ser objecte d'inscripció registral, sense que aquest procediment judicial pugui ser substituït per un procés d'execució de títols judicials pel quel es declari emesa la declaració de voluntat, atès que el que manca és precisament el títol previ judicial on es declari l'incompliment de les obligacions de la senyora M.V.C. i, en conseqüència, la condició resolutòria pactada.

Comentari: Davant la inscripció d'una pretesa condició resolutòria en al inscripció d'una adjudicació de domini d'una meitat indivisa en un conveni regulador de separació

o divorci, es pretén cancel·lar aquesta inscripció de domini mitjançant el manament d'un Jutjat d'Instrucció on s'incorpori una interlocutòria on, suplint la voluntat del titular registral, s'entén emesa la declaració de voluntat i es considera resolta l'adjudicació a favor del cònjuge adjudicatari.

La primera qüestió que es planteja és si es tracta d'una vertadera condició, donat que segons es desprèn dels termes de la resolució, sembla que atorga una opció al beneficiat entre reclamar l'import degut o procedir a la resolució. És sabut que aquestes opcions constitueixen facultats resolutòries i no condicions, en la mesura que estan mancades dels requisits d'automaticitat i retroactivitat, enquadrant-se en l'òrbita de l'article 1124 del Codi Civil que regula la facultat de resolució implícita i no de l'article 1114 que regula les autèntiques condicions resolutòries.

En segon lloc, no s'aclareix a qui supleix i per quina raó, la interlocutòria presentada amb l'emissió de la declaració de voluntat substitutòria de caràcter resolutori. Sembla que s'ha d'entendre que la supleix l'adjudicant o cònjuge de l'adjudicatari, que és el titular o beneficat de l'esmentada condició resolutòria, però no s'entén per quin concepte, ja que no està obligat a res per la condició esmentada, en ser titular d'aquest dret o expectativa.

Pel que fa a la interlocutòria resolutòria presentada, encara que es desconegui quina tramitació o tipus de procediment es va seguir, el cert és que ni un Jutjat d'instrucció és competent per ventilar qüestions sobre drets civils com és l'incompliment d'obligacions purament civils, ni una interlocutòria és un document adient per cancel·lar drets inscrits que estan sota la salvaguarda dels Tribunals segons l'article 1 de la Llei Hipotecària, excepte que una llei especial ho autoritzi, per la qual cosa amb el despatx d'aquesta cancel·lació resolutòria es conculcaria tant l'article 82 de la Llei Hipotecària que exigeix sentència ferma en el procediment adequat i per tant amb audiència i prova plena de les parts en aquest cas sobre l'incompliment o no de les obligacions assegurades amb al condició resolutòria, com en els principis constitucionals de seguretat jurídica i interdicció de la indefensió. Per aquests motius encertadament, la Direcció General rebutja la inscripció de la documentació presentada.

rjib 11

ACTIVITAT NORMATIVA
(novembre 2011-octubre 2012)

Luís Isern Estela

Lletrat oficial major del Parlament de les Illes Balears

I. Illes Balears

1. Lleis i decrets llei

D'entre el conjunt de normes que s'han aprovat durant el temps a què es refereix aquesta crònica, n'hem de destacar, en primer lloc, aquelles que principalment neixen amb la voluntat de fer front a la greu crisi econòmica i financera que pateixen les Illes Balears. Així, en primer lloc, el **Decret llei 6/2011, de 2 de desembre, de mesures tributàries urgents** (BOIB núm. 183; correcció d'errors BOIB núm. 190; validació BOIB núm. 6), que fou tramitat com a projecte de llei i es concretà en la **Llei 3/2012, de 30 d'abril, de mesures tributàries urgents** (BOIB núm. 68). Aquesta normativa justifica la seva aprovació en la necessitat d'augmentar els ingressos de la comunitat autònoma per la via indirecta de reactivar l'activitat econòmica balear, bàsicament mitjançant la introducció de beneficis fiscals a les activitats empresarials afavoridores de la inversió i del manteniment o l'increment de l'ocupació. Sota aquesta premissa, la normativa incideix sobre diversos tributs. Pel que fa a l'IRPF, estableix una nova regulació del tram autonòmic de la deducció per inversió en habitatge habitual, una nova regulació de la deducció autonòmica per al foment de l'autoocupació i la introducció d'una nova deducció en concepte d'inversió, adreçada als anomenats àngels inversors, per adquirir accions o participacions socials d'entitats noves o de creació recent. Pel que fa a l'Impost sobre el patrimoni, s'estableix una bonificació autonòmica del 100% a favor dels subjectes passius per obligació personal de contribuir que resideixin habitualment a Balears, per als exercicis 2011 i 2012. Pel que fa a l'Impost de successions i donacions, es regula de bell nou la reducció relativa a les donacions dineràries entre determinats parents per constituir una empresa, quan es creïn nous llocs de treball. Així mateix, es crea una nova reducció per la creació d'empreses i ocupació en les adquisicions de diners per causa de mort. Pel que fa a l'ITP i l'AJD, com a principals novetats podem destacar-ne l'establiment d'un nou tipus de gravamen reduït aplicable a les transmissions oneroses d'immobles a empreses de nova creació i, d'altra banda, una reducció del tipus aplicable a la transmissió d'immobles inclosos en la transmissió de la totalitat del patrimoni empresarial a empreses individuals o negocis professionals. Pel que fa a la taxa fiscal sobre el joc, es refonen i sistematitzen mesures ja existents disperses en diverses lleis i s'hi inclouen modificacions diverses que afecten, entre d'altres, qüestions com la reducció del tipus de gravamen pel que fa al joc del bingo, la no-meritació de la taxa en cas de substitució de màquines de joc, etc. Pel que fa al cànon de sanejament d'aigües, se suprimeixen els premis de recaptació, s'estableix l'obligatorietat del substitut del contribuent d'ingressar el 100% del cànon repercutit i una regulació més detallada dels saldos de cobrament dubtós. Per últim, és de destacar que es modifiquen algunes taxes

de les previstes a la Llei 11/1998, de 14 de desembre, sobre règim específic de taxes de la CAIB. En segon lloc, la **Llei 8/2011, de 14 de novembre, sobre autoritzacions financeres durant el període de pròrroga pressupostària iniciat l'1 de gener de 2011** (BOIB núm. 176), té per objecte bàsicament les autoritzacions que el Parlament ha de concedir al Govern amb relació a determinades operacions financeres, mentre no s'hagin aprovat uns pressuposts generals. Les esmentades autoritzacions fan referència a operacions de tresoreria a curt termini fins a una quantia determinada a la mateixa norma, com operacions d'endeutament amb un termini de reemborsament superior a l'any. La disposició transitòria única empara l'endeutament autoritzat pel Consell de Govern al llarg de l'exercici de 2011, prèviament a l'entrada en vigor de la norma que comentam. Hem d'esmentar també la **Llei 9/2011, de 23 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears per a l'any 2012** (BOIB núm. 195 ext; correcció d'errades BOIB núm. 33), la qual s'ordena en sis títols, relatius a l'aprovació dels pressuposts i de les seves modificacions, la gestió del pressupost de despeses, les despeses de personal, la gestió del pressupost d'ingressos, el tancament del pressupost i les relacions institucionals. La Llei es completa amb tot un seguit de disposicions que abasten matèries diverses, com ara la racionalització del sector públic instrumental, el control de la despesa del sector públic autonòmic, la suspensió de normes i acords en matèria de funció pública i una extensa modificació de la Llei 11/1998, de 14 de desembre, sobre règim específic de les taxes de la comunitat autònoma de les Illes Balears, entre d'altres qüestions. El **Decret llei 4/2012, de 30 de març, de mesures tributàries per a la reducció del dèficit de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 47; correcció d'errors BOIB núm. 57; validació BOIB núm. 59), fou també tramitat com a projecte de llei al Parlament i donà lloc a la **Llei 12/2012, de 26 de setembre, de mesures tributàries per a la reducció del dèficit de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 146). Aquesta normativa, que s'examinarà conjuntament, s'aprova "amb la finalitat d'augmentar els ingressos públics" i incideix sobre les següents figures tributàries: l'IRPF, establint-ne una deducció per a despeses en primes d'assegurances individuals de salut; l'ITP i l'AJD, incrementant-ne el tipus de gravamen sobre les transmissions oneroses de determinats vehicles de turisme i tot terreny d'elevada potència i també augmentant-ne el tipus de gravamen de les transmissions oneroses de béns immobles, de forma progressiva, en funció del seu major valor; l'impost sobre la venda minorista de determinats hidrocarburs, regulant per primera vegada a Balears un tipus de gravamen autonòmic sobre determinats combustibles i afectant-ne la recaptació a les actuacions sanitàries de la comunitat (cèntim sanitari); l'impost especial de determinats mitjans de transport, regulant també per primera vegada un tipus de gravamen autonòmic, però només per als vehicles més contaminants. La normativa crea així mateix dues noves taxes i es completa amb

l'establiment de noves regles pel que fa a la taxació pericial contradictòria a l'impost sobre successions i donacions i a la presentació d'escriptures de cancel·lació hipotecària. El **Decret llei 5/2012, d'1 de juny, de mesures urgents en matèria de personal i administratives per a la reducció del dèficit públic del sector públic de la comunitat autònoma de les Illes Balears i d'altres institucions autonòmiques** (BOIB núm. 79 ext; validació BOIB núm. 91), fou modificat poc temps després de la seva entrada en vigor pel **Decret llei 10/2012, de 31 d'agost, pel qual es modifica el Decret llei 5/2012, d'1 de juny, de mesures urgents en matèria de personal i administratives per a la reducció del dèficit públic del sector públic de la comunitat autònoma de les Illes Balears i d'altres institucions autonòmiques, i s'estableixen mesures addicionals per garantir l'estabilitat pressupostària i fomentar la competitivitat** (BOIB núm. 129; validació BOIB núm. 140). D'ambdós decrets llei es donarà notícia conjuntament. Entre un i altre decret llei, es va dictar el Reial decret llei 20/2012, de 13 de juliol, de mesures per garantir l'estabilitat pressupostària i de foment de la competitivitat, la qual cosa suposava la necessitat d'adaptar la normativa autonòmica vigent en tot allò que contradigués l'establert a l'esmentat reial decret llei. Els decrets autonòmics es justifiquen en la greu i complicada situació econòmica general i en la fixació d'uns objectius de dèficit públic molt estrictes, que requereixen adoptar mesures addicionals de control de la despesa pública per aconseguir l'estabilitat pressupostària exigida per la normativa vigent, en el marc constitucional i estatutari. Les mesures de reducció de despesa en matèria de personal afecten tots els empleats públics de l'Administració de la comunitat autònoma i dels seus ens instrumentals i han de tenir un impacte equivalent a les altres institucions autonòmiques, als consells insulars i a l'administració local. La matèria regulada s'ordena en diversos capítols. En primer lloc, les mesures generals aplicables a tots els empleats públics, que afecten qüestions com la jornada de treball (que es fixa en trenta set hores i mitja setmanals), els horaris generals i especials de treball, les mesures de control del compliment de la jornada de treball, la suspensió de la concessió de determinats complements retributius i també, com a regla general, la suspensió parcial del complement econòmic de la prestació per incapacitat laboral. Així mateix, se suspenen la majoria de les prestacions d'acció social i la possibilitat de prolongar la permanència en el servei actiu, alhora que es du a terme una nova regulació respecte de les vacances i el règim de permisos dels empleats públics. En segon lloc, els decrets autonòmics estableixen un conjunt de mesures específiques per al personal funcionari i laboral de serveis generals relatives a la reducció voluntària de la jornada, a la suspensió dels conceptes retributius lligats a la seva carrera professional i a l'homogeneïtzació dels complements específics, a l'excedència voluntària especial i a una llicència especial per assumptes propis. Un tercer conjunt de mesures són específiques per al personal docent no universitari i abasten, entre d'altres, qüestions com la suspensió temporal del

pagament de determinats complements retributius, la jornada del personal docent dels centres públics, les ràtios d'alumnes per aula i la substitució del personal docent. Així mateix, el personal estatutari al servei de la sanitat pública de les Illes Balears també és objecte de l'atenció dels decrets llei i s'estableix una reducció temporal de la quantia dels conceptes retributius, se suspenen els acords relatius a la carrera professional i s'adopten mesures relatives a la plantilla del personal estatutari i a la seva vinculació pressupostària. Un altre conjunt de mesures són específiques per al personal dels ens del sector públic instrumental de la comunitat autònoma: es fixen nous límits retributius i noves condicions de treball de l'estatut personal, s'estableixen normes aplicables als òrgans unipersonals i al personal directiu professional, es regula la Comissió Paritària del Sector Públic Instrumental i s'ordena que abans de 31 de desembre de 2012 els ens del sector públic instrumental aprovin les corresponents relacions de llocs de treball. Sota la denominació de "mesures addicionals per garantir l'estabilitat pressupostària", s'adopten mesures encaminades a la supressió de la paga extraordinària del mes de desembre de 2012 del personal del sector públic i dels alts càrrecs i al no finançament públic de l'esmentada paga extraordinària en l'àmbit de l'ensenyament privat sostingut totalment o parcialment amb fons públics. En fi, a més de les mesures esmentades, els decrets llei autonòmics contenen d'altres mesures diverses entre les quals hem d'assenyalar l'extinció del Consell de la Joventut de les Illes Balears, una nova modificació de l'estructura i l'organització del Servei de Salut de les Illes Balears i les relatives a la Llei de funció pública (canvi d'adscripció del lloc de treball i de mobilitat interadministrativa). La **Llei 10/2012, d'1 d'agost, de concessió d'un crèdit extraordinari per poder atendre despeses inajornables amb càrrec als pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears de l'exercici de 2012** (BOIB núm. 115), té com antecedent el Reial Decret llei 7/2012, de 9 de març, que va crear el Fons per al finançament dels pagaments a proveïdors. Aquesta norma estableix les condicions que han de permetre obtenir recursos financers suficients per poder finançar les operacions d'endeutament que puguin concertar-se per atendre el pagament de les obligacions pendents, i evitar així el perjudici causat per les demores en els pagaments a favor de les petites empreses per part de les administracions que s'adhereixin a aquest mecanisme. Sense perjudici de l'existència d'altres possibilitats, la Llei 10/2012 tria el mecanisme de l'autorització d'un crèdit extraordinari (per un import de 842.508.644,56 euros) per dotar un fons de finançament addicional que permeti atendre despeses inajornables de diferent naturalesa econòmica i, d'altra banda, determina quin és el recurs que queda afectat al seu finançament.

Un altre conjunt de normes justifiquen la seva aprovació en la necessitat de remoure determinats obstacles d'índole diversa a fi d'afavorir l'activitat econòmica per

fer front a la crisi. El **Decret llei 2/2012, de 17 de febrer, de mesures urgents per a l'ordenació urbanística sostenible** (BOIB núm. 26 ext.; validació BOIB núm. 36), fou també tramitat com a projecte de llei i donà lloc a la **Llei 7/2012, de 13 de juny, de mesures urgents per a l'ordenació urbanística sostenible** (BOIB núm. 91), per la qual cosa s'examinaran conjuntament. La voluntat declarada d'aquests textos és garantir el principi de seguretat jurídica en la matèria regulada i, per això, intenten fixar una nova regulació del sòl urbà i urbanitzable, definint clarament ambdues classes de sòl i fixant un nou règim de càrregues a partir de la normativa estatal. Així mateix, contenen un conjunt de disposicions que fan referència a mesures dirigides a facilitar les innovacions en l'ordenació urbanística i a aquelles que han de permetre una millora en l'eficàcia de les administracions competents i una millor utilització del sòl. La llei s'estructura en quatre capítols. El primer, sota la denominació de "sòl urbà i urbanitzable", estableix els conceptes de sòl urbà, serveis urbanístics bàsics, assentaments de medi rural, sòl urbanitzable i solar, a més de definir el que s'ha d'entendre per actuacions de transformació urbanística. El capítol segon, anomenat "deures relatius a les actuacions de transformació urbanística", regula el règim general del compliment d'aquests deures i determinades especialitats que afecten els deures de la promoció de les actuacions de transformació urbanística en sòl urbà i en sòl urbanitzable, les reduccions i els increments dels deures de la promoció de les actuacions de transformació urbanística en sòl urbà i en sòl urbanitzable i, finalment, les que afecten la reserva per a habitatges protegits. El capítol tercer, "mesures d'agilitació en matèria de tramitació de planejament urbanístic, gestió i disciplina", modifica diverses lleis, com ara, la Llei 14/2000, d'ordenació territorial, la Llei 12/1998, de patrimoni històric, la Llei 11/2001, d'ordenació de l'activitat comercial de les Illes Balears, la Llei 10/1990, de disciplina urbanística, la Llei 4/2010, de mesures urgents per a l'impuls de la inversió a les Illes Balears i, d'altra banda, incideix en matèries com la delimitació dels àmbits de les actuacions de transformació urbanística i la modificació d'usos detallats d'equipament i dels sistemes de gestió. El capítol quart i últim, sobre "mesures relatives a usos i activitats en sòl rústic", regula la prestació compensatòria per usos i aprofitaments excepcionals. La normativa es completa amb un conjunt de disposicions que pretenen donar solució a problemes molt concrets que impedien un correcte desenvolupament de la política territorial i urbanística. En segon lloc, ens referirem a la **Llei 2/2012, de 4 d'abril, de suport als emprenedors i les emprenedores i a la micro, petita i mitjana empresa** (BOIB núm. 53), que té el seu origen en el Decret llei 5/2011, de 29 d'agost, del mateix nom, tota vegada que un cop aquest fou validat, el Parlament n'acordà també la tramitació com a projecte de llei pel procediment d'urgència. El fet cert és que entre un i altre text pràcticament no hi ha diferències, per la qual cosa ens remetem a la notícia que ja vàrem donar a l'anterior número d'aquesta revista. Les úniques novetats ressenyables fan referència

a l'establiment d'un dret a la formació i a la readaptació professional permanent dels destinataris de la llei, mitjançant el seu accés a programes de formació professional, d'una banda, i a l'obligació del Govern d'elaborar quadriennalment un pla d'accions per donar suport als dits destinataris, d'una altra. En tercer lloc, el **Decret llei 7/2012, de 15 de juny, de mesures urgents per a l'activació econòmica en matèria d'indústria i energia, i altres activitats** (BOIB núm. 90; validació BOIB núm. 107), conté, per una part, un conjunt de normes adreçades a aconseguir l'eficiència energètica en els sectors primari, industrial, residencial i terciari, a més de possibilitar la implantació d'energies renovables i autòctones. A aquests efectes, es regula la declaració d'utilitat pública d'energies renovables i el règim jurídic aplicable a la gestió de l'extracció i al tractament de la biomassa vegetal, tot identificant els gestors, els punts de recollida i tractament i els punts d'emmagatzematge i transferència de l'esmentada biomassa. Per una altra part, el decret llei estableix un conjunt de mesures per tal de simplificar els procediments administratius amb la finalitat d'impulsar i facilitar l'activitat privada, en especial la implantació de noves empreses. Així, la norma reserva la necessitat del permís d'instal·lació únicament per a les activitats permanents majors, les quals es delimiten de bell nou, de la mateixa manera que les menors i les innòcues, l'exercici de les quals només requereix la presentació d'una declaració responsable. La norma es completa amb fins a 15 disposicions que deroguen o modifiquen diverses lleis en vigor. El **Decret llei 8/2012, de 13 de juliol, de mesures urgents per a la Platja de Palma** (BOIB núm. 101; validació BOIB núm. 111), té per objecte impulsar de forma urgent l'activitat econòmica, la desestacionalització de l'oferta turística, el foment de la qualitat i la millora general de l'àmbit de la Platja de Palma, entenent per tal el delimitat en el plànol annex de la Llei 8/2010, de 27 de juliol, de mesures per a la revalorització integral de la Platja de Palma. Amb aquesta finalitat, la norma estableix i aclareix les competències i facultats que corresponen al Consorci Urbanístic per a la Millora i l'Embelliment de la Platja de Palma, atribuint-li totes les facultats urbanístiques de planejament, gestió i execució que no tenguin caràcter d'intransferibles, com també la possibilitat de signar convenis urbanístics amb els particulars. El decret llei també introdueix una nova disposició transitòria a la Llei 8/2010, per permetre les modificacions de planejament a la Platja de Palma mentre no sigui aprovat inicialment el Pla per a la Revalorització Integral. Així mateix, s'hi estableixen incentius que es consideren necessaris (adquisició de places turístiques) per estimular la inversió privada a la zona esmentada. La norma es completa amb una sèrie de disposicions sobre aspectes molt concrets de la realitat, entre els quals hem d'esmentar les que estableixen un nou marc regulador per a la zona de Ses Fontanelles. El **Decret llei 11/2012, de 19 d'octubre, pel qual es modifica la Llei 11/2001, de 15 de juny, d'ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears** (BOIB núm. 155; validació BOIB núm. 171), es tracta d'una norma de gran simplicitat que, no

obstant això, ha de tenir gran incidència a l'activitat quotidiana dels comerciants de les nostres illes. Així, el Decret llei 11/2012 té per objecte adaptar la normativa autonòmica en tot allò que contradigui el que estableix el Reial Decret llei 20/2012, de 13 de juliol, de mesures per garantir l'estabilitat pressupostària i de foment de la competitivitat, com també desplegar legislativament els aspectes que siguin imprescindibles per aplicar les previsions legals estatals. Les matèries que resulten modificades són les relatives als horaris comercials en dies laborables (màxim de 90 hores setmanals), l'activitat en diumenges i festius i la determinació de zones de gran afluència turística, i el comerç al detall (particularment, la venda de productes en promoció i les vendes en rebaixes).

El transport públic discrecional, particularment els problemes que es pateixen a l'illa d'Eivissa, ha estat objecte de dues normes. El **Decret llei 1/2012, de 10 de febrer, sobre mesures orientades a la prevenció de l'oferta il·legal en matèria de transports a l'illa d'Eivissa** (BOIB núm. 22; validació BOIB núm. 36), habilita de manera urgent i transitòria (és a dir, fins que la comunitat autònoma de les Illes Balears no legisli en matèria de transports urbans) els ajuntaments de l'illa d'Eivissa per concedir autoritzacions estacionals de taxi. A aquests efectes, els ajuntaments atorgants han d'adoptar un acte administratiu per aprovar un pla regulador que determini les condicions de prestació del servei i el nombre màxim d'autoritzacions que es poden atorgar; les condicions a les quals s'ha de subjectar, els drets i les obligacions i la quantia de la taxa, si escau, que comporten per als adjudicataris; i els supòsits de revocació i el termini de durada, que no pot ser inferior a una temporada estival ni superior a dues, i que ha de donar dret a l'explotació del servei durant un termini no inferior a dos mesos ni superior a quatre cada temporada estival. I per tal que els vehicles autoritzats pels ajuntaments puguin prestar servei fora del municipi en què tenen domiciliada l'autorització han d'obtenir l'autorització habilitant del Consell Insular d'Eivissa. El **Decret llei 6/2012, de 8 de juny, de mesures urgents sobre el règim sancionador en matèria de transport públic discrecional de viatgers en vehicles de turisme en l'àmbit territorial de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 83; validació BOIB núm. 91), es justifica en el fet que durant les temporades estivals dels darrers anys s'ha assistit a les Illes Balears (particularment a Eivissa) a un fenomen creixent de l'oferta il·legal de transport de viatgers que suposa un perjudici directe al sector del transport de viatgers en taxi i, a més, afecta seriosament la imatge turística de les Illes i produeix altres distorsions, com ara l'afectació de la seguretat viària. Per fer front a aquesta situació, el decret llei regula autònomament com a infracció l'exercici de l'oferta il·legal de taxis. En aquest sentit, el decret llei, després de definir el que s'entén per transport públic discrecional de viatgers en vehicles de turisme i qui té la consideració de comercialitzador o intermediari d'aquests serveis, adverteix que tant per a la prestació dels serveis, com

per a la comercialització és necessari disposar d'un títol habilitant atorgat per l'autoritat competent. El règim sancionador que s'estableix regula, lògicament, la tipificació de les infraccions, les sancions i les persones responsables, la prescripció i el procediment, tot fent especial esment a reforçar els supòsits d'aplicació de la mesura cautelar i a la vegada dissuasòria de la immobilització del vehicle infractor fins que es constitueixi un dipòsit o una caució suficients.

Altres normes es refereixen a la sanitat i a les persones que la presten i la gestionen. El **Decret llei 3/2012, de 9 de març, de mesures urgents per a la reestructuració del Servei de Salut de les Illes Balears** (BOIB núm. 37; validació BOIB núm. 48), modifica la Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les Illes Balears, pel que fa a l'estructura i l'organització del Servei de Salut. Això no obstant, aquesta modificació va resultar molt efímera, atès que fou novament substituïda pel Decret llei 9/2012, raó per la qual no en donarem notícia. Així mateix, el Decret llei 3/2012 modifica la Llei 7/2010, del sector públic instrumental de la comunitat autònoma de les Illes Balears, pel que fa al límit de la quantia total de les retribucions que han de percebre els titulars de la gerència i dels altres òrgans de direcció dels esmentats ens, amb l'objecte d'exceptuar-ne el Servei de Salut de les Illes Balears. Per últim, el Decret llei 3/2012 deroga el Decret 83/2006, de garanties del temps màxim de resposta a l'atenció sanitària especialitzada programada i no urgent en el Servei de Salut de les Illes Balears, alhora que ordena al Govern que elabori una normativa que s'adapti a les previsions del Reial Decret 1039/2011, que conté les directrius bàsiques estatals en la matèria. El **Decret llei 9/2012, de 20 de juliol, de mesures per a la reorganització del Servei de Salut de les Illes Balears** (BOIB núm. 106; validació BOIB núm. 111), justifica al seu preàmbul aquesta nova reorganització tot dient que "si bé es pot considerar que una gestió amb més implicació directa de l'òrgan administratiu al qual s'adscriu el Servei de Salut, com s'ha fet fins ara, pot donar més congruència a la seva acció gestora, no és menys cert que l'existència d'uns òrgans especialitzats de gestió del Servei és allò que és més escaient amb l'especialitat funcional que li és pròpia, i residenciar dins del mateix Servei la presa de decisions organitzatives i de gestió de l'ens és també el més adient amb l'autonomia funcional i organitzativa esmentada". Ara bé, aquesta no és la darrera reorganització del Servei de Salut de les Illes Balears duta a terme dins el temps que abasta aquesta crònica, sinó que la disposició final segona del Decret llei 10/2012, de 31 d'agost, torna a regular-la d'una manera distinta, de bell nou. La **Llei 11/2012, d'1 d'agost, de determinació de les quanties i d'habilitació per a la negociació de determinats complements salarials del personal facultatiu del subgrup A1 d'atenció especialitzada i d'atenció primària i personal facultatiu amb relació especial de residència per a la formació com a especialistes del Servei de Salut de les Illes Balears i dels ens que en**

depenen (BOIB núm. 115), fou aprovada atesa la necessitat de donar seguretat jurídica a la vigència del règim retributiu del personal esmentat, particularment del sistema de complements retributius que aquest personal havia anat percebent, respecte del qual i com a conseqüència d'una sentència judicial dictada, se'n dubtava de la legalitat i fins i tot es plantejava l'obligació de reintegrar-ne l'import. Amb aquesta finalitat s'estableix a tots els efectes i amb caràcter retroactiu, fins a l'entrada en vigor de la dita llei, la vigència de les quanties dels complements retributius i també el seu manteniment fins al previsible començament del procés negociador amb les organitzacions sindicals, respecte del qual la llei estableix mesures específiques, procés que ha de desembocar en la reforma o l'actualització dels dits complements.

Les normes amb major repercussió social i mediàtica han estat les següents. En primer lloc, la **Llei 8/2012, de 19 de juliol, de turisme de les Illes Balears** (BOIB núm. 106), la qual suposa un vertader intent de regular d'una manera sistemàtica i ordenada la principal font de riquesa de la nostra comunitat. En aquest sentit, du a terme una reforma més profunda que la mera adaptació de la Llei 2/1999, de 24 de març, general turística de les Illes Balears (a la qual deroga), i una integració de la normativa reguladora del sector. Es tracta d'una llei molt extensa (115 articles, 19 disposicions addicionals, 5 transitòries, 1 derogatòria i 5 finals), que abasta gairebé tots els aspectes del fenomen turístic. La llei s'estructura en un títol preliminar i cinc títols més. El títol preliminar defineix l'objecte i la finalitat de la llei, l'àmbit d'aplicació i els principis i criteris d'actuació administrativa, alhora que fixa els conceptes i les definicions de determinats termes que s'utilitzen al llarg del text; així mateix, conté una norma sobre l'ordenació de l'oferta turística des del punt de vista de l'ordenació territorial (PIAT i PTI). El títol I de la llei està dedicat a determinar les competències de les diferents administracions de les Illes en turisme (Administració de la comunitat autònoma, consells insulars i municipis) i l'organització administrativa, a la qual hi destaca com a novetat la Mesa municipal del turisme. El títol II té per objecte la regulació dels drets i deures dels usuaris dels serveis turístics i de les empreses turístiques. Específicament es regulen en aquest títol els efectes i les conseqüències de la sobrecontractació. El títol III, el més extens de la llei, inclou tot un seguit de normes relatives a l'ordenació de l'activitat turística i s'estructura en capítols. Del primer, sota la denominació de "disposicions generals", s'ha de destacar la consolidació del règim de declaració responsable d'inici d'activitat turística en comptes del sistema d'autorització prèvia, l'establiment d'un règim excepcional de dispenses del compliment de la normativa turística quan es consideri convenient per a l'interès general i la creació a cada illa de l'Oficina única de l'administració turística. El capítol segon regula les empreses turístiques d'allotjament sota els principis d'ús exclusiu i d'unitat d'explotació, tot i que introdueix regles que els flexibilitzen per tal de permetre determinats

usos complementaris o secundaris que puguin ser convenients. Així mateix, la norma flexibilitza les classes i formes en què les empreses turístiques d'allotjament poden desenvolupar la seva activitat. En aquest sentit, es regulen les diferents classes d'empreses turístiques d'allotjament (establiment d'allotjament hoteler, apartaments turístics, allotjaments de turisme rural en les diferents classes, albergs i refugis, hostatgeries i qualsevol altre que es determini reglamentàriament) i el règim d'aprofitament per torns, l'explotació d'establiments d'allotjament turístic sota la modalitat de pensió completa integral, d'establiments coparticipats o compartits, etc. El capítol tercer regula les empreses turísticoresidencials, entenent per tals aquelles empreses turístiques d'allotjament que poden prestar també els mateixos serveis que presten als seus establiments d'allotjament, en determinades circumstàncies, a unitats d'allotjament residencial. El capítol quart regula, mitjançant la incorporació de la normativa anterior (Llei 2/2005) amb petites modificacions, les empreses comercialitzadores d'estades turístiques en habitatges. La resta de capítols es destinen a les empreses turístiques de restauració, les empreses d'intermediació turística, les empreses d'activitats turístiques d'entreteniment, esbarjo, esportives, culturals, lúdiques i de turisme actiu i les empreses d'activitats d'informació, orientació i assistència turística. El títol IV regula el foment i la promoció del turisme, i entre els principis generals es tracten matèries com la planificació turística, el foment de la desestacionalització, la formació i la innovació en turisme, la qualitat turística, etc. També dins aquest títol es regulen la inversió, la reconversió i la rehabilitació de les zones turístiques, amb la finalitat d'afavorir-ne la regeneració i la modernització, tot permetent-ne, si escau, els canvis d'ús. Aquest títol es completa amb la regulació dels plans de millora de les infraestructures i dels establiments turístics i el règim de les baixes dels establiments d'allotjament turístic. Sota la denominació de "control de qualitat turística" el títol V es refereix al règim de la inspecció turística i al règim sancionador en la matèria. La **Llei 9/2012, de 19 de juliol, de modificació de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 106), és, sens dubte, la norma que major contestació popular i política ha tengut de totes les referides en aquesta crònica. Actualment es troba pendent de la sentència que haurà de dictar el Tribunal Constitucional un cop resolt el recurs d'inconstitucionalitat interposat per cinquanta senadors. L'exposició de motius de la Llei argumenta que del que es tracta és "d'assegurar la satisfacció correcta dels drets lingüístics que es reconeixen als ciutadans en l'àmbit territorial de les Illes Balears, mitjançant la capacitació lingüística del personal de l'Administració, en els supòsits en què les funcions que s'han de desenvolupar o la relació directa amb la ciutadania ho exigeixin, de manera que s'asseguri que el dret de lliure elecció lingüística pot exercir-se sense obstacles raonables davant els òrgans i les unitats de l'Administració"; que l'actual "procés educatiu de les Illes Balears garanteix un elevat nombre d'aspirants potencials

a l'Administració que pot assegurar que el dret de lliure elecció de llengua cooficial per part de la ciutadania podrà ser garantit, de manera que ja no és imprescindible exigir, com a requisit, tenir un determinat nivell de català"; i que resulta necessari adaptar la nostra normativa al règim jurídic de les llengües oficials, establert per diverses sentències del Tribunal Constitucional, especialment la Sentència 31/2010, de 28 de juny. Sota aquestes premisses, la Llei 9/2012 modifica la Llei 3/2007 per eliminar l'exigència general d'un determinat nivell de coneixement de català com a requisit per accedir a l'Administració o per ocupar-hi qualsevol lloc de treball, raó per la qual es modifiquen també les lleis que regulen l'ús de la llengua en l'Administració (la Llei 3/1986, de normalització lingüística, i la Llei 3/2003, de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears) en els aspectes que fan referència a aquesta qüestió. Sense perjudici d'aquesta supressió general del coneixement del català com a requisit, la llei imposa l'acreditació esmentada com a requisit de determinats llocs de feina per garantir el dret dels ciutadans a usar el català, en els supòsits en què les funcions que s'han de desenvolupar o la relació directa amb la ciutadania ho exigeixin. En el mateix sentit, la llei estableix que els procediments de provisió valoraran com a mèrit els diferents nivells de coneixement del català, que no es podran exigir com a requisit més que en els casos que la mateixa llei determina. Al marge d'aquestes qüestions, la llei addiciona una modificació de la Llei de normalització lingüística, per possibilitar que juntament amb la forma catalana també pugui ser oficial el topònim en la seva forma castellana. En certa mesura també podem incloure entre les normes més mediàtiques la **Llei 6/2012, de 6 de juny, de modificació de la Llei 23/2006, de 20 de desembre, de capitalitat de Palma de Mallorca** (BOIB núm. 85), que té per objecte, bàsicament, deixar sense efecte la modificació introduïda a la Llei de capitalitat mitjançant la Llei 8/2008. Així, s'ordena substituir la denominació de Palma per la de Palma de Mallorca, en primer lloc. En segon lloc, estableix el retorn de les competències per a l'aprovació definitiva del planejament general, així com d'altres instruments a l'esmentat municipi, tot tenint present que el tràmit d'audiència del Consell Insular de Mallorca, preceptiu per a l'aprovació inicial del planejament, s'ha de substanciar mitjançant un informe no vinculant que s'ha de cenyir a les consideracions oportunes per motius d'interès supramunicipal i de legalitat. En tercer lloc, s'estableix que correspon a l'Ajuntament de Palma de Mallorca la declaració d'urgent ocupació dels béns i dels drets afectats en els supòsits d'expropiació per raons urbanístiques d'iniciativa municipal previstes a la legislació urbanística o d'expropiació forçosa i recollides a les determinacions dels plans.

La resta de normes aprovades són les següents. El **Decret llei 7/2011, de 23 de desembre, pel qual s'estableix el règim sancionador en diverses matèries en l'àmbit**

de la comunitat autònoma de les Illes Balears i es fixen mesures administratives urgents en matèria de joc (BOIB núm. 194; validació BOIB núm. 21), fou, a més, tramitat com a projecte de llei pel procediment d'urgència al Parlament de les Illes Balears, i en resultà aprovada la **Llei 4/2012, de 30 d'abril, del mateix nom** (BOIB núm. 68). El conjunt d'ambdues normes és pràcticament idèntic i s'examinarà conjuntament. D'una banda, la norma suposa una adaptació a la Llei estatal 21/1992, d'indústria, tot introduint dues noves infraccions de caràcter lleu relatives a determinades conductes constitutives d'incompliments normatius de naturalesa merament formal o procedimental o que no comporten perill o dany greu per a les persones, les coses o el medi ambient. D'altra banda, atès que la Llei estatal 13/2011, reguladora del joc, ha derogat la Llei 34/1987, de potestat sancionadora de l'Administració pública en matèria de jocs de sort, envit o atzar, la qual s'aplicava supletòriament al territori de les Illes Balears, el legislador autonòmic ha establert un règim sancionador propi en l'àmbit de les seves competències. Aquest abasta les infraccions previstes per a distintes activitats relacionades amb el joc, les sancions imposables i la prescripció d'unes i d'altres. Així mateix, en matèria de consum s'introdueix una norma en virtut de la qual s'estableix la possibilitat d'incrementar la quantia de la sanció fins a arribar al quíntuple del valor dels productes o serveis objecte de la infracció. Per últim, i pel que fa a les mesures administratives urgents en matèria de joc, s'estableix un règim jurídic propi que doni cobertura al règim d'autoritzacions de les activitats reservades en els locals d'hostaleria i a l'exercici de les activitats no reservades pel que fa a l'obertura d'establiments presencials específics. La norma es completa amb la introducció d'un règim d'explotació provisional d'apostes hípiques. La **Llei 1/2012, de 15 de març, de crèdit extraordinari per a subvencions electorals** (BOIB núm. 46), es tracta d'una norma de gran simplicitat que concedeix un crèdit extraordinari per atendre les subvencions que s'han d'adjudicar a partits, federacions i coalicions que concorregueren a les eleccions al Parlament de les Illes Balears i als consells insulars de Mallorca, Menorca i Eivissa de 22 de maig de 2011, que hi tenen dret conforme a la normativa electoral. Així, tenint en compte les bestretes ja atorgades, l'import del crèdit concedit fou d'1.719.096,56 euros. La **Llei 5/2012, de 23 de maig, de mesures urbanístiques per a l'execució del Centre Internacional de Tennis Rafel Nadal** (BOIB núm. 81), té per objecte remoure determinats obstacles d'ordre urbanístic que dificultaven la ràpida execució d'un protocol general de col·laboració signat entre el Govern de les Illes Balears, l'Ajuntament de Manacor, el Consell Insular de Mallorca i el senyor Rafael Nadal Parera en relació amb el projecte per posar en marxa un centre de referència internacional de tennis a la comarca de Manacor. L'exposició de motius de la llei recorda que el Consell de Govern va declarar d'interès autonòmic la inversió per a la posada en marxa de l'esmentat centre per tota una sèrie de raons justificades en l'interès general i, d'altra banda, que el protocol signat preveia els terrenys situats al voltant de

la Torre dels Enagistes de Manacor, com a espai on ubicar-hi el Centre. Recorda així mateix l'exposició de motius que en el dit protocol es preveia com a instrument per fer efectiva la transformació urbanística d'aquests terrenys "la tramitació per part de l'Ajuntament de Manacor d'una modificació puntual del Pla Urbanístic General que no ha obtingut encara l'aprovació inicial i no hi ha previsions que aquest instrument pugui restar operatiu a curt termini". Justifica l'exposició de motius l'aprovació urgent de la llei que comentam com la "forma més efectiva per oferir un impuls decisiu al projecte". Així, la llei, mitjançant un article únic i un annex, fixa els usos i els paràmetres urbanístics dels esmentats terrenys, a més de declarar determinades exempcions o dispenses legals amb relació a la tramitació del projecte.

2. Decrets

L'activitat reglamentària del Govern ha incidit sobre matèries ben diverses i amb una intensitat desigual. En matèria de contractació administrativa, s'ha realitzat un considerable esforç que es concreta en el Decret 44/2012, de 25 de maig, pel qual es regula el procediment per acreditar la **solvència tècnica i professional a l'efecte de mantenir la classificació empresarial** (BOIB núm. 75); el Decret 48/2012, de 8 de juny, de modificació del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es creen la **Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB**, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes; el Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre **contractació** de la CAIB (BOIB núm. 85); el Decret 51/2012, de 29 de juny, pel qual es regulen la **Plataforma de Contractació i els perfils de contractant** de la CAIB (BOIB núm. 98); i, finalment, el Decret 56/2012, de 13 de juliol, pel qual es crea la **Central de Contractació**, es regula la **contractació centralitzada** i es distribueixen competències en aquesta matèria en l'àmbit de l'Administració de la CAIB i dels ens que integren el sector públic autonòmic (BOIB núm. 101). El català també ha estat objecte de l'atenció del Govern: Decret 6/2012, de 3 de febrer, **d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana** (BOIB núm. 19), i el Decret 83/2012, de 19 d'octubre, de **mesures transitòries d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana** per part de l'Escola Balear d'Administració Pública per a l'any 2012 (BOIB núm. 155). D'altra banda, i per la seva pròpia substantivitat, no podem deixar sense consignar l'aprovació dels següents reglaments: el Decret 43/2012, de 25 de maig, pel qual es regulen diversos aspectes relacionats amb les **màquines recreatives de joc i les sales de bingo** (BOIB núm. 75); el Decret 77/2012, de 21 de setembre, de simplificació administrativa i de modificació de diverses disposicions reglamentàries per a la transposició a les Illes Balears de la **Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006, de serveis en el mercat interior** (BOIB núm. 140); i el Decret 109/2011, de 18 de novembre, pel qual es modifiquen el

Decret 92/1989, de 19 d'octubre, de regulació d'**òrgans rectors de les caixes d'estalvis** amb domicili social a les Balears, i el Decret 43/1986, de 15 de maig, d'òrgans rectors i control de gestió de les caixes d'estalvis (BOIB núm. 181). Queden sense consignar, per falta d'espai, altres normes reglamentàries, però en cap cas no pot deixar-se d'esmentar el Decret 68/2012, de 27 de juliol, pel qual es regula el **Butlletí Oficial de les Illes Balears** (BOIB núm. 111), i l'ordre que regula el procediment de **tramesa telemàtica dels documents** que s'hagin d'inserir en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* (BOIB núm. 11).

II. Estat

La greu situació econòmica i financera que pateix el nostre país ha centrat l'atenció del legislador quasi en exclusiva. Així, hem de consignar, en primer lloc, un grup de normes que mitjançant mecanismes diversos han intentat redreçar l'economia de les administracions públiques espanyoles i, particularment, el galop estès del seu dèficit. El RDL 20/2011, de mesures urgents en matèria pressupostària, tributària i financera per a la correcció del dèficit (BOE núm. 315); el RDL 12/2012, pel qual s'introdueixen diverses mesures tributàries i administratives dirigides a la reducció del dèficit públic (BOE núm. 78); el RDL 14/2012, de mesures urgents de racionalització de la despesa pública en l'àmbit educatiu (BOE núm. 96); el RDL 16/2012, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i seguretat de les seves prestacions (BOE núm. 98); la Llei Orgànica 2/2012, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera (BOE núm. 103), modificada mitjançant la LO 4/2012 (BOE núm. 235); el RDL 20/2012, de mesures per a garantir l'estabilitat pressupostària i el foment de la competitivitat (BOE núm. 168); i el RDL 21/2012, de mesures de liquiditat de les administracions públiques i en l'àmbit financer (BOE núm. 168), en són alguns dels exemples més destacats.

D'altra banda, el sector financer també ha estat objecte de la regulació d'urgència mitjançant normes diverses, entre les quals esmentam les següents. El RDL 2/2012, de sanejament del sector financer (BOE núm. 30); el RDL 6/2012, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos (BOE núm. 60); el RDL 24/2012, de reestructuració i resolució d'entitats de crèdit (BOE núm. 210); i la Llei 8/2012, sobre sanejament i venda dels actius immobiliaris del sector financer (BOE núm. 262).

La crisi econòmica també ha justificat l'aprovació d'altres normes: la Llei 3/2012, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral (BOE núm. 162); i la Llei 7/2012, de modificació de la normativa tributària i pressupostària i d'adequació de la normativa

financera per a la intensificació de les actuacions en la prevenció i lluita contra el frau (BOE núm. 267).

Al marge de la crisi econòmica i financera, és necessari consignar l'aprovació de les següents normes. El RD Legislatiu 3/2011, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic; la Llei 4/2012, de contractes d'aprofitament per torns de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi i normes tributàries (BOE núm. 162); la Llei 5/2012, de mediació en assumptes civils i mercantils (BOE núm. 162); el RDL 15/2012, de modificació del règim d'administració de la Corporació de RTVE (BOE núm. 96); la Llei 6/2012, de flexibilització de les formes de gestió dels serveis públics de comunicació audiovisual autonòmics (BOE núm. 184); i, per últim, la Llei Orgànica 5/2012, de reforma de la Llei de finançament dels partits polítics (BOE núm. 255).

rjib 11
LLIBRES

Claro J. Fernández-Carnicero

Lletrat de les Corts Generals. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

(Fèlix Pons, la dignitat del pensament)

Antoni Font

Catedràtic de Dret Mercantil de la Universitat de Barcelona

(Títulos cambiarios electrónicos: estudio interdisciplinar)

Joana Maria Servera Martínez

Lletrada de la Comunitat Autónoma de les Illes Balears

(La reestructuración de las plantillas laborales en las administraciones públicas. El real decreto ley 3/2012)

Irene Espuey Servera

Tècnica del Servei Jurídic del Consell Consultiu de les Illes Balears

(Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la administración. El suministro de agua potable al margen de una concesión formal)

FÉLIX PONS, LA DIGNITAT DEL PENSAMENT.
Institut d'Estudis Autonomics Palma, Ll. Muntaner, 2011

Cuando llega a mis manos el libro con el que el Instituto de Estudios Autonómicos de las Islas Baleares honra justamente la memoria de Félix Pons, un hombre público relevante, lo primero que me hace recordar su imagen de portada, en el magnífico retrato oficial que le hizo Bernardo Torrens, es el estilo personal del homenajeado, la difícil síntesis de reflexión, discreción, responsabilidad y lo que Ortega llamaba "buenas maneras" en un conocido artículo, fechado en 1918, sobre la cortesía. Así le conocí, durante los años en que, como Letrado de las Cortes Generales, presté mis servicios en el Congreso de los Diputados, del que Pons fue un inolvidable Presidente. Al encargarme de las relaciones internacionales de la Cámara, tuve el privilegio de acompañarle en múltiples viajes al exterior y aprender de su inquietud intelectual y de su personal vocación por la lectura, siempre de obras del mayor interés y actualidad.

Pero vamos al libro que nos ocupa. Se abre éste con un pensamiento del propio Félix Pons, recogido en la presentación a cargo del Presidente de la Comunidad Autónoma: "*La democràcia és una cultura de renúncies, de transigència. Si no acceptam aquesta qualificació ens trobaren amb una cultura d' intransigències*". Nada más cierto, aunque no todos los entiendan. A mi juicio, sólo ese pensamiento nos da medida de la lucidez del personaje.

Vitalmente cierto es el perfil que nos aporta Andreu Manresa Montserrat. La condición de Pons, como jurista, abogado y docente, se une a la de hombre de Estado. Hasta él llegan los ecos de otro mallorquín ilustre, su pariente Antonio Maura Montaner. Dice bien Manresa, estamos ante un hombre "*auster i prudent en tot*", un verdadero "*senyor de Palma*".

Entrañable, por cercana, es la evocación de María José Pons, su hija, que nos descubre a un padre en el que se juntan la seriedad y la alegría, la capacidad de disfrutar de la profesión y de la vida, en la que la música clásica ocupó siempre un espacio determinante.

La labor editorial y la selección de textos del propio Félix Pons, en catalán y en castellano, ejemplo de la siempre deseable y natural convivencia lingüística, ha corrido a cargo de Lluís J. Segura Ginard, merecedor del mayor elogio. De sus palabras me quedo con la huella de la honestidad que Pons nos dejó, y me sumo con él al "*partit dels que no estan segurs de tenir raó*".

Los textos seleccionados, todos ellos del mayor interés, se agrupan en dos partes: la primera, *Sobre Democracia y Política,* y la segunda, *Sobre Derecho y Juristas*.

De la primera parte, destacaré su primer texto, *Los límites del reformismo*, en el que se lleva a cabo una inteligente defensa del reformismo político, en cuanto expresión del método crítico de análisis, siendo la crítica el credo del hombre libre, frente a urgencias utópicas y a tentaciones metafísicas.

Ante la crisis, y la consiguiente incertidumbre, Félix Pons, europeísta realista, pero inequívoco, se reafirma en los valores propios de la cultura europea, entendida como "cultura de la sensatez posible". Desde ella propone "impulsar la cultura de la globalización, de la coordinación, de la universalización, de la redistribución efectiva a escala internacional".

Con la humildad del político responsable, nos habla Félix Pons sobre *Constitució i Parlament*. Su análisis arranca de la profunda convicción de que la "*prova definitiva d'un sistema democràtic es l'existència d'un Parlament representatiu, elegit a eleccions lliures en un règim pluralista*". Esta consideración le lleva a requerir la concurrencia de tres exigencias, por definitorias ineludibles: "*debat ordenat, pluralisme articulat, decisions per majoria*".

La ocasión de ser investido Doctor Honoris Causa, por la Universidad de las Islas Baleares, lleva a Pons a pronunciar una verdadera "lección magistral" sobre *Pensar y actuar: las ideas y la práctica política*. La relación entre el mundo del pensamiento y el mundo de la política fue una de las constantes de su código de conducta, fiel siempre a lo que la modernidad significa: "*la pèrdua de la seguretat i de les certeses*". Cercano a Tocqueville, constata que ya a mediados del siglo XVIII los hombres de letras se convirtieron en los principales hombres políticos. Con el tiempo, sin embargo, "*la política ha significat la negativa a ésser un simple instrument de materialització acabada i implacablement lògica de les idees y de les utopies*". Con Adorno, Félix Pons no confunde teoría y práctica. A su juicio, "*el camí del progrés no ha estat ni pot ésser el de la fidelitat a les idees*". Su apuesta por la razón es nítida: "la *racionalitat implica que la política vagi substituint elements profètics per elements de previsió*". Termina con Pascal: "*pensar és la nostra dignitat*". He aquí el retrato fiel de un verdadero humanista.

Hombre pragmático, Félix Pons no entiende el principio de autonomía política como contenido o como resultado, sino como instrumento democrático. Es la visión funcional, y no fuerista o identitaria, de nuestro marco constitucional.

Insuperable, en el fondo y en la forma, es su reflexión sobre *Constitució i Consens*. Su síntesis del sentido de la transición política es insuperable: "*la societat espanyola va sortir a trobar-se amb una constitució democràtica com qui surt a respirar aire pur després d'haver estat a punt d'ofegar-se*". Por eso, a su juicio el texto constitucional no debe entenderse como "*un mite abstracte, llunyà, misteriós*", sino como "*una referència concreta de cohesió*".

De ese pensamiento resulta muy fácil el tránsito a la defensa que Félix Pons hace de la democracia representativa, renovada y abierta a la sociedad, como garantía frente al riesgo de populismos simplificadores.

Su apoyo a la introducción de la, políticamente discutida, educación para la ciudadanía se hace desde la inteligencia y el equilibrio de la razón, con el fin de fortalecer la autonomía personal y de la sociedad. Tiene gran valor la advertencia, inusual entre políticos, de que "se ha de evitar que lo que es objeto de confrontación ideológica y partidaria se presente como valor común de obligada aceptación para todos". Así concluye la primera parte.

La segunda, S*obre Dret i Juristes*, se abre con una conferencia sobre si deben hacer las leyes los juristas, siendo éstos como son un sector tradicionalmente importante en la vida parlamentaria; aunque es cierto que su presencia es menguante en las modernas Cámaras.

La acción del jurista tiene mucho de simetría. En opinión de Félix Pons, el jurista sueña con el cielo de los conceptos, magistralmente descrito por Jhering en "Jurisprudencia en broma y en serio". Ya en nuestros días, Jean Carbonnier se manifiesta en contra del "panjurismo", que supone ver el derecho en todas partes. Esto tiene mucho de patología, por confundir la realidad, en su creciente complejidad, con la ley. Como observa Félix Pons, ha pasado el tiempo en que "un jurista pudo redactar el Código Civil sin el auxilio de conocimiento ajeno a su saber jurídico". En conclusión: para evitar el monismo jurídico, la estéril dogmática, las leyes, en cuanto mandatos normativos dirigidos a la realidad social, no deben hacerlas los juristas, en cuanto tales, sino los políticos, sin que esto suponga negar a aquéllos, en el curso de la redacción de los textos, el valor instrumental de su arte.

La vocación de Pons por el Derecho Administrativo y por el Derecho Mercantil, le lleva a ocuparse de la dualidad *Administración y Mercado. Los límites de la iniciativa económica pública*, en su ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de

Baleares. Obligadamente, su análisis arranca del impacto que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el art. 128 C.E. que "reconoce la iniciativa pública en materia económica", en el contexto del Estado social y democrático de Derecho. El recipiendario separa, con notable rigor técnico, ese reconocimiento del que hace el art. 38 C.E. de la libertad de empresa. Separación ineludible, porque la Administración, en cuanto organización heterónoma, no tiene fines propios. Algo que también se confronta con el concepto de interés general, referido a la Administración en el art. 103 C.E. y con el concepto autónomo de interés común, como límite y razón de ser de la iniciativa económica pública.

Con singular atención al marco autonómico balear, Félix Pons analiza la institución de los Consejos Insulares en el marco de Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de Reforma del Estatuto de Autonomía. La reforma fortalece la competencia y la autonomía institucional de los Consejos, siguiendo el precedente de la Ley Autonómica de Consejos 8/2000, y el del Real Decreto-Ley 18/1978, de 13 de junio, que los crea en el marco del régimen preautonómico. Su naturaleza, precisa Félix Pons con su habitual rigor doctrinal, es la de ser "*institucions de la comunitat*", pero no son "*la comunitat ni, encara menys, es podem confondre amb l'Administració de la Comunitat Autònoma*".

Seguidamente, es ejemplar su interpretación del art. 1 del Estatuto de Autonomía, por su leal integración en el corpus constitucional.

La obra se cierra con un texto sugerente sobre *Como piensan los juristas*. Félix Pons vuelve a reivindicar una revisión crítica de las propias creencias, las referidas al imperio de la Ley y al horizonte doctrinal del positivismo jurídico. Así, la crítica conduce a reconocer en la realidad la paradoja. Con el Juez norteamericano Cardozo, Pons sitúa la ciencia del Derecho "*entre les necessitats oposades d' estabilitat i de progrés, de seguretat i adaptació*, *d'igualtat davant la norma general i d'individualització de la justícia en el cas concret*". Tras reconocer que, en principio, el paradigma habitual del Abogado es la seguridad y no el progreso, Félix Pons se identifica con la vocación de jurista, condición más amplia que la del profesional de la Abogacía. La de juristas, añade "no es una vocación neutra. No es una atracción aséptica ejercida por la técnica legal. La vocación de jurista es una vocación comprometida con valores sustantivos materiales, de los que tienen fuerza para orientar y polarizar toda una vida". Este pensamiento explica el que vuelva a reivindicar para el jurista la condición de "humanista completo", condición en la que siempre le reconocimos los que tuvimos el privilegio de conocerle. En síntesis, podríamos arriesgarnos a sintetizar su pensamiento con estas palabras: o la comunidad jurídica es una escuela de humanistas, en la que la norma es un canon

de cultura, o no pasa de ser un lucrativo orden de hábiles leguleyos que no ven, ni van, más allá de la implacable lógica positivista.

Como cierre de esta modesta recensión, en la que se verifica siempre la calidad de un pensamiento sobre cualquier legítima referencia ideológica, me voy a permitir volver al ya citado clásico. Ortega concluye su ensayo "Mirabeau o el político", publicado en 1927, afirmando: "No se pretenda excluir del político la teoría; la visión puramente intelectual. A la acción, tiene en él que preceder una prodigiosa contemplación: sólo así será una fuerza dirigida y no un estúpido torrente que bate dañino los fondos del valle".

No le faltó contemplación, serena y generosa, al ilustre jurista y político mallorquín, cuy testimonio agradeceremos siempre. Triste es que otros batieran, con su sectarismo y su incuria, los fondos del valle común.

C . J -

F-C.

TITULOS CAMBIARIOS ELECTRÓNICOS: ESTUDIO INTERDISCIPLINAR.
A. MARTINEZ NADAL. Madrid: Civitas, 2012

Una obra colectiva corre siempre el riesgo de dar prioridad a la individualidad de sus partes por encima o por delante de la sistemática y la coherencia interna, relegando estas cuestiones a un discreto segundo plano. No es el caso de *Títulos Cambiarios Electrónicos: Estudio Interdisciplinar*, donde la contribución de los diversos autores, con formación, dedicaciones y perspectivas diferentes enriquece el resultado final gracias a la magistral dirección que imprime Apol·lònia Martínez Nadal, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universitat de les Illes Balears y coordinadora del trabajo de investigación llevado a cabo, sobre el contenido de la obra.

Toda la obra se construye siguiendo un mismo hilo conductor que consiste en poner de relieve el fenómeno de la desmaterialización de los títulos-valores y las consecuencias y problemas que ello acarrea a raíz de la irrupción de las nuevas tecnologías en los procesos de intercambio de bienes y servicios, cuyo exponente más destacado lo constituye el llamado comercio electrónico.

Puesto que la obra es el resultado final de un trabajo de investigación interdisciplinar, es obvio que la tarea de investigación no podría haberse llevado a cabo sin un buen anclaje conceptual que permita a los distintos autores construir sus aportaciones particulares a la tarea común y sin perder de vista el objeto y la finalidad de la investigación. De este modo ha sido posible ensamblar las distintas perspectivas de carácter sustantivo, procesal y tributario que confluyen en la problemática teórica y práctica de los títulos cambiarios electrónicos, sin olvidar la aportación de la tecnología para la resolución de algunos de los problemas planteados.

El primer capítulo es a cargo de Joan Flaquer Riutort, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat de les Illes Balears y tiene por objeto realizar una aproximación jurídica a los títulos cambiarios, con un especial énfasis sobre las cuestiones relativas a su crisis y desmaterialización. El profesor Flaquer realiza un estudio de síntesis riguroso sobre aquellos aspectos que han constituido los pilares fundamentales de la construcción dogmática de los títulos cambiarios como títulos-valores, especialmente la incorporación del derecho al título, el sometimiento de la transmisión del derecho incorporado a las reglas de circulación de las cosas muebles y la autonomía del derecho de su titular frente a los posibles obligados, lo que se traduce en la regla de la inoponibilidad de excepciones. Concebidos estos títulos sobre estas bases como un mandato y/o una promesa de

pago, el profesor Flaquer aborda la angustiosa tarea de indagar en las causas que han provocado la desmaterialización de los títulos valores cuyo exponente más relevante lo representan las anotaciones en cuenta de las acciones de las sociedades anónimas.
En el caso de estas últimas es evidente que la contratación masiva de estos títulos en mercados organizados cada vez más voluminosos y globalizados ha requerido arbitrar soluciones que han llegado de la mano de la irrupción de las nuevas tecnologías que ofrecen procedimientos seguros y eficaces para realizar las transacciones. En el caso de los títulos cambiarios es cierto que los costos derivados de la manipulación del papel por parte de las entidades bancarias que centralizan su negociación ha obligado también a idear soluciones que tiendan a reducirlos aunque ello no se haya materializado en la sustitución del soporte papel por un soporte informático, sino que se ha operado simple y llanamente la canalización del crédito comercial hacia otras modalidades (*leasing, renting, factoring, apertura de crédito, etc.*) que han conocido un crecimiento espectacular y han arrinconado casi hasta la extinción el tradicional descuento de efectos. Pero también es cierto que hasta la fecha no se han encontrado procedimientos eficaces que permitan implantar soluciones similares a las aplicadas en el mercado bursátil. No hay que perder de vista, como afirma el profesor Flaquer siguiendo a Paz-Ares, que los títulos cambiarios son, en realidad, un aparato de publicidad que consigue obtener para las cosas muebles efectos similares a los que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción de los inmuebles. Pues bien, si esta publicidad por la vía del documento es demasiado costosa y su sustitución por procedimientos basados en tecnologías de la información debe hacerse a costa de renunciar a determinados postulados que se consideran esenciales o conformadores del concepto de los títulos cambiarios y conformarse con la obtención de “efectos equivalentes” habrá que preguntarse si ésta es la vía más apropiada para encontrar la solución o si sólo estamos ante la incipiente aparición de una nueva categoría conceptual.

El núcleo duro de la obra se ubica en el capítulo III dedicado al análisis de la problemática acerca de la posibilidad de admitir títulos-valores electrónicos a la luz del actual estado de la legislación material y de la jurisprudencia y praxis los Tribunales de Justicia y, ante una eventual respuesta negativa a la hipótesis de trabajo inicial, articular algunas soluciones en una propuesta *de lege ferenda*. Después de hacer un breve repaso a las iniciativas habidas en el ámbito internacional, especialmente en el seno de las distintas organizaciones, comisiones y grupos de trabajo de las Naciones Unidas, la profesora Martínez Nadal sitúa el punto de arranque en la desmaterialización de los títulos vinculando su crisis a la superación de la publicidad documental y su sustitución por otros instrumentos más baratos e igualmente eficaces. Como ejemplos paradigmáticos se traen a colación la representación de las acciones mediante anotaciones en cuenta y la emisión de cartas de porte electrónicas, posibilidad ésta reconocida por el art. 15

de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre. En menor medida, en cuanto a sus efectos, se hace referencia al Sistema Nacional de Compensación Electrónica que permite a las entidades de crédito inmovilizar los títulos de los que son tenedoras y liquidar por compensación créditos y deudas, sin necesidad de transmisión ni presentación física del documento. Esta primera aproximación a la crisis derivada de la desmaterialización de los derechos permite identificar una circunstancia de indudable trascendencia: la negociación de los títulos en un circuito centralizado y controlado por las entidades de crédito. Por ello, cualquier respuesta del ordenamiento pasa necesariamente por contar con el asentimiento de estos agentes que pueden acceder (impulsar ya es más dudoso) a un proceso de reforma si las expectativas de reducción de costes son realmente sustanciales y es ventajosa para ellas.

A partir de ahí, la profesora Martínez Nadal indaga sobre los posibles obstáculos que la legislación material (Ley cambiaria y del cheque) puede erigir en contra de una eventual admisibilidad de los títulos cambiarios electrónicos, llegando a la conclusión de que para algunos la “posesión” y “entrega” de los títulos exigidos por la Ley implican la naturaleza documental de los títulos cambiarios lo que a su vez significa la necesidad de forma escrita y firma manuscrita, circunstancias aparentemente necesarias para que exista una orden o promesa de pago. Sin embargo, la autora cree que ni una ni otra circunstancia son decisivas para su admisión si la Ley se interpreta a través del principio de equivalencia funcional y piensa que tanto la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico como la Ley 59/2003 de firma electrónica proporcionan material normativo suficiente para llegar a esta conclusión, siempre que la equiparación entre soporte documental y soporte electrónico no suponga problemas adicionales derivados de la naturaleza electrónica del título. Es precisamente en este punto dónde la profesora Martínez Nadal observa las mayores dificultades. La emisión de un título en formato electrónico abre las puertas a la multiplicidad de copias idénticas al original con el riesgo que ello significa para el tráfico jurídico, lo cual afecta tanto a la seguridad del tráfico mismo como a la seguridad del propio ordenamiento. Parece ser, pues, que sin un documento único susceptible de posesión, esencial para el régimen jurídico de los títulos-valores cambiarios como instrumentos negociables, no es posible diseñar un régimen que permita su “electronificación”. La solución tiene que llegar de la mano tanto de la tecnología como de la estrictamente jurídica, de modo que la emisión y negociación de los títulos puedan disponer de la cobertura adecuada.

A la luz de las experiencias habidas en el ámbito internacional y del actual estado de la legislación y jurisprudencia españolas, la autora propone un sistema de

registro en los que existe un tercero que actúa como depositario de los documentos o mensajes electrónicos y ofrece seguridad a la gestión y circulación de los títulos-valores cambiarios. En estos sistemas la validez legal del documento electrónico no depende solo de su posesión material sino de una base de datos central o repositorio de la que se desprende la titularidad legítima del título, y a través de la que deben realizarse sus transmisiones. No se trata, pues, de reproducir el concepto de documento único en el entorno electrónico sino de adaptar las características que se consideran esenciales a los títulos-valores y su régimen jurídico a los documentos electrónicos y conseguir así un instrumento funcionalmente equivalente al tradicional para superar de este modo los obstáculos a su admisibilidad jurídica. Así las cosas la admisibilidad de los documentos cambiarios electrónicos no depende únicamente de las características del propio documento sino también de la capacidad del sistema que lo gestiona para alcanzar los mismos fines que pretendían los instrumentos tradicionales sin merma de la seguridad jurídica, lo que a su vez -con independencia de la solución técnica que se arbitre- condicionará su regulación jurídica. Probablemente con ello no sólo se pondría fin a la crisis derivada de la desmaterialización de los derechos sino que incluso se acabaría con el régimen jurídico de los títulos-valores en su concepción tradicional, ahogado ya en su propia obsolescencia, los cuales vendrían a ser sustituidos por unos instrumentos negociables con una función y efectos equivalentes que se construirían sobre la base de nuevos conceptos equiparables a la “entrega” y “posesión” material del documento.

Ciertamente la intervención de terceros de confianza en el sistema como gestores de títulos cambiarios electrónicos debe comportar una regulación que garantice el entorno seguro de las transacciones. Esta regulación se proyecta tanto sobre los requisitos de acceso a la actividad como sobre la organización, funcionamiento y cumplimiento de exigencias técnicas de seguridad de las entidades encargadas de llevar sus registros, así como las relaciones con una eventual autoridad central y con el resto de entidades existentes y con los usuarios del sistema. Esto no debería ser obstáculo para la prestación del servicio en régimen de libre competencia al que pudieran acceder en igualdad de condiciones las entidades de crédito como cualquier otra entidad de nueva creación o personas o entidades que puedan desempeñar el cometido de tercera parte de confianza. Si bien ello sería deseable no hay que descartar posibles reticencias (o incluso oposición) de parte de las entidades de crédito que verían mermado el control que actualmente ejercen sobre el crédito comercial. Por ello no hay que excluir cierta dosis de escepticismo acerca del éxito que pueda representar una iniciativa de este tipo pese a las indudables ventajas que ello podría representar en relación a la reducción de costes, al aumento de la competitividad de los instrumentos cambiarios y a la mayor

rapidez y eficacia en la circulación de estos instrumentos tanto en cuanto al tiempo como al espacio.

El análisis de los obstáculos a un eventual reconocimiento de los títulos cambiarios por el ordenamiento resultaría incompleto si el estudio se detuviera en la legislación material y no viniera acompañado de una indagación de los problemas que pudieran surgir desde el punto de vista de la normativa adjetiva y tributaria. A ello se dedican los capítulos IV y V de la obra a cargo de las profesoras M. Belén Aige Mut y Carmen Fernández González, respectivamente. En el segundo caso apenas existe una problemática sustancial o irresoluble puesto que en la actualidad, al parecer de la doctrina mayoritaria, la liquidación del impuesto no va unida a la emisión del título, admitiendo incluso la Ley la posibilidad del pago de la deuda en metálico, lo que solventa, de entrada, cualquier problema derivado de la naturaleza inmaterial de los títulos electrónicos en relación con la reclamación judicial de su importe. En cambio, la problemática procesal de los títulos electrónicos reviste mayor complejidad por la falta de previsiones expresas en la Ley de Enjuiciamiento civil o la insuficiencia de la norma reformada tras la publicación y entrada en vigor de las Leyes sobre firma electrónica y sociedad de la información. El principal problema desde esta perspectiva aparece en relación con la equiparación del instrumento electrónico al nuevo mecanismo probatorio denominado “prueba por instrumentos” y como requisito anejo a la presentación de la demanda, que condiciona el inicio del proceso. En relación con el primer aspecto y, pese a una cierta opinión minoritaria en contra, la doctrina procesalista la admite sin reservas aunque en la investigación emprendida se prescinde del estudio del valor probatorio del documento electrónico por no ser ésta la situación más común en el uso de estos instrumentos.

En cambio, adquiere mayor relevancia la cuestión relativa a la función de mecanismo de inicio del proceso mediante documentos electrónicos. En este aspecto la Ley de Enjuiciamiento Civil es bastante clara. Existe la posibilidad de reconocer la admisión de los títulos electrónicos en el proceso monitorio, siempre que se equiparen éstos a los documentos de reconocimiento de deuda. Sin embargo resulta más difícil de admitir esa misma posibilidad *de lege data* en el procedimiento cambiario por los problemas que surgen en relación con su aportación al proceso, la oposición por negación de firma y la aplicación práctica por parte de los Tribunales. Alguno de estos problemas -como el “acompañamiento del documento” que afecta también al juicio monitorio- se solventarían con la introducción del expediente judicial electrónico sin necesidad de una reforma expresa de la Ley. Por el contrario, el problema sustantivo de la admisibilidad

de los títulos cambiarios electrónicos como mecanismo de inicio del juicio cambiario y su funcionamiento práctico para el reconocimiento de la firma sólo se puede resolver, en opinión de la autora, en el caso de que exista una legislación sustantiva que los ampare.

Para cerrar el tratamiento de la problemática de la desmaterialización, verdadero *leit motiv* de la investigación, la obra incorpora un estudio de José Luis Gómez Díez, Notario y Profesor Asociado de Derecho Mercantil acerca de los mecanismos de seguridad jurídica y posibles soluciones que se atisban para resolverla. La contribución del profesor Gómez es especialmente relevante por unir a su doble condición de docente y Notario público una experiencia y conocimiento de las tecnologías usadas en los procesos de acreditación de la firma electrónica, lo que eleva el rango de su opinión experta en materia de seguridad jurídica. El profesor Gómez apuesta por la constitución de una entidad pública de depósito y registro de títulos cambiarios electrónicos que facilitaría, de un lado, el pago de las tasas o timbres y, de otro, garantizaría la unicidad del derecho. Cada transmisión o emisión de voluntad debería comunicarse a dicha entidad pública y esto generaría un identificador digital asociado al título. La legitimidad de la actuación estaría garantizada por la intervención de un fedatario público en el proceso de firma electrónica avanzada necesaria para dotar de validez y eficacia cada una de las declaraciones cambiarias. El Notario podría ser la ventanilla única que permitiese plasmar las declaraciones cambiarias, transmitiéndolas él mismo con su firma electrónica a la entidad de registro y depósito. Pero, además, según el profesor Gómez, la intervención notarial permitiría socializar el riesgo de un modo más seguro mediante una emisión amplia de títulos de deuda aplazada, cada uno de los cuales representara una pequeña fracción de ésta, lo que facilitaría su colocación entre agentes diversos. Hoy por hoy esta operación es imposible debido a la costosa manipulación del papel tanto en la emisión como en la circulación de los títulos.

El trabajo resultaría incompleto sin un estudio de la viabilidad técnica de las soluciones propuestas a los problemas planteados. De ello se encargan los profesores Hinarejos Campos y Ferrer Gomila a la luz de una experiencia conocida como e-cheque. Para los profesores Hinarejos y Ferrer el problema principal que de afrontarse desde el punto de vista técnico es el de la seguridad, que reviste tres aspectos: la necesidad de impedir que un mismo e-cheque pueda ser utilizado más de una vez para realizar distintos pagos; la necesidad de que exista una garantía para el cobro evitando cheques sin fondos, falsos o falsificados; y la protección de la privacidad de las transacciones electrónicas. Los profesores Hinarejos y Ferrer analizan estas cuestiones realizando un recorrido por las distintas modalidades de cheques, ejemplificándolas en tres situaciones

paradigmáticas: cheque nominativo no transferible, cheque nominativo transferible y cheque al portador para llegar a la conclusión de que es técnicamente posible desarrollar soluciones para los diferentes tipos de cheques utilizando tecnologías como la firma electrónica o las funciones resumen y proporcionar el mismo nivel de seguridad (o superior) que en los cheques con soporte papel.

Finalmente, la investigación aporta como colofón la perspectiva de la electronificación de los títulos cambiarios desde el punto de vista de la legislación estadounidense que realiza la profesora Rico Carrillo. Dicha normativa contempla el pagaré electrónico como título susceptible de emisión y circulación en las mismas condiciones que el tradicional con soporte documental y el cheque, aunque en este último caso, pese a que existen previsiones normativas que permiten su digitalización y presentación electrónica, siempre es necesaria la emisión previa del instrumento en soporte papel. La emisión del pagaré en soporte electrónico se garantiza mediante la inserción de un sistema de firma electrónica que permita identificar al firmante y que eligen las partes. El problema de la unicidad del instrumento se resuelve en derecho estadounidense mediante la introducción de un principio (el de la inalterabilidad) y un derecho (el de control) que versan sobre él. Se considera inalterado el instrumento cuya información permanezca completa y sin modificaciones, salvo las necesarias para un proceso de transmisión, copia o revisión autorizadas.

El derecho de control sobre el instrumento se articula como el equivalente a la posesión material del título. De ahí su importancia ya que la persona que tiene el control del documento asume la posición de titular legítimo del derecho. El titular del control puede acreditar su derecho mediante la intervención de un tercero de confianza. Existen distintos sistemas entre los que destacan el *Single Document Management System*, que permite a todas las partes el acceso a la copia autorizada en un solo sistema de información (*single computer network*) y el *Registry Model* donde la copia autorizada es transmitida de un sistema a otro a través de una central de registro. En cualquier caso, lo decisivo es que el sistema de información designado para la emisión y transmisión de los pagarés electrónicos sea capaz de identificar de forma segura la persona que posee el el control del documento y de garantizar las condiciones de unicidad e inalterabilidad del título.

A.F.

LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS PLANTILLAS LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL REAL DECRETO LEY 3/2012.
R. ROQUETA BUJ. València: Tirant lo Blanch ,2012.

I

El Reial Decret Llei 3/2012, de 10 de febrer, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, inicia la seva exposició de motius fent referència a dades concretes sobre l'atur i al fet que la crisi econòmica ha posat en evidència la insostenibilitat del model laboral espanyol, motiu pel qual la norma que s'aprova es fixa com a objectiu crear les condicions necessàries per tal que l'economia espanyola pugui tornar a crear ocupació i generar la seguretat necessària tant per als treballadors com per als empresaris.

La crisi econòmica existent no solament afecta el món empresarial sinó que té importants implicacions a nivell polític, a nivell institucional i a nivell de l'Administració pública espanyola. Per tal d'intentar pal·liar el dèficit que pateix aquesta darrera s'ha posat damunt la taula l'anàlisi i revisió de la seva estructura i de la gestió dels seus recursos, i s'han fet efectives importants mesures que afecten directament el seu personal. Interessa destacar el vessant d'empresari que l'Administració Pública té vers el personal sotmès al règim laboral, a qui és d'aplicació el Text Refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març (ET), objecte de diferents modificacions per part del Reial Decret Llei 3/2012 abans esmentat.

Sota el títol de *La reestructuración de las plantillas laborales de las Administraciones Públicas. El Real Decreto Ley 3/2012*, la catedràtica de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de València, Remedios Roqueta Buj, ofereix una anàlisi d'una qüestió d'indiscutible actualitat, com és ara l'efecte de la reforma laboral en la reestructuració del personal laboral de les administracions públiques, des d'un punt de vista estrictament tècnic, fugint de la deficient cultura dominant que persegueix i observa amb desconfiança els servidors públics i la maquinària administrativa.

Amb aquest objectiu s'estructura la monografia en dos capítols: el primer, dedicat a la flexibilitat interna, amb una extensió considerable en relació amb el conjunt de l'obra, aborda la regulació de la mobilitat funcional, la distribució irregular de la jornada, la mobilitat geogràfica, la modificació de les condicions de treball i les suspensions contractuals i la reducció de la jornada; el segon capítol, molt més breu, conté un estudi de la flexibilitat externa limitat a l'extinció dels contractes de treball per raons econòmiques, tècniques, organitzatives i de producció, i les indemnitzacions per extinció i les retribucions dels contractes d'alta direcció del sector públic estatal.

Trobam a la mateixa obra, al capítol segon, una possible justificació, encara que sigui velada, de la sistemàtica del treball. Malgrat la reforma laboral de 2012 afavoreix la flexibilitat interna en les administracions públiques, no incentiva que aquestes la utilitzin com a mesura alternativa a la destrucció d'ocupació, ja que també s'ha flexibilitzat substancialment la definició legal de les causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció justificatives de l'acomiadament col·lectiu i objectiu, s'ha eliminat l'autorització administrativa per als acomiadaments col·lectius i, respecte als acomiadaments improcedents, s'han suprimit els salaris de tramitació en el cas què l'empresari opti per la indemnització, amb l'afegit del fet que s'ha reduït aquesta considerablement. En aquest sentit, l'autora conclou que, atès el dèficit públic existent, el més probable és que les administracions públiques es decantin per la via de l'acomiadament, contribuint així a augmentar el principal indicador negatiu de l'economia espanyola: les dades de l'atur.

II

El primer i més extens dels dos capítols, el dedicat a la *Flexibilidad Interna,* analitza, com s'ha avançat, els requisits normativament exigits per dur a terme la mobilitat funcional, la distribució irregular de la jornada, la mobilitat geogràfica, la modificació de les condicions de treball i les suspensions contractuals i la reducció de la jornada dels treballadors laborals de l'Administració pública.

Quant a la mobilitat funcional, l'autora destaca la influència de la normativa funcionarial, ja que d'acord amb l'article 83 de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, per la qual s'aprova el *Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP), la provisió de llocs de feina i la mobilitat funcional del personal laboral es realitzarà de conformitat amb allò que prevegi el Conveni Col·lectiu d'aplicació, i en el seu defecte, s'aplica el sistema de mobilitat del personal funcionari de carrera. Es fa notar la crítica doctrinal a l'acceptació de la literalitat de l'article 83 de l'EBEP, ja que d'acord amb aquest les normes administratives serien dret supletori en una matèria –la provisió de llocs de feina: accés i mobilitat- regida pels principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat (article 78 de l'EBEP). Per això, s'interpreta que els convenis col·lectius han de concretar aquests principis i que s'aplicaran de manera preferent com a normes especials.

De les modificacions operades pel Reial Decret 3/2012 en el sistema de classificació professional i en la mobilitat funcional que s'esmenten se n'han de destacar les següents: a) Es prescindeix de les categories professionals i s'estableix que el

sistema de classificació professional atendrà al concepte de grups professionals (article 22.1 i 4 de l'ET). b) Es reforma l'article 39 de l'ET en el sentit d'establir que la mobilitat funcional sempre serà possible quan existeixin raons tècniques o organitzatives que ho justifiquin.

L'autora planteja si la classificació professional i la mobilitat funcional que duen a terme les administracions públiques han d'ajustar-se als canvis indicats. En relació amb la primera, la resposta que atorga és afirmativa ja que l'article 77 de l'EBEP es remet expressament al règim laboral. En matèria de mobilitat funcional, en canvi, per mor de l'article 83 de l'EBEP, es remarca que dependrà de si existeix conveni col·lectiu i de si aquest es remet o no a l'article 39 de l'ET. Només en el primer cas resultarà d'aplicació la reforma a les administracions públiques.

Pel que fa a la distribució irregular de la jornada, es destaca que el Reial Decret Llei de 2012 manté les previsions de la normativa anterior en els actuals articles 82.3 b) i 84.2 c) de l'ET, però com que es requereix acord d'empresa o intervenció dels convenis col·lectius es fa una passa endavant i es permet la distribució irregular de la jornada en els termes prevists a l'actual article 34.2 de l'ET en defecte d'aquests. Per tant, d'acord amb aquest article, l'Administració pública pot distribuir irregularment el 5% de la jornada màxima anual. Finalment, es fa notar que aquest particular *ius variandi* requerirà l'existència de causes d'utilitat o de funcionament de l'empresa, la concurrència de les quals podrà ser objecte de revisió per la jurisdicció social.

Sobre la mobilitat geogràfica l'obra resumeix la reforma introduïda per l'article 11 del Reial Decret 3/2012 sobre l'article 40 de l'ET, fent especial esment a la modificació de la definició legal de les causes econòmiques, tècniques, organitzatives i de producció.

Més atenció dedica l'autora a l'anàlisi de la modificació substancial de les condicions de treball, i distingeix entre aquestes i la modificació dels pactes, acords i convenis col·lectius. En relació a la primera es realitza un estudi acurat sobre les diverses modificacions que s'han introduït a l'article 41 de l'ET, entre les quals trobam la del requisit de les causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció. Això no obstant, amb caràcter previ, l'autora fa constar el seu parer, que no coincideix amb el plantejament de la doctrina judicial i científica, sobre la inaplicació de l'article 41 esmentat a les administracions públiques perquè considera que l'actuació d'aquestes ha de guiar-se pel principi de legalitat i no per l'autonomia de la voluntat.

Quant a la modificació de pactes, acords i convenis col·lectius es distingeix entre la modificació del pactes, acords i convenis ja denunciats i vençuts i la modificació de pactes i acords en vigor, fent, en aquest darrer cas, un estudi separat de la modificació dels pactes i acords comuns al personal funcionari i laboral de la modificació dels convenis col·lectius específics del personal laboral, ateses les diferències de règim jurídic que existeixen entre la negociació col·lectiva laboral i funcionarial. En aquest punt s'ha de destacar l'estudi de l'article 38.10 de l'EBEP, i de la possible inaplicació temporal dels pactes i acords comuns al personal funcionari i laboral o de la seva modificació de forma unilateral si es produeix una alteració substancial i imprevisible de la base econòmica que els sustentà i en la mesura estrictament necessària perquè l'interès públic sigui respectat, amb la única obligació d'informar a les organitzacions sindicals de les causes de la modificació o suspensió. Així mateix, s'analitza la suspensió duta a terme pel Consell de Ministres de l'Acord Govern-Sindicats per a la funció pública en el marc del diàleg social 2010-2012 mitjançant el Reial Decret Llei 8/2010, de 20 de maig, que va ser objecte de plantejament de conflicte col·lectiu davant la Sala Social de l'Audiència Nacional i les diferents resolucions recaigudes al respecte (en particular la Interlocutòria de l'Audiència Nacional, de 28 d'octubre de 2010 -recurs 128/2010- i la del Tribunal Constitucional de 7 de juny de 2011).

S'adverteix que moltes administracions, per mor de les dificultats econòmiques que pateixen, han acordat retalls addicionals als prevists pel Reial Decret llei 8/2010, decisió que està condicionada per tres factors fonamentals: a) les competències normatives en matèria retributiva de l'Estat, les comunitats autònomes i els ens locals: b) el repartiment de poder entre els òrgans amb potestat normativa dins cadascuna de les esferes esmentades,i, c) els límits que es deriven de la negociació col·lectiva.

Finalment, en relació amb la suspensió contractual o reducció de la jornada es fa notar que l'article 13 del Reial Decret Llei 3/2012 modifica l'article 47 de l'ET amb el propòsit de què constitueixi una alternativa als acomiadaments, ja que és un instrument de flexibilitat que permet trobar un equilibri entre el treballador i l'empresari. Si bé les decisions de suspensió contractual i les reduccions temporals de jornada podrien produir-se a instancia del empresari, sempre que hi concorrin causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció, eliminant-se el requisit de l'autorització administrativa de forma similar a l'acomiadament col·lectiu, no poden ser utilitzades per les administracions públiques (amb la única excepció de les entitats privades de les administracions públiques: societats mercantils i fundacions del sector públic) atesa la Disposició Addicional 3 del Reial Decret Llei 3/2012 que afegeix una nova Disposició Addicional 21 a l'ET.

III

El segon capítol de l'obra es dedica breument a la flexibilitat externa i, en particular, analitza l'acomiadament econòmic i les especialitats dels contractes d'alta direcció del sector públic.

Quant al primer tema, analitza els articles 51 i 52 c) de l'ET, així com la Disposició Addicional 20 del mateix text legal, afegida pel Reial Decret Llei 3/2010, de la qual en destaca l'amplitud del seu àmbit d'aplicació (Administració pública, sector públic en sentit ampli i les mútues d'accident de treball i malalties professionals) i la definició legal de les causes econòmiques, tècniques i organitzatives justificatives dels acomiadaments en el sector públic.

En relació amb les especialitats dels contractes d'alta direcció del sector públic, després de fer referència al règim jurídic d'aquest tipus de contracte, es relacionen les novetats introduïdes per la Disposició Addicional 8 del Reial Decret Llei 3/2012, en concret, el règim aplicable a les indemnitzacions per extinció (que es limiten a set dies per any de servei de la retribució anual en metàl·lic amb un màxim de sis anualitats, sempre que no es tengui la condició de funcionari de carrera de l'Administració o treballador del sector públic amb reserva del lloc de feina) i el règim jurídic de les retribucions d'aquest personal, amb l'objectiu de donar resposta a l'actual situació de crisi econòmica amb criteris lògics i racionals.

IV

L'obra comentada constitueix un instrument útil per aproximar-se a les eines de què disposa l'Administració per reestructurar les relacions de llocs de feina de personal laboral després de la reforma efectuada pel Reial Decret Llei 3/2012. Ens trobam, en definitiva, davant un treball ben estructurat i ordenat que ens serveix per atracar-nos a una matèria actual del dret del treball d'una manera sintetitzada i científica. El camí queda posteriorment obert per determinar, si escau, quina de les mesures de flexibilitat interna o externa pot ser aplicada en cada supòsit concret, tenint sempre present el compliment del principi de legalitat i el fet que els principis d'eficàcia i d'eficiència han d'imperar tant en la prestació dels serveis com en la gestió dels recursos públics.

J.S.M.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN DE HECHO CONSENTIDA POR LA ADMINISTRACIÓN. EL SUMINISTRO DE AGUA POTABLE AL MARGEN DE UNA CONCESIÓN FORMAL[1] ,

F. J. BAUZÁ MARTORELL, Granada, Ed. Comares, 2012.

I

Con gran satisfacción he asumido el encargo de preparar una breve recensión sobre la última obra publicada por el Doctor Bauzá Martorell, administrador civil del Estado (en excedencia), abogado y, en la actualidad, miembro del Consell Consultiu de las Illes Balears. Pues bien, se trata de una espléndida monografía galardonada recientemente con la III Edición del Premio Ángel Olavarria Téllez de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, y que viene prologada por su propio presidente. Lo cierto es que se trata de un libro excepcional para el Derecho Público y de recomendada lectura para todos aquellos operadores jurídicos que trabajen en el ámbito de la Administración Pública por varias razones que, a continuación, trataré de esgrimir. En primer lugar, debo avanzarles que el núcleo central de la obra estriba en el estudio del régimen jurídico aplicable a la figura de la «concesión de hecho» consentida por la Administración, y más concretamente, del supuesto concreto de la prestación por un particular del suministro de agua potable al margen de una concesión formal. No es ésta la primera vez que el autor analiza el tema del agua, puesto que ya lo hizo desde la perspectiva del Derecho Privado en una anterior publicación que llevaba por título *Tradición Jurídica Civil Balear del Derecho de Toma de Agua. Vigencia de las antiguas costumbres,* también galardonada (Premio Luis Pascual González de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares fallado mediante resolución del 14 de diciembre de 2010). Sin embargo, en esta ocasión, el autor se centra en el análisis de esta temática desde la perspectiva del Derecho Público, amparándose en su experiencia profesional que le ha permitido conocer de cerca una realidad fáctica (la concesión de hecho del servicio municipal de suministro de agua potable) que él mismo califica como un supuesto de gran rareza, escasamente contemplado por la doctrina ,y que no obstante, como se verá, se trata de una figura juridificada y reconocida por una amplia Jurisprudencia así como por diferentes órganos consultivos.

II

Ya centrándonos en el contenido concreto de la obra, tras el correspondiente prólogo o presentación, ésta se estructura adecuadamente en nueve capítulos:

1 Premio Ángel Olavarria Téllez de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia (III Edición).

El primero (**«**Planteamiento»), se inicia con el análisis de la concesión administrativa como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, con la particularidad de que el concesionario gestiona de acuerdo con el principio de riesgo y ventura un servicio cuya competencia corresponde a la Administración encomendante. Como tal modalidad viene regulada en el art. 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y, ya en el ámbito de la Administración local, la concesión administrativa viene prevista en el art. 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local – que remite en su Disposición Final primera a la legislación contractual para la gestión indirecta de un servicio público –y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (art.113). Concuerdo con el autor que la aplicación de la normativa anterior determina la obligación de sujeción de la concesión administrativa de un servicio público al procedimiento que regula el TRLCSP puesto que se trata de un contrato administrativo con plena sujeción a los principios legales de libre concurrencia, igualdad y publicidad. El problema surge, en su opinión, cuando en la práctica concurre la prestación por particulares de servicios públicos de competencia municipal, del art. 25.1.1 LBRL, que no vienen amparados por un título concesional, y que sin embargo, se prestan de manera pacífica o continuada en el tiempo de forma consentida por la Administración**.** Pone como ejemplo de ello el caso de la prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, lo que en palabras del autor requiere un análisis previo sobre *«[…] la naturaleza jurídica de la prestación en sí, planteándose si estamos ante una nulidad de pleno derecho por carecer de la formalidad obligada en el derecho de la contratación administrativa, o si por el contrario eta concesión pactada o consentida tiene validez y eficacia jurídicas […]».* Éste es el hilo central de su planteamiento en torno al cual giran otras cuestiones de interés relacionadas en los capítulos siguientes, a saber: la posibilidad de convalidar el vicio inicial de legalidad, si cabe o no el rescate del servicio por la Administración y si ello conlleva una indemnización al prestador, el tiempo mínimo y máximo de la concesión de hecho y qué infraestructuras deben ser objeto de reversión al municipio.

En relación con el capítulo II («La formalidad de la contratación en el sector público»), se aborda el principio de especialidad de la contratación administrativa, que prohíbe a los entes y organismos del sector público la contratación verbal –con la salvedad de que el contrato tenga carácter de emergencia–, si bien admite la libertad de pactos con los límites del art. 25 del TRLCSP. El autor recuerda que el régimen de invalidez contractual regulado en los art. 32 y 33 del TRLCSP conecta, de forma pareja, con las causas de nulidad y anulabilidad de los art. 62 y 63 de la LRJPAC. En

este punto resulta interesante la distinción del autor entre, por un lado, el supuesto de una concesión de hecho – sin título concesional–, prestada por iniciativa exclusiva del concesionario, donde considera que el vicio de legalidad sería constitutivo de nulidad de pleno derecho por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido (STS de 24 de octubre de 2005) y, el supuesto, bien distinto, de la prestación por un particular de un servicio público, como es el abastecimiento de agua potable, de forma pacífica y continuada, con el consentimiento del Ayuntamiento – quien ostenta el título competencial–,y hasta con su intervención expresa mediante la aprobación de ordenanzas reguladoras del servicio. Es en este último supuesto donde el autor defiende la existencia de un vicio legal que determinaría la «anulabilidad» (art.63 LRJPAC) de la actuación administrativa que tolera la prestación del servicio, por tratarse de un simple defecto de forma, lo que determinaría su validez y plenos efectos jurídicos hasta que no se hubiese declarado anulable en sede administrativa o contenciosa.

En el siguiente capítulo, el III («La distorsión de la formalidad en la práctica»), el autor concluye, tras un análisis exhaustivo de la Jurisprudencia, que ésta admite la juridificación de servicios públicos que se prestan de hecho, al margen de un título concesional, por lo que en ocasiones ha reconocido la existencia de una verdadera relación contractual entre la Administración y el prestador del servicio, dotándola de plenos efectos jurídicos, más aún si la prestación ha sido efectivamente ejecutada. Apoya sus conclusiones en diferentes sentencias del Tribunal Supremo y de varios Tribunales Superiores de Justicia, entre las que quiero destacar, muy especialmente por su interés, la del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears núm.305/2010, de 23 de abril, que se pronuncia a favor del reconocimiento de la existencia de una relación contractual entre una mercantil, que presta el servicio de suministro de agua, y un Ayuntamiento, pese a que la primera carece de título concesional, y, por otro lado, las Sentencias del T.S.J.de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de junio y 19 de noviembre de 2007, por cuanto reconocen, en determinados supuestos, la existencia de una «concesión pactada» o «concesión tácita» entre la Administración y la persona jurídica privada, en base a una prestación pacífica y tolerada que ha permitido consolidar un derecho, situación que va más allá del mero precario por el transcurso del tiempo sin título concesional formal. Muy interesante resulta, también a mi entender, su exposición sobre la teoría de la *negotiorum gestio* (gestión de negocios de la Administración) configurada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 22 de mayo del 2000 entre otras) como fuente de obligaciones para la Administración, que debe pagar el suministro u obra ejecutada por el contratista a quien se le encargó, pese a la nulidad o ausencia del contrato administrativo, para evitar el *enriquecimiento injusto* de la Administración, siempre que, la actuación de estos últimos no se deba

a su exclusiva iniciativa (STS de 28 de abril de 2008) y no se evidencie voluntad maliciosa alguna. Asimismo resulta también novedosa su aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, articulada en torno al contrato de obra y suministro, a la gestión de servicios públicos.

En el capítulo IV («Concesión administrativa o servicio autorizado»), el autor aborda con profundidad las diferencias entre concesión y autorización, de conformidad con la doctrina administrativista (García de Enterría entre otros) y responde en sentido negativo a la pregunta relativa a si cabe, en los supuestos en que no exista título concesional, la prestación de un servicio en base a una autorización sectorial. Así, tras un completo análisis de la evolución histórica de la municipalización del abastecimiento de aguas, el autor concluye que se trata de un servicio público de titularidad municipal, toda vez que concurra la actividad de policía (vid art. 33 RSCL) y que por tanto, sólo puede prestarse a través de la modalidad de *concesión administrativa*, de modo que las autorizaciones reglamentadas y sectoriales no pueden sustituir al único título habilitante: el concesional.

El Capítulo V («El precario en la prestación de servicios públicos»), también resulta interesante por cuanto el autor lo dedica al análisis de la figura del «precario», institución de derecho privado que tradicionalmente se identificaba con la posesión sin título y antijurídica, y que ahora extiende su aplicación al ámbito del Derecho Público y a la prestación de servicios públicos. La propia legislación administrativa contempla numerosos casos de autorizaciones y concesiones a precario, que tienen como rasgos principales: por un lado, su carácter temporal –pueden revocarse en cualquier momento ante intereses más dignos de protección–, y, por otro, la particularidad de que el concesionario no consolida derecho alguno a una eventual indemnización si se revoca por la Administración. Particularmente interesante resulta la distinción que realiza, al final de este capítulo, entre el «*precario concedido, precario tolerado y precario usurpativo»*, punto en el que sostiene que la Jurisprudencia se muestra vacilante respecto a la existencia de título o no que ampare la actuación del precarista en el precario tolerado, puesto que, en unos casos defiende que la mera tolerancia administrativa no sustituye a la autorización para ocupar dominio público (STS de 6 de julio de 1993)y, en otros, que la misma tolerancia administrativa y el pago de tasas municipales por el particular dan lugar a un título tácito cuya revocación puede dar lugar a indemnización (STS de 8 de abril de 2003).

En el Capítulo VI (« La concesión de hecho como concesión en precario»), el autor se centra aquí en el estudio del supuesto concreto de la prestación del servicio público de abastecimiento de agua por un particular sin licitación pública, y defiende

abiertamente la naturaleza contractual de esta concesión de hecho, su validez y eficacia, en base al tiempo de prestación del servicio, unido a la tolerancia de la Administración y su participación activa (para los casos en que apruebe tarifas o ejercite la potestad sancionadora, o bien reglamente el servicio mediante la aprobación de la ordenanza correspondiente). Concluye así que los *facta concludentia* de la actuación adminstrativa determinan que esta concesión de hecho sea un verdadero contrato de gestión del servicio público por gestión indirecta y por tanto, goce de eficacia jurídica, calificando la ausencia de concesión formal (de adjudicación) como un supuesto de anulabilidad pero no de nulidad radical. Aún más, tras un análisis de los preceptos del RSCL, concluye que el concesionario de hecho se somete al mismo régimen jurídico previsto para el concesionario formal, si bien con la particularidad de que al ser una prestación precaria cabe su extinción en cualquier momento.

Respecto al Capítulo VII, en éste se analiza, al hilo de lo anterior, el tema de la «extinción de la concesión de hecho», configurada como una prestación en precario. De gran interés resulta su estudio sobre la determinación del plazo mínimo y máximo que rige en las concesiones de hecho, por cuanto carecen de pliegos contractuales que así lo determinen. En opinión del autor, la ausencia de un plazo mínimo permitirá a la Administración suprimir o rescatar el servicio en cualquier momento, por razones de interés general, sin que el precarista tenga derecho a indemnización alguna. En relación con el plazo máximo de duración su conclusión es distinta: se extinguirán cuando venza el plazo máximo de duración establecido en la legislación de contratos, o bien de forma anticipada. Asimismo, relevantes son también sus conclusiones respecto a la imposibilidad de prórroga de la concesión de hecho si se ha agotado el plazo máximo de duración previsto legalmente, puesto que, de lo contrario, considera que la prestación del servicio se trataría de un precario consentido por la Administración más débil que el del período inicial. Resultan también particularmente interesantes los informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa en los que se apoya para concluir que no es posible acudir, como regla general, al mecanismo de la prórroga de la concesión para restablecer el equilibrio económico financiero («prórroga compensatoria»), puesto que se trata de un mecanismo excepcional, que debe tramitarse como una modificación contractual, y menos aún en los supuestos de gestión del servicio público de agua potable (informe de la JCCA del Ministerio de Hacienda 12/2001). Al hilo de la extinción de la concesión surge también el tema de la reversión gratuita de las instalaciones necesarias para que la Administración continúe prestando el servicio.

Sin embargo es en el último capítulo, el VIII, donde el autor aborda el tema del régimen indemnizatorio y plantea sus dudas sobre si en la concesión de hecho

el precarista, como interesado y afectado, tiene derecho a cobrar indemnización para el caso de que la Administración extinga la concesión por vencimiento del plazo. Su conclusión no es otra que el análisis casuístico de cada supuesto, en orden a determinar si las inversiones efectuadas por el precarista tienen naturaleza transitoria o responden a su confianza en la continuidad y al beneficio de la obra o servicio, supuesto este último que considera indemnizable por tratarse de daños emergentes, como los califica la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En sentido similar concluye el informe de la J.C.C.A. de Baleares 3/2010, para el caso de que existieran inversiones pendientes de amortización, estableciendo la obligación de la Administración concedente de revisar las tarifas.

La obra se cierra con un capítulo final (IX) que recoge las principales conclusiones del autor, y continua con una relación de la extensa bibliografía y la abundante doctrina utilizada en su completo estudio.

III

Pues bien, una vez resumido el argumento principal de esta obra, existen, en mi opinión, múltiples razones que recomiendan su lectura. La primera, que si bien el autor parte del análisis del supuesto concreto de la concesión de hecho de un servicio de competencia municipal como es el suministro domiciliario de agua potable, no obstante, su profundo estudio sobre la naturaleza jurídica de la «concesión de hecho» y sus conclusiones, acerca de su naturaleza contractual, su validez y su eficacia, según el caso, son perfectamente extrapolables tanto al ámbito de la Administración autonómica –como es nuestro caso– como al ámbito de la Administración insular, donde pueden hallarse supuestos similares al analizado. Otro argumento a favor de la lectura de esta monografía es que no sólo cuenta con el reconocimiento del Premio otorgado por la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, lo que en sí ya es, en mi opinión, un punto destacable, sino que la obra representa un exhaustivo estudio apoyado en un examen pormenorizado de amplia Jurisprudencia emanada de diferentes órganos jurisdiccionales –desde el Tribunal Supremo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta varios tribunales superiores de justicia –, así como se apoya en abundante doctrina, sin olvidar tampoco los dictámenes analizados de diferentes órganos consultivos– desde el Consejo Consultivo del Estado hasta los consejos consultivos de varias Comunidades Autónomas –. Es precisamente en este punto donde tal vez se echa en falta, aunque sea sucintamente, una breve referencia a la doctrina del Consejo Consultivo de las Illes Balears, del cual forma parte su autor, sobre la materia analizada, toda vez que su elección se produjo con posterioridad a la gestación

de esta obra. No puedo, por tanto, dejar de aprovechar la ocasión para referirme a los dictámenes núm. 51 y 148/2007 y, el más reciente, 83/2012, donde tras analizar varios supuestos de prórroga de concesiones administrativas –formales– de servicios públicos todos concluyen, en el mismo sentido que lo hace el autor para el supuesto de prórroga de concesiones de hecho, que no procede si no viene prevista expresamente esa posibilidad en los pliegos contractuales y si además la prórroga supera el plazo máximo legalmente previsto, puesto que lo contrario atentaría contra los principios de publicidad, libre concurrencia e igualdad que deben presidir la contratación administrativa. Igualmente destacables son los recientes dictámenes núm.93/2012, 109/2012 y 12/2013 donde el Consejo Consultivo de las Illes Balears aplica a la gestión de servicios públicos la teoría del *enriquecimiento injusto* recogida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para sostener, igual que lo hace el autor al reflexionar sobre la *negotiorum gestio* como fuente de obligaciones, que en los supuestos de servicios públicos efectivamente prestados por un particular a cuenta de la Administración Pública, aún cuando no se hubiese tramitado el correspondiente expediente de contratación o se hubiese prorrogado tácitamente un contrato anteriormente vencido, dichos servicios deben abonarse a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración beneficiaria de la prestación.

En resumen, debo concluir que, en líneas generales, nos hallamos ante una obra rigurosa y exhaustiva, de gran coherencia y unidad interna, cuya lectura recomiendo a todos aquellos operadores jurídicos que deseen conocer la validez y eficacia desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal de una realidad fáctica – las concesiones de hecho de servicios públicos– cada vez más frecuente en el ámbito de las administraciones públicas.

I.E.S.