rjib

12

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

El tractament dels crèdits tributaris amb privilegi general derivat de l'article 91.4 de la Llei concursal

•

La formació de professionals del dret al Regne Unit: una lectura comparativa

•

L'adhesió en els recursos penals i la defensa de la Constitució

•

Contracte d'allotjament (d'estades turístiques) en habitatges versus contracte d'arrendament de temporada

2014

rjib12

El tractament dels crèdits tributaris amb privilegi general
derivat de l'article 91.4 de la Llei concursal

•

La formació de professionals del dret
al Regne Unit: una lectura comparativa

•

L'adhesió en els recursos penals i la defensa de la Constitució

•

Contracte d'allotjament (d'estades turístiques)
en habitatges versus contracte d'arrendament de temporada

2014

Coedició

Institut d'Estudis Autonòmics
C/ de Sant Pere, 7, 4t
07012 Palma de Mallorca (Illes Balears)
Tel.: 971 176586 / Fax: 971 176006
iea@caib.es

Fundació per a la Pràctica Jurídica
Ramblas, 10
07003 Palma de Mallorca (Illes Balears)
Tel.: 971 179409 / Fax: 971 719206
fpj@icaib.org

Subscripcions i contacte

Secretaria del Consell de Redacció de la *RJIB*
Ramblas, 10. 07003 Palma de Mallorca (Illes Balears)
secretariarjib@gmail.com

ISSN: 1697-1272

Director ..... Carlos Gómez Martínez
Consell de redacció ..... Regina Vallés Bezares

José Ángel Torres Lana
Antonio J. Terrasa García
Antonia Perelló Jorquera
Tomás Mir de la Fuente
Antonio Cañellas Escalas
Jeroni Mas Rigo
Carlos Jiménez Gallego
Mª Luisa Ginard Nicolau
Marta Enciso Morales
Antoni Canals Prats

Secretària ..... Nuria García Canals

De l'edició: © Fundació per a la Pràctica Jurídica i Institut d'Estudis Autonòmics
Dels textos: © Els autors
Del disseny del núm. 1 de la RJIB: © Ludmila Rivacoba Wamba
Impressió i muntatge d'aquest número: Servei de Reprografia Digital de la Vicepresidència i Conselleria de Presidència del Govern de les Illes Balears

ELS ARTICLES EXPRESSEN EXCLUSIVAMENT L'OPINIÓ DELS SEUS AUTORS.

rjib12

SUMARI

ESTUDIS

Juan Calvo Vérgez. *El tratamiento de los créditos tributarios con privilegio general derivado del artículo 94.1 de la Ley Concursal: algunas consideraciones* 9

Santiago Cavanillas Múgica. *La formación de profesionales del Derecho en el Reino Unido: una lectura comparativa* 61

Jaime Suau Morey. *La adhesión en los recursos penales y la defensa de la Constitución (derechos fundamentales)* 99

Anselmo Martínez Cañellas. *Contracte d'allotjament (d'estades turístiques) en habitatges* versus *contracte d'arrendament de temporada, en la regulació jurídica del turisme a Balears* 135

COMENTARIS I NOTES

Juan J. Guardia Hernández. *La tutela de los derechos fundamentales en el Derecho Urbanístico balear: a propósito de la sostenibilidad cultural-religiosa* 169

Alejandra Martínez Perelló. *El consentimiento informado. Especial referencia a la normativa y jurisprudencia balear* 203
Maria Magdalena Ripoll Matas. *La tutela civil frente al ruido producido por actividades de ocio* 231

JURISPRUDÈNCIA

CONSTITUCIONAL, per Jaume Munar Fullana 262
DRET CIVIL BALEAR, per Miquel Masot Miquel 300
CIVIL, per Carlos Gómez Martínez 312
PENAL, per Antonio J. Terrasa García 320
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Fernando Socías Fuster 339
LABORAL, per Ferran Gomila Mercadal 349

ACTIVITAT REGISTRAL, per Antoni Canals Prats 359

ACTIVITAT NORMATIVA, per Lluís Isern Estela 369

LLIBRES

Manual de dret públic de les Illes Balears. BLASCO ESTEVE, A. (dir.).
Per Sandra Lacosta Suñer 386
La libertad religiosa en España y la Comunidad Judía Balear. PONS-ESTEL TUGORES, C.
Per María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano 390
Manual para la Utilización de los Acuerdos Marco y Figuras Relacionadas. Guía práctica. MOREO MARROIG, T.
Per Ximena Lazo Vitoria 398
Els drets lingüístics en el sistema educatiu. Els models de Catalunya i les Illes Balears. AA. VV.
Per Jaume Munar Fullana 402

ESTUDIS

rjib12

ESTUDIS

EL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS CON PRIVILEGIO GENERAL DERIVADO DEL ARTÍCULO 91.4 DE LA LEY CONCURSAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES

Juan Calvo Vérgez

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Extremadura

I. Consideraciones generales. II. La calificación de los recargos como créditos subordinados. III. Créditos por retenciones de IRPF derivados de cantidades pagadas con anterioridad a la declaración del concurso pero que deben liquidarse con posterioridad a la misma en el correspondiente plazo de declaración-liquidación.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen legal al que quedan sometidos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los llamados créditos tributarios con privilegio general regulados en el art. 91.4 de la citada Ley. A tal efecto se analiza de manera específica el tratamiento otorgado a los recargos tributarios así como a los créditos por retenciones practicadas dentro del IRPF sobre rendimientos que, a pesar de haber sido satisfechos con anterioridad a la declaración de concurso, han de ser liquidados con posterioridad. El estudio toma en consideración la reciente jurisprudencia elaborada al respecto por el Tribunal Supremo.

RESUM

Aquest treball té per objecte analitzar el règim legal al qual queden sotmesos en la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, els anomenats crèdits tributaris amb privilegi general regulats en l'art. 91.4 de la Llei esmentada. A aquest efecte s'analitza de manera específica el tractament atorgat als recàrrecs tributaris així com als crèdits per retencions practicades dins l'IRPF sobre rendiments que, malgrat haver estat satisfets amb anterioritat a la declaració de concurs, han de ser liquidats amb posterioritat. L'estudi pren en consideració la recent jurisprudència elaborada al respecte pel Tribunal Suprem.

ABSTRACT

This paper aims to examine the legal regime they are subject to Law 22/2003 of 9 July, Bankruptcy, called tax credits with general privilege regulated in art. 91.4 of that Law for this purpose specifically discusses the tax treatment given to the charges and credits for withholding practiced within the income tax on income which, despite having been satisfied prior to the declaration of insolvency, have to be settled later. The study takes into account the recent decision made thereon by the Supreme Court.

I. Consideraciones generales

Como es sabido, de acuerdo con lo establecido por el art. 91.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), tienen la consideración de créditos con privilegio general «los créditos tributarios y demás de Derecho Público, así como los créditos de la Seguridad Social, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio puede ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe». Respecto del resto de créditos tributarios, esto es, de aquellos que no traen causa en las retenciones de los impuestos personales sobre la renta y de las cotizaciones sociales de los trabajadores, el privilegio general puede ejercitarse respecto del citado 50%.[1]

Adviértase, de entrada, la amplitud otorgada por el legislador al contenido del crédito privilegiado. Y es que la norma concursal no sólo contempla a los créditos tributarios o de la Seguridad Social, sino que lo extiende de manera expresa a los restantes créditos de Derecho Público, otorgándose así protección a otras modalidades de créditos que no responden esencialmente a los fines constitucionales que amparan la exacción de los tributos (el deber de contribuir), incluyéndose prestaciones con distintos perfiles jurídicos como, por ejemplo, los precios públicos, vinculados a la prestación de servicios o a la realización de actividades administrativas en concurrencia con el sector privado no consideradas como de primera necesidad para la comunidad.[2]

Al amparo de lo establecido en el citado precepto, el convenio concursal afectará siempre a los créditos tributarios con privilegio general no ejercible clasificados como

[1] Así las cosas, a resultas de la aprobación de la Ley 22/2003 tuvo lugar un incremento de la preferencia crediticia, la cual pasó del 10% al 50%. Sin lugar a dudas, se trató de uno de los aspectos más significativos de la reforma concursal, de acuerdo con los objetivos señalados en la Exposición de Motivos de la Ley, al perseguirse reforzar la *par conditio creditorum* en detrimento de los privilegios tradicionales.

[2] Refiriéndose precisamente a esta amplitud señala GARCÍA GÓMEZ, A. J. «Sobre la calificación concursal de determinados créditos tributarios a la luz de la jurisprudencia mercantil». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 149 (2011), pág. 57, que «quizás no todos los recursos de naturaleza pública debieran equipararse a los tributos a los efectos de su calificación concursal y, por lo tanto, la Ley podría haber restringido el privilegio».

créditos ordinarios, esto es, al 50% del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, una vez deducidos aquellos créditos que no gozan de privilegio especial no traen causa en retenciones de los impuestos personales sobre la renta o de cotizaciones sociales de los trabajadores[3] y que tampoco han sido postergados

[3] Concretamente, en relación con las cotizaciones sociales, en la práctica suele ser bastante frecuente que la fecha del auto de declaración de concurso no coincida con el fin de mes, circunstancia que, *a priori*, podría hacer aconsejable proceder a «periodificar» las nóminas mensuales y las correspondientes cotizaciones sociales (igualmente calculadas sobre bases mensuales), en el supuesto de que el deudor fuese empresario y decidiera formular estados financieros intermedios a la fecha de declaración de concurso. Se trata, no obstante, de un criterio que ha sido puesto en tela de juicio desde determinados sectores de la doctrina. Así, por ejemplo, señala GÓMEZ MARTÍN, F. «Los créditos públicos en sede concursal». *Revista Técnica Tributaria*, núm. 89 (2010), pág. 69, lo siguiente: «No imagino su utilidad, salvo en el supuesto de suspensión de facultades del deudor y sustitución por la administración concursal, la cual bien pudiera estar interesada en dejar constancia, en los registros contables, de la situación patrimonial, financiera y de los resultados del deudor a dicha, con la finalidad de separar las responsabilidades de ambas administraciones, aunque en este supuesto el interés de la administración concursal se inclinaría por la fecha de aceptación de su nombramiento». Por otra parte, en el supuesto de que dichas nóminas se encontrasen a medio camino para su liquidación, al no haber finalizado el mes correspondiente, una vez iniciado el procedimiento de concurso mediante el correspondiente auto de declaración parece claro que no habría llegado el instante de acometer la práctica de retención alguna a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), la cual tendría lugar en la fecha de pago, o bien para cotizar a la Seguridad Social, cuya liquidación se practicará igualmente cuando nazca la obligación salarial, esto es, a la finalización del mes correspondiente, no pudiendo plantearse en consecuencia desde un punto de vista contable provisión de ninguna clase y tampoco, como es lógico, efectuar el cálculo de las retenciones sobre una parte de las nóminas, de cara a su inclusión en la lista de acreedores. Y ello debido a que, a la fecha de la declaración de concurso (y salvo que coincidiese con el último día de mes), todavía no habrán nacido como créditos concursales. Así las cosas, una vez que nazcan, a la finalización del mes durante el cual fue declarado el concurso, no tendrán la consideración de créditos concursales sino, como hemos indicado, de créditos contra la masa. Así las cosas, desde un punto de vista estrictamente contable, el último día de cada mes el empresario habrá de reconocer y de registrar la obligación salarial, con cargo a «Sueldos y salarios» (640) y abono a «Remuneraciones pendientes de pago» (465), e igualmente su obligación de cotización a la Seguridad Social, con cargo a «Seguridad Social a cargo de la empresa» (642) y abono a

como subordinados (caso de los intereses, sanciones y recargos), así como a los créditos tributarios subordinados, pudiendo afectar no obstante al crédito tributario con privilegio especial y al general ejercitable, en aquellos casos en los que la Hacienda Pública haya suscrito o se haya adherido al convenio de la masa.

Forman parte de los créditos tributarios las cuotas tributarias relativas a obligaciones principales y a las obligaciones de ingresar a cuenta, a excepción de las retenciones y de los ingresos a cuenta por retribuciones en especie. En cuanto a los intereses de demora y a las sanciones tributarias, dichos créditos no gozan del referido privilegio, al ser calificados de manera expresa por la LC como créditos subordinados.

Los créditos tributarios nacidos antes de la declaración del concurso constituyen créditos con privilegio general en el 50% de su importe, salvo que exista hipoteca legal tácita o un derecho real de garantía debidamente inscrito en favor de la Hacienda con anterioridad, en cuyo caso se considerarían créditos con privilegio especial, al amparo de lo dispuesto en el art. 90 LC. Y el 50% restante de los créditos tributarios se trataría como créditos ordinarios, siendo satisfechos tras los privilegiados. Ahora bien, conviene tener presente a este respecto que constituyen la masa pasiva la totalidad de los créditos contra el deudor común (también los créditos tributarios), cualquiera que resulte ser su calificación jurídica (esto es, la clasificación de los créditos *ex* art. 89), los cuales quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal.

«Organismos de la Seguridad Social, acreedores» (476). Y si el mismo día, último de mes, abonase las nóminas correspondientes, habría de contabilizar la cancelación de la obligación anterior con cargo a «Remuneraciones pendientes de pago» (465) y «Organismos de la Seguridad Social, acreedores» (476), mediante abono en la cuenta de «Tesorería» (57) por las cantidades efectivamente satisfechas a los trabajadores, y en las cuentas de «Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas» (4751) y «Organismos de la Seguridad Social, acreedores» (476), por las retenciones practicadas a los trabajadores (IRPF y cuota obrera). Y si dicho día, último de mes, no abonase y, en consecuencia, no practicase las referidas retenciones, no nacería crédito alguno para la Hacienda Pública por retenciones de IRPF, si bien sí que nacería el derecho de crédito por la cuota obrera a favor de la Seguridad Social, de conformidad con lo establecido en el art. 104 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

¿Cómo debe calcularse el importe del privilegio? ¿Cuál es la base que ha de ser tomada en consideración al objeto de delimitar el importe de los créditos que gozan del privilegio general, esto es, una vez aplicado el límite del 50%? *A priori*, y dada la ambigüedad que caracteriza la redacción del precepto, son varias las interpretaciones que podrían realizarse de esta cuestión. De acuerdo con una primera, defendida por la Administración Tributaria en tanto en cuanto determina una ampliación del privilegio por parte de la Hacienda Pública, de cara a la obtención del citado límite habría que proceder, en primer lugar, a calcular el 50% al que alcanza el privilegio, tomando en consideración al efecto el total de los créditos de la Hacienda y sin la práctica de deducción alguna (ni siquiera la relativa a los créditos subordinados). Una vez concretado dicho límite adquirirían la consideración de privilegiados (quedando clasificados como tales) los créditos que gocen de alguno de los anteriores.[4]

Igualmente habrían de clasificarse como subordinados aquellos créditos a los que la Ley otorga dicha consideración como sucede, por ejemplo, con los intereses de demora. Y, tras la práctica de estas operaciones, se aplicaría el límite entero sobre el resto de los créditos, otorgándoles a los importes incluidos la consideración de privilegiados. Dicho de otro modo, primero se calcularía el 50% sobre el total de los créditos y luego procedería a aplicarse dicho límite sobre los créditos que quedasen una vez deducidos los privilegiados en aplicación de lo establecido en otros números del precepto y los subordinados. Finalmente, y por lo que respecta al resto de los créditos, se clasificarían como subordinados.[5]

---

[4] Así, por ejemplo, tratándose de retenciones, las mismas se tomarían por su importe total, quedando excluidas del cómputo.

[5] Véanse a este respecto, entre otros, los trabajos de PÉREZ ROYO, F. «El privilegio general de los créditos tributarios (según la interpretación auténtica contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)». *Quincena Fiscal*, núm. 1 (2007), pág. 8, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. «La prelación de créditos tributarios en el concurso (un intento de coordinación entre la normativa tributaria y la Ley Concursal)». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7 (2006), págs. 122 y ss., para quienes la base para el cálculo del porcentaje del 50% debe disminuirse, en primer lugar, en los créditos que gocen de otros privilegios (estimándose que si ya existe un privilegio reconocido éste debe excluirse para el cálculo de otro privilegio), así como en las partidas que merezcan la calificación de créditos subordinados, los cuales han sido postergados por el legislador. Así las cosas de los créditos a que se refiere el art. 91.4 de

Señala por tanto el art. 91 LC como créditos privilegiados a los tributarios y a los créditos de la Seguridad Social hasta el 50% de su importe. Dichos créditos pasan a ser créditos ordinarios en un 50%, lo que se traduce en su posposición y en la pérdida del derecho de abstención. La posposición o pérdida de prelación quedaba ya recogida en la propia Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, en la que se resaltaba que «se pretende evitar que el concurso de acreedores se consuma con el pago de algunos créditos», afirmándose en consecuencia que el nuevo concurso que se establezca ha de financiarse con cargo al alcance de los antiguos privilegios de los créditos públicos.[6]

---

la Ley Concursal el 50% tendría la consideración de crédito privilegiado y el restante 50% habría de considerarse como ordinario.

[6] La Ley 38/2011 modificó además el art. 91.5 LC con la finalidad de incluir la mención expresa a los créditos «en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social». Ciertamente se trató de una modificación introducida con una finalidad clarificadora en tanto en cuanto, de existir un delito contra la Hacienda Pública, aquello que originariamente era deuda tributaria pasa a ser, desde una perspectiva estrictamente jurídica, responsabilidad civil derivada del delito, siendo su clasificación más acorde con su naturaleza, no tanto la de crédito tributario (art. 91.4 LC), sino la de crédito por responsabilidad civil extracontractual (art. 91.5 LC), a la que ya hacía referencia este último precepto. Con anterioridad a la citada reforma el referido precepto ya incluía, de manera general, la mención a los créditos «por responsabilidad civil extracontractual» en su art. 91.5. No obstante, la Ley 38/2001 incorporó la mención relativa a la responsabilidad civil derivada de delito. Por tanto, a la luz de la citada reforma se incorpora entre los créditos con privilegio general a los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Como es lógico, se trata de aquellos créditos en los que la responsabilidad civil derivada del delito ha sido ya liquidada en sentencia judicial ya que, en otro caso, aquellas cantidades presuntamente defraudadas a la Hacienda Pública, en tanto en cuanto no sean reconocidas judicialmente, se clasifican como crédito contingente *ex* art. 87.2.2 LC. Y ello a pesar de que, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), cuando se condena por un delito fiscal la cantidad que corresponde a la evasión tributaria (al impuesto defraudado) ya no es un crédito tributario sin más, sino que para distinguirla de la multa o sanción pasa a denominarse responsabilidad civil nacida del delito, aún cuando para su cumplimiento los tribunales acuden a la Administración tributaria, que la exigirá incluso por vía de apremio. Pues bien, dicho crédito goza de prelación general

Ahora bien, por lo que respecta a los créditos de la Seguridad Social, la pérdida del privilegio (parcial) no se traduce simplemente en que dichos créditos desciendan en un 50% hasta ser considerados como un crédito ordinario. Señala el art. 157 LC, en su actual redacción otorgada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que: «El pago de los créditos ordinarios se efectuará una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados.

El juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados.

El juez podrá también autorizar el pago de créditos ordinarios antes de que concluyan las impugnaciones promovidas, adoptando en cada caso las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación».[7]

---

por la totalidad de su importe y no como el resto de los créditos tributarios, cuyo privilegio general sólo alcanza al 50%. Tiene lugar así, además, una concreción del concepto de responsabilidad civil extracontractual, el cual debe amparar la resultante de los procedimientos de delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, eliminándose así todas aquellas posibles dudas interpretativas que ofreciese el citado precepto al amparo de su anterior redacción. Cabe no obstante preguntarse por la razón en base a la cual tiene lugar esta conversión del crédito tributario en crédito por responsabilidad civil derivada del delito, produciéndose además una extensión del privilegio al 100% de su importe, con exclusión de la regla de la reducción al 50% aplicable, con carácter general, a los créditos tributarios. En todo caso conviene recordar que la posible existencia de medidas cautelares sobre el patrimonio del concursado destinadas a garantizar la responsabilidad civil derivada de delito queda al margen de las competencias del juez del concurso, otorgándole el art. 8.4 LC competencias generales en relación con las medidas cautelares, si bien con la excepción de aquellas que se adopten en procesos excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º, dentro de los cuales se sitúan los procesos penales.

[7] Pensemos, por ejemplo, en los créditos de los proveedores, ordinarios y anteriores a la declaración del concurso, cuyos titulares, utilizando la posibilidad que les brinda el citado precepto, pueden exigir el pago de aquellos con posposición efectiva de los créditos públicos (todavía privilegiados), bajo la advertencia de no realizar más suministros, esenciales en muchos casos para el mantenimiento de la actividad, lo que podría conducir a la aplicación de esta norma, prevista en relación con supuestos excepcionales.

Tal y como ha puesto de manifiesto GARCÍA FERNÁNDEZ,[8] la conversión del crédito privilegiado de la Seguridad Social en un crédito ordinario en un 50% origina, no ya sólo su posposición desde un punto de vista prelativo, sino que, como efecto adicional, este crédito, en la parte correspondiente, deja de ostentar el llamado derecho de abstención y pasa a quedar sometido a las determinaciones del convenio, lo que suele traducirse en una quita y en una espera.

Este descenso a que nos referimos resulta especialmente significativo en el caso del crédito correspondiente a prestaciones de la Seguridad Social que, como seguramente se recordará, gozaba de los privilegios del crédito salarial. No se conocía con certeza absoluta si su privilegio iba a ser el del núm. 1 del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores[9] o si, en cambio, resultaba aplicable el núm. 3. Pero, en todo caso, dicho crédito resultó degradado en una cuantía equivalente al 50% de su importe, hasta convertirse en un crédito ordinario. Incluso determinados créditos a

---

[8] GARCÍA FERNÁNDEZ, E. «La defensa del crédito público, pese a la nueva Ley Concursal». *Quincena Fiscal*, núm. 6 (2006), pág. 15; en palabras de este autor «Por primera vez en nuestro Derecho se produce una situación donde los particulares reunidos en Junta o por medio del sistema de adhesiones van a disponer del crédito tributario y del de la Seguridad Social, de forma que van a incidir sobre él actuando auténticas remisiones o condonaciones (en el caso de las quitas) y procediendo a su aplazamiento efectivo (en el caso de las esperas)».

[9] Como es sabido, este art. 32.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, regula el llamado «superprivilegio» de los créditos salariales «por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, siendo los mismos preferentes sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca». Añade además el apartado segundo del citado precepto que «Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario». Téngase presente también que, de conformidad con lo establecido por el art. 9.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), relativo a los créditos de la Seguridad Social, dichos créditos y «los conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquellos procedan gozarán de la misma preferencia que los créditos públicos de la Hacienda Pública estatal. Y cuando concurran créditos a favor de la Administración General del Estado con créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, se imputarán a prorrata de su respectivo importe».

favor de la Seguridad Social, no sólo perdieron su carácter privilegiado pasando a ser ordinarios, sino que se vieron sometidos a un descenso, adquiriendo la categoría de créditos subordinados.[10]

Esta categoría de créditos subordinados viene caracterizada, además de por su posposición, porque sus titulares no contribuyen con su voto a la formación de la voluntad de la Junta, aunque sí se ven afectados por los acuerdos adoptados en ella. Dentro de dicha categoría de los créditos subordinados se subsumen varios grupos de acreedores «sospechosos» por sus especiales relaciones con el deudor (parientes, socios significativos y administradores del deudor societario, entre otros).

En cuanto a las retenciones tributarias y a las tradicionalmente llamadas «cuotas obreras» para la financiación de la Seguridad Social, tradicionalmente se ha ido obteniendo, poco a poco y también de una forma un poco discontinua, una doctrina, especialmente procedente de las Audiencias provinciales, en la que se venía a afirmar que las llamadas «cuotas obreras» y las retenciones tributarias no eran créditos públicos, sino que constituían depósitos a favor de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, de manera que se solía ordenar a los interventores y a los síndicos que hicieran lo necesario para el ingreso de las mismas en las arcas públicas.

Esto, que sucedía con alguna frecuencia en los actuales procedimientos concursales, ya no sucederá de futuro y ello porque el art. 91 se preocupa de decir que las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social, pasan a ser créditos privilegiados, por lo que deja de existir respecto de las «cuotas obreras» el derecho de separación por razón de dominio, créditos privilegiados sobre los cuales también pesa el genérico riesgo de posposición que puede decretar el juez del concurso en beneficio de los ordinarios, en ciertas circunstancias, entre las

[10] Así sucedió, por ejemplo, en el caso de los créditos por intereses, introducidos con carácter general en virtud de una reciente modificación del Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social. Con anterioridad, los créditos de la Seguridad Social sólo devengaban interés en ciertos casos (caso de los aplazamientos de pago, de las cuotas adeudadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) por periodos anteriores al de alta y de los intereses de capitalización). E igualmente sucedió respecto de los créditos por multas y sanciones pecuniarias, situación que afecta a las actas de infracción en materia de Seguridad Social, que constituyen recursos necesarios para la financiación de la Seguridad Social.

que se puede encontrar la de dar satisfacción a los créditos de los proveedores (ordinarios y anteriores a la declaración del concurso).

Nos quedamos cortos cuando decimos que el legislador, buen conocedor de los sistemas y procedimientos que utiliza la Administración Pública para la defensa de sus créditos, ha procurado su neutralización y ello porque hay que hacer referencia a la nueva regulación que afecta a las «deudas de la masa».

De una forma muy parecida a lo que había sucedido con respecto a las «cuotas obreras», también poco a poco se había ido formando una doctrina relativa a las «deudas de la masa» (créditos contra la masa es la expresión que prefiere utilizar el legislador concursal).

Sin embargo hay que dejar claro que también en este aspecto la nueva ley concursal perjudica muy gravemente al crédito público y ello porque, atendiendo a la doctrina que antes hemos citado, estas «deudas de la masa», además de su absoluta preferencia, venían caracterizadas por su inmediata exigibilidad y porque su efectividad debía lograrse a través de los trámites de los respectivos procedimientos ejecutivos (incluidos los administrativos) y no a través de los trámites del procedimiento concursal.

Tampoco en este caso se ha dudado en menoscabar la antigua fortaleza del crédito público, de forma que los tres caracteres de las deudas de la masa que hemos citado (absoluta preferencia, inmediata exigibilidad y efectividad extramuros del procedimiento concursal) han desaparecido.

Tal y como hemos señalado con anterioridad, la adopción de este criterio de cara a calcular el importe del privilegio supone una ampliación considerable de aquel del que disfruta la Hacienda Pública. Incluso podría llegar a darse el caso de que resultasen privilegiados la totalidad de los créditos que no tuviesen la consideración de subordinados.

Nótese de entrada que la Administración persigue extender la determinación de la base para el cálculo de los créditos tributarios privilegiados a la totalidad de los créditos de los que sea titular la Hacienda Pública. La aplicación de dicho criterio extensivo da lugar a que adquiera el carácter de privilegiado una cantidad superior a la que resultaría en el supuesto de que dicha base se redujese en otra partidas que ya hubiesen sido consideradas como privilegiadas, ya sea porque gocen del privilegio especial contenido en el art. 90 LC o, en su caso, del privilegio general

establecido en el art. 91.2 de dicha Ley (relativo a las retenciones tributarias), así como aquellos créditos que se clasifican dentro de los subordinados.[11]

En definitiva, sostiene la Administración tributaria que este 50% al que alude el apartado 4º del art. 91 LC ha de aplicarse sobre la totalidad de los créditos de los que sea titular la Hacienda Pública, independientemente de cual resulte ser su clasificación, habiendo de incluir en dicha base de cálculo los calificados con mayor privilegio y los subordinados.[12] Se estima así que ha de adoptarse una interpretación literal del citado precepto, en el que se alude como base de cálculo al «conjunto de los créditos de la Hacienda Pública».[13]

---

[11] Piénsese además que la adopción de esta base de cálculo no supone sin más, por aplicación del referido porcentaje del 50%, la cantidad que va a gozar de la condición de crédito privilegiado. Tan sólo determina la cuantía máxima a la que resulta posible extender el privilegio de la Hacienda. Ahora bien, debe precisarse que en determinados supuestos la ampliación de esta base de cálculo podría llegar a reflejarse en un incremento de la cantidad que goce de la condición de crédito privilegiado en virtud de lo establecido en el art. 91.4 LC. En otras palabras, podría dar lugar a que la totalidad de los créditos a los que se refiere dicho precepto adquiriesen la consideración de privilegiados, no resultando posible la práctica de reducciones.

[12] En efecto, de acuerdo con la interpretación defendida por la Hacienda Pública, el 50% se calcularía sobre el importe total de todos los créditos de la Hacienda Pública, sin deducción alguna, esto es, computando también los créditos con privilegio especial, las retenciones y los créditos subordinados. Con posterioridad, una vez determinado dicho límite, se computarían por su importe los correspondientes a los privilegiados especiales, a las retenciones y a los subordinados, clasificándose como tales. De los importes restantes, hasta el límite obtenido, serán créditos con privilegio general, teniendo el resto la consideración de créditos ordinarios. Así, por ejemplo, dado un total de 100.000 euros de 100.000 euros de créditos tributarios de los cuales 20.000 euros fuesen retenciones y otros 20.000 euros tuviesen la consideración de intereses, el porcentaje del 50% se aplicaría sobre el total de los 100.000 euros, obteniéndose así una suma de 50.000 euros. Quedarían excluidos retenciones y créditos subordinados que se calificarían por su importe, restando 60.000 euros, ya que 50.000 euros serán créditos con privilegio general y 10.000 euros tendrán la consideración de créditos ordinarios.

[13] Concretamente, la Administración tributaria ha venido argumentando que si el legislador hubiese pretendido limitar el todo respecto al que ha de aplicarse el 50% lo hubiera hecho, tal y como sucede en el apartado sexto de este precepto. Sin embargo ha optado por referirse al conjunto de los créditos. Esta interpretación ha sido rechazada, entre otros, por PÉREZ ROYO, F. «El privilegio general de los créditos tributarios…», *ob. cit*., pág. 8, para quien «La expresión

Por su parte, la jurisprudencia ha seguido diversas líneas interpretativas a la hora de efectuar el cómputo del privilegio. Inicialmente señaló el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, en su Sentencia de 29 de marzo de 2005, que el cómputo había de realizarse de la siguiente manera. En primer lugar (y en este primer paso se coincide con lo apuntado por la Administración tributaria) habría que determinar el 50 por 100 sobre el total de los créditos de la Hacienda, sin deducir crédito alguno, consistiendo el resultado de dicha operación en dividir el conjunto de los créditos en dos mitades. A continuación, de la mitad a la que correspondería el privilegio general por aplicación de lo dispuesto en el art. 91.4 LC se procedería a restar aquellos créditos que ya tienen privilegio especial o general por aplicación de otro precepto, obteniéndose así el importe exacto amparado por la norma. Y, por último, de la otra mitad se sustraerían los créditos que tuviesen la condición de subordinados, adquiriendo el resto la consideración de créditos ordinarios.[14]

No ha sido este, sin embargo, el criterio mayoritario adoptado por la jurisprudencia. En efecto, la principal línea de interpretación adoptada por los distintos Juzgados de lo Mercantil ha consistido en estimar que el cómputo debe realizarse una vez depurados los créditos que gozan de cualquier otro privilegio, así como de aquéllos que tienen la consideración de subordinados. De este modo, en primer lugar, se excluyen los créditos tributarios con privilegio especial (art. 90 LC) y

---

"conjunto de los créditos de la Hacienda Pública" significa sencillamente que este conjunto puede integrar créditos correspondientes a diversos tributos (IVA, Impuesto de Sociedades, IRPF (…) o, en el caso de la Seguridad Social, los diversos conceptos de recaudación conjunta) e incluso diferentes titulares (Hacienda estatal, Hacienda autonómica o locales) y que el límite del 50 por 100 se aplica al conjunto, sea cual sea la distribución interna».

[14] Este mismo criterio fue adoptado por el Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya en su Sentencia de 3 de marzo de 2006. Al amparo de una interpretación literal de lo dispuesto en el art. 91.4 LC, declaró el citado órgano judicial que debía restarse del límite el importe de los créditos ya privilegiados, ya que la norma se está refiriendo a los que no gocen de privilegio especial de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 90 de la Ley, ni del privilegio del número segundo del citado precepto. Ahora bien en dicho pronunciamiento se optó por deducir los subordinados de la mitad no privilegiada, al estimarse que «[…] el mismo precepto señala que el privilegio puede ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública […] La base de cálculo tiene que incluir los créditos subordinados, porque pese a su calificación, forman parte del "conjunto de los créditos"».

con privilegio general del art. 91.2 LC (retenciones), así como aquellos que se califican como subordinados. Y, acto seguido, se computa con el resto el límite del 50%. De este modo la mitad no cubierta con el privilegio adquiere la consideración de crédito ordinario.

Así quedó puesto de manifiesto, entre otras, en las Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y de Oviedo de 11 de abril y 31 de mayo de 2005, respectivamente. En esta última Sentencia concluyó el Tribunal que únicamente aquellas retenciones por IRPF practicadas con posterioridad a la fecha de la declaración de concurso son susceptibles de ser tenidas en cuenta como créditos contra la masa, en la medida en que traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado desarrollado tras dicho momento.

Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid tiene declarado a este respecto en su Sentencia de 23 de junio de 2005 que «[…] Es patente el carácter excepcional de los privilegios […] La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho».[15]

[15] Véase asimismo a este respecto la Sentencia del citado Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 5 de julio de 2005, en la que se rechaza igualmente la tesis defendida por la Administración argumentándose que el art. 91.4 LC se refiere a los créditos que no gocen ni de privilegio especial ni de privilegio general del art. 91.2 de dicha Ley, y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Álava de 17 de octubre de 2005; en este último pronunciamiento se señala, al hilo de la deducción de los créditos subordinados, que «incluir los créditos subordinados en la base de cálculo conduce irremediablemente a privilegiar el crédito o, por mejor decir, faculta el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación, y el carácter de "hipocrédito" del subordinado». En esta misma línea se sitúan las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 19 de enero de 2006, de Soria de 12 de mayo de 2006 y de Álava de 13 de octubre de 2006 y de 31 de octubre de 2007. En todas ellas tiene lugar una atribución de privilegio general al 50% del crédito público, calculado sobre la suma de créditos que no gozan de privilegio especial ni traen causa en retenciones de los impuestos personales sobre la renta o de las cotizaciones sociales de los trabajadores, no habiendo sido tampoco postergados como subordinados (intereses, sanciones y recargos). Se excluyen pues los créditos tributarios con privilegio especial (art. 90 LC) y con privilegio general del art. 91.2

Se añade además en este último pronunciamiento, al hilo de la necesidad de minorar la base en aquellas partidas que merezcan la calificación de créditos subordinados, que «Si el art. 91.4º no hace referencia a la necesidad de deducir —además de los otros privilegios— el importe de los créditos subordinados para hallar la base a la que aplicar el 50% ello se debe […] a consideraciones de carácter sistemático derivadas de que, no estando destinado el precepto a disciplinar el tratamiento de los créditos subordinados, no se consideró necesaria esa específica matización, tal vez por reputarse sobreentendida en la propia naturaleza y finalidad de la subordinación crediticia […] Lo contrario provocaría un resultado abierta y manifiestamente contrario a los fines perseguidos por el mecanismo de la subordinación».

A nuestro juicio es este último criterio el que resulta más coherente con la finalidad perseguida por el legislador, a saber, proceder a la limitación de los privilegios. Se trata por tanto de un criterio que conecta con los objetivos, no ya sólo del art. 91.4 LC, sino también del resto de preceptos reguladores de la calificación de los créditos.

Téngase presente, además, que ya en la propia Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 se declara que el objetivo perseguido se centra en «[…] Evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, conjugando el interés público y el de la masa pasiva en su conjunto […] Han de fomentarse soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración en la parte en que sus créditos no gozan del privilegio». En efecto, al amparo de lo señalado en la

---

LC (retenciones), así como los que se califican como subordinados, computando con el resto el límite del 50%. De esta forma, la mitad no cubierta con el privilegio será crédito ordinario. Téngase presente además a este respecto que tal y como ha puesto de manifiesto, entre otros, FUENTES DEVESA, R. «Apremios administrativos y concurso», en la obra colectiva PRENDES CARRIL Y MUÑOZ PAREDES (Dir.). *Tratado Judicial de la Insolvencia*. T. I. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pág. 939, «La preferencia de ejecución no implica la preferencia crediticia, de modo que este privilegio procedimental, que supone el procedimiento de apremio, no implica ningún privilegio sustantivo en el plano material para el cobro del crédito tributario. Luego los acreedores privilegiados que consideren que tienen mejor posición en el orden de prelación de los créditos podrán acudir a interponer una tercería a fin de evitar que la ejecución separada del patrimonio del deudor por parte de la Hacienda Pública suponga un menoscabo en sus posibilidades de cobro».

citada Exposición de Motivos de la Ley Concursal, el recorte de dichos privilegios, tanto en su número como en su cuantía, constituye uno de los principales rasgos de la nueva regulación legal, en aras de evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, que ha de ser conjugado con el de la masa activa en su conjunto.

En consecuencia parece más razonable que, al objeto de determinar la base de cálculo del 50% prevista en el art. 91.4 LC (en cuya primera parte, como hemos visto, se alude a «Los créditos tributarios y demás de Derecho Público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo»), deben detraerse del crédito total de la Hacienda Pública las cantidades correspondientes al privilegio especial y al privilegio general. Piénsese que si ya hay un privilegio reconocido habrá de excluirse para el cálculo de otro privilegio.[16] Y, al margen de lo anterior, debe procederse a la práctica de una segunda minoración de la cantidad resultante detrayendo de la misma el importe correspondiente a créditos subordinados, tratándose de créditos que han sido postergados por la propia Ley.[17]

En definitiva, estimamos que el importe del privilegio del art. 91.4 LC ha de calcularse del siguiente modo. En primer lugar, del conjunto de los créditos se

[16] Lo contrario (es decir, admitir el criterio defendido por la Administración) supondría calcular el privilegio general, al menos en parte, sobre la base de la cuantía de otros créditos de la Hacienda Pública ya privilegiados, de manera que, tal y como ha señalado MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. «La prelación de créditos tributarios en el concurso…, *ob. cit*., pág. 123, «la excepción a la *par conditio creditorum* que supone todo privilegio se multiplicaría en el caso de los créditos tributarios con privilegio especial o con el privilegio general del artículo 91.2 de la Ley Concursal, porque su importe, ya privilegiado en estos términos, se volvería a tener en cuenta a efectos de calcular el privilegio del artículo 91.4 de la Ley Concursal, establecido también a favor de la Hacienda Pública, lo cual abiertamente contradice la idea de recortar los privilegios».

[17] Tal y como se ha puesto de manifiesto, entre otras, en las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 11 de abril de 2005 y de 27 de febrero de 2006 y del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 10 y 11 de mayo de 2006, carece de todo apoyo legal que el importe correspondiente a créditos subordinados pueda coadyuvar a establecer el importe de un privilegio general. El cómputo del 50% ha de realizarse dentro del ámbito del art. 91.4 LC, depurándose el total del crédito de los que ya sean privilegiados y de los subordinados.

detraen aquellos que ya gozan de privilegio por aplicación de otros apartados del citado precepto, así como los subordinados. Y, en segundo término, a la cantidad resultante habría de aplicársele el límite del 50%, obteniéndose así el importe del privilegio, adquiriendo la otra mitad la consideración de crédito común. De este modo, de los créditos a que se refiere el art. 91.4 LC el 50% tiene la consideración de crédito privilegiado, debiendo considerarse el restante 50% como ordinario.[18]

De este modo, y tal y como precisa CARRERAS MANERO,[19] aquellos créditos tributarios que no puedan circunscribirse dentro del presupuesto al que se refiere el punto segundo del art. 91 LC se considerarán como créditos con privilegio general, si bien sólo por la mitad de su importe, constituyendo dicha reducción el elemento esencial de la reforma concursal sobre los créditos públicos, al perseguirse a través de la misma limitar las excepciones a la *par conditio creditorum*.

Por otra parte, ¿ampara este privilegio a la totalidad de los conceptos susceptibles de integrar el crédito tributario? La respuesta a la citada cuestión ha de ser necesariamente negativa. El referido privilegio no se proyecta sobre todos los conceptos que pueden llegar a conformar el crédito tributario, limitándose por el contrario a aquellos que constituyen la deuda tributaria en sentido estricto, esto es,

---

[18] Como bien han señalado MÁLVAREZ PASCUAL, L. y SÁNCHEZ PINO, A. J. en «La determinación del privilegio de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales». *Revista Técnica Tributaria*, núm. 79 (2007), pág. 48, «la determinación de tal base de cálculo tan sólo produce efectos en relación con los créditos que encajan dentro del artículo 91.4 de la Ley Concursal, que como consecuencia de la ampliación de la base de cálculo pueden gozar de la condición de privilegio en un porcentaje superior al 50 por 100, pudiendo llegar a tener tal condición la totalidad de los mismos».

[19] CARRERAS MANERO, O. «El derecho de prelación general de la Hacienda Pública para el cobro de los créditos tributarios frente al resto de acreedores concurrentes y sus efectos en el procedimiento concursal». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 346 (2012), pág. 112. Precisa no obstante la citada autora que «Si un determinado crédito ya gozase de un privilegio concreto, éste habría de excluirse de la cuantificación del otro puesto que, en caso contrario, aquel se vería doblemente privilegiado […] Entendemos que el límite del 50 por ciento, relativo al privilegio general recogido en sede del artículo 91.4 de la LC, no deberá aplicarse sobre aquellos créditos tributarios calificados con privilegio especial (art. 90.1.1º) o con privilegio general por la totalidad de su importe (art. 91.2º), excluyéndose también de aquél los créditos concursales subordinados (art. 92)».

la cuota o cantidad a ingresar resultante de la obligación tributaria principal o de las obligaciones a realizar pagos a cuenta. Quiere decirse con ello que deben quedar excluidos, debido precisamente a su carácter de créditos subordinados, los intereses devengados y las sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social.

¿Y qué sucede con los recargos? Desde nuestro punto de vista, tanto los recargos de apremio como los devengados con motivo de la presentación extemporánea de la declaración han de considerarse incluidos dentro de las expresiones contenidas en los números 3 y 4 del art. 94 LC,[20] relativas a «intereses de cualquier clase, incluidos lo moratorios» y a «multas y demás sanciones pecuniarias», respectivamente. En consecuencia tendrán la consideración de créditos subordinados.

Así lo han interpretado además diversos pronunciamientos judiciales, que optan por reconducir esta figura al ámbito del art. 94.4 LC, con independencia de que se trate de prestaciones que carezcan, en sentido estricto, de la consideración de sanciones. Señala concretamente el citado precepto en su actual redacción otorgada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que, en relación separada, se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de los vencimientos. Y ello debido a que se interpreta la expresión «demás sanciones pecuniarias» como equivalente a cualquier obligación cuyo nacimiento venga motivado por el retraso o el incumplimiento por parte del obligado. Véase, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 19 de diciembre de 2008, en la que se afirma lo siguiente: «[…] La Ley Concursal guarda un silencio prácticamente total sobre el tratamiento concursal de los recargos tributarios de la Seguridad Social. Para resolver la cuestión controvertida ha de partirse de la premisa de que el mecanismo de la subordinación diseñado por la Ley Concursal contribuye, con un evidente criterio de justicia, a garantizar que ni componentes accesorios de las deudas (como los intereses) ni penalizadores (como las sanciones, etc.) produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se

[20] Como es sabido, señala este número 4º del art. 94 de la Ley 22/2003 que al informe de la administración concursal se acompañará la lista de acreedores y, en relación separada, se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago.

persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquéllos otros conceptos con los bienes que al final le pudieran restar al concursado […] El legislador no puede llegar a especificar la clasificación de cada uno de los créditos públicos […] de forma que, con arreglo a lo expuesto, debemos considerar créditos subordinados a aquellos que, con independencia de su denominación, tengan carácter accesorio o naturaleza sancionadora».

Tras la reforma del citado art. 94.4 y del art. 152 LC se incorporan a los datos que han de obrar respectivamente en la lista de acreedores y en los informes trimestrales de liquidación el detalle y la cuantificación de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos. Ni que decir tiene que la aportación de dicha información adquiere una especial relevancia al objeto de poder conocer si se están pagando o no correctamente los créditos contra la masa, proporcionándose así una mayor seguridad a los acreedores.[21]

Al amparo de la citada reforma del art. 91.4 LC, ¿resulta acumulable el nuevo supuesto de privilegio al general de los créditos tributarios contemplado en el citado apartado 4º si quien insta el concurso es la Administración? *A priori* cabría estimar que nada impediría la adopción de una interpretación literal del citado precepto, ya que la única salvedad se hace para los calificados de subordinados. Por lo que respecta al supuesto de preferencia general establecido en el apartado 7º del citado precepto, el mismo sólo se referiría, en caso de prevalecer la interpretación literal, a los créditos ordinarios. Ahora bien, frente a dicha argumentación cabría igualmente la posibilidad de estimar que los créditos tributarios ya cuentan con un sistema de privilegios específicos que contempla todas sus categorías, de manera que dichos privilegios (tratándose concretamente de los previstos en el art. 91 LC), llevan a la preferencia para el cobro prevista en el art. 155 LC, frente al privilegio que ocupa el número 7º de los contemplados en aquél precepto.[22]

---

[21] En efecto piénsese que, con anterioridad a la reforma, la administración concursal era la única que disponía de dicha información, lo que impedía conocer si se estaba o no postergando el pago de los créditos de vencimiento anterior argumentándose que dicha postergación se realizaba en interés del concurso.

[22] Téngase presente además que el privilegio contemplado en el apartado 4º del propio precepto sería del mismo porcentaje pero anterior en la prelación de pagos que establece el art. 155 de la Ley 22/2003.

En relación con esta cuestión se encargó de precisar, de entrada, el Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 21 de enero de 2009, relativa a la forma en la que han de computarse los créditos tributarios a efectos de la determinación del ámbito del privilegio general de los mismos y la clasificación de los recargos tributarios de apremio como créditos subordinados, que la finalidad de lo dispuesto en el art. 91.4 de la Ley 22/2003 no es otra que la de determinar el ámbito del privilegio general de los créditos de Derecho Público no clasificados y concretar su restricción mediante la fijación de un porcentaje (el 50%), de manera que una parte de dichos créditos queda privilegiada con el rango que le otorga la propia norma, mientras que la parte restante (la otra mitad de la cuantía) adquiere la calificación de crédito ordinario.[23]

De conformidad con lo declarado por la Administración en el concreto supuesto analizado por el Tribunal, al amparo de una interpretación literal del art. 91.4 LC se fija el límite del privilegio en relación con el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública. Estima además la Hacienda Pública que su criterio interpretativo queda asimismo amparado, entre otros, por los siguientes argumentos: la lógica y la interpretación sistemática del precepto; la interpretación teleológica y finalista de fijar un límite máximo; el respeto a la naturaleza jurídica y al régimen jurídico aplicable al crédito tributario como privilegiado que establece el art. 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) (cuyo apartado primero regula el alcance del derecho de prelación general de los créditos tributarios, disponiendo su apartado segundo, como ya sabemos, que «En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, […], quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal»), no pudiendo verse alterada dicha naturaleza jurídica siquiera en sede concursal; y los antecedentes históricos y legislativos de la materia en cuestión.[24]

---

[23] Tal y como afirmó el Alto Tribunal en la citada Sentencia «[…] Preservar la *par conditio creditorum*, al ser éste el principio general que la Ley Concursal pretende reconocer en su máxima extensión posible: no olvidemos que la poda de privilegios así llamada no es sino un instrumento al servicio de tal principio y no un principio en sí mismo».

[24] Téngase presente a este respecto la evolución en trámite parlamentario experimentada por el art. 91.4 de la Ley 22/2003 y lo establecido en su día en el fallido Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, a través del cual se

Pues bien, a través de la citada Sentencia de 21 de enero de 2009 el TS procedió a desestimar el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, elaborando una línea interpretativa contraria a lo defendido por la Administración tributaria sobre la base de los siguientes aspectos: los fines perseguidos por la norma; y su justificación en relación con la forma de fijar el importe del crédito privilegiado. En efecto el Alto Tribunal desestimó la pretensión de la Administración tributaria sobre la base del cálculo del privilegio general del crédito tributario y la calificación de los recargos de apremio como crédito ordinario.

Comenzó afirmando el TS en dicha Sentencia de 21 de enero de 2009 que lla finalidad del precepto controvertido es la de determinar el ámbito del privilegio general de los créditos de Derecho público no clasificados, y concretar su restricción mediante la fijación de un porcentaje, de modo que una parte de dichos créditos, en la medida adoptada en atención a razones de política legislativa, queda privilegiada con el rango que le otorga la propia norma, y la parte restante (la otra mitad de la cuantía) tiene la calificación de créditos ordinarios, concepto residual pero que acumula la generalidad de los créditos concursales, sujetos a la regla de la «par condicio creditorum». Tal función, de configurar el privilegio general genérico, se refuerza por la ubicación sistemática del precepto —en la norma que se examina y no en otro lugar— y la propia expresión del inciso segundo (art. 91.4º LC) «este privilegio».

Al objeto de proceder a determinar la base a la que deba aplicarse el referido porcentaje del 50% sostuvo el Tribunal que no cabe tomar en consideración los créditos incardinables en los arts. 90, 91 y 92 LC, debido a que los mismos ya están clasificados con una u otra condición, quedando en consecuencia fuera de la categoría genérica correspondiente a los no clasificados.[25]

Para determinar la base a la que debe aplicarse el porcentaje del 50% no cabe tomar en cuenta los créditos incardinables en los arts. 90, 91 y 92 LC, al hallarse clasificados con una u otra condición, quedando fuera de la categoría genérica de

---

modificaba la regulación de la Ley Concursal precisamente en la línea defendida por la Administración, si bien finalmente el mismo no llegó a ver la luz.

[25] Tal y como señala el Tribunal, dicha interpretación responde a la lógica formal del propio sistema, evitándose además caer en el absurdo de la existencia de una doble calificación de los créditos ya clasificados.

los no clasificados. En palabras del Tribunal «No resultaría razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u otras razones subjetivas u objetivas se deban tomar en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, […] dada la limitación de los privilegios y su interpretación de carácter restrictivo».

En resumen, de acuerdo con la doctrina elaborada por el Tribunal «La determinación de la base de cálculo a efectos de fijar el 50% de los créditos con privilegio general de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social a que se refiere el artículo 91.4, inciso segundo, de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, se hará tomando en cuenta todos los créditos de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, previo descuento de los créditos con privilegio especial (artículo 90 de la Ley Concursal), con privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal (retenciones) y de los subordinados (artículo 92 de la Ley Concursal)».

Deben detraerse pues del crédito total de la Hacienda Pública, no ya sólo las cantidades correspondientes al privilegio especial y al privilegio general, sino también el importe correspondiente a los créditos subordinados, hallándose tanto unos como otros ya clasificados con una u otra condición. La exclusión de la base del cálculo de los créditos con privilegio especial (art. 90 LC) y de las retenciones tributarias (art. 91.2 LC) se ratifica por su específico rango privilegiado (arts. 155 y 156 LC) y por la propia disposición legal (así lo establece además, como hemos tenido ocasión de precisar, el inciso primero del art. 91.4º LC).[26] En cambio, la exclusión de los créditos subordinados se refuerza si se advierte, de una parte, que no es razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u

[26] En efecto, a juicio del Tribunal no cabe incluir dentro de la base del crédito con privilegio general aquellos que ya tienen una calificación más privilegiada, es decir, los importes que gozan del privilegio general del art. 90.1 LC, así como los beneficiados del privilegio general del art. 91.2 LC y el crédito que se califica como subordinado. Y ello con la finalidad de evitar un resultado que la Ley obviamente excluye, como es el de que un mismo crédito resulte calificado doblemente como subordinado y como privilegiado a la vez, con la finalidad de privilegiar solo una parte o porción de los créditos de Derecho Público que no ostenten otra preferencia crediticia, sin incluir a aquellos que merezcan la calificación de subordinados. Ciertamente si el inciso primero del art. 91.4 LC determina el ámbito objetivo del privilegio con las consabidas exclusiones dentro del conjunto de los créditos de naturaleza pública, en la segunda parte del mismo se procede únicamente a concretar el límite hasta donde alcanza dicho privilegio.

otras razones subjetivas y objetivas se deban tomar en cuenta de cara a incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios. Y, de otra, que una de las directrices de la Ley Concursal es la relativa a la delimitación de los privilegios, en favor de cuya orientación, y adoptando una interpretación restringida de los mismos, abundan razones de diversa índole (caso, por ejemplo, de la existencia en la Administración de información privilegiada, económica y financiera sobre el concursado, o de la absoluta falta de transparencia y ausencia de publicidad de los privilegios públicos).[27]

Al amparo de la anterior redacción del art. 94.4 LC los créditos contra la masa debían pagarse, normalmente, a la fecha de vencimiento. Debido a ello a ello resultaba esencial conocer dicha fecha de vencimiento de los créditos contra la masa. Sin embargo, tras la reforma articulada a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se introdujeron una serie de modificaciones legales destinadas a obligar a la administración concursal a indicar la fecha de vencimiento de los créditos contra la masa en la relación separada del informe inicial (precisando a este respecto el citado art. 94.4 LC en su actual redacción que «En relación separada se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de los vencimientos») así como en los informes trimestrales sobre el estado de las operaciones en la fase de liquidación.[28]

---

[27] Proclama así el TS la subordinación a los efectos concursales de la Ley 58/2003 respecto de la Ley 22/2003 afirmando que, aun cuando la LGT, en su art. 77.2, limita la remisión efectuada a la Ley Concursal en relación con la prelación de créditos tributarios al «caso de convenio concursal» (mientras que el art. 71.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, redactado por la Disposición Final Undécima de la LC, se refería al «caso de concurso»), continúa siendo prevalente el régimen de la LC en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la vigente LGT así como en el art. 89.2 LC, no pudiendo prevalecer el contenido de esta última Ley o interpretación de la misma en cualquier disposición o conclusión hermenéutica dimanante de la LGT. Recuérdese a este respecto que, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el contenido de la citada Disposición Final Undécima de la Ley 22/2003 pasó a ser el siguiente: «1. El apartado 2 del artículo 77 quedará redactado de la forma siguiente: 2. En el proceso concursal, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.»

[28] Dispone a este respecto el art. 152 LC que «Cada tres meses a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al Juez del concurso un informe

Señala además el art. 84.4 LC en su actual redacción otorgada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que los créditos contra la masa no pagados a su vencimiento devengan intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento. Dicha modificación ha de ponerse en conexión con el inciso final introducido en el art. 164.2 LGT de conformidad con el cual la declaración de concurso no impedirá que se dicte la providencia de apremio y que se devenguen los recargos del período ejecutivo tratándose de créditos contra la masa. Cabe pues la posibilidad de que en los supuestos de concurso la Administración tributaria dicte la correspondiente providencia de apremio, devengándose los recargos del periodo ejecutivo, no ya sólo cuando se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, sino también cuando se trate de créditos contra la masa.

De este modo aquellos créditos contra la masa no pagados en tiempo pueden ser apremiados devengando los recargos e intereses correspondientes con arreglo a la normativa tributaria. Con carácter adicional podrán iniciarse ejecuciones administrativas para cobrar créditos contra la masa si se hubiese aprobado el oportuno convenio, se hubiese abierto la fase de liquidación o hubiese transcurrido el plazo de un año a contar desde la declaración de concurso sin que se hubiera aprobado el convenio o abierto la fase de liquidación.

II. La calificación de los recargos como créditos subordinados

Entrando en la cuestión relativa a la calificación de los recargos tributarios como créditos subordinados, esto es, por lo que respecta a la materia relativa a la clasificación de créditos a efectos del concurso, apunta el TS que la regulación contenida en la LGT se halla subordinada a la normativa de la Ley Concursal ya que, aun cuando la LGT parece querer matizar el régimen anterior (recuérdese que su art. 77.2 limitaba la remisión a la Ley Concursal en relación con la prelación de créditos tributario al «caso de convenio concursal» al disponer que «En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, quedarán

---

sobre el estado de las operaciones que detallará y cuantificará los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos».

sometidos a lo establecido en la LC», mientras que el art. 71.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, redactado por la Disposición Final 11ª LC, se refería al «caso de concurso»), continúa siendo prevalente el régimen de la LC. Téngase presente que la Disposición Adicional 8ª LGT señala que, en materia de procedimientos concursales, «Lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento». Por su parte, el art. 89.2 *in fine* LC declara que «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». Así las cosas, no puede prevalecer contra el contenido de la Ley Concursal, o frente a la interpretación de la misma, cualquier disposición o conclusión hermenéutica dimanante de la LGT.[29]

Por otro lado, a juicio del TS, la admisión del criterio defendido por la Administración supondría un privilegio extendido que podría llegar a dar lugar, en función del importe total y de la naturaleza de los créditos, a la anulación de los

[29] Tal y como se encarga de precisar el TS en esta Sentencia «[…] Los proyectos legislativos invocados resultan irrelevantes en la perspectiva interpretativa de la "lege data" y que los antecedentes históricos y prelegislativos del precepto no resultan en absoluto esclarecedores en el sentido que pretende la parte recurrente, debe señalarse, que, no hay razón alguna para desconectar los dos incisos del art. 91.4º LC; cabe referir la expresión "conjunto de los créditos" a todos los no clasificados; no hay una solución inequívoca en la perspectiva de la literalidad del precepto controvertido, es más, incluso son posibles fórmulas distintas de las contempladas en el proceso que, según las circunstancias, pudieran ser menos favorables para la AEAT; el argumento de que de haber querido el legislador otra solución [distinta de la que mantiene la parte recurrente] la habría expresado de un modo más sencillo resulta inconsistente porque la redacción del precepto dista de ser unívoca para sustentar tal apreciación; el que el art. 91.6º LC, a propósito del privilegio general (de último rango) otorgado a un porcentaje de los créditos del solicitante de la declaración de concurso, excluya explícitamente los créditos subordinados, no permite deducir una solución diversa por omisión de la referencia en el cálculo del porcentaje del privilegio general de los créditos de Derecho público, porque no hay una "ratio" diferente que lo explique o justifique; y, finalmente, nada dice el art. 77 LGT de 2003 porque, sin necesidad de entrar aquí en otras digresiones, procede resaltar que la Disposición adicional octava de dicha Ley, bajo la rúbrica de "Procedimientos concursales", indica que "lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento", y en el art. 89.2, inciso final, LC claramente se establece que "No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley"».

créditos ordinarios. El alcance de dicho privilegio y su límite resultarían determinados en mayor o menor medida por el importe de los créditos incluidos en otros privilegios, o incluso por el importe de los créditos subordinados, creándose así un privilegio nuevo no regulado en el art. 91.4 de la Ley Concursal.

Se trataría además de una línea de interpretación que trascendería al simple efecto de ampliar el crédito preferente, reforzándose la posición de la Administración ante un eventual convenio, ya que disminuirían los créditos ordinarios y, por el contrario, se verían incrementados los créditos privilegiados (aquellos que otorgan el derecho de abstención). Y, por lo que respecta a los créditos subordinados (que, como es sabido, carecen de derecho de voto), en tanto en cuanto hubiesen influido de cara al cálculo del límite del 50%, estarían contribuyendo igualmente a la definición de dicha posición.[30]

En todo caso, y con independencia de lo anterior, subraya el Alto Tribunal que, si bien en el art. 54.2 LGT se incluyen dentro de la deuda tributaria los recargos (y, entre ellos, de conformidad con lo establecido en su letra c), los recargos del período ejecutivo), ello no obsta para que puedan ser considerados créditos subordinados, ya que también se integran en la deuda tributaria los intereses moratorios (art. 58.2.a LGT) y, como es sabido, estos constituyen créditos subordinados (art. 92.3º LC).[31]

---

[30] Esta argumentación contrasta con las alegaciones efectuadas por la Administración tributaria en el sentido de que, de haber querido el legislador otra solución distinta de la mantenida por ella, la habría expresado de una manera clara y sencilla. Ahora bien, frente a ello cabría argumentar que si lo que el legislador de la Ley 22/2003 pretendía era fijar el límite del privilegio general computando la totalidad de los créditos ya calificados por ella (incluidos los subordinados) lo habría manifestado de forma clara y precisa.

[31] En efecto, como ya sabemos, se refiere este número 3º del art. 91, en su actual redacción otorgada por la Ley 38/2011, a los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. A resultas de la citada reforma dicho precepto pasa a tener la siguiente redacción: «Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía». Se introduce así expresa referencia a los recargos para explicitar su condición de subordinados, junto a los créditos por intereses y multas, lo que se traduce en que sus titulares carezcan de derecho de voto en la junta de acreedores y que, en caso de liquidación, no puedan ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios. Se confirma la naturaleza de subordinados que ostentan los

Apunta por otra parte el TS en la citada Sentencia de 21 de enero de 2009 que una de las razones orientativas del sistema que contribuye a explicar la calificación de un crédito como subordinado es la relativa al carácter accesorio de la obligación. Y dicha naturaleza de obligación accesoria de los recargos del período ejecutivo resulta de modo incuestionable de lo dispuesto en la propia LGT (Subsección 4ª de la Sección 2ª, Capítulo I, Título II, donde se integra el art. 28, relativo a dichos recargos). Señala a este respecto el Tribunal lo siguiente: «[…] Es cierto que la Exposición de Motivos parece limitar la justificación de la accesoriedad a los intereses, pero sucede que las modalidades de recargo ejecutivo y recargo de apremio reducido excluyen —y, por ende, sustituyen— a los intereses moratorios a partir del inicio del período ejecutivo —art. 28.5.in fine LGT—, por lo que, al menos en la medida coincidente, realizan la misma función, que no es otra que la de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la mora en las obligaciones pecuniarias, tal y como resulta del art. 1108 del Código Civil. Y no es razonable entender que los intereses moratorios sean crédito subordinado —por ejemplo, en su compatibilidad con el recargo de apremio ordinario— y no tengan aquel carácter los recargos que realizan, al menos en parte, la misma función».[32]

---

referidos créditos por recargos. En relación con esta cuestión cabe referirse además a determinados pronunciamientos de los tribunales de justicia (caso, entre otros, de las Sentencias del TS de 21 de enero de 2009 y de 30 de septiembre de 2010, así como de los Juzgados de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 5 de julio de 2005 y núm. 1 de Bilbao de 29 de diciembre de 2006, en las que se precisó que los recargos tributarios han de calificarse como créditos subordinados dado que, a efectos concursales, no existe razón alguna para considerar los créditos por recargos como ordinarios o privilegiados, ya que la naturaleza accesoria a la obligación principal lleva también a relegar a los recargos a la postergación legal de la subordinación, al no resultar merecedores, del nivel de protección que el legislador concede al resto de los créditos.

[32] Añade asimismo el TS en la presente Sentencia, refiriéndose a la justificación de estos créditos subordinados, que los mismos «No responden a un fundamento único, aludiéndose al respecto en la doctrina a razones de estricta justicia material, en algunos casos de índole objetiva, y otros de índole subjetiva, y aunque la relación es cerrada, sin embargo —y en concreto en los casos que aquí interesa— el legislador utiliza fórmulas amplias, para cuya comprensión resulta de especial interés las referencias de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal en las que se justifica la calificación por el carácter accesorio (intereses) o por la naturaleza sancionadora (multas) […] Esta reflexión resulta especialmente oportuna porque los

Considera así el TS que los recargos tributarios de apremio se califican como créditos subordinados ya que, si bien el art. 92 LC no los enumera de manera expresa, una interpretación del citado precepto tampoco los excluye al utilizar expresiones de contenido indeterminado que reclaman una integración por el intérprete, sin que pueda obviarse tampoco el canon teleológico. Y, en materia de clasificación de créditos a efectos del concurso, la regulación de la LGT se halla subordinada a la normativa de la LC, de manera que no puede prevalecer frente al contenido de esta última o interpretación de la misma cualquier disposición o conclusión hermenéutica dimanante de la Ley 58/2003. Y si bien en el art. 54.2 de esta última Ley se incluyen dentro de la deuda tributaria los recargos (y, entre ellos, los recargos del período ejecutivo), ello no obsta para que puedan ser considerados créditos subordinados, ya que también se integran dentro de la deuda tributaria los intereses moratorios, que tienen la consideración de créditos subordinados.[33]

De este modo estima el Tribunal que los recargos en general tienen una función plural, siendo el problema planteado en el caso concreto el relativo a si el recargo tributario de apremio (y, en concreto, el de apremio ordinario que, a diferencia del apremio reducido, es compatible con los intereses de demora, conforme al art. 28.5 LGT) puede o no ser calificado como una sanción pecuniaria a los efectos de su posible inclusión en el art. 92.4º LC. Pues bien, a juicio del TS es claro que el recargo de apremio no constituye una sanción en el sentido a que se refiere el art. 58.3 LGT, ya que únicamente lo son aquellas que puedan imponerse de acuerdo

---

principios y líneas directrices del ordenamiento concursal permiten descubrir el sistema y de tal modo comprender lo que pueda estar ambiguo en las palabras de la Ley».

[33] Concretamente, de conformidad con lo declarado por el TS en la presente Sentencia «[…] Si una de las razones orientativas del sistema que explican la calificación de un crédito como subordinado es el carácter accesorio de la obligación, tal naturaleza de los recargos del período ejecutivo resulta de modo incuestionable de la propia LGT […] El denominador común del recargo del período ejecutivo del 5 por ciento y del recargo de apremio rebajado del 10 por ciento es sustituir a los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo de recaudación (art. 28.5, *in fine* LGT). Y, como quiera que, al menos en la medida coincidente, realizan la misma función que los intereses de demora, indemnizar los daños y perjuicios derivados de la mora en las obligaciones pecuniarias, tal y como resulta del art.1108 del Código Civil, no es razonable entender que los intereses moratorios sean crédito subordinado y no tengan aquél carácter los recargos que realizan, al menos en parte, la misma función».

con lo dispuesto en el Título IV de la propia Ley. E igualmente parece claro que tampoco resulta aplicable en el presente caso la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al art. 25 CE.[34] Sin embargo, precisa el Alto Tribunal que la sanción constituye un concepto muy amplio, en cuanto consecuencia inexorable del incumplimiento de un determinado deber jurídico que opera con la finalidad de castigar un comportamiento que el ordenamiento desaprueba o que rechaza, debiendo diferenciarse dentro de su concepto entre las sanciones propias (comprensivas de las punitivas, en el ejercicio del *ius puniendi*), las administrativas, consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración, y las impropias (muy variadas), que carecen de la entidad cualitativa y cuantitativa de las propias, no estando sujetas a los estrictos principios de la legalidad constitucional sancionadora.

Y, en base a todo ello, concluyó el Tribunal que no parece dudoso que el recargo de apremio ordinario constituya una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria, no teniendo por finalidad el resarcimiento de un daño, de manera que habrían de incluirse en el art. 92.4º LC a los efectos de su calificación como crédito subordinado.

En palabras del Tribunal «El recargo de apremio ordinario del 20 por ciento se califica como sanción pecuniaria y, por lo tanto, como crédito subordinado del art.

[34] Afirma concretamente el Alto Tribunal a este respecto lo siguiente: «El recargo de apremio no es una sanción en el sentido a que se refiere el art. 58.3 LGT, pues únicamente lo son las que pueden imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la propia Ley, y tampoco resulta aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional referida al art. 25 CE […] Cabe distinguir entre sanciones propias, que derivan del ejercicio del *ius puniendi*, y las impropias, que carecen de la entidad cualitativa y cuantitativa de las propias, y no están sujetas a los estrictos principios de la legalidad constitucional sancionadora. En el marco de estas últimas se ubica el recargo de apremio ordinario, por cuanto se trata de una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria […] Aunque con su importe se atienda a la satisfacción de gastos de índole interno, pues, con independencia de la ambigüedad e indeterminación del destino, no cabe confundirlo con la ratio de la figura consistente en sancionar el incumplimiento de la deuda en el plazo previsto —que es realmente cuando actúa el recargo por haberse producido el resultado que el ordenamiento jurídico desaprueba—, aparte de que lógicamente también opere, en un momento anterior, en el sentido de estimular el cumplimiento, como por lo demás es connatural a todo sistema sancionador».

92.4 LC […] Y ello en virtud de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley, en cuanto se refiere a "sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social", así como por la amplitud de la expresión legal "los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias", y ello hasta el punto de que, de limitarse en materia tributaria el ámbito del precepto a las sanciones del Título IV LGT, la norma sería redundante, porque según el art. 185.2 LGT, las sanciones tributarias pecuniarias podrán consistir en una multa fija o proporcional. A lo anterior aún cabría añadir el tratamiento similar que la propia LGT otorga a las infracciones y sanciones tributarias y a los recargos en sede de ámbito temporal de aplicación de las normas tributarias (art. 10.2 LGT)».

En suma el Tribunal, tras analizar la naturaleza sancionadora de los recargos de apremio, concluye que el llamado recargo de apremio ordinario constituye una sanción motivada por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria, no teniendo por finalidad el resarcimiento de un daño, motivo por el cual se califican como créditos subordinados en los procedimientos concursales.[35] De este modo la Sala de lo Civil del TS procedió a rechazar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado al estimar, de una parte, que la base de cálculo para la fijación del límite cuantitativo del 50% del art. 91.4 de la Ley Concursal está constituida por la suma de los créditos de la Hacienda Pública una vez descontados los créditos con privilegio especial y los créditos subordinados. Y, de otra, se confirmó que el recargo de apremio adquiere la consideración de crédito subordinado.

Desde nuestro punto de vista, si bien a través del citado pronunciamiento el TS se estaba refiriendo únicamente a los recargos ejecutivos y de apremio del art. 28 LGT, sus conclusiones resultan proyectables sobre los recargos del art. 27 de la citada Ley 58/2003, especialmente si se toma en consideración a este respecto la argumentación empleada de cara a justificar la calificación de los recargos sobre las cuotas de la Seguridad Social efectuada por el Alto Tribunal en otra Sentencia igualmente de fecha 21 de enero de 2009.[36]

---

[35] Igualmente incluyó el Tribunal a los demás recargos ejecutivos regulados en el art. 28 dentro del ámbito de aplicación del art. 92.4 LC, a pesar de los argumentos expuestos en torno a su naturaleza indemnizatoria.

[36] Concretamente a través de este último pronunciamiento el TS vino a resolver un recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando el Alto

Ciertamente se ha de reconocer que la Ley 22/2003 reconduce el conjunto de los créditos tributarios a una posición que, a nuestro juicio, resulta acorde con el propio espíritu y la filosofía del concurso. Ahora bien, lo anterior no obsta para que se otorgue igualmente una considerable tutela a los intereses colectivos que justifican la existencia de tales créditos. Así, por ejemplo, continúan conservándose muchos de sus privilegios en orden a la prelación concursal (caso, por ejemplo, de las retenciones). E igualmente se mantienen prerrogativas tales como la preferencia procedimental de la Administración tributaria cuando notifica la providencia de apremio con anterioridad a la declaración de concurso (art. 55.1 LC)[37] o la

---

Tribunal la calificación concursal de los recargos del art. 27 de la Ley General de la Seguridad Social como créditos subordinados del art. 92.4 de la Ley 22/2003. Tal y como señaló el Tribunal «Los referidos recargos por ingreso fuera de plazo se aplican a supuestos de presentación de documentos de cotización dentro del plazo reglamentario pero ingresados fuera del mismo […] así como también y por distintas cuantías se establecen recargos cuando los documentos de cotización no se han presentado en aquel plazo y se pagan las cuotas debidas en distintos momentos pero siempre fuera del plazo voluntario, situaciones que pueden equipararse a las contempladas por el artículo 27 de la LGT».

[37] Debe precisarse no obstante que este art. 55.1 LC fue objeto de nueva redacción por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, pasando a señalar el citado precepto en su actual redacción que, una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Y, hasta que se produzca la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Dispone concretamente el citado precepto que «Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo […], todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Adviértase en consecuencia que la Hacienda Pública deberá suspender sus actuaciones en este sentido desde el instante de la aprobación del referido plan de liquidación. Tal y como señala NARANJO SELFA, J. A. «Aspectos tributarios más salientes de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». *Tribuna Fiscal*, núm. 256

responsabilidad subsidiaria de los administradores concursales que no hayan actuado con diligencia (art. 43.1.c) LGT). Y todo ello con independencia de la existencia de una serie de factores que contribuyen a garantizar la protección de los

---

(2012), pág. 16, el instante homogéneo para que la Hacienda Pública pueda proseguir la ejecución pasó a ser la diligencia de embargo dictada con anterioridad a la declaración de concurso. Y ello con la finalidad de otorgar una mayor seguridad jurídica a dicho momento homogéneo, ya que la diligencia de embargo presupone que se ha dictado y notificado la providencia de apremio. En cambio al amparo de la redacción anterior sólo se exigía que estuviese dictada. Matiza no obstante a este respecto el citado autor lo siguiente: «No se entiende bien que el momento *a quo* se traslade a la diligencia de embargo, pues lo trascendente es la providencia de apremio, toda vez que es la que abre el procedimiento ejecutivo, siendo la diligencia de embargo una consecuencia de aquélla, un paso más tendente al cobro de la deuda. Por ello hubiera sido deseable que se mantuviese la providencia de apremio como momento homogéneo, pero especificando que se trata de la providencia de apremio notificada que, al igual que la de embargo, no es sino una actuación interna de la Administración». Téngase presente además que el citado art. 55.1 de la Ley 22/2003 limita en el tiempo la continuación del procedimiento administrativo de ejecución cuya diligencia de embargo hubiese sido dictada con anterioridad a la declaración de concurso. Dicha limitación tiene lugar hasta la aprobación del plan de liquidación. Se persigue así evitar que la ejecución administrativa en curso termine vaciando de contenido la masa activa con la que el conjunto de los acreedores trate de lograr el pago. En todo caso se mantiene la prohibición de ejecutar bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, incluso cuando la diligencia de embargo administrativo sobre ellos sea anterior a la declaración de concurso. La eficacia del convenio produce, como efecto inmediato, respecto a los créditos públicos, que se alce la suspensión de las potestades administrativas derivadas de la declaración del concurso, como la del inicio de apremio tributario contra el patrimonio del deudor, quedando el concursado obligado a satisfacer íntegramente los créditos tributarios por los que se haya uso del derecho de abstención. En caso de que no los satisfaga la Hacienda Pública podrá recurrir al procedimiento administrativo de apremio para su cobro. Se trata de la recuperación del privilegio que le proporciona la autotutela de la Administración. Téngase presente que, tan pronto como finalizan los efectos de la declaración del concurso de acreedores con la aprobación del convenio, vuelve a disponer del procedimiento administrativo para ejecutar sus propias decisiones, sin necesidad de auxilio judicial. Acerca del alcance de este precepto véase MARÍN LÓPEZ, M. J. «Comentario al artículo 55 de la Ley Concursal», en la obra colectiva BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley Concursal.* Vol. I. Madrid: Tecnos, 2004, pág. 581.

intereses públicos en sede concursal, tales como el propio carácter condicional y no litigioso de los créditos tributarios recurridos en vía administrativa o judicial, así como del derecho de abstención existente en caso de convenio o de la posibilidad existente de establecer acuerdos singulares.

Tal y como hemos tenido ocasión de señalar a través de la Sentencia de 21 de enero de 2009, el TS adopta un concepto amplio de sanción dentro del cual se incluyen las denominadas «sanciones impropias» al objeto de poder fijar la naturaleza de los recargos del art. 28 LGT.

¿Cabría la posibilidad de proyectar su doctrina sobre la integración concursal de los recargos por presentación extemporánea de declaraciones y autoliquidaciones sin requerimiento previo de la Administración? En nuestra opinión la respuesta a la citada cuestión ha de ser afirmativa. Y es que, dada su íntima conexión con las sanciones tributarias a las que, en cierta medida, vienen a sustituir al convertirse en un régimen alternativo para el contribuyente que decide regularizar voluntariamente, procede su incardinación dentro del art. 92.4 de la Ley 22/2003. Tal y como pone de manifiesto el TS en su Sentencia de 21 de enero de 2009 los referidos recargos presentan un carácter híbrido, al contener elementos resarcitorios o indemnizatorios propios de los intereses junto con otros elementos preventivos o disuasorios característicos de las sanciones.[38]

En todo caso, con independencia de subrayar el carácter compensatorio que presentan los recargos regulados en los arts. 27 y 28 LGT en menoscabo del

[38] Por otra parte, se ha de entrar a precisar por parte de los órganos judiciales si los recargos exigibles a las personas o entidades concursadas siempre en perjuicio de los restantes acreedores han de limitarse al recargo ejecutivo o si, por el contrario, deben extenderse también a los recargos de apremio, a cuyo efecto si bien es cierto que la referencia legal al devengo de intereses pudiera condicionar la interpretación de la norma (piénsese que el art. 28.5 LGT sólo considera compatible con la exigencia de intereses de demora el recargo de apremio ordinario, excluyéndolos cuando el aplicable sea el recargo ejecutivo o el recargo de apremio reducido), debe reconocerse igualmente que la nueva regulación de la exigencia de recargos e intereses no se refiere de forma expresa y específica a los créditos tributarios. En la actualidad no existe disposición alguna dentro de la normativa concursal o tributaria que excluya la posibilidad de solicitar aplazamientos de pago a las personas o entidades en concurso respecto de los créditos contra la masa de naturaleza tributaria evitando, en muchos supuestos, la aplicación de cualquier recargo.

disuasorio o de penalidad, estimamos que lo esencial a este respecto es destacar el carácter abierto que ofrece el art. 92.4 de la Ley 22/2003. Todo ello sin perjuicio de reconocer igualmente la relevancia que adquiere la nota de la accesoriedad de dichos recargos de cara a su calificación en sede concursal. Porque al tratarse (de la misma manera que sucede, por ejemplo, con los intereses de demora) de prestaciones accesorias, parece razonable estimar que comparta con dichos intereses el tratamiento de crédito subordinado, al margen de que deban o no quedar integrados dentro del mismo apartado del art. 92 LC.[39] De este modo, en atención a su naturaleza cabe otorgar a los recargos del 5, 10 y 15 por ciento regulados en el art. 27 LGT la misma calificación concursal que a los intereses, dada la trascendencia que adquiere el carácter compensatorio.

Y, por lo que respecta a los recargos del período ejecutivo del art. 28 LGT, debe reconocerse igualmente la concurrencia de motivaciones compensatorias o de resarcimiento, al constituir una especie de compensación para el acreedor en atención al coste que supone la apertura y el desarrollo de la fase ejecutiva para el cobro de la deuda tributaria, ya desde el inicio del período ejecutivo (compensándose la actividad preparatoria) y hasta la notificación de la providencia de apremio y el posterior inicio del procedimiento de ejecución.[40]

---

[39] Recuérdese además que, tal y como hemos venido insistiendo a lo largo del presente trabajo, tanto los recargos como los intereses forman parte de la deuda tributaria (art. 58 LGT), a diferencia de lo que sucede con las sanciones, que quedan fuera del mismo.

[40] En definitiva, por lo que respecta a los recargos del 5 y del 10 por ciento del art. 28 de la LGT, sustitutivos de los intereses de demora, si se admite la prevalencia de su carácter compensatorio, habrán de integrarse dentro del art. 92.3 de la Ley 22/2003. Y, en cuanto al recargo del 20 por ciento, compatible como es sabido con los intereses de demora y con las costas del procedimiento de apremio, cabría estimar que sus fines disuasorios resultan tan relevantes como los meramente compensatorios, pudiendo admitirse su adscripción tanto al apartado tercero como al apartado cuarto del citado art. 92 de la LC. De cualquier manera, dada la amplitud que ofrece en este punto la Ley 22/2003, a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos, creemos que lo relevante en estos casos será, no tanto la específica graduación de estos créditos, sino la subordinación de los mismos.

III. Créditos por retenciones de IRPF derivados de cantidades pagadas con anterioridad a la declaración del concurso pero que deben liquidarse con posterioridad a la misma en el correspondiente plazo de declaración-liquidación

Mediante Sentencia de 20 de septiembre de 2009, relativa a la forma en la que se ha de computar, dentro del procedimiento concursal, el privilegio general establecido en favor de los créditos tributarios, analizó el TS la calificación que debía otorgarse a los créditos por retenciones en el IRPF, concluyendo el Alto Tribunal que los créditos por IRPF adquieren la consideración de concursales si afectan a retenciones practicadas con anterioridad a la declaración de concurso. Estimó así el Alto Tribunal que los créditos por retenciones de IRPF contra el deudor sobre rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración de concurso adquieren la consideración de créditos concursales sin preferencia de cobro, con independencia del momento en el que finalice el plazo para el ingreso.

En relación con el concreto supuesto de autos analizado, Hacienda trató de imponer el criterio del vencimiento en lugar del relativo al devengo (seguido, como es sabido, sin excepción a efectos de la recaudación de impuestos) ya que, en situación concursal, le resultaba más beneficioso señalar el último día del vencimiento como el día en el que se generan los créditos a su favor. Sin embargo, el Pleno de la Sala de lo Civil del TS fijó el criterio del devengo para mantener la igualdad de los acreedores. Así, al objeto de poder mantener intacto el citado principio de igualdad entre todos los acreedores del concursado, el TS confirmó que la legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación. Adicionalmente estima el Alto Tribunal que clasificar el crédito por retención del IRPF en atención al momento en el que procede el ingreso tendría el inconveniente de introducir discriminaciones según el régimen fiscal del concursado, ya que los plazos de ingreso podrían llegar a sufrir alteraciones según el sujeto obligado. Concluyó por tanto el TS que la obligación del retenedor nace en el momento del abono de las rentas o salarios, con independencia de que la retención se realice o no, así como al margen del instante en el que proceda efectuar el ingreso. A su juicio el crédito será concursal si el abono se ha producido con anterioridad a la declaración de concurso, aunque el plazo para la liquidación o el ingreso concluya con posterioridad.

De este modo los créditos tributarios relativos a las referidas retenciones ostentarán, en su totalidad, la consideración de créditos contra la masa cuando la finalización del respectivo plazo de declaración e ingreso de aquéllas se produzca con posterioridad al auto de declaración de concurso. En cambio tendrán la consideración de créditos concursales, con absoluta independencia del instante en que concluya el plazo para el ingreso de las mismas, las retenciones por IRPF correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración de concurso.

Inicialmente la sentencia impugnada había desestimado las demandas incidentales en concurso de acreedores interpuestas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).[41] Pues bien, el Alto Tribunal, refiriéndose a la forma en la que se ha de computar el privilegio establecido a favor de los créditos de la Hacienda Pública, volvió a reiterar la doctrina previamente adoptada en su Sentencia de 21 de enero de 2009 en la que, como ya hemos analizado, se afirmó que para configurar el privilegio genérico establecido en el art. 91.4 LC no cabe tomar en cuenta, de cara al cálculo del 50% de su importe, los créditos comprendidos en los arts. 90, 91 y 92 de la mencionada Ley, ya que estos se encuentran clasificados con una u otra condición.

Fija el TS como doctrina jurisprudencial en el presente caso que los créditos por retenciones de IRPF contra el deudor correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso, constituyen créditos concursales. Se reserva así la calificación de créditos contra la masa a las retenciones practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, estimándose que para determinar el momento de nacimiento de la obligación hay que estar, no a la fecha de la liquidación, sino al abono de la cantidad sujeta a retención, de manera que

[41] Concretamente, la citada Sentencia resolvía un recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la AEAT contra una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de octubre de 2006, en el que se planteaba si los créditos por retenciones de IRPF contra el deudor declarados con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores constituían en su integridad créditos contra la masa o si, por el contrario, debían considerarse como créditos concursales aquellos correspondientes a retenciones realizadas con anterioridad a la declaración de concurso, a pesar de que su declaración hubiese tenido lugar con posterioridad.

aquellas retenciones practicadas con anterioridad a la declaración de concurso pero declaradas en fecha posterior a ésta tienen el carácter de créditos concursales.

Dicha conclusión fue fundamentada por el Alto Tribunal en los siguientes argumentos. En primer lugar, se trata de una doctrina que ha sido seguida por diversas Audiencias Provinciales.[42] En segundo término, el nacimiento de la obligación tributaria principal que corresponde al contribuyente por renta tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo del Impuesto, a tenor de lo dispuesto en los arts. 20 y 21 LGT. Sin embargo, la obligación del retenedor constituye una obligación tributaria (así lo establece el art. 58 LGT) autónoma respecto de la obligación tributaria principal y que presenta un carácter bifronte, ya que comporta en sí misma («en todo caso» señala el legislador) la obligación de ingresar en el Tesoro el importe de lo retenido o de lo que deba retenerse si la retención no se verifica. Y de esta regulación se desprende que la obligación del retenedor, en sus dos aspectos de retención e ingreso en el Tesoro, nace en el instante de abono de las rentas o salarios, con independencia de que la retención se realice o no y del instante en el que proceda efectuar el ingreso.[43]

---

[42] Concretamente a través de dicha Sentencia el TS confirmó el criterio expresado, entre otras, por las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cádiz de 2 de junio de 2009, de Asturias de 23 de junio y 22 de septiembre de 2006 y de 5 de febrero de 2007, de La Rioja de 22 de junio de 2007, de Valencia de 25 de febrero de 2008 y de Zaragoza de 11 de septiembre y de 15 de diciembre de 2008, respectivamente.

[43] Tal y como precisa el Tribunal, la obligación del retenedor es una obligación tributaria (art. 58 LGT) autónoma respecto de la obligación tributaria principal, presentando un carácter bifronte, ya que comporta en sí misma la obligación de ingresar en el Tesoro el importe de lo retenido o de lo que debe retenerse si la retención no se verifica. Señalaba concretamente el art. 101.4 del antiguo Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (TRLIRPF), aplicable en el supuesto de autos, que «En todo caso, los sujetos obligados a retener o a ingresar a cuenta asumirán la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de aquella obligación pueda excusarles de ésta». Y, tal y como disponía el art. 76 del antiguo Reglamento del IRPF de 2004 «Con carácter general la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes». En definitiva al amparo de esta obligación podía concluirse que la obligación del retenedor, en sus dos aspectos de retención e ingreso en el Tesoro, nace en el instante de abono de las rentas o salarios con independencia de que la retención se realice o no y del momento en que proceda

Así las cosas, en el presente caso la obligación de retener nacerá en el instante en el que se abonan las rentas o salarios, de acuerdo con lo establecido en el art. 78 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (RIRPF), con independencia del momento en que resulte exigible al retenedor la obligación de ingresar lo retenido en el Tesoro. Tal y como se precisa en el citado pronunciamiento «[…] La obligación del retenedor, en sus dos aspectos de retención e ingreso en el Tesoro, nace en el momento del abono de las rentas o salarios con independencia de que la retención se realice o no y del momento en que proceda efectuar el ingreso […] Aplicando este principio, debe entenderse que el momento de nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por retenciones por el IRPF, que es el del abono de las rentas o salarios, determina que el crédito tenga carácter concursal si el abono se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, en virtud de lo establecido en el artículo 84.2.10º LC, aunque el plazo establecido por las normas tributarias para la liquidación o el ingreso haya concluido con posterioridad […] La obligación formal de declaración a que está obligado el retenedor durante un determinado plazo en que debe producirse el ingreso […] no altera, si nada especial se establece, el momento del nacimiento de la obligación […] El deber de declarar e ingresar las retenciones durante un plazo determinado constituye un acto encuadrado en el procedimiento de gestión pero no altera el nacimiento de la obligación».[44]

---

efectuar el ingreso. Este criterio contrasta con el que defendía la Abogacía del Estado, de conformidad con el cual nacerían en momentos distintos la obligación de retener y la obligación de ingresar lo retenido en el Tesoro. De lo que se trata es de dos aspectos de la misma obligación tributaria sujetos a un régimen conjunto.

[44] Añade asimismo el Alto Tribunal en el citado pronunciamiento lo siguiente: «La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Este principio no puede verse alterado en función de la mejor adaptación a los principios del Derecho tributario, los cuales deben ceder (como de hecho ceden, en el propio ámbito tributario, cuando se establecen plazos especiales para el ingreso) para hacer posible el cumplimiento de los principios del Derecho concursal sobre igualdad

El Tribunal fija por tanto como doctrina jurisprudencial que los créditos por retenciones por IRPF contra el deudor correspondientes a rentas o a salarios abonados con anterioridad a la declaración de concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso, constituyen créditos concursales. De conformidad con lo declarado por el Tribunal «El carácter de obligación legal del crédito por retenciones por el IRPF, sujeta a la legislación especial tributaria, no comporta alteración alguna en cuanto a la determinación del momento del nacimiento del crédito, puesto que la obligación formal de declaración a que está obligado el retenedor durante un determinado plazo en que debe producirse el ingreso constituye, según las normas generales de la LGT (art. 119), un acto encuadrado en el procedimiento de gestión mediante el que el obligado tributario reconoce o manifiesta la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos, pero no altera, si nada especial se establece, el momento de nacimiento de la obligación».

A juicio del TS, si se admitiese la clasificación del crédito por retención por el IRPF en atención al momento en que procede el ingreso se estarían introduciendo discriminaciones según cual fuese el régimen fiscal del concursado ya que, de manera similar a como sucede en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), los plazos de ingreso pueden sufrir alteraciones según el obligado tributario de que se trate. Y, frente a la regla general que dispone la realización del ingreso en los veinte primeros días de los meses de abril, julio, octubre y enero, la Administración del

---

entre los acreedores y restricción de los privilegios que se les reconocen». En definitiva, en todos estos supuestos, con independencia de cuándo se deba liquidar la correspondiente deuda tributaria por parte del deudor concursado, en aplicación de las normas procedimentales establecidas en la legislación tributaria, la exigencia de la LC de atender a la fecha de nacimiento de la obligación tiene como objetivo asegurar la igualdad de los acreedores.

Como es sabido, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 78 RIRPF, la obligación del retenedor consistente en practicar la retención con ocasión de los pagos realizados al contribuyente y de ingresar su importe en el Tesoro nace en el instante en el que se satisfacen las rentas sometidas a retención, siendo dicho instante el que determina la calificación concursal del crédito (art. 84.2.10 LC). Y ello ha de ser interpretado sin perjuicio de que la normativa tributaria establezca un período (normalmente del 1 al 20 de enero, abril, julio y octubre) para proceder a ingresar lo retenido, circunstancia ésta que ha de ponerse en relación con la exigibilidad de una obligación ya contraída con anterioridad.

Estado y los retenedores con un determinado volumen de operaciones habrían de ingresar las retenciones en los veinte primeros días de cada mes, de conformidad con aquello que establecía el art. 69 del anterior Reglamento del IRPF (Real Decreto 1775/2004, del 30 de julio).

Téngase presente además que la declaración concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación, constituyendo la fijación de dicho momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Y no parece razonable que dicho principio pueda verse alterado en función de una mejor adaptación a los principios del Derecho Tributario, los cuales han de ceder (como, de hecho, así sucede en el ámbito tributario cuando se establecen plazos especiales para el ingreso), al objeto de poder garantizar el correcto cumplimiento de los principios del Derecho Concursal sobre igualdad entre los acreedores y restricción de los privilegios que se les reconocen.[45]

Concluyó pues el Alto Tribunal que constituyen créditos concursales los créditos retenidos por el IRPF contra el deudor en relación a las rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración de concurso, con independencia del plazo establecido para el ingreso. En palabras del TS «[…] La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Este principio no puede verse alterado en función de la mejor adaptación a los principios del Derecho tributario, los cuales deben ceder (como de hecho ceden, en el propio ámbito tributario, cuando se establecen plazos especiales para el ingreso) para hacer posible el cumplimiento de los principios del Derecho concursal sobre igualdad entre los acreedores y restricción de los privilegios que se les reconocen.

De cualquier manera el art. 91.4 LC no sólo reconoce el privilegio a los créditos tributarios, sino también a los «demás créditos de Derecho Público». En otras palabras, son privilegiados los derechos de la Hacienda diferentes de los tributarios,

[45] Recuérdese que, de acuerdo con lo declarado por la Disposición Adicional Octava de la LGT, «En materia de procedimientos concursales lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento».

de contenido económico y cuya titularidad corresponda a una Administración Pública o a sus organismos autónomos, siempre y cuando deriven del ejercicio de potestades administrativas.[46]

Nos hallamos además ante un privilegio que se reconoce a todas las Administraciones Públicas en sentido amplio y para el conjunto del 50 por 100 de los créditos de cada una de las Haciendas Públicas, ya se trate de la Hacienda Pública estatal, autonómica y local.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 156 de la Ley Concursal en su actual redacción otorgada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, encargado de regular el pago de créditos con privilegio general, una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el art. 91 de la Ley y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. En todo caso el juez podrá autorizar el pago de estos créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.

Precisamente esta regla de prorrata es la que habrá de aplicarse entre la Hacienda Pública y la Seguridad Social. En efecto, en los créditos con privilegio general el pago se efectuará una vez deducidos los bienes y derechos para atender a los créditos contra la masa y excluidos los bienes afectos a los créditos privilegiados, por el orden que establece el art. 91 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.

Como ya se ha analizado, la Ley 22/2003 se promulgó con el fin de contener (como objetivamente contiene) una regulación exhaustiva del concurso, incluidas las excepciones del principio general de igualdad de trato de los acreedores, mediante el reconocimiento a alguno de la facultad de cobrar con preferencia a los demás (art. 89.2 de la Ley). Conforme a dicha Ley la ratio de los privilegios nada tiene que ver con el propósito de conservar la empresa del concursado. La calificación de dichos privilegios se efectúa en la fase previa del procedimiento, una sola vez, sin variación posterior en función de la solución que se adopte (convenio o liquidación) y sin

[46] Así sucede, por ejemplo, en el caso específico de los precios públicos.

previsión de condicionamiento alguno al hacerla, poco compatible con los principios esenciales del sistema.

Mediante Sentencia de 30 de septiembre de 2010 el TS denegó a la Administración Tributaria el reconocimiento privilegiado de su crédito frente a una sociedad concursada ya que, en el concreto supuesto analizado por el Alto Tribunal, la calificación procedía efectuarse en la fase previa del procedimiento y una sola vez, sin que pueda variarse en función de la solución que posteriormente se adopte, sea convenio o sea liquidación, afirmando el Alto Tribunal que la calificación de dichos privilegios se efectúa en la fase previa del procedimiento, una sola vez, sin variación posterior en función de la solución que se adopte (convenio o liquidación) y sin previsión de condicionamiento alguno al hacerla, poco compatible con los principios esenciales del sistema.

Concretamente en el caso examinado el Abogado del Estado, en representación de la Administración Tributaria, fundamentalmente, impugnó la calificación del crédito tributario que ostentaba contra la sociedad concursada, en cuanto que consideró que, dado que el concurso había entrado en fase de liquidación, la calificación de su derecho debió haberse efectuado de acuerdo con lo previsto en los arts. 90, 91 y 92 LC, en relación con lo dispuesto en el art. 77 de la Ley General Tributaria. Partiendo de que la calificación conforme a la Ley Concursal se aplica a los créditos tributarios cuando en el procedimiento concursal se adopta la solución del convenio, defendió el Abogado del Estado —con apoyo en la literalidad del art. 77 LGT—, que la Hacienda Pública tuviese prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, frente a los acreedores concurrentes. No obstante, el TS, en su labor hermenéutica —en la que atiende al principio de coherencia—, declaró que la calificación de un crédito como privilegiado se efectúa en la fase previa del procedimiento, y una sola vez, sin que la misma varíe posteriormente.

Ya inicialmente, en el incidente concursal a cuya regulación se refiere el art. 96, apartados tercero y quinto, de la Ley 22/2003,[47] el Abogado del Estado, en

[47] A este respecto se ha de precisar que, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el antiguo art. 96.4 LC pasó a ser el art. 96.5, con la siguiente redacción: «Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la

última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes, así como relación de las comunicaciones posteriores presentadas y las modificaciones incluidas y otra actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado». Con carácter adicional la citada Ley incorporó un nuevo apartado cuarto al citado art. 96, de conformidad con el cual cuando las impugnaciones afecten a menos del 20% del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad. Asimismo, la citada Ley 38/2011 incorporó a la Ley 22/2003 un nuevo art. 96.bis, relativo a las comunicaciones posteriores de créditos, y en el que se declara que, una vez finalizado el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos, se podrán presentar comunicaciones de nuevos créditos, los cuales habrán de ser reconocidos conforme a reglas generales y en su clasificación habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 92.1 LC, salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza. Por su parte, la administración concursal resolverá sobre ellas en la lista de acreedores definitiva a presentar. Y si, dentro del plazo de diez días siguientes a la puesta de manifiesto de los textos definitivos, se formulase oposición a la decisión de la administración concursal sobre las comunicaciones posteriores presentadas, se le dará la tramitación del incidente concursal. Dicha impugnación no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación, siendo de aplicación lo previsto en el art. 97.ter de la Ley, relativo a los efectos derivados de la modificación, y de conformidad con el cual:

«1. La tramitación de la solicitud no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación. A petición del solicitante, el juez del concurso cuando estime probable el reconocimiento podrá adoptar las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad.

2. La modificación acordada no afectará a la validez del convenio que se hubiera podido alcanzar o de las operaciones de liquidación o pago realizadas antes de la presentación de la solicitud o tras ella hasta su reconocimiento por resolución firme. No obstante, a petición de parte, el juez podrá acordar la ejecución provisional de la resolución a fin de que:

1.º Se admita provisionalmente la modificación pretendida en todo o en parte a los efectos del cálculo del voto del artículo 124.

2.º Que las operaciones de pago de la liquidación o convenio incluyan las modificaciones pretendidas. No obstante, estas cantidades se conservarán depositadas en la masa

activa hasta que sea firme la resolución que decida sobre la modificación pretendida, salvo que garantice su devolución por aval o fianza suficiente».

Se ha de tener presente, además, que la citada Ley 38/2011 modificó la redacción del art. 97.1 de la Ley, relativo a las consecuencias derivadas de la falta de impugnación y modificaciones posteriores, y a cuyo tenor «Fuera de los supuestos de los apartados 3 y 4 de este artículo, quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones». Asimismo la citada Ley añadió dos nuevos apartados, el tercero y el cuarto, al art. 97 de la Ley 22/2003, con la siguiente redacción:

«3. El texto definitivo de la lista de acreedores, además de en los demás supuestos previstos en esta ley, podrá modificarse en los casos siguientes:

1.º Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis.

2.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos.

3.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal.

4.º Cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía.

Caso de resultar reconocidos, tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1.º

4. Cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes para la clasificación del crédito:

1.º Respecto de los créditos salariales o por indemnización derivada de extinción laboral, únicamente se tendrá en cuenta la subrogación prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

2.º Respecto de los créditos previstos en el artículo 91.2.º y 4.º, únicamente mantendrán su carácter privilegiado cuando el acreedor posterior sea un organismo público.

3.º En caso de pago por pago por avalista, fiador o deudor solidario, se estará a lo dispuesto en el artículo 87.6.

representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, había interesado la declaración de que el crédito de que ésta era titular contra la sociedad concursada debía ser calificado de conformidad con lo dispuesto en el art. 77, apartado primero —en relación con el segundo— de la Ley 58/2003, al haber entrado el concurso en fase de liquidación. Concretamente con apoyo en la literalidad de dicha norma integrada con un argumento «a contrario», afirmó el Abogado del Estado que la calificación procedente según la Ley 22/2003 sólo resultaría aplicable a los créditos tributarios si en el procedimiento concursal se adoptase la solución del convenio, añadiendo además que si se procediera a la liquidación la calificación debería efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del citado art. 77, de conformidad con el cual la Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de dicha Ley.

Pues bien, de conformidad con lo declarado por el TS en dicha Sentencia de 30 de septiembre de 2010, el sometimiento de los créditos tributarios a lo establecido en la Ley Concursal no se limita al caso en que el concurso concluya con un convenio concursal, debiendo prevalecer lo previsto en la Disposición Adicional 8ª LGT y en el art. 89.2 LC, aplicando una interpretación sistemática y acorde con los antecedentes de la normativa aplicable. A juicio del Alto Tribunal, la Ley General Tributaria debe interpretarse en concordancia con la legislación concursal. Y, en tanto en cuanto la calificación de los privilegios de la Hacienda Pública se efectúa en la fase previa del proceso concursal, una sola vez, sin variación posterior en función de la solución que se adopte (convenio o liquidación), resulta indiferente a la

---

4.º En el supuesto en que el acreedor posterior sea una persona especialmente relacionada con el concursado en los términos del artículo 93, en la clasificación del crédito se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor inicial y al posterior.

5.º Fuera de los casos anteriores, se mantendrá la clasificación correspondiente al acreedor inicial».

definición de dichos privilegios que el proceso concluya con convenio o mediante la liquidación.[48]

Tal y como pusiera de manifiesto en su día el Alto Tribunal a través de sus Sentencias de 21 de enero, de 22 de junio y de 20 de septiembre de 2009, los recargos de apremio dotan de carácter accesorio a la obligación de abonarlos, la cual tiene, en sentido amplio, una naturaleza sancionadora por falta de cumplimiento de la deuda tributaria principal, razón por la que entran en la previsión del precepto que se señala como infringido. Y, de cara a configurar el privilegio general establecido en el art. 91, apartado cuarto, de la Ley 22/2003, y calcular el 50% del importe a que la norma se refiere, no cabe tomar en cuenta los créditos comprendidos en los arts. 90, 91 y 92 de la misma Ley, porque estos ya están clasificados con una u otra condición: los privilegiados, por serlo y los subordinados porque no es razonable que el legislador los postergue o discrimine, por unas u otras razones subjetivas u objetivas, y se tomen en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, tanto más si una de las directrices de la Ley Concursal es la de limitación de los privilegios.

Como es sabido, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, incorporó a la LC un nuevo art. 97.bis a través del cual se regula el procedimiento de modificación de la lista de acreedores, y en el que se señala que la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los arts. 152 y 176.bis LC, debiendo los acreedores dirigir a la administración concursal una solicitud con justificación de la modificación pretendida, así como de la concurrencia de las circunstancias previstas en este artículo.

Se permite así modificar el texto definitivo de la lista de acreedores en aquellos casos en los que, después de la presentación del informe inicial del art. 74 de la Ley o, en su caso, el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento penal que pueda llegar a suponer el reconocimiento de un crédito concursal. Basta a tal efecto con la intención del procedimiento no requiriéndose la constatación,

[48] Afirmó, además, el Alto Tribunal a través de la citada Sentencia que la interpretación de la norma tributaria ha de hacer posible el cumplimiento de los principios del Derecho concursal sobre igualdad entre los acreedores y restricción de los privilegios.

siquiera inicial, de la existencia del crédito. Y es que, en el supuesto de que, con motivo del curso del procedimiento, se determinase la existencia de tal crédito, cabría la posibilidad de que no existiese ya tiempo material para la defensa del mismo una vez iniciado el proceso concursal. Igualmente se reconoce como causa de modificación de la lista de acreedores aquella en virtud de la cual se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos por acto administrativo, laudo o resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional.

En el supuesto de resultar conocidos dichos créditos, los mismos tendrían la clasificación que les correspondiese según su naturaleza, no siendo posible su subordinación de acuerdo con lo señalado en el número 1º del art. 92 LC.

Téngase presente además que, en el supuesto de que procediese la modificación o sustitución del acreedor inicial y se tratase de los créditos del art. 92.2 (créditos subordinados por pacto contractual) o del art. 92.4 (créditos por multas y sanciones), dichos créditos únicamente mantendrían su carácter privilegiado cuando el acreedor posterior fuese un organismo público (caso, por ejemplo, de la Hacienda Pública).[49]

Por otra parte, al amparo de lo establecido por la Ley 22/2003, la Administración tributaria ha de iniciar las actuaciones de comprobación inmediatamente después de producirse la declaración de concurso al objeto de poder comunicar, dentro del plazo de un mes, el crédito contingente derivado de dichas actuaciones de comprobación. Y, en el supuesto de que no lo hiciese, el crédito tributario resultaría subordinado o no reconocido por comunicación tardía.[50]

Así las cosas no ha sido infrecuente que, en determinados supuestos, la Administración tributaria no pudiera iniciar en dicho plazo tan reducido las actuaciones de comprobación, perdiéndose así por parte de aquélla toda posibilidad

[49] Ahora bien, tal y como aclara el art. 97.ter LC, dicha modificación acordada no afectará a la validez del convenio alcanzado o de las operaciones de liquidación o de pago realizadas antes de la presentación de la solicitud o tras ella hasta que tenga lugar su reconocimiento por resolución firme.

[50] Ello contrasta, sin embargo, con el plazo de cuatro años que la Ley 58/2003 concede a la Administración tributaria para iniciar las actuaciones de comprobación e inspección.

de comprobar la situación tributaria del concursado en los ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Con motivo de la reforma operada por la Ley 38/2011 se admite la posibilidad de que las actuaciones de comprobación e inspección puedan iniciarse con anterioridad al informe inicial de la administración concursal, así como con posterioridad a éste e incluso tras la aprobación del informe definitivo, ampliándose así de manera considerable el plazo para que la Administración tributaria pueda iniciar actuaciones de comprobación sin el peligro de que el crédito tributario de las mismas quede subordinado o excluido.[51]

[51] Téngase presente además que, de conformidad con lo manifestado por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 28 de noviembre de 2011, las facultades de comprobación e investigación de la Administración tributaria para la correcta determinación de los créditos públicos que pueden culminar en la práctica de liquidaciones tributarias se mantienen cuando la entidad ha sido declarada en concurso de acreedores, cualquiera que sea la fase de tramitación en la que se encuentre el mismo. Ahora bien, tal y como precisa el TEAC «El concurso impone determinadas restricciones respecto de los intereses legales o convencionales cuyo devengo se suspende al ser declarado el concurso. Puesto que los intereses de demora, además de tener una naturaleza compensatoria, también tienen un origen legal, están afectados por la suspensión en su devengo sin que sean cuantificables y, por tanto, exigibles hasta que el concurso llegue a una solución de convenio o liquidación». Estima así el TEAC que el hecho de que una concreta entidad se encuentre incursa en un procedimiento concursal al haberse dictado por el juez competente el correspondiente auto de declaración de concurso, no inhibe ni suspende las facultades de comprobación e investigación de la Administración Tributaria, en aras a la correcta determinación de los créditos públicos y que pueden culminar en la práctica de liquidaciones tributarias, ya que ni la Ley 22/2003 ni la Ley 58/2003 incluyen precepto alguno que impida el ejercicio de las facultades de la Administración Tributaria para practicar liquidaciones tributarias por el hecho de que el obligado tributario se encuentre en situación de concurso, cualquiera que sea la fase de tramitación en que se encuentre el mismo. Más bien al contrario, hay preceptos que implícitamente contemplan esa posibilidad como, por ejemplo, el art. 92 LC que, como ya se ha señalado, establece que son créditos subordinados: «1º. Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación

Queda claro por tanto que, tras la reforma operada por el art. 97.bis, sólo puede solicitarse la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores antes de que se apruebe la propuesta de convenio o se presenten en el juzgado los informes trimestrales de liquidación o el informe justificativo de conclusión del concurso por inexistencia de masa activa. Dicho precepto, referente a la modificación de la lista de acreedores, garantiza el correcto reconocimiento del crédito tributario después de la elaboración del informe inicial de los administradores o incluso una vez elaborado el texto definitivo de la lista de acreedores, entre otros casos, cuando se inicie un procedimiento de comprobación o inspección del que pueda resultar un crédito tributario o se produzca un acto administrativo por el que se reconozca o confirme el crédito en cuestión.

Tuvo lugar además un acompasamiento de los plazos de comunicación de créditos en el seno del concurso con los plazos tributarios previstos para el inicio de los procedimientos de comprobación e inspección, al objeto de evitar el surgimiento de distorsiones entre la normativa concursal y la tributaria. Téngase presente a este respecto que, mientras que la LGT concede un plazo de cuatro años a la Administración tributaria para liquidar la deuda tributaria (art. 66.a), sin embargo, a los efectos de poder comunicar créditos en el concurso cualquier acreedor debía someterse a los plazos previstos al efecto (plazo general de comunicación de los créditos del art. 21.1.5. LC o vía incidente concursal mediante la impugnación de la lista de acreedores, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 96 LC).

---

inspectora de las Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza». En consecuencia, la Administración tributaria podrá practicar liquidaciones tributarias aunque se haya producido la declaración de concurso del obligado tributario y cualquiera que sea la fase de tramitación en que se encuentre el concurso. No obstante, en cuanto al alcance de la liquidación, la declaración de concurso impone ciertas restricciones respecto a uno de los componentes accesorios que suelen incluirse en la misma. Concretamente, como se ha indicado, la declaración del concurso produce la suspensión del devengo de intereses de cualquier origen, ya sea legal o convencional, por lo que se debe dilucidar si también determina la suspensión de los intereses de demora. Y, una vez declarado el concurso, los intereses de demora habrán de quedar en suspenso sin que sean cuantificables y, por tanto, exigibles hasta que el concurso llegue a una solución de convenio o liquidación.

Ciertamente a resultas de dicha circunstancia se obligaba a la Administración tributaria a iniciar numerosos procedimientos de comprobación e inspección en aquellos casos en los que los concursados no hubieran presentado las oportunas autoliquidaciones tributarias a hacerlo, en la medida de lo posible, antes de que finalizase el plazo de comunicación de créditos, no ya sólo con la finalidad de poder comunicar el crédito y que éste fuera conocido como contingente, sino también con la de no obtener la sanción de subordinación por comunicación tardía prevista en el art. 92.1º LC.

Como seguramente se recordará, una vez iniciado el procedimiento de comprobación tributaria más allá del plazo de comunicación o del de impugnación del informe de la administración concursal, desaparecía la posibilidad de comunicar y de reconocer los créditos tributarios contingentes resultantes de tales procedimientos. Se originaba así una situación a resultas de la cual aquellos créditos existentes fuera del concurso por hechos anteriores no lograban su reconocimiento en el mismo.

Pues bien, dicha distorsión se corrige a través de la reforma del art. 97.3.2º LC, que posibilita la modificación del informe definitivo en aquellos supuestos en los que se hubiese iniciado un procedimiento de comprobación e inspección tributaria con posterioridad a la presentación del informe inicial del art. 74 de la Ley o, en su caso, el texto definitivo de la lista de acreedores. De conformidad con lo establecido por el citado precepto cabe la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores en aquellos supuestos en que se hubiera iniciado un procedimiento de comprobación e inspección tributaria después de presentado el informe inicial por parte de los administradores concursales del art. 74 LC o el texto definitivo de la lista de acreedores. E idéntico criterio habrá de observarse cuando se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal. De este modo, al permitirse la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, se da cabida a la comunicación y al reconocimiento de los créditos resultantes de procedimientos de comprobación e inspección iniciados después de la presentación del informe inicial, a pesar de que hubiera finalizado el plazo de impugnación del mismo y después de la presentación del texto definitivo.

Asimismo, en el ordinal 3º del art. 97.3 LC se permite la modificación del texto definitivo de la lista definitiva de acreedores cuando, con posterioridad a la presentación del informe inicial de la Administración concursal, se inicie un proceso

penal o laboral que pueda llegar a implicar el reconocimiento de un crédito concursal el cual, tratándose de un delito contra la Hacienda Pública, lo constituirá la responsabilidad civil derivada del mismo.

La administración concursal, en el plazo de cinco días, habrá de informar por escrito al juez sobre la solicitud. Una vez presentado el informe, si fuera contrario al reconocimiento, se rechazará la solicitud salvo que el solicitante promueva incidente concursal en el plazo de diez días, en cuyo caso se estará a lo que se decida en el mismo. Siendo el informe favorable a la modificación pretendida, se dará traslado a las partes personadas por el término de diez días. Si no se efectuasen alegaciones o éstas no fuesen contrarias a la pretensión formulada, el juez acordará la modificación por medio de auto sin ulterior recurso. En otro caso, el juez resolverá por medio de auto contra el que cabe interponer recurso de apelación.

rjib12

ESTUDIS

LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES DEL DERECHO EN EL REINO UNIDO: UNA LECTURA COMPARATIVA

Santiago Cavanillas Múgica

Catedrático de Derecho Civil

Universitat de les Illes Balears

I. Introducción. II. Antecedentes e hitos. *1. La formación de juristas en la primera mitad del siglo XX. 2. Principales hitos de la evolución de la formación de juristas en la segunda mitad del siglo XX y en el siglo XXI. A. El informe «Ormrod». B. Los Joint Announcements. C. El informe «ACLEC». D. QAA Subject Benchmark: Law. E. Las «Day One Outcomes». F. Informe «LETR».* **III. Estructura. IV. Función del grado en Derecho. V. Las materias. VI. Competencias. VII. Metodología docente y evaluación. VIII. Análisis comparativo.** *1. Formación de profesionales como materia de estudio. 2. Un debate centralizado, informado y público. 3. Una responsabilidad compartida. 4. Foundations of Legal Knowledge. 5. Day One Outcomes. 6. Competencias y contenidos. 7. Docencia y evaluación. 8. Calificaciones. 9. Vías de acceso a las profesiones. 10. La formación profesional de posgrado.*

RESUMEN

Desarrollos tecnológicos (fundamentalmente, Internet), crisis económica y políticas de liberalización de los servicios profesionales catalizan una metamorfosis de las profesiones jurídicas que es especialmente visible en el Reino Unido y no puede dejar de afectar al modo en que estos profesionales se forman. El propósito del artículo es el de examinar, en comparación con lo que ocurre en este país, si en España existen procedimientos, hábitos y puntos de encuentro entre prácticos y académicos que faciliten el necesario *aggiornamento*; la conclusión es, a la vista de cómo ha evolucionado la regulación y la práctica de la formación de profesionales del Derecho en España, pesimista.

RESUM

Desenvolupaments tecnològics (fonamentalment, Internet), crisi econòmica i polítiques de liberalització dels serveis professionals catalitzen una metamorfosi de les professions jurídiques que és especialment visible al Regne Unit i no pot deixar d'afectar a la manera en què aquests professionals es formen. El propòsit de l'article és el d'examinar, en comparació amb el que passa en aquest país, si a Espanya hi ha procediments, hàbits i punts de trobada entre pràctics i acadèmics que facilitin el necessari *aggiornamento*; la conclusió és, a la vista de com ha evolucionat la regulació i la pràctica de la formació de professionals del dret a Espanya, pessimista.

ABSTRACT

Technological developments (mainly the Internet), economic crisis and a policy of liberalization of professional services catalyze a metamorphosis of the legal profession which is especially visible in the UK and inevitably affect the way these professionals are trained. The purpose of this article is to examine, in comparison with what happens in this country, if there are procedures, habits and points of encounter between practitioners and academics that could facilitate the necessary *aggiornamento* in Spain; the conclusion is, in view of the evolution of regulation and practice of legal formation in Spain, pessimistic.

I. Introducción

La crisis económica que, a partir de 2008, se manifiesta con especial virulencia en el mundo occidental está trayendo a la palestra la necesidad o simplemente la oportunidad de introducir cambios tanto en las profesiones jurídicas como en la formación de los profesionales. «La enseñanza del Derecho se encuentra en un momento de cambio drástico en todo el mundo»;[1] los principales sistemas de enseñanza y formación de juristas, como el norteamericano,[2] el alemán[3] o el

[1] FLOOD, J. «The Global Contest for Legal Education», en WESTWOOD, F.; BARTON, K. (eds.). *The Calling of Law*. Farnham, UK: Ashgate, 2014, Pre-Print disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=2400131 (sin paginar).

[2] En gran parte como consecuencia de la crisis, los estudiantes que egresan de las *Law Schools*, después de haber cursado tres años de estudios jurídicos, con unos costes que oscilan entre los 50.000 y los 100.000 dólares, vienen encontrando dificultades crecientes en el acceso al mercado laboral (hasta el punto de que algunos de ellos han interpuesto demandas contra sus universidades, hasta ahora sin éxito, por haberles ocultado sus expectativas reales de empleo). Numerosas voces han propuesto una enseñanza más corta (dos años en lugar de tres; en aforismo estudiantil, «en el primer año te asustan mortalmente, en el segundo te hacen trabajar mortalmente y en el tercero te aburren mortalmente», menos académica o, al menos, más diversificada (cfr., sobre todo ello, el polémico libro de B. Z. TAMANAHA, *Failing Law Schools.* Chicago: The University of Chicago Press, 2012). Sin llegar a pronunciarse por la reducción de la duración de los estudios, resulta especialmente relevante el informe publicado en enero de 2014 por el grupo de trabajo de la ABA (*American Bar Association*) sobre «El futuro de la enseñanza del Derecho» (puede encontrarse en www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/report_and_ recommendations_of_aba_task_force.authcheckdam.pdf), pues recomienda una reforma del modelo económico de los estudios de Derecho, una revisión de las enseñanzas que permita mayor innovación y experimentación (en detrimento de lo académico) y, finalmente, la adaptación del perfil de los egresados hacia un mercado de servicios profesionales cada vez más variado.

[3] Aunque el sistema alemán se mantiene firme en su estructura «preboloñesa» de licenciatura de cinco años con sus dos «exámenes de estado», cada vez es más visible cómo va perdiendo su carácter monolítico. Hace ya dos legislaturas que la peculiaridad de los estudios de Derecho no está recogida en los pactos de Gobierno de los partidos coaligados, a lo que deben unirse las enigmáticas palabras pronunciadas en 2010 por la presidenta Merkel («Los juristas son sin duda algo especial, pero no tan especial»); algunos profesionales del Derecho o responsables políticos de Estados federales han realizado propuestas o pronunciamientos a favor del cambio al modelo europeo; y, finalmente, varias Facultades o universidades técnicas ofrecen ya grados (*Bachelor*) en Derecho orientados a profesionales

británico se encuentran sometidos a intenso escrutinio, cuando no compostura. Cabría que las reformas que las Facultades españolas han vivido en el tormentoso y precipitado proceso de adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior no constituyeran sino temblores premonitorios de lo que puede ser una mudanza más radical. Por eso, resulta interesante comprobar qué es lo que está ocurriendo en el Reino Unido, no solamente por ser un país cercano, sino, sobre todo, porque en estos momentos es probablemente el país que más movimientos ha realizado en la dirección que marca la brújula del mercado y la economía, tanto en el plano de la regulación de las profesiones, a través de la *Legal Services Act* de 2007, como, según explicaré en este artículo, en el de las enseñanzas jurídicas. De la comparación puede surgir la emulación, pero también la conveniencia de marcar algunas «líneas rojas» que, sumamente fundamentadas y no por mera rutina o tradición, consideremos que deben defenderse cual si fueran las murallas de la ciudadela.

Para encaminar el artículo, conviene exponer, siquiera sea sucintamente, cuáles son las corrientes que en el mundo occidental mueven las reformas de las

---

que no van a trabajar en el foro sino en ámbitos empresariales (con más detalle, RODRÍGUEZ-ROSADO, B. «La adaptación a Bolonia de los estudios jurídicos: autocomplacencia inglesa, resistencia alemana». *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 3 (2011). En noviembre de 2012, el *Wissenshaftsrat* (Consejo de la Ciencia) ha publicado un importante informe, titulado «Perspectivas de la Ciencia Jurídica en Alemania: situación actual, análisis y recomendaciones», que, sin pronunciarse sobre la duración de la licenciatura, contiene numerosas propuestas de política educativa sobre la enseñanza del Derecho, como, en especial: a) la conveniencia de incrementar los estudiantes que cursen los grados (*Bachelor*) en Derecho, pese a que ya actualmente un 30% de los alumnos o cursan estos grados o cursan la tradicional licenciatura sin propósito de realizar el primer examen de estado; b) la adopción de cambios en el currículo y en las metodologías docentes (incluyendo la urgente necesidad de reducir la actual masificación de las aulas) que, a cambio de reducir las materias doctrinales y la amplia cobertura de contenidos, permita a los estudiantes obtener mayores competencias en la aplicación del Derecho para resolver problemas jurídicos, en la redacción de textos, como leyes o contratos, y en la prestación de asesoramiento jurídico. Para ello, recomienda reforzar la reflexión académica (con una interesante propuesta de dotar de transversalidad a las disciplinas fundamentales de carácter histórico o filosófico, en lugar de dejarlas limitadas al primer año de la carrera), los cursos de orientación práctica y la especialización del estudiante en un área de su elección.

regulaciones de los servicios jurídicos y algunas manifestaciones de estos cambios en el Reino Unido. Aunque la doctrina más atenta alertaba hace tiempo de los cambios que se avecinaban, la reciente crisis económica ha jugado el papel del niño que ve al rey desnudo para poner en entredicho algunos postulados que eran, en realidad, meras apariencias. Con inclusión de datos y argumentos que anulan cualquier impresión de que se trata de una conclusión meramente especulativa, R. SUSSKIND describe así el panorama de los servicios jurídicos: «El futuro de los servicios jurídicos no es ni Grisham[4] ni Rumpole.[5] Ni es el de pelucas, salas de juicios con paredes paneladas, tomos encuadernados en cuero o jerga jurídica arcana. Ni siquiera será el modelo de abogacía actualmente dominante, que es un servicio profesional "cara a cara" de consulta a asesores que se reúnen con sus clientes en sus despachos, sean flamantes o polvorientos, y dispensan consejos a la medida. Para satisfacer las necesidades de los clientes, tendremos que prescindir de nuestra actual industria artesanal y reinventar la manera en que se ofrecen los servicios jurídicos. De la misma manera que otras profesiones están experimentando una convulsión masiva, lo mismo debe de ocurrir en el Derecho».[6]

Siguiendo a SUSSKIND, aunque alterando el orden, el primer elemento disturbador del *statu quo* es, ¿cómo no?, Internet. Ocupándose las profesiones jurídicas de la intermediación entre sus clientes, de un lado, y la información jurídica y los mecanismos de resolución de conflictos, del otro, resultaba inevitable que se vieran afectados, como tantos otros intermediarios, por las crecientes capacidades de las tecnologías de la información y la comunicación. Entre las tecnologías que más están empezando a incidir en la prestación de servicios jurídicos se encuentran la videoconferencia, con su capacidad para «virtualizar» los actos judiciales, los sistemas de mediación y arbitraje por vía electrónica (ODRS, *Online Dispute Resolution Sistems*), el tratamiento de *Big Data*,[7] los canales de la web 2.0 a través

[4] Se refiere el autor a John GRISHAM, conocido novelista, autor de novelas sobre temática jurídica que, trasladadas a las pantallas, constituyen el paradigma del «cine de abogados y juicios».

[5] RUMPOLE es el *barrister* que protagoniza una popular serie televisiva británica.

[6] SUSSKIND, R. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pág. XV.

[7] La creciente posibilidad de emplear algoritmos cada vez más exactos para tratar la ingente cantidad de datos que producen las redes sociales y el tráfico en Internet también

de los cuales los profesionales generan reputación al mismo tiempo que ofrecen ingentes volúmenes de información jurídica de calidad y acceso público, la canalización comercial de servicios jurídicos mediante sistemas de chequeo (*checklists*),[8] las plataformas para la gestión de colaboraciones entre profesionales[9] o la comercialización directa de servicios jurídicos,[10] etc.[11]

El segundo elemento disruptivo es el movimiento liberalizador que recorre los países occidentales y que se produce con especial intensidad en el mercado de los servicios profesionales, incluyendo las profesiones jurídicas. Dado que el Reino Unido es probablemente el campeón en la liberalización de los servicios jurídicos, se entiende por qué su selección como referente comparativo es oportuna y, al mismo tiempo, en qué medida unas pocas pero drásticas medidas liberalizadoras pueden revolucionar las profesiones jurídicas. A partir del relevante informe CLEMENTI,[12] se aprueba en 2007 la *Legal Services Act*,[13] que reforma de manera notable el funcionamiento de los servicios jurídicos. Crea, en primer lugar, un supraorganismo, el *Legal Services Board*, independiente tanto del Gobierno como de las

---

tendrá utilidad en el campo jurídico. «Todavía se ha hecho poco trabajo sobre la relevancia de los big data para el Derecho —dice SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*, *cit*., pág. 49—. Sin embargo, predigo que demostrará, en su momento, tener una profunda significancia. Por ejemplo, mediante la agregación de datos de búsquedas, seremos capaces de averiguar qué problemas o preocupaciones legales preocupan en particulares comunidades; mediante el análisis de las bases de datos de resoluciones judiciales y legislativas, podemos ser capaces de predecir resultados de maneras totalmente novedosas; y, mediante la recopilación de enormes volúmenes de contratos comerciales e intercambios de correos electrónicos podemos ganar percepción de los riesgos legales más grandes que afrontan sectores específicos».

[8] Un buen ejemplo es el servicio *ProbateWizard*, que ofrece la posibilidad de desarrollar en línea el proceso de *probate* que, con notables salvedades, equivale a la aceptación y división de la herencia. Puede verse también *LegalZoom*, que permite la creación por el cliente de sus propios documentos: contratos, testamentos, etc.

[9] Un ejemplo: la norteamericana *Legal OnRamp*.

[10] Ejemplo: *Rocket Lawyer, spin-off* de Google y con presencia ya en el Reino Unido.

[11] SUSSKIND identifica hasta trece tecnologías con capacidad disruptiva del mercado de servicios legales (*Tomorrow's Lawyers*, *cit.*, pág. 43 y ss.).

[12] El texto, publicado en 2004, puede encontrarse aquí: www.legal-services-review.org.uk/content/report/report-chap.pdf

[13] El texto de la ley en www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/29/contents

organizaciones profesionales, con protagonismo reconocido a los consumidores, que forman un *Consumer Panel*; asimismo, se crea el *Legal Ombudsman* con competencia para resolver las quejas de los clientes relativas al precio o calidad de los servicios prestados por cualquiera de los profesionales regulados en la ley. En segundo lugar, se definen, de forma más clara, los espacios reservados a cada una de las profesiones reguladas; se reducen los campos reservados a *barristers* y *solicitors* en beneficio de otras profesiones como los *legal executives*, *licensed conveyancers*, *patent attorneys*, *trade mark attorneys*, *cost lawyers* y *notaries*. En tercer lugar, se crean las *ABS* (*Alternatives Business Structures*), que permiten crear sociedades mixtas de profesionales de Derecho y otros profesionales e, incluso, que los primeros desarrollen su actividad profesional orientada al mercado en el seno de una sociedad de la que no son titulares (y en la que se admite inversión externa, incluso mediante cotización en Bolsa). Desde la entrada en vigor de la ley, se han creado 250 *ABS*,[14] que, muy orientadas a la satisfacciones de las necesidades de los consumidores (no en vano, se ha denominado a esta novedad legislativa la «ley Tesco»[15]), han aportado innovación al mercado de las profesiones legales, en perjuicio de las formas tradicionales (y, por ello, con la resistencia de las organizaciones profesionales, singularmente la *Law Society*). La apuesta por ellas es firme, como se puede observar en el documento recientemente aprobado, en septiembre de 2013, por el *Legal Service Board*, «*A blueprint for reforming legal services regulation*»,[16] con propuestas de mayor liberalización y quejas por el «conservadurismo» de las profesiones legales y sus organizaciones.

El tercero de los factores que impulsan la reforma de los servicios legales es el económico, que SUSSKIND comprime en la fórmula del *more-for-less*. Si bien es verdad que la creciente priorización por los clientes del factor «precio» puede explicarse por las circunstancias de la crisis económica y afecta muy especialmente a los grandes despachos americanos (*Big Law*) que facturan por horas, parece sensato asumir, con SUSSKIND, que no se trata de un fenómeno coyuntural ni en lo

[14] El registro de estas *ABS* puede encontrarse aquí: www.sra.org.uk/absregister/

[15] TESCO es una gran cadena de supermercados británica, equivalente a Mercadona, Carrefour o Eroski en el mercado español.

[16] El texto: http://www.legalservicesboard.org.uk/what_we_do/responses_to_consultations/pdf/a_blueprint_for_reforming_legal_services_regulation_lsb_09092013.pdf

temporal ni en lo geográfico. Además, no solamente los clientes buscan las fórmulas más económicas: también lo hace el Estado cuando debe optimizar el empleo de los recursos públicos. Así se explican los severos recortes que sufre la justicia gratuita en el Reino Unido, con la exclusión de su ámbito de los juicios de familia[17] o la imposición de importantes rebajas económicas en el campo penal. Si el mercado no ofrece servicios jurídicos a un precio asequible, el resultado, como explica SUSSKIND, es que solamente los muy pobres o los muy ricos podrán permitirse emplear estos servicios.[18]

La demanda, por el mercado o por los poderes públicos, de unos precios más ajustados está generando nuevos modelos de gestión: distribución interna del trabajo de manera que las tareas más rutinarias y menos valiosas sean realizadas por «paralegales» (empleados que no son abogados) o sean subcontratadas (incluso, más allá de las fronteras, por trabajadores indios que dominan la lengua inglesa),[19] empleo de las nuevas tecnologías en la forma en que hemos resumido anteriormente, sindicación de servicios por parte de los propios clientes,[20] la contratación de abogados «por proyectos»,[21] etc. Concluyo el análisis de lo que está ocurriendo en el Reino Unido respecto de los modelos de negocio de los servicios jurídicos con SUSSKIND: «Entender el trabajo jurídico como artesanal por naturaleza es una ficción muy a menudo romántica pero de poca ayuda. Acepto que algunos asuntos jurídicos que pueden surgir reclaman la aplicación de finas mentes jurídicas y la manufactura de soluciones a la medida. Pero creo que mucho menos trabajo jurídico requiere tratamiento artesanal que el que muchos abogados querrían que creyera su cliente. Más aún, sostengo que adoptar técnicas a la medida del cliente es adoptar métodos artesanales cuando técnicas de producción y comercialización en masa están disponibles para respaldar la prestación de un servicio menos costoso y, sin embargo, mejor».[22]

---

[17] El acceso a la justicia para los afectados queda reducido a la posibilidad de acudir a los tribunales sin representación letrada.

[18] *Tomorrow's Lawyers*, *cit.*, pág. 5.

[19] SUSSKIND, R. *Tomorrow's Lawyers*, *cit.*, págs. 20 y ss.

[20] SUSSKIND, R. *Tomorrow's Lawyers*, *cit.*, págs. 22 y ss.

[21] Un ejemplo: *Axiom Law*.

[22] *Tomorrow's Lawyers*, *cit.*, pág. 24.

II. Antecedentes e hitos

1. La formación de juristas en la primera mitad del siglo XX[23]

En el siglo XIX, el acceso a las profesiones de abogado (como *solicitor* o *barrister*) se producía mediante la formación práctica junto a un profesional de la abogacía, es decir, mediante un sistema bastante informal y notablemente clasista de aprendizaje o pasantía. Las antiguas *Inns of Courts*, curiosas instituciones gremiales en las que estudiantes, abogados y jueces convivían y compartían experiencias (y, comidas, que servían como acreditación del periodo de prácticas para los estudiantes), que ofrecían enseñanzas jurídicas sobre *common law*, habían declinado. Varios informes de finales del XIX alertaban sobre el preocupante estado de la formación de profesionales en el Reino Unido. Este estado de opinión cuajó en varios cambios importantes en el inicio del siglo XX.

La *Law Society* —equivalente a un colegio profesional de *solicitors*— creó su propia *School of Law* (*College of Law* a partir de 1960), que se ocupaba de la selección y formación de los estudiantes que aspiraban a ser *solicitors*. Durante algún tiempo, esta institución delegó la formación de *solicitors* a las universidades provinciales (donde había poco profesorado académico —*lecturers*— y la docencia era cubierta mayormente por profesionales del Derecho), aunque finalmente la delegación recayó en las escuelas de comercio.

En el caso de los *barristers*, se introdujeron exámenes para la obtención de títulos, pero la preparación para los mismos se mantuvo bajo un modelo informal hasta la creación en 1967 de la *Inns of Court School of Law*, a la manera del *College of Law*.

Aunque progresivamente fue aumentando el porcentaje de estudiantes que eran graduados en leyes, no era necesario ser graduado en Derecho para acceder a ninguno de ambos procedimientos de acceso a la profesión; como mucho, esta condición permitía reducir la duración de las prácticas. La condición esencialmente superflua del título de graduado se debía, en parte, al propio alejamiento de las Universidades, que rechazaban incluir en sus planes de estudio el *common law* en

[23] Salvo indicación expresa de otra fuente, la información contenida en este apartado procede de BOON, A.; WEBB, J. «Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?». *Journal of Legal Education*, núm. 58 (2008), págs. 79 y ss.

perjuicio del *civil law*, es decir, del Derecho Canónico y Derecho Romano que se estudiaban en sus aulas;[24] como explica R. M. STEIN, «las universidades no preparaban a los estudiantes para las profesiones sino para una vida académica contemplativa».[25] Aunque el *common law* se incorporó plenamente a las aulas universitarias en el siglo XX, esta concepción de la universidad como lugar donde se estudia por el mero placer de saber, denominada «liberal», fue dominante hasta mediados de siglo. Despojado de su función práctica, el Derecho resultaba, desde el punto de vista meramente académico, incomparablemente menos interesante que otras disciplinas, por lo que los estudios jurídicos se consideraban una «cenicienta» dentro de las Universidades.

La desconfianza, en todo caso, era mutua. Como explican A. BOON y J. WEBB,[26] los prácticos «no manifestaban ningún deseo de desarrollar una relación creciente con las universidades […] no solo por una pretensión de mantener los tradicionales privilegios y la autonomía, sino por una duda más fundamental acerca de la necesidad o conveniencia de una formación universitaria para alguien destinado a "cuidar de los detalles y la rutina de los asuntos de un despacho"»; a esta desconfianza obedeció, por ejemplo, la decisión de la *Law Society* de retirar de las universidades la delegación para ofrecer los cursos de formación de *solicitors* y traspasarla a las más manejables escuelas de comercio.

Sea como fuera, el periodo de posguerra vio una explosión de nuevas Facultades de Derecho, rápidamente colmadas de estudiantes, que se unía a una creciente necesidad de profesionales a la que los mecanismos corporativos preexistentes no lograban dar abasto.

---

[24] Hasta 1871 y 1873 no incluyeron Oxford y Cambrigde los estudios del *common law*.

[25] STEIN, R. M. «The Path of Legal Education form Edward I to Langdell: A History of Insular Reaction». *Chicago Kent Law Review*, núm. 57 (1981), pág. 435, nota 26.

[26] BOON, A.; WEBB, J. «Legal Education and Training…», *cit.*, pág. 87.

2. Principales hitos de la evolución de la formación de juristas en la segunda mitad del siglo XX y en el siglo XXI

A. El Informe «Ormrod»

En 1971 se publica el denominado «*Ormrod Report on Legal Education*», resultado de tres años de trabajo de una comisión, que propone una remodelación de todo el sistema de formación de juristas. Las recomendaciones del informe, que en su mayor parte se materializaron después, se basaban en la consideración de que el sistema anterior era ineficiente y en la necesidad de realizar una planificación coordinada de todas las fases del proceso formativo, con implicación de los sectores académico y profesional; en definitiva, un sistema de responsabilidad compartida.

Se establece, en primer lugar, que la condición de graduado en Derecho es, con pocas excepciones, requisito indispensable para el acceso a las profesiones de *barrister* y *solicitor*. En compensación y con posterioridad al informe «Ormrod», dado que las organizaciones profesionales se negaban a admitir sin más todos los grados de Derecho, se obliga a las universidades que quieren tener un grado válido para el acceso a las profesiones (*Qualifying Law Degree*) a cubrir las materias que anteriormente formaban la primera parte de los cursos de formación de abogados; se trata de los fundamentos legales o *Foundations of Legal Knowledge*.

En segundo lugar, se preconiza que la segunda etapa, denominada vocacional, se adapte al perfil del graduado, por lo que no debería incrementarse el volumen de contenidos de Derecho material y sí, en cambio, ponerse el énfasis en «establecer los fundamentos para el desarrollo continuo de las competencias y técnicas profesionales a lo largo de la carrera del abogado».

B. Los Joint Announcements

Los *Joint Announcements* son acuerdos adoptados conjuntamente por las organizaciones profesionales de *barristers* y *solicitors*, es decir, la *Law Society* y el *General Council of the Bar*, que recaen sobre la fase académica de la formación de abogados (el grado). Estos *Joint Announcements* son importantes en la medida en que determinan las condiciones bajo las cuales un grado es aceptado como formación válida para acceder a la fase de formación profesional como *solicitor* o *barrister*. En su preparación se consulta con asociaciones de profesores de Derecho

y con un comité de decanos de facultades de Derecho. Son especialmente relevantes los *Joint Statements* de 1990, 1995 y 1999.

C. El Informe «ACLEC»

En 1996 se hace público el resultado de una comisión ministerial bajo el título de «*First Report on Legal Education and Training*»[27] (habitualmente denominado Informe «ACLEC»). Aunque antes se habían publicado otros informes con parecido contenido (informes «Benson» y «Marre»), este es especialmente relevante, como luego veremos. La comisión incluía decanos y profesores de Derecho, funcionarios, *solicitors*, *barristers* y pedagogos, y recogió una notable cantidad de opiniones externas sobre las consultas que realizó a lo largo de sus cuatro años de trabajos.

D. QAA Subject Benchmark: Law

La *Quality Assurance Agency for Higher Education*, que podemos equiparar a la ANECA española, publica en 2000 (y luego modifica en 2007) la *Subject Benchmark statement: Law*,[28] es decir, los estándares competenciales correspondientes a un graduado en Derecho. Aunque los autores del documento son profesores universitarios, el proceso incluye la evacuación de consultas a todos los sectores interesados.

E. Las «Day One Outcomes»

Las «*Day One Outcomes*»[29] constituyen el interesante resultado de un trabajo realizado bajo el patrocinio de la *Law Society* que recoge las competencias observables[30] en el primer día de trabajo de un *solicitor*. La primera versión de estas «*Day One Outcomes*» se publica en 2005 y sus 6 apartados han sido

[27] El texto puede consultarse en www.ukcle.ac.uk/files/downloads/408/165.d9ea7dd4.aclec2.pdf

[28] El texto puede consultarse en www.qaa.ac.uk/Publications/InformationAndGuidance/Documents/Law07.pdf

[29] La última versión puede consultarse en www.sra.org.uk/solicitors/qlts/day-one-outcomes-table.page

[30] Traduzco así la expresión *outcomes*; podría traducirse alternativamente por «resultados del aprendizaje».

progresivamente modificados (la última modificación, en 2012). Estas competencias deben ir obteniéndose a lo largo de todo el proceso formativo, desde el grado hasta la última fase de la formación profesional, y sirven, además, como criterio para el reconocimiento de abogados de otras jurisdicciones.

F. Informe «LETR»

The Legal Education and Training Review[31] (LETR) es un ambicioso informe dirigido por las organizaciones profesionales de *solicitors* y *barristers*, a las que se une por primera vez CILEx, la asociación de *chartered legal executives*, figura sobre la que volveremos. Se publica en 2013, tras varios años de trabajos intensos y participación de todos los sectores, incluido el académico, bajo la dirección de un magistrado jubilado, Mark Potter, y una abogada con experiencia en el sector público, Janet Gaymer.

El informe se define a sí mismo como abierto, es decir, como base para un desarrollo y estudio continuado. Para ello, propone la creación de un órgano consultivo y de estudio —*Legal Education Council*—, que, con participación de universidades, gobierno, profesionales y consumidores, pueda servir de archivo de información, plataforma de debate y laboratorio de experiencias formativas.

III. Estructura

Inglaterra y Gales comparten modelo universitario —al que me referiré habitualmente, salvo indicación en contra—, mientras que Escocia presenta algunas peculiaridades no esenciales, como la duración del grado.

Los estudiantes acceden al grado de Derecho desde la educación secundaria mediante el sistema centralizado de exámenes denominado *A-Level*, que algunas universidades combinan con una exposición escrita o una entrevista sobre los méritos y motivación del estudiante.

Los estudios en Derecho se cursan en 3 años (4 en Escocia), al término de los cuales el estudiante obtiene un grado (*Honour*) en Derecho (*Bachelor of Laws*, abreviado como *LL. B*. o *LLB*.).

[31] El texto puede consultarse en letr.org.uk

La duración del grado, más reducida, antes de la puesta en marcha del Espacio Europeo de Educación Superior, que la de los restantes países europeos, apenas es objeto de preocupación en los informes recogidos en el apartado II.2. Solamente el informe con una mayor inclinación académica, el informe «ACLEC», apunta tímidamente la posibilidad de incrementar el grado en un año más, pero lo hace para permitir la inclusión de un año de estudios de un sistema jurídico extranjero (es decir, un año «Erasmus») o la inclusión de materias no jurídicas, como Economía, Psicología, Ciencias Políticas o Historia. Finalmente, en atención al coste que supondría para los estudiantes el incremento de la duración del grado y a la idea de que «la cuestión esencial no es la duración como tal sino la calidad y temporalización de la experiencia educativa de los aspirantes a futuros profesionales», no se hace otra recomendación que la de aconsejar, con la vista puesta en los «dobles grados» que combinan, en tres años, Derecho y otra materia, que todo grado de Derecho contenga como mínimo el equivalente a dos años de materias jurídicas.

El graduado en Derecho, sin más titulación, apenas tiene salidas profesionales reservadas. El acceso a la función pública (*Her Majesty's Home Civil Service*), por ejemplo, o sólo exige una formación genérica (ser graduado, no necesariamente en Derecho) o exige ser abogado (*barrister*/*solicitor*). El acceso a la judicatura, así mismo, se produce desde la condición de abogado, con varios años de experiencia, y no desde la de mero graduado en Derecho.

De todas formas, se calcula que solamente la mitad de los graduados acceden a la etapa vocacional, lo que resulta indicativo de que un buen número de estudiantes sigue los estudios de Derecho con una finalidad «liberal», es decir, no profesionalizante.

Para aquellos que quieren acceder a una profesión jurídica, la continuación ordinaria del grado de Derecho consiste en ganar la condición de *barrister* o *solicitor*.

En Inglaterra y Gales, la vía principal de acceso a la abogacía se divide en tres etapas:

- *Academic stage*. Obtención de un grado de Derecho acreditado por el *Joint Academic Stage Board* (comité mixto formado por la *Solicitors Regulation Authority* y el *Bar Standards Board*) como *Qualifying Law Degree*, para lo que debe incluir como obligatorias las materias de los *Foundations of Legal Knowledge*, además de garantizar la obtención de otras competencias

transversales y demostrar la aplicación de los necesarios recursos materiales y personales. En principio, todas las Universidades se preocupan de que sus grados de Derecho tengan esta acreditación; quedan excluidos grados en Política o Criminología. Sin embargo, es posible el acceso al *Vocational stage* desde otros grados mediante el seguimiento de un curso de un año sobre los *Foundations of Legal Knowledge* impartido por las universidades (*Common Professional Examination*/*Graduate Diploma in Law*, conocido vulgarmente como «*law conversion course*»). Esta vía no es meramente residual: la siguen entre un 15 y un 30% de los graduados que acceden a la fase vocacional.[32] Parece que es un currículo muy valorado ya que, aunque el curso de conversión es un curso de grado, por la mayor madurez del estudiante que llega al mismo, guarda cierta semejanza con los estudios de Derecho norteamericanos, que son de posgrado.

– *Vocational stage*. Realización de un postgrado de especialización de un año como *solicitor* (*Legal Practice Course*) o *barrister* (*Bar Professional Training Course*). Estos cursos son impartidos por proveedores acreditados por las organizaciones profesionales, generalmente universidades.
– *Pupillage o Training*. En el caso de los *solicitors*, se trata de una pasantía de dos años, que se combina con un *Professional Skills Course*. Para los *barristers*, la pasantía se limita a un año. Actualmente se está convirtiendo en el «cuello de botella» de acceso a las profesiones de *barrister* o *solicitor*, ya que se ha reducido el número de plazas disponibles en la misma medida en que ha aumentado el número de estudiantes que superan el primer paso del *vocational stage*; los estudiantes, que han invertido una cantidad importante de dinero en estos cursos de acceso a la profesión (además del empleado en superar los estudios de grado), se encuentran en un «limbo» que origina no poca insatisfacción y protestas.

El debate sobre la conveniencia o no de refundir los cursos de formación de *barristers* y *solicitors*, cuyas competencias se interseccionan en buena parte, parece haberse cerrado, con inobservancia de lo recomendado en los informes «Omrod» y «ACLEC». La discusión recae actualmente sobre la conveniencia, por el contrario,

[32] Informe «LETR», 2.14.

de introducir especializaciones dentro de esta fase formativa, especialmente en la de los *solicitors*. Por el momento, «LETR» se inclina por mantener el actual modelo e implementar esquemas de especialización en una fase ulterior, como parte de la formación continuada (*CPD*, *Continuing Professional Development*).

En paralelo y muy recientemente, se ha abierto otra vía profesional de carácter jurídico, organizada por la organización profesional de *legal executives*. Los *Chartered Legal Executive lawyers*, que eran los antiguos *clerks* u oficiales de despacho, desarrollan ahora, muchas veces de forma independiente, funciones que se solapan en gran parte con las de los *solicitors*, solo que con un grado mayor de especialización en algún sector concreto de la práctica jurídica, muy especialmente, la gestión de compraventas e hipotecas, ejecuciones, daños, emigración, Derecho laboral, redacción de testamentos y contratos, etc.; también pueden acceder a ciertos niveles de la carrera judicial.

La carrera, definida por CILEx (*Chartered Institute of Legal Executives*), incluye numerosos peldaños que el estudiante seguirá o no según sus ambiciones y pueden combinarse con la realización de prácticas como aprendiz en despachos o trabajando como *legal secretary* o *paralegal*.

El primero de los peldaños es *CiLex Level 3 Professional Diploma in Law and Practice*, al que se accede desde la secundaria y equivaldría a una Formación Profesional Superior. En dos años se estudian, de manera muy práctica, las principales áreas del Derecho (propiedad, daños, penal, familia, sucesiones…).

El segundo de los peldaños, *CiLex Level 6 Professional Higher Diploma in Law and Practice*, tiene una duración de uno o dos años. Los graduados en Derecho pueden acceder a este título mediante un *CILEx Graduate Fast-track* Diploma de 125 horas lectivas. Estos dos cursos son impartidos, previa acreditación por el colegio profesional, por centros privados y algunos *colleges*, sin rango universitario, pero adscritos a universidades.

Finalmente, con un mínimo de 3 años de pasantía con un *solicitor* o un *Chartered legal executive*, se alcanza la titulación de *Chartered legal executive*; si el estudiante ha trabajado a tiempo parcial en las fases anteriores, ese periodo vale a los efectos de computar los 3 años de pasantía.

Desde el segundo y tercero de los peldaños reseñados, existen rutas para acceder al proceso de formación de *solicitors*.

IV. Función del grado en Derecho

El sistema de dos etapas, una académica y otra profesional, que rige en el Reino Unido desde los años setenta, como solución de compromiso que es, no aquietó la sempiterna dialéctica en torno a si la función de la enseñanza universitaria era meramente liberal y perseguía el saber por el saber o era preprofesional, es decir, tronco común de las distintas formaciones profesionales. En cualquier caso, ninguno de los informes o documentos que van modelando el sistema de formación jurídico se sustrae a la necesidad de adoptar un punto de equilibrio entre los objetivos más académicos y los profesionales.

Probablemente sea el abandono de la idea de la universidad como mera proveedora de información y su sustitución por una universidad formadora de competencias intelectuales lo que suaviza actualmente la tensión, que, aun así, subsiste.[33]

El informe más proclive a las universidades, «ACLEC», por ejemplo, afirma rotundamente que el grado en Derecho debe permanecer como una enseñanza «liberal» independiente, no vinculada a ninguna profesión específica. Explica que, aunque los estudiantes que se proponen ser *barristers* o *solicitors* pueden encontrarse cómodos con una formación jurídica que tiene una «reputación de ser una disciplina altamente instrumental, casi anti-intelectual», no ocurre lo mismo con dos grupos de estudiantes: aquellos «que buscan un estímulo intelectual y quieren ser sometidos a un reto académico» y los que «resultan atraídos por el Derecho como una disciplina humana o una ciencia social». Con todo, la definición de las competencias intelectuales a alcanzar en el grado que realiza este informe, sobre la que luego volvemos, no deja de resultar útil para conseguir una preparación de base amplia para las profesiones.

El informe probablemente más profesionalizante, «LETR», reconoce la importancia de que el grado mantenga su doble función liberal y preprofesional y recoge una encuesta a profesionales en la que se ve reflejada la misma dualidad (aunque los resultados, todo hay que decirlo, se inclinan ligeramente hacia la

[33] Véase, por ejemplo, el iconoclasta artículo de Mathias M. SIEMS, «A World Without Law Professors», en VAN HOECKE, M. (Ed.). *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012, págs. 71 y ss.

vertiente profesionalizadora). Frente al planteamiento netamente finalista, orientado a las necesidades sociales, de la etapa de formación profesional, el informe reconoce que la etapa académica «puede propiamente poner un mayor énfasis en la adquisición del conocimiento por sí mismo y en los intereses y desarrollo personal del estudiante».

En definitiva, el grado debe perseguir, sin que en ello se agoten todos sus objetivos, que el estudiante adquiera las bases cognitivas y competencias sobre las que puede «construirse», mediante una formación posterior más específica, un profesional del Derecho. No se encuentra entre sus objetivos «contener suficiente material conceptual y sustantivo como para que la formación profesional sea relativamente más corta» (informe «ACLEC»); ni «debe orientarse a un conjunto de competencias deslavazadas que pongan en peligro el desarrollo de un alto nivel de conocimiento jurídico y de competencias intelectuales (especialmente, analíticas)» («LETR», recogiendo una valoración de la asociación de *barristers*).

V. Las materias

Aunque el informe «Ormrod» preconizaba la libre incorporación de cualquier graduado en Derecho a la fase profesional, sea como *barrister*, sea como *solicitor*, sus organizaciones profesionales mantuvieron la facultad de decidir cuándo un grado servía para ser admitido en los correspondientes cursos profesionalizadores. Se ampararon para ello en acompañar la eliminación de una de las pruebas de acceso a estos cursos con la exigencia de que las universidades garantizaran la impartición del que era su temario. Son los llamados *Foundations of Legal Knowledge*, que podemos traducir como «fundamentos del saber jurídico», con un total mínimo de 90 créditos europeos (es decir, el equivalente a un año y medio de estudios). Se trata de las siguientes materias:

- *Obligations including contract, restitution and tort*, que equivaldría a nuestro tradicional «Obligaciones y contratos», incluyendo Derecho de daños.
- *Public law (including constitutional law, administrative law and human rights law)*; equivaldría a nuestros Derecho Constitucional, incluyendo derechos fundamentales, y Derecho Administrativo.
- *Criminal law*; Derecho Penal.

- *Property law*; Derechos reales.
- *Equity and the law of trusts*; Derecho de Fundaciones, pero en un sentido mucho más amplio que el continental, pues incluye algunas figuras sucesorias próximas al fideicomiso; además, por ejemplo, negocios fiduciarios, cuasicontratos, etc.
- *Law of the European Union*; Derecho de la Unión Europea (introducido a partir de 1995).

De hecho, las Facultades británicas se separan poco de este listado de materias a la hora de definir las asignaturas obligatorias y suelen limitarse a introducir algunas variaciones en su organización e incrementar ligeramente el número de créditos obligatorios hasta un número entre 100 y 120. El resto de las asignaturas, hasta completar el equivalente a un año de estudios, se compone del trabajo de fin de grado (*Dissertation*) y de asignaturas optativas que no tienen que ser necesariamente jurídicas, en especial si el estudiante persigue obtener un doble grado (*dual honors*); la única limitación que añade el *Joint Announcement* de 1999 es que el estudiante supere 120 créditos (equivalente a dos años de estudio) de asignaturas jurídicas en sentido amplio.[34] Prueba (*Evidence*), Derecho Tributario, Derecho Laboral y Sociedades se encuentran entre las optativas más frecuentemente ofrecidas, mientras que la enseñanza del Derecho Procesal rara vez se incluye en el grado, por reservarse para la fase profesionalizadora.[35] La tendencia observable entre los estudiantes es la de preferir materias más prácticas antes que aquellas más académicas, como las de Historia, Teoría o Sociología del Derecho.[36]
La definición —e incluso la existencia— de estos *Foundations* ha sido objeto de mucha discusión desde su introducción. Hasta un *Joint Announcement* de 1990, las organizaciones profesionales no solamente establecían cuáles eran las materias fundamentales, sino también su temario, modo de evaluación y horas de docencia.

Las consideraciones del informe «ACLEC» pueden servir para entender el trasfondo de la decisión de imponer o no determinadas materias obligatorias.

---

[34] El *Joint Announcement* menciona como ejemplos, cursos de criminología o de otras materias socio-legales.

[35] BOON, A.; WEBB, J. «Legal Education and Training…», *cit.*, pág. 80.

[36] BOON, A.; WEBB, J. «Legal Education and Training…», *cit.*, págs. 111 y 112.

En el documento de discusión, la comisión presentó tres objeciones a la imposición a las universidades de un incremento de las materias obligatorias, de suerte que el periodo académico tuviera que ocuparse de la adquisición «bruta» de conocimientos jurídicos por parte de los estudiantes y la formación profesional de posgrado de adquirir las habilidades necesarias para usarlos (si Comenio, pionero de la pedagogía, enunciaba las tres etapas del aprendizaje como «*intellectus, memoria et usus*», se trataba de valorar si los dos primeros habrían de ser responsabilidad principal de las universidades y el tercero, de la formación profesional). Contra esta posibilidad se presentaban tres argumentos: a) la sobrecarga que supondría la cobertura en el periodo académico de la mayor parte de los contenidos jurídicos que pueden emplearse en las profesiones; b) la superficialidad con la que se cubrirían, y c) la inconveniencia de separar conocimientos y competencias ante la consideración de que los estudiantes habrían olvidado la mayoría de los contenidos memorizados al tiempo de iniciar su formación de posgrado.

Bastantes universidades y representantes del sector académico se inclinaron por una máxima libertad en la determinación de las materias jurídicas que componen el grado. El *College of Law*, institución responsable de la formación de *solicitors*, se manifestó muy crítico con el funcionamiento de los *Foundations*: «tienen todos los problemas de superficialidad, rigidez y pensamiento compartimentalizado.... En la práctica no han servido para desarrollar en los estudiantes ni una comprensión clara de los principios legales ni el pensamiento crítico creativo requerido por el moderno empleador en la profesión legal o fuera de ella». Las organizaciones profesionales de *solicitors* y *barristers*, aunque defendieron la conservación de los *Foundations*, propugnaron una gran flexibilidad en su enfoque. El *General Council of the Bar*, por ejemplo, explicó que «la política correcta debería ser enseñar un conocimiento básico de la ley que sea suficiente para servir de fundamento para una formación profesional, pero hacerlo enseñando principios antes que simplemente enseñando una gran cantidad de materias particulares».

El informe también apuesta por poner el énfasis en los objetivos generales del grado y las competencias que lo conforman más que en los contenidos concretos establecidos de forma descriptiva. El resultado, añade, no se alejará demasiado del preexistente. La competencia consistente en comprender cómo los jueces hacen el Derecho a través de la lectura y análisis de sentencias es difícil adquirirla sin el

estudio de algunas materias fundamentales, como daños y contratos; la competencia consistente en el conocimiento de las normas legales y su elaboración, sin el estudio de los principios del Derecho Constitucional y Administrativo.

La conclusión del informe es que debe eliminarse la «camisa de fuerza» de las materias obligatorias: «Recomendamos que se deje que las Facultades de Derecho decidan por sí mismas, a la luz de sus propios objetivos, qué áreas del Derecho se estudiarán en profundidad y cuáles superficialmente, cuáles deben ser obligatorias (si es que debe haber alguna) y cuáles optativas, con la condición de que los objetivos de un grado en Derecho se satisfagan».

Esta recomendación fue desoída y los *Foundations*, pese a ser objeto de continua controversia,[37] siguen actualmente con el mismo contenido con que se definieron inicialmente, con el solo añadido del Derecho Europeo.

«LETR», el último de los informes publicados, es muy prudente en su análisis de los *Foundations*. Excluye la conveniencia de ampliar su volumen total de 90 créditos y recomienda la inclusión de unos descriptores básicos que les den algo más de homogeneidad. En cuanto a su contenido concreto, se hace eco del considerable nivel de aceptación que merecen por parte del sector profesional y apunta meramente a una posible modificación si resulta exigida por la revisión de las competencias a que luego me referiré.

VI. Competencias

La preocupación por las competencias (*skills*) —o, por las competencias observables (*outcomes*)— es constante en todos los trabajos realizados en los últimos cincuenta años sobre los objetivos del grado de Derecho y, en general, la formación de los profesionales del Derecho.

Ya en el informe «Ormrod» se alude a que el objetivo del grado es que el estudiante haya «cubierto las materias jurídicas fundamentales y haya adquirido una profunda comprensión de los principios jurídicos y suficiente conocimiento y capacidad para manejar el Derecho y sus fuentes de tal manera que puede descubrir por sí solo con razonable precisión y sin un gasto desproporcionado de

[37] Solamente a modo de muestra: BIRKS, P. «Compulsory Subjects: Will the Seven Foundations ever Crumble». Web *Journal of Current Legal Issues*, núm. 1 (1995).

tiempo y esfuerzo la norma que sirva para resolver cualquier problema con el que sea probable que deba tratar en sus primeros años de práctica». En otro lugar, el informe se refiere, de forma igualmente gráfica, a la necesidad de que la enseñanza del grado se oriente a «desarrollar los procesos intelectuales a los que es usual referirse como "pensar como un abogado"».

El informe «ACLEC» establece la recomendación formal de que el grado en Derecho debe permitir «la adquisición de las competencias intelectuales generales, de las competencias conceptuales y analíticas requeridas por los abogados, de un correcto conocimiento de los principios generales, naturaleza y desarrollo del Derecho y de los contextos en los que opera y de valores y estándares éticos y legales», y añade una primera lista de competencias observables agrupadas en cinco grandes categorías:

- «competencias intelectuales generales»;[38]
- «conocimiento y comprensión de los principios generales, naturaleza y desarrollo del Derecho, de la elaboración e interpretación del *common law* y la legislación, incluyendo la de la Unión Europea»;[39]
- «valores jurídicos»;[40]
- «conocimiento y comprensión del contexto»;[41]
- «conocimiento y comprensión de las principales semejanzas y diferencias entre los sistemas del *common law* y los del Derecho Civil».

---

[38] Esta categoría competencial incluye: «la construcción de argumentos lógicos; la capacidad para la manipulación abstracta de ideas complejas; el manejo sistemático de información fáctica compleja; el uso constante de la lengua inglesa con escrupuloso cuidado e integridad; la habilidad conexa de comunicarse, de forma oral o escrita, en una manera clara, consistente y convincente; competencia en la búsqueda, valoración, análisis y uso de textos legales e información, incluyendo la competencia para el empleo de las tecnologías de la comunicación».

[39] Se incluye aquí: «la capacidad para manejar resoluciones judiciales mediante la lectura y análisis de jurisprudencia y la capacidad para manejar legislación nacional y europea mediante la lectura y análisis de textos legales y otros materiales relevantes».

[40] Estos valores incluyen «el compromiso con el Estado de Derecho, la justicia, la equidad y altos estándares éticos».

[41] Se refiere al contexto «social, económico, político, histórico, filosófico, moral y cultural en la que opera el Derecho».

En la línea apuntada por el informe «ACLEC», el *Subject Benchmark statement: Law* aprobado por la *Quality Assurance Agency for Higher Education* (QAA), contiene una lista de competencias que el graduado en Derecho debe haber obtenido en las Facultades.

De acuerdo con dicha lista, el estudiante solo tiene que adquirir «una visión general de las principales características e ideas del sistema jurídico, más que un conocimiento detallado de las principales áreas del Derecho».

El resto de las competencias son transversales o instrumentales: aplicar los conocimientos, resolver problemas, manejar las fuentes instrumentales e investigar, analizar, sintetizar, evaluar críticamente, comprender textos jurídicos, expresarse correctamente de forma oral y escrita, emplear información matemática y estadística, dominar las TIC, trabajar en equipo, etc. Especial relevancia se concede a la autonomía del estudiante: «la habilidad para aprender y hacer uso del aprendizaje de manera independiente es lo que distingue el estudiante graduado del que inicia el primer curso. Las actividades requeridas por una Facultad de Derecho deben exigir que los estudiantes demuestren qué pueden hacer de forma independiente, más que meramente demostrar que han aprendido lo que se les ha enseñado».

En paralelo, el *Joint Announcement* actualmente vigente, aprobado por las organizaciones profesionales, incluye como objetivos del grado en Derecho, además del conocimiento de las materias a que hemos aludido en el apartado anterior, dos grandes competencias específicas:

- «Las competencias intelectuales y prácticas necesarias para investigar y analizar el Derecho desde sus fuentes primarias en materias específicas; y para aplicar lo resultados de este trabajo a la solución de problemas jurídicos».
- «La capacidad de comunicar aquellos resultados, tanto por escrito como oralmente, de manera adecuada a las necesidades de una variedad de audiencias».

Además, se incluye una lista de competencias de carácter más transversal:

- «Aplicar los conocimientos a situaciones complejas».
- «Reconocer potenciales conclusiones alternativas para situaciones particulares y proporcionar razones que las fundamenten».

- «Seleccionar los aspectos clave a investigar y formularlos con claridad».
- «Usar los recursos estándares, tanto en papel como electrónicos, para producir información actualizada».
- «Realizar un juicio personal y fundamentado basado en un conocimiento informado de los argumentos ordinariamente empleados en el campo jurídico en cuestión».
- «Usar la lengua inglesa y la terminología legal con cuidado y precisión».
- «Realizar eficientemente búsquedas en sitios web para localizar información relevante; e intercambiar documentos por correo electrónico y manejar los intercambios de información por correo electrónico».
- «Producir textos con programas de tratamiento de textos y presentarlos de forma apropiada».

Las «*Day One Outcomes*» aprobadas por la *Law Society* como estándares de lo que debe saber y saber hacer un *solicitor* en su primer día de trabajo (al cabo, por tanto, de todas las etapas de su formación) también delimita cuidadosamente sus competencias, que agrupa en seis categorías:

- «Competencias intelectuales, de análisis y de resolución de problemas», entre las que se incluye, por ejemplo, las de «formular las preguntas adecuadas para identificar los problemas y objetivos de los clientes y obtener información relevante», «comunicar información, ideas, problemas y soluciones a clientes, colegas y otros profesionales», «iniciar y desarrollar proyectos».
- «Competencias negociales[42] y para la resolución de disputas», que incluyen, por ejemplo, la capacidad para crear y transmitir negocios, para buscar la resolución de conflictos civiles o penales, para establecer y transferir derechos reales, para redactar los documentos necesarios para los negocios, etc.
- «Conocimiento y competencias legales, profesionales y de relación con el cliente», que incluyen, entre otras, la capacidad para «emprender búsqueda de datos y Derecho en papel y con medios electrónicos», «usar tecnología

[42] No se refiere a la negociación como medio de resolución de conflictos sino a la preparación y control de los negocios y asuntos de su cliente.

para almacenar, recuperar y analizar información», «gestionar de manera efectiva la relación con el cliente»[43] o «actuar adecuadamente si el cliente queda insatisfecho por el asesoramiento o servicio provisto».

- «Desarrollo personal y gestión del trabajo», con algunas subcompetencias ciertamente dignas de atención, como las de «identificar los límites de los conocimientos y competencias propias», «gestionar el volumen de trabajo personal» o «trabajar como parte de un equipo».
- «Valores, comportamientos, actitudes y ética profesionales», definidos esta vez de forma bastante genérica: «comportarse profesionalmente y con integridad», identificar y atender a los problemas culturales, de discapacidad o diversidad social de clientes, colegas y de su entorno profesional, etc.

Especialmente llamativo resulta el tratamiento de las competencias de los profesionales del Derecho en el último de los informes publicados: «LETR». Los primeros apartados del capítulo cuarto contienen una exposición de los conceptos relacionados con las competencias de gran altura técnica, incluyendo una muy razonable advertencia de los riesgos que puede comportar, por su sustrato conductista, una metodología basada en competencias excesivamente reduccionista o, por el contrario, detallista. Consciente de las dificultades, el informe considera que este sigue siendo el camino a seguir, consistente en definir, partiendo de la base de lo que la sociedad necesita de los profesionales del Derecho (*a needs-led approach*), la competencia del «día uno», que es el mínimo nivel de competencia que la sociedad está legitimada para esperar de una persona autorizada a desarrollar una actividad profesional. A partir de estas «*Day One Outcomes*» —dice el informe— se puede desarrollar una ingeniería inversa para definir qué prioridades adoptar en cada una de las fases del proceso formativo. De ahí que, en la conclusión del informe, se incluya, como primera recomendación, la de definir las competencias observables (*outcomes*) de las profesiones jurídicas; y que, con el mismo rango conclusivo, se afirme que esta orientación es central para el futuro desarrollo del sistema formativo. Más aún, el informe apuesta, de cara al futuro, por elaborar un marco común de competencias observables y estándares para todos los servicios jurídicos como un todo y no sólo para cada una de las profesiones.

[43] Que, curiosamente, incluye un subapartado titulado «Trato con clientes difíciles».

En cuanto a concretas competencias, el informe «LETR» recoge, en primer lugar, la preocupación existente por la insuficiente calidad de las competencias para la comunicación oral y escrita (defecto del que el informe se cuida de precisar que no sólo adolecen las profesiones jurídicas), pese a que los propios profesionales les reconocen una importancia creciente. Para «LETR», esta competencia tiene que ser objeto de mayor atención en todas las fases de la formación: la académica y la profesional. Se aclara que la calidad de la comunicación escrita no se limita a la puntuación, ortografía y gramática, sino que incluye la claridad, el estilo y el contenido mismo del documento escrito. Se advierte, además, de la insuficiente preparación obtenida en los cursos profesionales para alcanzar el título de *solicitor* en la competencia para realizar alegaciones orales y, ahora para todas las profesiones, la falta de preparación para diferentes situaciones en que debe emplear una comunicación verbal: llamadas telefónicas, videoconferencias, mediación, juicios con una contraparte que no es asistida por abogado, etc.

En segundo lugar, «LETR» propone reforzar las capacidades para la búsqueda de información jurídica en todos los niveles formativos. En cuanto a la formación que los estudiantes adquieren en el grado, se hace eco de las valoraciones ofrecidas por la BIALL (*British and Irish Association of Law Librarians*) en cuanto a que los graduados no están acostumbrados a utilizar fuentes en papel, se conforman con búsquedas de un solo intento (*one-hit-only searching*), abusan de Google para realizar búsquedas breves y superficiales, no distinguen entre las distintas fuentes de información y carecen de organización, diligencia y persistencia en la búsqueda. Incorpora, además, la opinión de un académico que bien merece ser transcrita: «el problema que tiene la manera en que enseñamos a buscar es que hay una respuesta. Porque tiene que ser evaluada. Pero no es así como las cosas funcionan en la práctica. [Intento enseñar] cómo abordar el problema de que puede ocurrir que no se encuentre respuesta a una cuestión. Podría ser que no hubiera respuesta. Y cómo enfrentarse a ello es algo con lo que realmente no equipamos a nuestros estudiantes».

Aunque la competencia para la búsqueda de información no es responsabilidad exclusiva de la etapa académica —algo que «LETR» tiene muy claro—, recomienda seguir la ruta marcada por dos interesantes documentos sobre esta competencia:

Legal Information Literacy Statement,[44] aprobado en 2012 por la mencionada BIALL, y *The SCONUL 7 Pillars of Information Literacy throurgh a Digital Literacy «Lens»*,[45] adoptado en 2011 por la *Society of College*, *National and University Libraries* (SCONUL).

Un tercer grupo de observaciones del informe «LETR» se refieren a competencias como el conocimiento del entorno comercial y social —imprescindible, se dice, para comprender las necesidades del cliente— o el trato con el cliente («ser capaz de ver las cosas desde el punto de vista del cliente, inteligencia emocional, generación de confianza, manejo de las expectativas del cliente, habilidad para tratar con clientes difíciles o vulnerables y despliegue de cortesía»). Aunque, lógicamente, la responsabilidad de formar a los estudiantes en estas competencias recae en la etapa profesionalizadora, «LETR» se hace eco del creciente interés de los estudiantes de grado por el «emprendimiento», para lo que acuden a mecanismos de enseñanza informal.

Finalmente, en esta selección de los puntos más relevantes del informe «LETR» acerca de las competencias, destaca la preocupación por los aspectos éticos y deontológicos del ejercicio profesional. Más allá del estudio de las normas deontológicas de cada profesión, que corresponde claramente a la fase formativa profesional, LETR apuesta por un enfoque más amplio, que incluya la etapa académica, sin necesidad —eso lo dice explícitamente— de plantearse la adición de esta materia a los *Foundations*. La séptima de sus recomendaciones, por ello, es que las competencias observables en las fases iniciales de la formación de juristas incluyan referencias a «la comprensión de la relación entre moral y Derecho, los valores subyacentes al sistema jurídico y el papel de los juristas en relación a estos valores».

VII. Metodología docente y evaluación

La mayoría de los documentos que marcan el devenir de la formación de juristas omiten cualquier mención a la metodología a adoptar, especialmente en la fase

[44] Puede encontrarse en http://www.biall.org.uk/data/files/BIALL_Legal_Information_Literacy_Statement_July_2012.pdf

[45] http://www.sconul.ac.uk/sites/default/files/documents/researchlens.pdf

académica, o bien lo hacen en los prudentes términos con los que se expresa el informe «ACLEC».

El informe «ACLEC» reduce sus recomendaciones sobre metodología docente a una sola: que las Facultades consideren la adopción de métodos activos de aprendizaje. En cuanto a si deberían prescribirse los concretos métodos de enseñanza y evaluación, lo considera contrario a la autonomía de las Facultades por la que el informe aboga[46] y señala, además, que es probable que la enseñanza sea mejor allí donde los profesores tienen un sentido de «propiedad» de sus cursos, con libertad para desarrollar sus propios métodos y estilos de enseñanza y evaluación. Esta libertad y flexibilidad no debe estar sujeta a otro control que a la evaluación general, por una agencia externa de calidad, del funcionamiento de la Facultad.

En cuanto a los métodos de enseñanza activa, el informe «ACLEC» incluye un párrafo que merece transcripción, pues sus ecos resuenan en nuestras Facultades veinte años después: «Reconocemos que implicará una significante inversión de tiempo y esfuerzo para los profesores universitarios que no estén familiarizados con la gama de métodos activos que merece la pena aplicar. Sin embargo, creemos que ese tiempo será recompensado por la mejora de la calidad de los estudios de grado. Las instituciones de enseñanza deberían considerar cómo su plantilla puede ser auxiliada en este proceso. Al menos para el nuevo profesorado, deberían estar disponibles los apropiados cursos de formación profesional que traten sobre el desarrollo de la enseñanza activa. También deberían facilitarse cursos de refresco o de más alto nivel para los profesores más experimentados».

La realidad de la enseñanza del grado de Derecho se acerca bastante a lo propuesto.

El estudiante recibe 10/12 horas de clase a la semana, durante doce semanas al semestre, lo que se traduce en una presencialidad (*contact hours*) bastante más reducida que la tradicional en nuestras facultades, en coherencia con el peso que se coloca en el aprendizaje autónomo del propio estudiante.

Con pequeñas variantes en cada universidad, las clases son de tres tipos:

- *Lectures*, que podríamos traducir como clases magistrales.
- *Tutorials*, que son una combinación de clase práctica y tutoría colectiva.

[46] En el mismo sentido, LETR, 4.122.

– *Seminars*, que son sesiones en las que los estudiantes presentan y discuten sus conclusiones acerca de un tema o problema planteado previamente por el profesor.[47]

Las *lectures* duran 50 minutos y se desarrollan en grupos numerosos, en muchos casos superiores a cien alumnos; por eso, y por requerir frecuentemente el uso de megafonía y cañones de proyección, se asemejan más a una conferencia que a una de las habituales clases teóricas de las universidades españolas. Su interactividad es prácticamente nula: se reduce a la posibilidad de formular alguna pregunta al término de la clase, ya que el espacio propio de resolución de dudas es el de los *tutorials*. Las *lectures* están a cargo de los *lecturers*, profesores *senior* que podemos equiparar a nuestros profesores permanentes.

El grupo de *tutorial* o *seminar* es pequeño; habitualmente está formado por 10/12 alumnos. Es dirigido, en ocasiones, por un profesor ayudante, aunque es más frecuente que también corra a cargo del *lecturer*. En este tipo de clase, la interactividad es máxima y el 80/90% del tiempo es ocupado por las intervenciones de los estudiantes, sea realizando una presentación que luego es discutida con los compañeros, sea explicando cómo resuelven un problema práctico o consultando las dudas que tienen sobre la asignatura.

En casi todas las asignaturas, la calificación se obtiene con dos elementos: un trabajo (corrientemente, 25% de la nota) y un examen final, aunque no faltan asignaturas que emplean solamente uno de estos métodos.

En el trabajo, de extensión limitada (1.000/2.000 palabras), la evaluación se centra, de forma ciertamente intensa y puntillosa, en los aspectos metodológicos y formales, más que en el mayor o menor acierto de las conclusiones.

El examen final suele realizarse con los materiales del curso (*open-note/open-book*) y no tiene carácter memorístico, sino que suele consistir en preguntas de desarrollo que obligan a relacionar conceptos y demostrar una adecuada

[47] La diferencia entre los *tutorials* (más bien centrados en dudas y problemas) y los *seminars* (más formales y, a veces, con mayor duración) es difícil de entender, incluso para los propios británicos. De hecho, en algunas universidades tienden a unificarse en una categoría única, que a veces recibe la denominación de *workshop* (taller).

comprensión de los principios de la asignatura. Es corriente que el estudiante pueda escoger las preguntas a contestar de entre varias opciones.

No es habitual que existan exámenes parciales tal como se entienden en España, pero sí exámenes de prueba (*mock examination*) a realizar en casa, que, una vez corregidos, facilitan al estudiante retroalimentación (*formative assessment*) para su preparación de cara a la evaluación final.

El sistema de calificaciones, tanto de las asignaturas como del grado, es bastante peculiar,[48] pero destaca la existencia del «mero aprobado» (*Third Class*), que otorga al estudiante el título (*pass*) pero con un mensaje implícito de que no debe proseguir estudios de posgrado sino incorporarse al mercado de trabajo, normalmente en puestos que no requieren formación universitaria.

En relación con la evaluación, el informe «LETR» se hace eco de una extendida pero difusa impresión de que las calificaciones de los grados se están inflando progresivamente y de que el curso de formación de *solicitors* presenta notables diferencias de dificultad según el centro en el que se curse, a diferencia de otros cursos, como el de *barristers*, que acaba con una prueba centralizada.

Pese a reconocer el peligro de desigualdades y que los empleadores tengan dificultades a la hora de ponderar el valor de un determinado expediente académico, «LETR» descarta la necesidad de adoptar un modelo de evaluación centralizada: «Puede incrementar los riesgos de validez y justicia de la evaluación. Por definición, tiende a separar la evaluación del aprendizaje y, a menos que el *currículum* esté definido de forma muy ajustada, tiende a haber un riesgo más alto de que algún elemento del examen pueda no cumplir con las razonables expectativas de profesor

[48] Todas las actividades del curso (trabajos, exámenes, etc.), la nota final de cada asignatura y la nota promedio del grado (en la que no se emplean las calificaciones de las asignaturas del primer curso) se puntúan de la siguiente manera, en una gama de 0 a 100:

- 1 (*First class*), es decir, sobresaliente: de 70 a 100. Los profesores tienen claro que nunca evaluarán una asignatura por encima de 90; algunos y sólo algunos recuerdan haber puesto alguna vez en su vida un 90; un 80 es una auténtica matrícula de honor; y 71 o 72 son unas notas excelentes, sobresalientes en toda regla.
- 2:1 (*Upper Second Class*), es decir, notable: de 60 a 69.
- 2:2 (*Lower Second Class*), es decir, aprobado: de 50 a 59.
- 3 (*Third Class*), sin correlativo en España, pues se trata del «mero aprobado»: de 40 a 49.
- *Fail*: por debajo de 40.

y alumno. Eso también puede impactar negativamente en las percepciones de justicia y validez de la evaluación». Además, se hace eco de la experiencia «inversa» vivida en el acceso a la profesión de *solicitor*, donde se pasó de un modelo de examen centralizado a otro de evaluación por centro. Así lo valora la *University of Law*, principal proveedora, como heredera del *College of Law*, de esos cursos de preparación: «El currículo era guiado por las exigencias de un examen centralizado, así que los profesores no se sentían dueños de él. Esto llevo a una enseñanza carente de imaginación y a un aprendizaje memorístico […] Un examen centralizado no puede atender a la evaluación de competencias prácticas […]. Si en alguna medida el examen final se ocupaba de competencias, era porque pretendía que los estudiantes escribieran sobre ellas, no que demostraran poseerlas.»

De modo meramente especulativo, «LETR» analiza dos formas de evaluación en particular. La primera, *Standardised Clients*, está orientada a valorar el aprendizaje de las competencias relacionadas con el cliente, que son objeto de la etapa profesional de formación; consiste en la utilización de personas preparadas para simular ser un cliente en una entrevista con el estudiante y, al mismo tiempo, evaluar las capacidades del mismo. La segunda, el *portfolio* o carpeta de aprendizaje, merece la apreciación del informe con alusión a algunas experiencias actualmente desarrolladas en la formación de *solicitors*.

En realidad, estos dos ejemplos le sirven para una conclusión más relevante: «los ejemplos aquí incluidos ofrecen algunas indicaciones de las maneras en que más o diferentes evaluaciones contribuirían al desarrollo de la competencia profesional. Sirve también para evidenciar la relativamente estrecha base de los métodos evaluativos en uso, y la bastante limitada gama de potenciales competencias que son evaluadas, especialmente fuera del dominio cognitivo. Mucho de lo que cae en el dominio afectivo/moral o de hábitos mentales no puede ser en su mayor parte valorado o evaluado, como, por ejemplo: independencia, inteligencia emocional, respeto por los clientes, o atención a los detalles; similarmente, asuntos de relaciones como trabajo en equipo o gestión de conflictos pueden ser examinados en el puesto de trabajo, pero no como parte de un estándar profesional consistente». En suma, concluyen, para mejorar el proceso de evaluación, debería observarse la competencia profesional de una manera «más comprehensiva».

VIII. Análisis comparativo

Nada como un referente para poder determinar cuáles son los puntos fuertes y los puntos débiles de nuestro sistema de formación de profesionales del Derecho. En este apartado vuelco diez reflexiones comparativas que miran al sistema británico en su contraste con el español.

1. La formación de profesionales como materia de estudio

Si se observan, por ejemplo, las referencias bibliográficas que acompañan el informe «LETR», se detecta fácilmente que la formación de profesionales es un motivo de preocupación tanto para los académicos como para los prácticos y que las numerosas publicaciones disponibles permiten disponer de una riquísima gama de datos y propuestas.

La producción de estudios sobre la materia en España es, en términos comparativos, escuálida. Es verdad que el *corpus* producido sobre metodologías docentes se ha incrementado considerablemente en la última década,[49] pero es generalmente introspectiva, es decir, orientada a la aplicación de determinadas metodologías en concretas asignaturas del grado de Derecho; preocupa más «qué hacer» (y cómo evaluarlo) que «por qué hacerlo».[50]

Si miramos a la universidad, se me ocurren varias explicaciones para este «absentismo»: a) la materia requiere un buen conocimiento del sustrato sociológico, del día a día de nuestros profesionales, que no se encuentra en los libros y requiere ese «bajar a la calle» y estar atentos a la realidad práctica cotidiana que no se encuentra en la genética de la mayoría de nuestros académicos; b) la materia no «pertenece» en exclusiva a ninguna de las «áreas de conocimiento» universitarias, lo que, a su vez, implica dos dificultades: la de realizar un estudio transversal y la de asumir el riesgo de que este estudio sea tildado de marginal y secundario desde el

[49] Destaco la labor realizada por dos revistas: *REJIE* (*Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*) y *Revista de Educación y Derecho*. Una publicación reciente: BERZOSA, D.; CUADRADO, C. (Dir.). *La evaluación e innovación docente en el Grado de Derecho*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.

[50] Un trabajo valioso con algunos apuntes en la buena dirección: GARCÍA MEDINA, Javier (ed.), Competencias específicas en los estudios de Derecho. Definición y evaluación, Thomson Reuters, 2013

núcleo duro del área al que pertenezca el investigador; c) la materia está excesivamente relacionada con la enseñanza, por lo que el académico puede sufrir las consecuencias del anquilosamiento, por lo demás, general, de la producción científica ocasionado por los organismos de evaluación de la investigación; enseñanza e investigación se conciben, en el imaginario universitario, como mundos tangentes; d) finalmente, creo que existe poco deseo, ni en la academia ni fuera de ella, por romper la *pax romana* que reina en los territorios formativos que corresponden respectivamente a los académicos y a los prácticos, sobre la que luego volveré.

El reducido interés por la materia resulta especialmente censurable si tenemos en cuenta los profundos cambios que están sufriendo las profesiones jurídicas y que, en el caso del Reino Unido, ya son imposibles de obviar.

2. Un debate centralizado, informado y público

Examinando la evolución de la formación de los profesionales del Derecho en el Reino Unido es imposible no envidiar la transparencia, participación y seriedad con la que todos los debates se han producido. Años de trabajo han precedido la producción de cualquiera de los informes o decisiones que se han recogido en el apartado II.2.

En España ha faltado, en primer lugar, transparencia; las grandes decisiones (u omisiones) sobre la formación de los profesionales del Derecho, como la duración y la ausencia de directrices comunes en el grado o el sistema de acceso a la formación de abogados y procuradores, se han adoptado en los despachos de los ministerios de Educación y Justicia, a donde han llamado (o han sido llamados) decanos y, quizás, otros grupos de interés.

En segundo lugar, y por lo que se refiere al grado de Derecho, ha habido una dejación de funciones por parte del Gobierno que no ha producido mayores problemas en parte por el conservadurismo continuista que reina en nuestras Facultades y en parte por la necesidad de mantener los equilibrios establecidos entre las áreas de conocimiento. En todo caso, el debate apenas ha existido. El meritorio, pero apresurado, *Libro Blanco del Título de Grado en Derecho*,[51]

[51] Puede encontrarse en www.aneca.es/var/media/150240/libroblanco_derecho_def.pdf

presentado a la ANECA en 2005, acabó con un discreto fracaso.[52] Era ilusorio pretender que, de forma subsidiaria, el debate se produjera con la necesaria intensidad, participación y publicidad en el seno de cada una de las Facultades que presentaba un grado en Derecho, por más que el proceso de elaboración de los mismos impusiera la participación de los grupos de interés, particularmente los profesionales, y un periodo de información pública.

3. Una responsabilidad compartida

Uno de los conceptos más interesantes que se observan en el análisis del sistema británico es el de que la formación de los profesionales del Derecho es una responsabilidad compartida (*joint responsibility*) de las universidades y las organizaciones profesionales. Es posible que ello signifique un grado de injerencia de las segundas en la fase académica de los estudios que nos resulte chocante, pero implica, a cambio, una diálogo constante que sólo puede beneficiar a los estudiantes, además de constituir una fuente exterior de nuevas ideas y propuestas que puede ayudar a ventilar las, a veces demasiado cerradas, aulas universitarias.

La formación en España, en cambio, más que compartida es «partida», parciaria. La orientación general de los poderes públicos ha sido la de lograr una salomónica distribución de territorios que a todos diera relativa satisfacción. En esta *pax romana*,

[52] La Comisión de evaluación de la ANECA concluyó con las siguientes palabras: «A lo largo del proceso de elaboración del proyecto la comisión de seguimiento ha realizado valoraciones de distintos documentos planteados como definitivos por la red. Expertos de ANECA y de la red han mantenido reuniones de evaluación con la intención de alcanzar conclusiones definitivas. A pesar de ello, no ha sido posible encontrar fórmulas para superar definitivamente las dificultades relacionadas con el planteamiento o con el nivel de desarrollo de diferentes apartados del trabajo y, muy especialmente, con la necesaria ampliación de la recogida y valoración de los datos asociados con algunos de ellos, sobre todo los relativos al análisis de las competencias. Dadas las consideraciones anteriores, y teniendo en cuenta la avanzada situación del proceso de elaboración de directrices generales propias de las titulaciones de grado, no se considera útil ni pertinente en estos momentos plantear ninguna modificación substancial del resultado del proyecto. El trabajo realizado por la red puede ser útil como elemento de discusión y para reflejar el debate mantenido en el marco de la red que lo ha impulsado y las opiniones recogidas a lo largo del proceso, procedentes en buena medida del ámbito académico».

la universidad tiene atribuidos el grado en su totalidad y entre el 40 y el 60 por ciento de la formación de abogados y procuradores; todo lo demás, incluyendo la preparación de opositores, Escuela Judicial, etc., queda en manos de los profesionales prácticos.

Una de las herramientas más interesantes para encauzar y sacar provecho de ese diálogo entre la academia y las profesiones es la de las «*Day One Outcomes*»; de ella me ocupo en apartado independiente.

Además, la existencia de un órgano estable de debate y estudio, como el *Legal Education Council* propuesto en el informe «LETR», me parece directamente exportable si realmente queremos apostar por esta responsabilidad compartida.

4. Foundations of Legal Knowledge

Mientras, en el Reino Unido, todos los grados comparten un pequeño pero obligado conjunto de materias básicas, España presenta la sorprendente situación de que no existen directrices comunes que marquen las materias básicas pero, *de facto*, los estudios de grado comparten un elenco de materias muy superior al contenido en los *Foundations*.

Si, como es bastante previsible, los grados en España acaban asumiendo el canon de tres años de duración, sería el momento adecuado para establecer nuestros propios *Foundations*, con carácter común para todos los grados. Deberán definirse, en mi opinión, con carácter selectivo, con la finalidad de evitar la antipedagógica «jibarización» de las actuales asignaturas.

5. Day One Outcomes

El método de las *Day One Outcomes*, consistente en definir inicialmente los conocimientos y competencias del profesional que inicia su trabajo para realizar después una «ingeniería inversa» que recorra todas las fases del proceso formativo, me parece especialmente interesante.

Tal como explica el informe «LETR», debería dejarse espacio a las universidades para que definieran de forma autónoma competencias «liberales», es decir, no orientadas a las profesiones.

En mi opinión, resultaría ilustrador y enriquecedor aplicar el método de las *Day One Outcomes* a todas las profesiones jurídicas, incluyendo aquellas a las que se accede por oposición; el papel de los años dedicados a la memorización de los temarios podría residenciarse a la luz de las *Day One Outcomes* de estos profesionales.

6. Competencias y contenidos

En las facultades británicas se asume con normalidad que la finalidad del grado no es abarcar todo el sistema jurídico, sino adquirir un conocimiento bien asimilado de los fundamentos básicos del Derecho. En la definición de las asignaturas incluidas en los planes de estudio (donde cualquier observador podrá detectar la ausencia de muchas de las que en España forman parte ineludible de nuestros planes), en la alta optatividad o en la realización de trabajos y exámenes no memorísticos, en los que, además, se ofrecen al estudiante varias preguntas alternativas para responder, se observa cómo la educación británica asume que la materia jurídica es ilimitada y, consecuentemente, es mejor dar preferencia a la intensificación del conocimiento frente a una dispersión superficial y rápida de los contenidos.

A cambio, se coloca en las competencias todo el peso (y detallado análisis) que es de ver en las páginas anteriores y se orientan a las mismas tanto las actividades docentes como la evaluación.

La evolución del perfil de los servicios jurídicos, tenga o no la intensidad que presenta en el Reino Unido, obliga muy especialmente a orientar la formación de los estudiantes hacia unas competencias que deben ser objeto de constante escrutinio y actualización. Hay que pensar que en nuestras Facultades estamos formando a los profesionales que ejercerán en las próximas décadas, para las que necesitan una formación mucho más versátil, que, en palabras de SUSSKIND, les permita «ser más flexibles, colaborativos, profesionales híbridos, que son capaces de trascender las fronteras jurídicas, hablar el lenguaje de la sala de juntas, y están motivados para recurrir a técnicas de gestión modernas y de tecnología de la información».[53]

[53] *Tomorrow's Lawyers*, *cit.*, pág. 136.

7. Docencia y evaluación

Si observamos la manera en que las Facultades de Derecho hemos aplicado las pautas del Espacio Europeo de Educación Superior a la vista de la experiencia británica, sorprende que, con una notoria incapacidad para tomar decisiones selectivas, nos hemos limitado a sumar, al volumen de clases y contenidos preexistentes, elementos de evaluación continua. El resultado, además de dejar exhaustos a nuestros estudiantes y producir una adquisición epidérmica de conocimientos y competencias, ha conducido a una «bachillerización» de la enseñanza opuesta a la pretendida consecución de autonomía por parte de los estudiantes.

8. Calificaciones

No tengo la menor duda de que nuestro sistema decimal de calificaciones es mucho más claro y preciso que el extravagante sistema inglés.

Resulta interesante, en cambio, la categoría más baja, la del *Third Class*, que podríamos considerar como «aprobado sin futuro». En las Facultades españolas observamos cómo, en la gama del 5 al 6 de promedio, se sitúan estudiantes que tienen especiales dificultades, intelectivas o de capacidad de esfuerzo, para superar el grado o bien que lo siguen por mera satisfacción personal, sin aspiraciones profesionales. Adoptar el modelo inglés y vetar a estos estudiantes el acceso a las etapas sucesivas de formación podría resultar recomendable si no fuera porque podría generarse un nicho en el que encontraran acomodo algunas universidades privadas deseosas de mejorar sus balances o algunas públicas que lucharan por su supervivencia; en el Reino Unido, todas las universidades son públicas, con la excepción, precisamente, de la *University of Law*, dependiente de la *Law Society*.

9. Vías de acceso a las profesiones

Como hemos visto, en el Reino Unido existen tres vías para acceder al *vocational stage*: la del grado de Derecho, la de cualquier otro grado unido a un curso de conversión y la del aprendizaje y formación en el mismo trabajo (modelo CILEx).

La vía del grado más curso de conversión considero que está cubierta en España mediante las dobles titulaciones, de notable éxito y prestigio.

En cuanto a la tercera vía, creo que en gran parte se explica por el alto coste que tienen los estudios de grado en el Reino Unido (casi decuplican el coste de los equivalentes españoles) y el mal funcionamiento de los estudios de grado a tiempo parcial. Mientras los precios universitarios se contengan en España y se introduzcan algunas mejoras en la posibilidad de compartir estudios y trabajo, no parece urgente abrir esta vía. En cualquier caso, su idoneidad debería resultar de un estudio de las competencias profesionales (*Day One Outcomes*); ¿podría resultar adecuada —planteo de manera simplemente especulativa— para la procura, en función de cómo quede esta finalmente definida?

10. La formación profesional de posgrado

Sólo un estudio de las competencias profesionales con la metodología de los «*Day One Outcomes*» permitiría determinar si el periodo de formación profesional en España, más corto que el británico, es suficiente para garantizar la formación de buenos profesionales.

La integración de las prácticas externas o pasantía dentro del posgrado constituye, en mi opinión, un punto fuerte de nuestro sistema (siempre que no provoque una desproporcionada escasez de plazas en los posgrados), pues impide que los estudiantes se encuentren en el incómodo «limbo» de quien ha terminado (y pagado) el primer periodo de formación profesional pero no encuentra acomodo como pasante en ningún despacho.

En cambio, la realización de un examen centralizado al término del posgrado —y más tal como ha quedado este tras el RD 150/2014 y la Orden PRE/404/2014— creo que es un punto débil de nuestro sistema y que se debería haber optado por someter a los cursos de formación a un escrutinio tan intenso y severo como se creyera necesario para evitar posibles fraudes. Creo plenamente suscribibles las críticas que tal sistema merecían tanto para los autores del informe «LETR» como para la universidad creada por la organización de *solicitors* y que se encuentran en el apartado VII. Me temo que sus argumentos son vaticinio de lo que ocurrirá en España.

rjib12

ESTUDIS

LA ADHESIÓN EN LOS RECURSOS PENALES Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN (DERECHOS FUNDAMENTALES)

Jaime Suau Morey

Abogado

Doctor en Derecho

I. Significados de la adhesión al recurso en el proceso penal. II. Distinto fundamento acerca de la diferenciación del sentido de la adhesión en los órdenes jurisdiccionales civil y penal. III. La adhesión en el recurso de apelación. IV. La apelación adhesiva autónoma supeditada. V. La apelación supeditada en la Ley del Jurado. VI. La adhesión en el recurso de casación. VII. Los recursos, necesidad de reforma y adaptación. Los Anteproyectos de nueva Ley de Enjuiciamiento Penal. VIII. Distinto alcance devolutivo del recurso en función de la posición procesal del recurrente. IX. La adhesión autónoma al recurso y la prohibición constitucional de indefensión.

RESUMEN

El estudio trata de la evolución y desarrollo constitucional de determinados principios que inspiran el proceso penal desde la óptica de las Garantías Fundamentales, todo ello partiendo de la base de que el proceso moderno, no sólo se rige por las correspondientes leyes de enjuiciamiento, sino que también está sujeto a las prescripciones de contenido procesal establecidas en la Constitución. El título del trabajo alude a la adhesión en los recursos penales y la defensa de la Constitución y su contenido trata también del derecho de defensa en la Constitución. Éste afecta tanto al recurso de apelación como al de casación, propugnándose la ampliación del alcance devolutivo del recurso. Las situaciones que se plantean en la práctica, la potenciación del principio de contradicción en todas las fases del recurso y la inserción de todas estas cuestiones en el ámbito de las garantías constitucionales del proceso, constituyen las coordenadas que enmarcan el presente trabajo.

RESUM

Aquest estudi tracta de l'evolució i desenvolupament constitucional de determinats principis que inspiren el procés penal des de l'òptica de les garanties fonamentals, partint de la base que el procés modern no només es regeix per les lleis d'enjudiciament corresponents, sinó que també està subjecte a les prescripcions de contingut processal establertes en la Constitució. El títol del treball al·ludeix a l'adhesió en els recursos penals i la defensa de la Constitució i el seu contingut també es refereix al dret de defensa en la Constitució. Aquest afecta tant al recurs d'apel·lació com al de cassació, i el treball propugna l'ampliació de l'abast devolutiu del recurs. Les situacions que es plantegen en la pràctica, la potenciació del principi de contradicció en totes les fases del recurs i la inserció de totes aquestes qüestions en l'àmbit de les garanties constitucionals del procés, constitueixen les coordenades que emmarquen aquest treball.

ABSTRACT

The study deals with the evolution and development of certain constitutional principles underlying the criminal process from the perspective of Fundamental Guarantees, all on the basis of the modern process, not just only governed by the applicable laws of procedure but which is also subject to the requirements of procedural content established in the Constitution. The title of the work refers to membership in criminal appeals and defense of the Constitution and its content, and the content thereof is also the right of defense in the Constitution. This affects both the appeal and the appeal. This work advocates the extension of the scope of the resource devolution. The situations that arise in practice, the enhancement of the principle of contradiction in all phases of the application and the inclusion of these issues in the field of constitutional guarantees of the process, the coordinates are framing this work.

I. Significados de la adhesión al recurso en el proceso penal

Habitualmente, la adhesión al recurso[1] puede significar cosas muy diversas,[2] «puede hacer referencia a la intervención adhesiva en el recurso de otro, propia del coadyuvante o tercero ayudador que se encuentra en comunión de intereses con el apelante principal. En otro sentido puede hacer referencia a esa institución típica de nuestro proceso civil, según la cual se permite a quien no interpuso oportunamente el recurso, deducirlo tardíamente aprovechando el recurso de la otra parte, al cual *se adhiere en propio interés*, y para defender pretensiones propias e incluso contrarias a las de quien recurrió oportunamente».[3] En este último sentido, la adhesión al recurso permite al órgano jerárquicamente superior, reformar la resolución impugnada peyorativamente para el recurrente, pero sólo cuando abierto el cauce del recurso la parte inicialmente recurrida solicite una revisión de la resolución que le favorezca y, en consecuencia, sea desfavorable para el que recurrió inicialmente.

Este significado y alcance que puede tener la adhesión al recurso en el ámbito civil,[4] ha tenido en nuestro país, en la jurisdicción penal, un significado distinto. Hasta no hace mucho tiempo (y aún hoy existen criterios dispares), el recurso por adhesión careció generalmente de autonomía propia porque era inseparable del recurso principal. Por medio de la adhesión, cabía y cabe apoyar las peticiones del recurso original. Es así porque, en principio, la referida adhesión se halla subordinada a la suerte de aquella impugnación principal, no autorizándose al recurrente adhesivo la interposición de un recurso completamente nuevo, que no fue temporáneamente preparado. En otras palabras, «no puede ensancharse el ámbito

---

[1] *Vid.* ORTELLS RAMOS, J. *Derecho Jurisdiccional II.* Proceso Civil, 1º. Barcelona: Bosch, 1991, pág. 391.

[2] Sobre clases de adhesión, JORGE BARREIRO, A. «Recurso de apelación contra sentencias en proceso penal: procedimiento abreviado y procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Recursos en el orden jurisdiccional penal». *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 21 (1995), recurso electrónico.

[3] VÁZQUEZ SOTELO, J. L., en el Prólogo a la monografía de SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos en proceso penal*. Barcelona: Bosch editor, S. A., 1995, pág. 17.

[4] Según TERRASA GARCÍA, A., «Lo que permite dotar de sentido a la apelación sobrevenida o sucesiva es exactamente la capacidad de reacción a fin de entender la segunda instancia a extremos distintos de los propuestos por la parte inicialmente apelante». *Missèr*, núm. 50 (julio 2001), pág. 18 y ss.

impugnativo para añadir nuevos motivos o temas distintos de los planteados por el principal recurrente».[5]

Como decíamos, la interpretación jurisprudencial acerca de la adhesión a la apelación en el proceso civil se distinguió de la que tradicionalmente se ha dado con respecto al proceso penal, con las matizaciones que expondremos. Detalladamente (y con acopio de jurisprudencia civil y penal), como han resaltado algunos autores,[6] la Sala Primera del Tribunal Supremo, entiende que «la adhesión» a un recurso de apelación, «significa la derogación del principio de preclusión del plazo para apelar», ya que es factible adherirse a la apelación de otro, arrepintiéndose así de la inicial decisión de no recurrir. Por consiguiente, *esta decisión de no recurrir, es siempre una decisión provisional*, que sólo se consolida cuando transcurrido el plazo para adherirse, no se ejercita esta facultad. En consecuencia, la adhesión civil, puede constituir un recurso de apelación autónomo, habiéndose previsto tanto por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC),[7] como por la jurisprudencia la posibilidad de una adhesión a la apelación que comporte el ejercicio de una pretensión autónoma, nueva y diferente de la ejercitada al formalizarse el recurso de apelación principal (a partir de la publicación de la LEC 1/2000, no se usa gramaticalmente la expresión adhesión, sino que se habla de que las demás partes podrán oponerse al recurso o impugnar la Sentencia por motivos distintos a aquellos que constituyen el soporte apelativo del principal recurrente).

En el proceso penal por el contrario, tradicionalmente, sólo cabía la adhesión cuando ésta suponía un mero sumarse o coadyuvar a la pretensión ya ejercitada, sin admitir la posibilidad de valerse de la adhesión para introducir nuevas y autónomas pretensiones, hasta entonces no ejercitadas.

Conviene recordar y diferenciar la relación que puede existir entre los efectos de la adhesión al recurso y la denominada *reformatio in peius*. En esencia, tal y como

---

[5] STS de 6 de marzo de 1995 (R 1811/95).

[6] CLIMENT DURÁN, C. «Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Revista General de Derecho, núm. 550-551 (1990), págs. 5.227 a 5.239. *Vid.*, también, FONT SERRA, E. «La adhesión al recurso de apelación en el proceso penal». Revista General del Derecho, núm. 606 (1995), págs. 2.083 a 2.102.

[7] *Vid.* art. 857, 858 y concordantes.

enseña FAIRÉN,[8] la reforma peyorativa, «es la posibilidad (si se concede) del Tribunal ad quem de dictar, sin iniciativa ni excitación de parte interesada, ex officio, una sentencia que grave al recurrente aún más que la recurrida». Se produce pues la reforma peyorativa, «cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada por obra exclusiva de su propio recurso».[9] Como tuve ocasión de exponer en otro lugar,[10] la prohibición de la reforma peyorativa, si bien aparece en principio reconocida en el art. 902 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), relativo al recurso de casación, jurisprudencialmente se ha extendido a cualquier tipo de recurso.

En los apartados III, IV, y V, se examinarán *la adhesión en el recurso de apelación, la apelación adhesiva autónoma y la apelación supeditada* respectivamente.

II. Distinto fundamento acerca de la diferenciación del sentido de la adhesión en los órdenes jurisdiccionales civil y penal

De entre las dos significaciones de la adhesión (intervención de apoyo en el recurso de otro y en consunción de intereses con este, e intervención aprovechando el recurso ajeno, para defender pretensiones propias e incluso contrarias a las de la parte que recurrió oportunamente), a la última de las referidas, a la adhesión autónoma, se refirió la jurisprudencia penal para inadmitir tal tipo de adhesión.

El distinto régimen que inspira la adhesión en sus vertientes civil y penal, respectivamente, tiene como fundamento y justificación el acatamiento de determinados *principios informadores de la jurisdicción penal, que tienen un apoyo constitucional* y que obligan por tanto a un trato diferenciador del sistema de adhesión penal con respecto al civil. Se conculcarían estos principios, si una vez consentida la sentencia condenatoria por el condenado (el cual pretendía o la

[8] FAIRÉN GUILLEM, V. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1990, pág. 508.

[9] *Vid.* ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULÉ, J. en *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso penal*. Madrid: Trivium, 1993, Tomo I, pág. 35.

[10] En SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1995, pág. 43.

absolución o una condena de menor entidad), pudiera el acusador, mediante su recurso (en vía impugnativa), solicitar la imposición de una pena mayor a la recaída en la sentencia (pena solicitada ya y no acogida en la sentencia), sin que el condenado pudiera aprovechar la ocasión para volver a solicitar la absolución que solicitó en la instancia (es decir, sin que el condenado pudiera adherirse al recurso de apelación de la otra parte, ejercitando pretensiones autónomas). Expuestas las anteriores matizaciones, consideré que constituía un grave defecto de nuestro proceso penal, que podía desembocar en una ausencia de garantías fundamentales, la circunstancia de que el condenado no pudiera adherirse en su propio interés al recurso interpuesto por la parte o partes acusadoras para defender pretensiones propias y probablemente contrarias a las que pudo peticionar quien recurrió inicialmente.

A diferencia de lo que pudiera ocurrir con respecto al recurso que pudiera interponer el acusador, en el supuesto de que fuese el condenado en la sentencia el que recurriese, creo que es importante tener en cuenta un aspecto fundamental relacionado con el *derecho de defensa*; tal derecho, al estar constitucionalmente reconocido, entendemos que demanda un campo de aplicación cuyas fronteras no pueden tener el mismo alcance que los derechos que puedan corresponder a las partes que no intervienen en calidad de acusadas. En efecto, tal como tiene declarado el TC «no todos los derechos del art. 24 de la CE corresponden indiscriminadamente a cualesquiera de las partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así el derecho a la tutela, la igualdad de armas, el derecho a la prueba), asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de exclusiva titularidad de la defensa. Así, hemos declarado que derechos tales como el derecho a un juez imparcial o al principio acusatorio (STC 136/1992), la presunción de inocencia y naturalmente, el derecho penal de defensa, asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde declarar su protección constitucional a las partes acusadoras».

Como manifestación de esta desigualdad, se recuerda en la últimamente citada Sentencia que «el recurso de amparo es un instrumento de protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes públicos

(art. 41.2 de la LOTC), por lo que no está destinado a tutelar el ius puniendi del Estado».

En este mismo sentido es la misma ley procesal, la que en el ámbito impugnativo establece un específico efecto extensivo de las resoluciones, lo que corrobora la orientación finalística apuntada. El efecto extensivo proclamado en el art. 903 LECrim para el recurso de casación, pero aplicable a cualquier tipo de recurso según pacífica doctrina jurisprudencial, no lo encontramos en el sistema de recursos civiles (únicamente en algunos casos referidos a la solidaridad de obligaciones u otros excepcionales supuestos); su formulación, en el citado artículo, es la siguiente: «cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que le fuere adverso».

En la vigencia del efecto extensivo chocan dos principios básicos según ha expuesto la doctrina. La contraposición, de una parte, del derecho dispositivo a recurrir (o a no hacerlo) y, de otra, de la necesidad de prevenir contradicciones lógicas entre situaciones procesales; como razona CORTÉS DOMÍNGUEZ,[11] la ley tiene que decantarse en favor de una de las dos aludidas posiciones: «En estos supuestos, la necesidad de evitar resoluciones judiciales que sean contradictorias en sus efectos es, en sí mismo, considerada de absoluto orden público y prima o debe primar sobre el interés particular de la parte que no quiere ejercitar sus facultades procesales impugnatorias. La ley toma partido y hace prevalecer el interés público frente al particular, porque así no sólo se produce una ventaja para el particular que ve su posición mejorada (nunca empeorada), y porque también se evita la

[11] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en *Derecho procesal. Proceso penal*, con GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, págs. 631 y 632. Recuerda el autor múltiples ejemplos de la preocupación del legislador de evitar las contradicciones lógicas no sólo entre sentencias, sino de cualquier situación procesal; como ejemplos cita la acumulación de delitos conexos, el recurso de quebrantamiento de forma por contradicción entre los hechos, etc. Matiza también que un sector de la doctrina (Leone), distingue junto al efecto extensivo de la resolución que pone fin al recurso, el efecto extensivo de la impugnación. Este último determina la necesidad de citar y emplazar al recurso incluso la parte no impugnante (arts. 795, 859, 959 y concordantes).

contradicción lógica que afecta a la buena imagen de la justicia y favorece la certeza y seguridad de las situaciones jurídicas».

La jurisprudencia del TC es constante en afirmar que «se debe eludir cualquier exceso que convierta el recurso en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en debate».[12] Por tanto, esta incertidumbre e imprevisibilidad no puede ocasionar perjuicio para el acusado o para el condenado, dimanante del riesgo que traería en el supuesto de que, ejercitando el derecho al recurso, el acusador (inicialmente aquietado) se aprovechase del recurso interpuesto por el condenado, introduciendo pretensiones autónomas,[13] aunque aducidas por el referido acusador en la anterior instancia o en el juicio ya celebrado. No obstante lo expuesto, la solución que da el legislador de nuestra ley procesal penal, aunque llega a admitir la adhesión a la apelación con carácter autónomo, como a continuación veremos, no diferencia el tratamiento del recurrente en el supuesto de que este sea parte acusadora o acusada, posición ésta que no debe hacernos olvidar la trascendencia constitucional que tiene el recurso por adhesión cuando quien lo interpone es la parte acusada y condenada por una sentencia penal. Como iremos viendo, el legislador pretende modificar este estado de cosas habiendo dejado constancia provisional del cambio en los dos anteproyectos de nueva ley de enjuiciamiento penal que hasta el momento se han producido.

III. La adhesión en el recurso de apelación

El art. 790.1 LECrim prevé que las partes, en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, si lo desean, pueden solicitar copia de los soportes de la grabación del juicio; en este caso, se suspenderá el plazo para la interposición del recurso, reanudándose una vez que hayan sido entregadas las copias solicitadas.

Más, una de las modificaciones de mayor relevancia introducidas por la nueva normativa (Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implatación de la nueva Oficial judicial) se refiere *a la adhesión a la apelación*

[12] SSTC núm. 69/1984, de 11 de junio, 18/1985, de 11 de febrero y 65/1985, de 23 de mayo.

[13] Es cosa distinta de la ampliación del efecto devolutivo que pueda producirse.

de forma que tal adhesión pueda configurarse como verdadero medio impugnatorio autónomo. Tratándose, como se verá, de un recurso de adhesión autónomo supeditado. En este sentido, la parte que no hubiera apelado la sentencia dentro del plazo señalado por la ley, *podrá adherirse a la apelación* en el trámite de alegaciones previsto en el art. 790.5 LECrim, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan.[14]

El recurso innovado quedará *supeditado* a que el apelante mantenga el suyo (de ahí la denominación de supeditado). En este sentido se expone por algunos autores, como TAPIA FERNÁNDEZ,[15] quien ha comentado el nuevo párrafo del art. 791.1, establecido para regular expresamente esta posible adhesión a la apelación: «La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado cinco, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan». Asimismo, y como no podía ser de otra manera para establecer la debida contradicción, las otras partes podrán

[14] El TC, en sentencias que se remontan a la de 3 de junio de 1987, núm. 91/1987, señala aunque en relación al anterior art. 792 LECrim, que «no puede entrar a determinar si la adhesión a la apelación en el proceso penal debe ser configurada como apelación subordinada en relación de accesoriedad o coadyuvancia a la pretensión del apelante principal, o simplemente como dependiente tan solo de la formulación de ésta en el sentido de instrumento procesal que permite al adherido aprovechar la apertura de la segunda instancia, producida por el apelante, para ejercitar su propia pretensión, aunque sea de signo contrario a la de este». En muchas otras sentencias, como veremos, manifestará expresamente que no ve obstáculo alguno al sentido autónomo de la adhesión, pero hará referencia a la función del legislativo en lo que concierne a su instauración.

[15] TAPIA FERNÁNDEZ, I. en *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2011, págs. 34 y 35. Después de referirse la autora a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y al nuevo párrafo que se introduce en el art. 790.1, entiende que «el legislador de 2009, al regular expresamente la posibilidad de adhesión a la apelación por parte de un inicialmente apelado, especificando además la amplitud del recurso adhesivo, ha querido terminar con los graves problemas de interpretación que las normas anteriores provocaban, dando lugar a jurisprudencia un tanto contradictoria». Como expone CALDERÓN CUADRADO, M. P. en *La segunda instancia penal*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2005, en exhaustivo estudio histórico «se ha venido señalando que fue el emperador Justiniano, en la Ley 39, Cod. de appellationibus, quien introdujo por primera vez la posibilidad de adherirse al recurso planteado, rectificando así una “antiquam observationem”».

impugnar la adhesión en el plazo de dos días. Esta modificación, incidentalmente postulada por el autor de este trabajo en el año 1995,[16] comentaba también varias sentencias del TC en las que (sin pronunciarse acerca de la introducción de la apelación con pretensiones diversas a las del apelante principal) se centraba la cuestión haciéndola pivotar en relación con la imposibilidad de causar indefensión y con la vigilancia de que se establezca en cada supuesto la contradicción para preservar la igualdad de las partes en el proceso y, con anterioridad, el derecho a la información de la acusación, todo ello debido a que como manifestaba el propio Tribunal, no puede ejercer funciones legislativas.[17]

Como anteriormente dijimos, es conveniente recordar que, de entre los efectos de los recursos penales, figura como propio el denominado efecto extensivo en base al cual, cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás, en lo que les fuera favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados

[16] *Vid*. SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos*, *ob. cit*., pág. 113.

[17] El TC en la significativa Sentencia 14/2007, de 8 de octubre, señaló en su FJ 2 «este Tribunal no ha rechazado en ningún momento la posibilidad de caracterizar a la apelación adhesiva como un verdadero medio impugnatorio a través del cual puedan deducirse las pretensiones autónomas, incrementando con ello el alcance devolutivo del recurso de apelación principal, si bien se ha preocupado especialmente por salvaguardar las garantías procesales de la otra parte, supeditando la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, a fin de garantizar las posibilidades de defensa. De modo que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) no se ocasiona por haber admitido la adhesión a la apelación, ni por haberse dictado sentencia acogiendo las pretensiones de dicha adhesión, ni siquiera porque con ello se empeore la situación de quien demanda amparo, sino que la referida lesión sólo podría entenderse producida, en la medida en que dicho empeoramiento se haya producido sin que aquel que ve su situación jurídica modificada negativamente respecto del procedimiento judicial apelado, haya tenido oportunidad de defenderse frente a las pretensiones de la adhesión a la apelación con base a las cuales el Tribunal de apelación vio ampliadas sus facultades de cognición y con estimación de las cuales se produjo tal empeoramiento».

por los que se declara la casación de la sentencia, no obstante no les perjudicará en lo que les fuere adverso.[18]

Esta normativa que produce unas determinadas consecuencias como resultado de un efecto extensivo, que no se da en el proceso civil sino que es exclusivo en el proceso penal, tiene lugar en congruente respuesta y acatamiento al principio del «favor rei» que rige en el proceso penal.[19]

Con respecto al contenido de la adhesión, como antes apuntábamos, si en el ámbito del proceso civil se ha admitido tanto por la LEC como por la jurisprudencia la posibilidad de una adhesión al recurso de apelación que comporte el ejercicio de una pretensión autónoma nueva y diferente de la ejercitada al formular el recurso de apelación principal, en el proceso penal por el contrario sólo cabía la adhesión cuando esta suponía un mero sumarse o coadyuvar a la pretensión ya ejercitada, sin admitir la posibilidad de valerse de la adhesión para introducir nuevas y autónomas pretensiones, hasta entonces no ejercitadas[20] (constituía una excepción la regulación referente a la Ley del Jurado como después veremos).

---

[18] *Vid*. art. 903 LECrim. En igual medida podemos sostenerlo, con respecto a las impugnaciones contra resoluciones instructorias, con tal de que los posibles afectados estén vinculados a un único proceso instructorio. *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en *Derecho procesal. Proceso penal*, *ob. cit*., pág. 583.

[19] Sobre la distinción entre los principios del «favor rei», «indubio pro reo» y presunción de inocencia, *vid*. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Bosch, 1984, págs. 280-291.

[20] Como dijimos antes, la regulación legal y la interpretación jurisprudencial de la adhesión a la apelación civil difiere de la que se da a la penal. Así lo ha explicitado detalladamente CLIMENT DURÁN («Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales…», *cit.*) con abundante acopio de jurisprudencia civil y penal de la que dimana la divergencia interpretativa resaltando que la Sala I del TS entiende que la adhesión a un recurso de apelación significa la derogación del principio de preclusión del plazo para apelar, ya que es factible adherirse a la apelación de otro, arrepintiéndose así de la inicial decisión de no apelar. Por consiguiente, esta decisión de no recurrir es siempre una decisión provisional que sólo se consolida cuando, transcurrido el plazo para adherirse, no se ejercita esta facultad. En consecuencia, la adhesión civil puede constituir un recurso de apelación autónomo. El momento, la forma y los efectos de la adhesión son pues los previstos en la LEC, si bien a partir de la publicación de la nueva LEC 1/2000, no se usa gramaticalmente la expresión adhesión, sino que se habla de que las demás partes, recibido un recurso de apelación, podrán oponerse al mismo o impugnar la sentencia por

Ante esta divergencia entre el recurso civil y penal y en línea de principios que salvaguardan el derecho al recurso del condenado y el trato del «favor rei» que se le debe dispensar, hace dos décadas me referí a que «sería interesante que el legislador se plantease la posibilidad de regular un aspecto referido a la adhesión al recurso, que podría ejercitar el condenado por una sentencia penal en un recurso interpuesto por el acusador».[21]

En este sentido proponía, «de lege ferenda», permitir al condenado adherirse al recurso interpuesto por el acusador, interesando que tal recurso no se formulara únicamente para apoyar las pretensiones del recurrente principal, sino que el condenado pudiera propiciar una petición más favorable para sí, petición que se sostuvo en el juicio precedente, del que dimana el recurso, petición que no prosperó y que, al no integrarse por tanto dentro del ámbito devolutivo del recurso (según la normativa anterior), no podía ejercitar el que se adhería al recurso, puesto que tal adhesión (según la normativa que precedía a la reforma introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) únicamente podía hacerlo para coadyuvar o apoyar las pretensiones o alguna pretensión del recurrente principal.

Así pues y en este orden de ideas manifesté lo siguiente: «creo que si de *lege ferenda*, en estos supuestos, se diese a la adhesión al recurso (en el orden penal) un régimen distinto al que actualmente tiene, se respetarían hasta sus últimas consecuencias tanto los principios constitucionales inherentes al régimen de los recursos como el acceso al referido recurso en los supuestos en los que el condenado, *se encontraría en una situación de indefensión sobrevenida como consecuencia de su actitud omitiva en relación con la actitud impugnativa del acusador*».[22]

Estimábamos pues, que con la legislación hasta hace poco tiempo en vigor podía desencadenarse en perjuicio del reo una indefensión parcial sobrevenida derivada de circunstancias desvinculadas del intrínseco derecho de defensa y que propiciarían la apuntada indefensión. Las circunstancias que concurrirían para que se diese tal efecto no deseado serían las siguientes:

---

motivos distintos a aquellos que constituyen el soporte apelativo del principal recurrente de cuyo recurso reciben traslado.

[21] SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos*…, *ob. cit*., pág. 118.

[22] SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos*…, *ob. cit*., pág. 119.

a) El no uso por parte del condenado del derecho a recurrir la sentencia durante un determinado plazo (el plazo marcado por la ley para recurrir).
b) El ejercicio del derecho a recurrir dentro del plazo legal ejercitado por el acusador.
c) La consecuencia sería la indefensión en que se encontraría sumido el condenado ante el desarrollo de los acontecimientos procesales acontecidos en la forma narrada y con las consecuencias expuestas.

Se argumentó ya en la STC 112/89, de 19 de junio, que «si la protección internacional de derecho al recurso en materia penal está diseñada a favor de quien resulta condenado penalmente, cuando el único recurrente sea el acusador, en realidad se está manteniendo la acusación, y la petición de agravación de la pena debe entenderse por el órgano judicial como la existencia de una actuación contra el no recurrente».

Actualmente, tras la modificación introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, como antes decíamos, se establece en el art. 790.1 que «La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones *y alegando los motivos que a su derecho convengan*. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo». Las demás partes podrán impugnar la adhesión, en el plazo de dos días, una vez conferido el traslado previsto en el art. 790.6.[23]

Según la nueva regulación, el momento para adherirse a la apelación (art. 790.5) es la presentación del escrito de alegaciones que se permite formular a los recurridos para oponerse a los recursos presentados.[24] *El contenido de la adhesión es el más amplio posible*: se pueden ejercitar las pretensiones que a su derecho

[23] En la antigua redacción nada se establecía con respecto a la adhesión en el art. resumido. La antigua redacción venía formulada en los siguientes términos: «El recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia. Durante este periodo se hallarán las actuaciones en Secretaría a disposición de las partes».

[24] Que como no podía ser de otra forma, corresponde dar traslado del mismo al Secretario Judicial.

convenga, *alegando además los motivos que consideren oportunos*. Si en el escrito de alegaciones se formula una adhesión a la apelación en los términos indicados, se concede un plazo de dos días para que el resto de las partes puedan impugnarlo, estableciéndose así la plena contradicción.[25]

Con la reforma que instaura la antedicha ley, se regula de forma más detallada la figura de la adhesión a la apelación, es decir la posibilidad que tiene el recurrido originario de impugnar aquellos pronunciamientos que le sean desfavorables en los supuestos en los que inicialmente no recurrió y lo realiza *a posteriori* aprovechando la existencia del recurso de apelación de la contraparte.[26]

---

[25] Aunque la innovación consistente en la implantación de la adhesión autónoma debe ser bien recibida, el plazo de dos días concedido a las demás partes para impugnar la adhesión a la apelación es excesivamente corto. Aunque hay que entender que, previamente, debería procederse a su admisión por el Juez como sucede con el recurso de apelación ordinario (790.4 LECrim) lo que en la práctica puede ampliar de facto el plazo legalmente previsto porque se dispondrá del escrito de adhesión días antes de que se proceda a su proposición y admisión, no parece que resulte conforme al principio de igualdad de armas que en este caso sólo se concedan dos días para oponerse a la adhesión a la apelación, cuando la oposición al recurso originario tiene previsto un plazo de diez días para formularse.

[26] Observa BANALOCHE PALAO, J., en *Guía práctica de la nueva oficina judicial*. Madrid: La Ley, 2010, pág. 448, que se ha mantenido la tradicional expresión «adhesión a la apelación», que fue sustituida por confusa en la LEC por la que parece más correcta «impugnación de la sentencia apelada». El autor, al margen de los cambios anteriores, en el art. 791.1 LEC menciona que en los escritos de formalización del recurso (principal o adhesivo) o en el de oposición al mismo, se puede pedir no sólo la prueba limitada a la que se alude en el 791.3 sino también la producción de la grabada, pues bien, como dice el autor «no sólo cabe solicitar nueva prueba sino también la nueva valoración de la ya practicada y en caso de que se pida, parece que debería acordarse siempre la vista, porque el párrafo segundo del apartado II del art. 791 de la LECrim señala que la vista se celebrará por la práctica de la prueba en su caso, y por la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ella. Como es de prever que la parte recurrente pida siempre tal reproducción son el fin de que el Tribunal pueda apreciar la prueba practicada en primera instancia, se puede decir que con la nueva regulación se va a generalizar la celebración de la vista en los recursos de apelación penales».

En el proceso inglés, por el contrario, como el mismo Tribunal suscita tantas cuestiones y, en base al principio «*stare decisis*», o vinculación por la decisión previa, se suscitan tantas divergencias, no se plantea la adhesión en idénticos términos que en el proceso español.

IV. La apelación adhesiva autónoma supeditada

La nueva apelación adhesiva autónoma se configura pues como *supeditada*, presentándose así como realmente dependiente de la apelación principal, como sucede en relación con la apelación contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, véase art. 846 bis d) LECrim. Por tanto, si el recurrente principal desiste de su recurso, quedan anulados los recursos autónomos por adhesión como consecuencia del carácter supeditado del recurso por adhesión.

Se adapta a la filosofía que inspira la adhesión al recurso en el proceso penal, el que se le configure como *supeditado*, puesto que la posibilidad de evitar la indefensión, aunque sea parcial por una parte, junto con la posibilidad de establecer una plena contradicción en todo el desarrollo del recurso de apelación, se conjugan perfectamente con el carácter supeditado de la adhesión, toda vez que desaparecido el riesgo de indefensión producido como consecuencia de aquietamiento inicial de la sentencia, alterado por el recurso interpuesto por el acusador, desaparece (el aludido riesgo de perder el completo derecho de defensa) desaparece digo cuando el recurrente principal abandona su recurso.

No obstante lo expuesto, la inspiración que ha movido al legislador para la instauración de la adhesión autónoma al recurso tempestivamente interpuesto por el recurrente principal no parece haber sido ésta, *puesto que concede la posibilidad de adhesión al recurso a todas las partes intervinientes en el proceso*, con lo que la fundamentación de la introducción de la adhesión autónoma no tiene como pilares (o al menos quedan diluidos) la protección del derecho de defensa en toda su amplitud y en todas las fases del proceso, ni en el mismo sentido, el previo derecho de

---

Dentro de tales cuestiones encontramos por ejemplo la naturaleza de la *ratio decidendi* del precedente y de su fuerza vinculante, la forma en que el precedente interactúa con las demás fuentes de derecho, el papel que el mismo desempeña en el razonamiento jurídico, etc. Ahora bien, como expone CROSS J. W. HARRIS, R. «las diferencias fundamentales entre estos conceptos están relacionadas con la jerarquía judicial y con el ámbito de sus efectos. En relación con la jerarquía judicial, conviene recordar que únicamente las *rationes decidendi* formuladas en las sentencias dictadas por los tribunales superiores constituyen precedentes vinculantes, y como tales deben ser aplicadas por todos los tribunales inferiores». CROSS J. W. HARRIS, R. en *El precedente en el derecho inglés*. Barcelona: Ed. Pons, 2012, pág. 124. Para otro punto de vista, *vid*., Stephen R. PERRY. «Judicial Obligation Precedent and Common Law». *OJLS*, núm. 7 (1985).

información de la acusación. Cosa distinta ocurrirá probablemente si la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Penal ve próximamente la luz, puesto que en el anteproyecto se prima el alcance devolutivo del recurso del condenado, en detrimento del alcance devolutivo que se concede a las otras partes procesales.

Cuando en 1995, en mi monografía *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal* comenté esta situación, entendía que el art. 24 CE que garantiza el derecho a no ser condenado sin ser oído, garantiza también el derecho a no ser condenado *sin haber podido ejercer en plenitud el derecho de defensa*; mas este derecho de defensa se vería mutilado e interceptado (procesalmente) *si no es completo*, toda vez que queda constreñido exclusivamente a apoyar una condena, no tan grave como la pretendida por el acusador a través del recurso, pero sí una condena en los términos fijados en la sentencia contra la que recurrió en casación el acusador y se aquietó el condenado (este aquietamiento inicial a la entidad cuantitativa del fallo condenatorio se verá no obstante removido por el recurso interpuesto por el acusador).

De la referida jurisprudencia del TC interesa entresacar dos aspectos que ayudan a reflexionar acerca de la cuestión planteada.[27] Uno de ellos es que hay que evitar, aún a falta de petición expresa por falta de ley, que se produzcan situaciones de indefensión no imputables al condenado; y el otro es que los Tribunales deben velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento.

Esta modificación es el resultado de la adopción por el legislador de la doctrina emanada del TC (entre otras, STC 14/2007, de 8 de octubre, FJ 2). El Tribunal declaró: «este Tribunal no ha rechazado en ningún momento la posibilidad de caracterizar a la apelación adhesiva como un *verdadero medio impugnatorio* a través del cual puedan deducirse pretensiones autónomas, incrementando con ello el alcance devolutivo del recurso de apelación principal, si bien se ha preocupado

[27] En la Sentencia del TC que citamos núm. 112/1989, de 19 de junio, se acoge el amparo contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia de Alicante (Sentencia de 1 de febrero de 1988). La ilegitimidad de la grabación de esta Sentencia que en trámite de apelación revisó la dictada por el Juzgado de Instrucción de Benidorm se funda, entre otras razones, en que el acusado (luego recurrente en amparo), no pudo oponer una defensa técnica a la petición del acusador público, cuando este formuló su recurso de apelación.

especialmente por salvaguardar las garantías procesales de la otra parte, supeditando la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, a fin de garantizar las posibilidades de defensa. De modo que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se ocasiona por haber admitido la adhesión a la apelación, ni por haberse dictado sentencia acogiendo las pretensiones de dicha adhesión, ni siquiera porque con ello se empeore la situación de quien demanda amparo, sino que la referida lesión sólo podría entenderse producida, en la medida en que dicho empeoramiento se haya producido sin que aquel que ve su situación jurídica modificada negativamente respecto del pronunciamiento judicial apelado, haya tenido oportunidad de defenderse frente a las pretensiones de la adhesión a la apelación con base a las cuales el tribunal de apelación vio ampliadas sus facultades de cognición y con estimación de las cuales se produjo tal empeoramiento».

V. La apelación supeditada en la Ley del Jurado

La estructura acusatoria propugnada por alguno de los códigos procesales penales de los países de nuestro entorno coincide con la admonición a la que se refería la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del proceso ante el Tribunal del Jurado, por lo que la coincidencia legislativa debe tenerse en cuenta a la hora de abordar una futura ley de enjuiciamiento penal, todo ello sin perjuicio de las pautas interpretativas jurisprudenciales referentes a la adhesión al recurso.

En la apelación supeditada que ha establecido la Ley de Jurado, la existencia de un trámite específico (antes de remitir las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia) para el traslado del escrito del recurso al resto de las partes (art. 846 bis d)), permite sostener que puede tener naturaleza propia y autónoma del recurso principal, mas en cualquier momento se deben tener presente, como dice LORCA NAVARRETE, las especialidades propias del juicio por jurado.[28]

[28] *Vid*. LORCA NAVARRETE, A. M. *El veredicto del jurado*. San Sebastián: Instituto Vasco del Derecho Procesal, 2012. De cara al posicionamiento de las partes en la apelación de las

Por tanto, «la parte apelada podrá formular un escrito de impugnación al recurso, para oponerse al mismo mediante las alegaciones que estime oportunas a fin de contrarrestarlo y pedir la confirmación de la sentencia impugnada».[29]

Si la apelación supeditada no tuviese autonomía, carecería de sentido la previsión legal de admitir la réplica del recurrente principal en el acto de la vista (art. 846 bis e)).[30] Es coherente con la supeditación de este recurso, el requisito de que el apelante principal mantenga el suyo pues, según el art. 846 bis b) II y bis d) III LECrim, decae en caso de que no se persone ante el TSJ el recurrente que recurrió en el plazo legal inicial o bien si decide renunciar al mismo. Se trata, en cualquier caso, de un recurso que si bien no está subordinado al principal *en cuanto a su objeto*, sí lo está desde el *punto de vista procesal*, de manera que no se continuará con su tramitación si el apelante principal no mantiene el suyo. Por ello se podría decir «que estamos ante un recurso supeditado en su *existencia* pero no en su contenido».[31]

---

sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, conviene tener en cuenta que, en lo referente a la declaración de hechos probados por el Jurado, al Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, no le es dado decantarse ¿así de rotundo? Ahora bien, sigue diciendo el autor: «corresponde al Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado imponer, con arreglo a la LOPJ y LECrim, la pena y medidas de seguridad que correspondan así como resolver las responsabilidades civiles ex delicto (art. 4 LJ) en la medida en que el jurado no tiene facultades para pronunciarse sobre ellas».

[29] *Vid*. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A. *La apelación de la sentencia en el juicio con jurado*. Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pág. 223.

[30] Sobre esta cuestión, *vid.* VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A, *ob. cit*., donde se pronuncian gran cantidad de autores como LORCA NAVARRETE, GÓMEZ DE LIAÑO, MONTERO AROCA, ESTEFANY LÓPEZ, JORGE BARREIRO Y NARVÁEZ RODRÍGUEZ.

[31] GARBERÍ LLOBREGAT, J.; GIMENO SENDRA, V., en *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*. Madrid: Colex, 1996, pág. 377. Como señala GARBERÍ, «no cabe sino reconocer que nos hallamos en presencia de un privilegio a favor del apelado mediante el que se le permite reaccionar frente a una resolución gravosa pese haber *precluido* el plazo ordinario señalado por la ley para su impugnación. De ahí que carezca de sentido la regulación tradicional que posibilita la continuación de la tramitación de la apelación adhesiva aunque el apelante principal, sin cuyo concurso no hubiera sido posible que se admitiese la adhesión, renuncie o desista de su impugnación». Se está refiriendo el autor a los arts. 847 y 849 LEC que viabilizan, en el proceso civil, la adhesión autónoma no supeditada; si bien es cierto que a partir del año

Es coherente pues, como sostiene GIMENO SENDRA,[32] que si mediante el recurso supeditado no se permitiesen pretensiones propias, autónomas y diferentes de las esgrimidas por el apelante principal, no tendría casi sentido que se admitiese la réplica del recurrente.

En el mismo sentido cabe argumentar que al ofrecer el legislador la posibilidad de ejercer la apelación supeditada, como destaca BUJOSA VADELL,[33] «no se limita a decir que las demás partes puedan manifestar su apoyo a una apelación ya formulada, pues se establece que cualquiera de las demás partes que no hayan recurrido *podrán formular apelación*».

No podemos finalizar este comentario a la Ley del Jurado sin recordar la latente innovación que en el régimen de los recursos penales deduce la LO 5/1995; debiéndose destacar la regulación de la *impugnación supeditada*, sólo subordinada a la primera en el sentido referente al mantenimiento de la apelación principal. Por ello, dispone la Ley que si el apelante principal no se persona ante el tribunal superior o renuncia al recurso, se devolverán los autos a la Audiencia Provincial, declarándose firme la sentencia y procediéndose a su ejecución (art. 846 bis d). III de la referida Ley.

VI. La adhesión en el recurso de casación

En referencia a la *adhesión en el recurso de casación*, se establece en el art. 861, *in fine*, en sede de preparación del recurso que «*la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convengan*» y en sede de interposición se establece en el art. 873 que el recurso de casación se interpondrá ante la Sala Segunda del TS dentro de los términos señalados en el art. 859. Transcurridos estos términos sin interponerlo, o en su caso el que hubiese concedido la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el art. 860, el Secretario

---

2000 bajo la vigencia de la nueva LEC, el sistema de la adhesión, en el fondo, no sufrirá modificación, dejando aparte la cuestión terminológica.

[32] GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004, pág. 742.

[33] BUJOSA VADELL, L. M., en la obra colectiva *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*. Granada: Comares, 1996, pág. 432.

dictará Decreto declarando desierto el recurso, y quedará firme y consentida dicha resolución. Contra este Decreto cabrá recurso directo de revisión. *En los mismos términos podrán adherirse al recurso las demás partes conforme lo dispuesto en el art. 861*.

Una jurisprudencia no muy antigua defendía, como hemos venido recordando, la inexistencia del carácter autónomo de esta impugnación penal extraordinaria pues nada se dispone en este sentido en la nueva normativa introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implatación de la nueva Oficial judicial y por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que, en cambio, sí confieren carácter autónomo supeditado a la adhesión en el recurso de apelación; de todas formas, es necesario acudir a la Sala Segunda del TS para deducir el ámbito y extensión que debe darse a la adhesión en el recurso de casación.

Decíamos que, según el art. 861.4 LECrim, la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento o al instruirse del formulado por quien recurre, *alegando los motivos que le convengan*. Frente a una inteligencia de la adhesión que permite que quienes no hayan interpuesto recurso en el plazo de cinco días (art. 856) puedan realizar las alegaciones que convengan a su interés, pero no pueden ampliar los motivos de impugnación contenidos en el escrito de interposición al que se adhiere, la más moderna jurisprudencia admite la consideración de la adhesión como recurso supeditado a otro formalizado. En este sentido, la STS 8/2010, de 13 de enero, ha acogido una interpretación de la adhesión en los siguientes términos: «la LECrim contempla la regulación de la adhesión en el recurso de casación en los arts. 861, 874 y 862. En el primero, en su último párrafo, refiere que la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra *alegando los motivos que le convengan*; y el art. 882.1 dice que dentro del término señalado para la formación de la nota por el art. 880, el fiscal y las partes se instruirán y podrán impugnar la admisión del recurso o adhesión al mismo».

De la regulación de la adhesión resulta que pueden adherirse, y formalizar el recurso, aquellas partes del proceso penal que conforme al art. 854 de la Ley Procesal estén legitimadas para la preparación del recurso y su formalización,

consistiendo la especialidad de la adhesión en que el mismo puede ser empleado por las partes que no hayan preparado el recurso de casación.

Es el contenido de esta adhesión lo que nos interesa en este momento. Este es el aspecto más controvertido no sólo con respecto a su existencia sino también con respecto a su amplitud, cabiendo dos opciones: la de considerar que la adhesión es un recurso supeditado, coadyuvante y encorsetado al recuro principal al que se adhiere o, por el contrario, *la adhesión se plantea como una impugnación nueva, desvinculada de la del recurso principal sobre el que se ha estructurado*.

La jurisprudencia tradicionalmente mantuvo una interpretación estricta estableciendo una vinculación con el recurso principal. Esta situación se modifica en alguna sentencia como la de STC de 25 de febrero de 2002, que propició una nueva interpretación de la adhesión, habiendo conseguido replantear a su vez la posición del TS, propiciando una salida procesal respecto a los supuestos (como el del acusado absuelto que, sin estar de acuerdo con el hecho probado, carece de gravamen para recurrir, o en el de la acusación que no puede recurrir frente una sentencia que condena de acuerdo a su pretensión, a pesar de una argumentación de la que discrepa).

Esta interpretación se consolida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 27 de abril de 2005, en la que se plantearon tres alternativas posibles en la interpretación de la adhesión: la más estricta, que limita la admisión de la adhesión al mismo sentido del recurso principal (coincidente o de apoyo); la más amplia, acogida por la antigua LEC, que permitía la subsistencia de la adhesión con carácter autónomo aunque el recurrente principal hubiera desistido del recurso, o una intermedia, recogida en la Ley del Jurado (art. 846 bis b)) al regular el recurso de apelación *supeditado* en el cual el desistimiento del recurrente principal, pone fin a todo procedimiento y con ello al trámite de la adhesión. Se acuerda admitir la adhesión en casación supeditada en los términos previstos en la Ley del Jurado, art. 846 bis b), d) y e) LECrim.

Este acuerdo ha sido desarrollado por la STS 577/2005, de 4 de mayo, en la que se manifiesta que «la interpretación amplia que se propuso y se aceptó en este pleno, de 27 de abril de 2005, tiene su respaldo en los términos en que aparece redactado el último párrafo del art. 861 de la LECrim que se pronuncia en los siguientes términos referidos al recurso de casación penal: la parte que no haya

preparado el recurso, podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, *alegando los motivos que le convengan*».[34]

Así pues, la Sentencia estableció unas nuevas orientaciones en materia de adhesión al recurso de casación y ha supuesto la rectificación formal de una clásica línea jurisprudencial que negaba la posibilidad de adherirse a un recurso de casación por motivos diferentes de los aducidos por el recurso principal.

El criterio plasmado en el comentado Acuerdo resulta el más práctico y coherente. Venía precedido de algunos pronunciamientos del TC que alentaban inequívocamente la rectificación que ha llevado a cabo la jurisprudencia. La STC 50/2002, de 25 de febrero, dio un primer paso en esa senda interpretativa. Otro pronunciamiento del TC, la STC 148/2003, de 14 de julio, insistiría en razonamientos similares, dejando así un campo bien abonado para la rectificación de la jurisprudencia de la Sala Segunda.

Como decía MARTÍNEZ ARRIETA,[35] «bien es cierto que la jurisprudencia acotada ha dado una respuesta al menos imaginativa, para solucionar los problemas reflejados en las sentencias, aunque hubiera sido deseable que la solución fuera legislativa proporcionando la seguridad y generalidad que el caso requiere».

La reciente jurisprudencia ha dado la razón al aludido autor, coincidiendo con él la doctrina sentada por la STS 8/2010, de 20 de enero, que ha acogido cuanto se ha expuesto, aplicando una interpretación amplia diciendo: «la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la regulación de la adhesión en el recurso de casación en los arts. 861, 873, 874, y 882. En el primero, en su último párrafo, refiere que la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del

[34] Se comenta en la referida STS 577/2005, de 4 de mayo, que el término «adhesión» utilizado por el legislador no es adecuado sino equívoco, como ha puesto de manifiesto la doctrina. Adhesión viene de adherir que significa estar unido, pegar una cosa a otra. Esta es la razón por la cual en las recientes modificaciones procesales ya no se utiliza este término (adhesión): art. 846 bis b), 846 bis d) y 846 bis e) LECrim, introducidos por la LO 8/1995, de 16 de noviembre, reguladores del Tribunal del Jurado, que hablan del «recurso supeditado de apelación»; y también de la LEC 1/2000, de 7 de enero, que en su art. 461.1 dice: «impugnación de la resolución apelada en lo que resulte desfavorable».

[35] MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Recurso de casación y revisión penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 113.

emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convengan; y el art. 882.1 dice que dentro del término señalado para la formación de la nota (por el art. 880), el Fiscal y las partes se instruirán y podrán impugnar la admisión del recurso o la adhesión al mismo.»

Como se manifiesta en la STS 8/2010, de 20 enero, la jurisprudencia tradicionalmente mantuvo una interpretación estricta estableciendo una vinculación de esta naturaleza con el recurso principal. Esta situación se modificó con la STC de 25 de febrero de 2002 (RTC 2002, 50) que propició una nueva interpretación de la adhesión, y esa nueva jurisprudencia del Constitucional replanteó la posición del TS. El desarrollo argumental de esta concepción de la adhesión al recurso se ha desarrollado en varias sentencias como la 205/2004, de 18 de febrero (RJ 2004, 1005) y la 797/2006, de 20 de julio (RJ 2006, 8412). Con el argumento destacado de que «el objeto de la impugnación casacional se contrae al contenido de los escritos de formalización e impugnación en el que las partes pueden, y deben, expresar, respectivamente sus discrepancias con la sentencia recurrida y con la impugnación».

Recordemos aquí que en reunión de Pleno de esta Sala de carácter no jurisdiccional, celebrada en fecha 27 de abril de 2005, se acordó considerar la adhesión en el recurso de casación penal en los mismos amplios términos en que aparece regulada en otros recursos que tienen la misma condición devolutiva que éste, concretamente en el llamado recurso de apelación supeditada del art. 846 bis b) LECrim, modificado por la LO 5/1995, reguladora del Jurado. Quedó ahí eliminado el término adhesión por su carácter confuso y tal eliminación se ha realizado también en el art. 461 de la actual LEC. Quedó rectificada así, en tal acuerdo plenario, una doctrina anterior de esta sala muy restrictiva en cuanto a este concepto de adhesión.

De lo expuesto se deduce (como dijimos anteriormente) que aunque el TC no ha rechazado en ningún momento la posibilidad de caracterizar a la apelación adhesiva como un verdadero medio impugnatorio (a través del cual puede deducirse pretensiones autónomas incrementando el alcance devolutivo del recurso de apelación principal), sí que se ha preocupado por salvaguardar las garantías procesales de la otra parte asegurándose, desde la perspectiva constitucional, que haya existido la posibilidad del debate contradictorio sobre las pretensiones

autónomas contenidas en la impugnación adhesiva *a fin de garantizar las posibilidades de defensa*.[36]

En cuanto al contenido de la adhesión conforme al último párrafo del art. 861, la parte que no haya preparado el recurso, podrá adherirse a él alegando los motivos que le convengan.

No obstante lo expuesto, existen autores, como RUIZ MORENO,[37] que mantienen la tesis de que la adhesión en la casación penal no puede ser absolutamente ajena a la suerte del recurso principal. «En la casación, no es posible que la adhesión cree su propia estrategia puesto que obligatoriamente debe circunscribirse al marco ya creado por el recurso principal».

Lo que no puede el recurrente en casación por adhesión es pretender la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena pretendida requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la substanciación del recurso de casación. En tales términos se expresa la Sala Segunda del TS en la STS de 19 de julio de 2012.[38]

Es coherente con la defensa de los principios constitucionales a los que me refería al principio del trabajo, de que no se dé el mismo ámbito expansivo a la

---

[36] Esta doctrina jurisprudencial se viene manteniendo por el TC en actuales sentencias, como la STC 14/2007, de 8 de octubre, FJ 2.

[37] RUIZ MORENO, J. M.ª. *La Adhesión a los Recursos de Apelación y Casación en Proceso Penal*. Navarra: Aranzadi, 2012, págs. 105 y 106. Dice el autor que en los casos en los que la Sala Segunda del TS ha tenido que pronunciarse sobre la inadmisión del recurso de casación, cuando también el sujeto recurrido ha utilizado la adhesión para formular una nueva vía impugnativa (que nada tiene que ver con los motivos del recurso principal), ha emitido Auto de inadmisión de recurso principal y, a continuación, *entra a justificar la inadmisión de la adhesión* en base al art. 884.4; precepto según el cual el precepto es inadmisible cuando no se hayan presentado los requisitos que la ley exige para su preparación o interposición.

[38] Con respecto a la valoración probatoria, recordar la STC 167/2002 dictada por el Pleno. En este sentido, *vid.* el trabajo de SUAU MOREY, J. *Inmediación y apelación en el proceso penal (Jurisprudencia TC y reformas procesales)*. Barcelona: Bosch, 2010, págs. 62-67.

adhesión propuesta por el acusador que a la propuesta por el condenado en la sentencia recurrida.[39]

VII. Los recursos, necesidad de reforma y adaptación. Los Anteproyectos de nueva Ley de Enjuiciamiento Penal

Es necesario tener en cuenta que el sistema actual de recursos en el proceso penal está necesitado de urgente reforma, no sólo para remediar el forzado encaje de nuestro sistema en la legislación internacional (Tratados y Convenios sobre Derechos Fundamentales), sino también porque la propia doctrina constitucional contradice la actual regulación legal en cuanto a las garantías que es preciso observar en aquellos procesos donde se ha establecido la doble instancia. En la actualidad, el sistema de parches imperante parece atribuirse a un capricho del legislador más que a un sistema coherente con unas bases sólidas que lo fundamenten.

En este sentido, numerosos autores (CALDERÓN CUADRADO y CORTÉS DOMÍNGUEZ) hablan de un sistema de revisión de sentencias cuyo principal distintivo es la falta de homogeneidad y la carencia de lógica; buena prueba de ello es que en el proceso penal actual existen cuatro modalidades distintas de impugnación: la que se refiere a la sentencias dictadas en procedimientos abreviados competencia de los Juzgados de lo Penal; las sentencias dictadas en sumarios ordinarios seguidos en supuestos de comisión de delitos más graves o en los casos en los que se sigue un procedimiento abreviado (P. A. D. D.) con juicio a celebrar ante la Audiencia Provincial; el recurso de apelación (ordinario o extraordinario) llamado ordinario, seguido en los procedimientos de la Ley del Jurado, y el recurso de apelación interpuesto contra las sentencias dictadas en los juicios sobre menores.

El recurso de apelación contra sentencias dictadas en juicios rápidos, o en juicios de faltas, ha sido objeto de indirecto análisis puesto que su sustanciación se regula

[39] La jurisprudencia de la Sala Segunda del TS ha acogido los criterios interpretativos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del TC y los ha trasladado al recurso de casación. Véase STS 998/2011, de 29 de septiembre; STS 1052/2011, de 5 de octubre; STS 1106/2011, de 20 de octubre; STS 1215/2011, de 15 de noviembre, y STS 1223/2011, de 18 de noviembre.

en los arts. 790 a 792 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Título II, Capítulo VI de la Ley de enjuiciamiento Criminal), a cuyo procedimiento se remiten los arts. 803 y 976.2 LECrim en lo que a los juicios rápidos y juicio de faltas se refiere.[40]

Dos son los Anteproyectos que han surgido de comisiones designadas por los Gobiernos para su redacción y posterior tramitación: uno tuvo lugar en el Gobierno anterior y otro ha surgido del actual. No obstante, muchas han sido las coincidencias (o similitudes) que en cuestión a adhesión al recurso han existido entre los Grupos Socialista y Popular respectivamente.

Según el art. 633 del Anteproyecto presentado por el anterior Gobierno Socialista, con respecto al recurso supeditado, se dispone que (referencia al recurso de apelación):

1. La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado, podrá formular recurso supeditado de apelación.
2. En este caso, su pretensión para el supuesto de que se estime el recurso del apelante sólo podrá fundarse en los motivos que le correspondan como acusador o condenado.
3. Una vez interpuesto, el secretario judicial dará traslado del mismo a las demás partes, que podrán impugnarlo en el plazo de dos días.

[40] Es conveniente contemplar ante todo los recursos que caben contra las diligencias de ordenación (reposición) excepto en los casos en los que la ley prevea recurso de revisión (art. 238 bis instaurado por la Ley 13/2009, de medidas urgentes de reforma procesal).

Contra los Decretos, cabe recurso de revisión [*vid.* Ley 13/2009 (art. 238 ter)]. Si está exceptuado de recurso de revisión cabrá el de reposición, pero lo normal es que éste se interponga contra diligencias de ordenación. El de revisión es recurso devolutivo no suspensivo, se interpone ante el Juez o Tribunal ante el cual se está siguiendo el procedimiento y se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes.

Tampoco será objeto de consideración el recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias que se interpone ante el mismo Juez que ha dictado la resolución, se emplazan a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Superior y demás actuaciones previstas en el art. 507 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se resuelve mediante Auto en el que se decide la cuestión interlocutoria planteada y no cabe recurso alguno.

Según el art. 644 del Anteproyecto presentado por el anterior Gobierno Socialista, con respecto al recurso casación, se dispone que «La parte que no haya preparado o interpuesto el recurso podrá adherirse a él, en el término de los emplazamientos o al instruirse del formulado por la otra parte *realizando las alegaciones que le convengan*».

Fue en mayo de 2010 cuando se constituyó en el Ministerio de Justicia un grupo de trabajo al efecto.

Según el anteproyecto perteneciente al Grupo Parlamentario Popular presentado en 2013, la cuestión queda de la siguiente forma:

> Art. 633. Recurso supeditado de apelación. Coincide literalmente con la redacción del Grupo Socialista. A continuación, y como comentario del art. 633 según la redacción de 2013 (Grupo Popular), analizando el párrafo 2, es necesaria la concordancia de éste con los arts. 625 y 629 del mismo texto legal, que se refiere a los motivos en que puede fundarse el recurso cuando se acude como acusador o condenado respectivamente.
>
> En estos artículos se tratan los específicos motivos a los que pueden acogerse los acusadores (art. 625) y los que puede articular en apelación el condenado (art. 629), todo ello en acatamiento a estructurales principios que rigen el proceso penal a los que nos hemos referido y seguiremos haciéndolo. El recurso se denomina *supeditado* porque se supedita a que el recurrente mantenga el suyo.

Con respecto al recurso de casación, Anteproyecto presentado por el Grupo Popular, el art. 644 se refiere a la adhesión (en casación). (Coincide con el texto presentado por el Grupo Socialista):

> La parte que no haya preparado o interpuesto el recurso podrá adherirse a él, en el término de los emplazamientos o al instruirse del formulado por la otra parte *realizando las alegaciones que le convengan*.
>
> Por tanto, conviene recalcar, las referidas alegaciones no tienen que ser forzosamente de apoyo al recurrente principal; consiguientemente, la adhesión establecida en el art. 644 del Anteproyecto tiene carácter autónomo en el sentido que hemos venido exponiendo a lo largo del trabajo. Toda vez que las alegaciones no tienen que ser forzosamente alegaciones de apoyo.

Según el número LXXVI de la Exposición de Motivos, párrafo tercero «resuelta esta cuestión preliminar, el segundo paso consiste en determinar si las posibilidades de impugnación de las resoluciones penales deben ser diferentes en función del carácter absolutorio o condenatorio del fallo recaído. Así es evidente que, dictada una sentencia condenatoria, han de abrirse varios márgenes de revisión en beneficio del reo. En cambio, frente a la sentencia absolutoria han de extremarse las cautelas, pues no sería admisible un sistema que permitiera alcanzar una convicción sobre la culpabilidad del acusado sin la imprescindible inmediación y contradicción en el examen de las pruebas».

En realidad, las disposiciones generales que encabezan el libro dedicado a los recursos anticipan la perspectiva seguida para resolver esta cuestión, pues recogen el tenor literal del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 19 de diciembre de 1966; reconocimiento del derecho a la segunda instancia referida, por tanto, a los condenados, que podrán impugnar el fallo condenatorio por cualquier motivo, solicitando incluso la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia. Los acusadores dispondrán, en cambio, de una apelación restringida a la posible infracción de ley sustantiva o procesal.

Es este un modelo que genera una desigualdad deliberada, acorde con las premisas ideológicas del sistema penal liberal. Un modelo que, por tanto, no debe ser contemplado como una forzada adaptación legislativa interna a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado (aunque esta adaptación legislativa debería tener lugar sin justificaciones puesto que el art. 96.1 CE obliga a ello). Constituye, más bien (se dice acertadamente a nuestro entender), una nueva manifestación de la esencia del proceso penal como sistema de garantías establecido para la protección del ciudadano frente a la pretensión punitiva del Estado. Y es razonable que, desde esta perspectiva, el poder público que aspira a la imposición de la pena tenga una única posibilidad de acreditar la culpabilidad del acusado y que éste, en cambio, pueda someter la condena recaída a una revisión fáctica ulterior.

Esta perspectiva, latente ya desde hace tiempo en la cultura jurídica anglosajona, ha ido fraguándose a través de distintas resoluciones del Tribunal Constitucional que tuvieron continuidad en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, en la Sentencia de 19 de julio de 2012, sistematiza la esencia de estos principios proclamando que su jurisprudencia ha acogido últimamente los criterios interpretativos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal

Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre; 1052/2011, de 5 de octubre; 1106/2011, de 20 de octubre; 1215/2011, de 15 de noviembre; 1223/2011, de 18 de noviembre; 698/2011, de 22 de junio; 164/2012, de 3 de marzo y 325/2012, de 3 de mayo, entre otras, se ha considerado que no procederá condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.

Por tanto pienso que, en cumplimiento de esta doctrina jurisprudencial, los recurrentes en casación de sentencias absolutorias van a tener que atacar la prueba documental prioritariamente al igual que toda aquella apreciación con trascendencia jurídica que no se deduzca directamente del carácter personal de la prueba, es decir, que no dimane de la inmediación del Tribunal (repetimos la referencia a las sentencia absolutorias).

VIII. Distinto alcance devolutivo del recurso en función de la posición procesal del recurrente

De acuerdo con la citada jurisprudencia, se advierte que no sólo no existe un trámite específico en la sustanciación del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico para oír al acusado y a posibles testigos, sino que tampoco existe en el recurso de apelación, toda vez que dada la redacción del art. 790.3 LECrim (no modificada con motivo de la reforma de la LECrim por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) «no cabe una interpretación de la norma que de pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada en la primera, pues el precepto se muestra tasativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiendo sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el Tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de

pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia».[41]

De este modo, cuando sean los acusadores los recurrentes podrá discutirse en el recurso, sin limitación alguna, la aplicación del derecho sustantivo y procesal. No podrán, en cambio, impugnar la resolución absolutoria con la finalidad de que los hechos sean sometidos a una nueva valoración del Tribunal de apelación. En otras palabras, los acusadores no podrán, en ningún caso, solicitar la revisión de los hechos declarados probados en la instancia; solamente podrán formular su recurso por motivos de infracción de ley. Este último concepto adquiere, no obstante, una dimensión más amplia de *lege ferenda* en la nueva regulación, pues comprende tanto la relativa a la vulneración de una norma sustantiva como la infracción de una norma procesal.

Así, sólo el condenado podrá pedir la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria impugnada.[42] Y, por tanto, se configura un sistema más amplio para la práctica de la prueba en la segunda instancia en los casos en los que resulta procedente.[43]

---

[41] La Sala Segunda del TS, en la Sentencia de 19 de junio de 2012, ya ha tratado con posterioridad a la STC 167/2002 la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgado de instancia, y se ha pronunciado de forma inequívoca en sentido negativo (SSTS 258/2003, de 15 de febrero y 352/2003, de 6 de marzo, ajustándose así a lo preceptuado en la LECrim, art 795.3 antiguo y 790.3 actual).

[42] Se alude a que se dijo que se descartaba en este punto el modelo de apelación plena y se configura la segunda instancia como un instrumento de depuración a través del reexamen del proceso previo y de la corrección de la valoración realizada por el órgano judicial de instancia.

El Tribunal Superior deberá revisar la estructura racional y el discurso lógico de la sentencia dictada, lo que implica mucho más que la mera comprobación de la existencia de una prueba de cargo suficiente, válidamente obtenida y legalmente practicada. El Tribunal de apelación deberá asegurarse de que esa prueba haya sido racionalmente evaluada, conforme a las reglas de la experiencia, y habrá de realizar además el imprescindible control de la duda razonable. Un control que exige descartar la existencia de otras tesis alternativas racionales que habría debido llevar a un pronunciamiento absolutorio.

[43] En estos supuestos puntuales se abrirá un incidente y se celebrará vista a instancia del condenado, pues sólo éste podrá introducir hechos y pruebas nuevas con motivo del recurso

El sistema que se instaure en este sentido atendería en principio a las exigencias del art. 14.5 PIDCP en lo que se refiere al derecho del condenado a someter el fallo condenatorio y la pena ante un tribunal superior y *también* en aquellos casos en los que se imponga la condena *por vez primera al acusado* en fase de apelación. Como dice VECINA CIFUENTES: «si se quiere evitar algo similar a un regressus in infinitum, con terceras y sucesivas instancias, la satisfacción en tales casos del art. 14.5 del PIDCP obligaría a dar un tratamiento diferenciado a las partes acusadoras y acusada, dejando aquellas de tener las mismas posibilidades de recurso que ésta. La solución habría de pasar por privar a las partes acusadoras de la posibilidad de recurrir las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia, tal y como sucede por ejemplo en los EEUU donde la V Enmienda de la Constitución prohíbe la *double jeopardy*».[44]

La aplicación del aludido pacto, el cumplimiento del art. 96.1 de la CE, la evitación de futuros reproches a España por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, son argumentos más que suficientes para seguir la orientación que se propugna, aunque se debe reconocer que en el siglo XXI no debemos creernos demasiado originales si recordamos que desde el derecho romano se propugnaba el aforismo «nocentem absolvere satius est, quam innocentem damnare» por lo que se trata de respetar en el ámbito penal bienes o valores ayer proclamados, hoy constitucionalmente protegidos pero que acaban inclinándose en favor del acusado-condenado, siquiera porque el interés en no condenar a un inocente debe mantenerse siempre, incluso al precio de dar lugar en ocasiones a la

---

de apelación. Permitiéndose obviamente a los acusadores en estos supuestos proponer las pruebas que estimen pertinentes (se reconoce que éste será el único supuesto en que la apelación llegue a asemejarse a un segundo enjuiciamiento).

[44] VECINA CIFUENTES, J. «Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal». *Jueces para la Democracia*, núm. 56 (julio 2006), pág. 62. Manifiesta el autor que esta es la opinión, por ejemplo, de MAYER. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1996 (2ª ed.), págs. 709 y ss. Se remite a continuación el autor a las Sentencias del TS de la Sala Segunda de 26 de septiembre de 1997 y 27 de enero de 1996 en las que se manifiesta que «la prohibición del doble jeopardy, es decir, del doble peligro de condena, que es contenido de la V enmienda de la Constitución de los EEUU no está expresa en la CE, pero está indudablemente implícita en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE».

impunidad de algún culpable, como muy presente tiene FERRAJOLI.[45] Por lo demás, enfatiza VECINA CIFUENTES[46] «dicha modificación no vulneraría derecho alguno, pues es conocido que las partes acusadoras no ostentan en el proceso penal ningún derecho a castigar, sino únicamente un mero ius ut procedatur, toda vez que el ius puniendi es de titularidad estatal».

No sólo tiene importancia lo reformado sino lo no reformado y que debería haberse reformado; es obvio que nos estamos refiriendo primordialmente a la aplicación del art. 14.5 PIDCP en lo que se refiere a la posibilidad de revisar la condena y la pena impuesta. Parece que el legislador prefiere esperar (larga espera) a la publicación de un nuevo código procesal penal para la instauración en plenitud de este derecho a la doble consideración revisora de su sentencia condenatoria y de la imposición de la pena que el acusado tiene, como Derecho Fundamental (pese a la normativa directriz emanada de la LOPJ).

La espera es ya de por sí insatisfactoria, porque después de sesudos debates acerca de si la casación cumple o no la función revisora de la condena y la pena con suficiente o mediana amplitud, en la práctica, el litigante, en algunas ocasiones, se ve abocado a recibir como respuesta al recurso de casación, la inadmisión del mismo, sin ni tan siquiera abrir paso a las ulteriores fases a través de las cuales discurre el recurso de casación. Aunque la inadmisión se encuentre debidamente razonada, el ámbito de la misma es procesal y no puede sustituir la motivación que del recurso como doble planteamiento de la cuestión debe concederse en cumplimiento de Convenios Internacionales que España ha suscrito y que por el juego de los arts. 10.2 y 96.1 CE, deben ser respetados por nuestro país.

---

[45] FERRAJOLI, L. *Derecho y razón.* Madrid: Ed. Trotta, 1995, pág. 549.

[46] VECINA CIFUENTES, J. «Observaciones urgentes a la proyectada reforma…»*, cit.,* pág. 63 y SSTC 157/1990 y 31/1996. Del mismo autor puede verse *La casación penal. El modelo español*. Madrid: Ed. Tecnos, 2003 y también «Los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *Jueces para la Democracia*, núm. 40 (2001), págs. 53 y ss. En la misma clave garantista, *vid.* GIMENO SENDRA, J. V. *El derecho a un proceso "administrativo" con todas las garantías. Justicia*, núm. 1 (1991), pág. 15. ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Madrid: Trota, 2002, pág. 132. GUASTINI, R. «Derecho dúctil, derecho incierto», traducción de Marina GASCÓN. *Anuario de filosofía del derecho*. V. XIII. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, BOE, 1996, pág. 118.

Como ha recordado VÁZQUEZ SOTELO,[47] insatisfactorio resulta que la actual normativa en orden a las garantías procesales, y en ocasiones la jurisprudencia de los altos tribunales, en orden a esta garantía, rebaje sus exigencias por debajo de lo que doctrinalmente se ha considerado siempre como mínimo exigible en un buen sistema procesal. A partir del momento en que los conflictos jurídicos intersubjetivos se canalizan a través del proceso surge el recurso de apelación como garantía indispensable. El término apelación (apellatio, Berufung) alude etimológicamente a la llamada o nueva llamada que un litigante hace a otro juez para que subsane el error que el impugnante atribuye al que juzgó en primer lugar.

No extraña, sino todo lo contrario, que el TC atienda a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mas hay que tener en cuenta que este último interpreta el Convenio proyectando una doctrina jurisprudencial sobre distintos países con diferentes regímenes constitucionales y ordenamientos procesales. Por ello lo importante es, en definitiva, que el proceso penal se instaure como una institución dominada por las garantías y Derechos Fundamentales entre los que debe figurar el derecho a un proceso justo, el proceso debido, el juicio equitativo, el proceso garantista; en suma, todo ello con la legítima aspiración de que estas garantías se vean reflejadas en el nuevo código procesal penal que implante la ingente labor realizada en este sentido por el TC.

IX. La adhesión autónoma al recurso y la prohibición constitucional de indefensión

Enlazando con lo que se acaba de exponer en los últimos párrafos del apartado anterior y conectándolo con el cierre del art. 24.1 CE, que como envoltorio garantista prescribe que «[...] sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», destacamos el derecho de defensa como uno de los derechos fundamentales que se hayan reconocidos en todas las Constituciones y en todos los textos sobre derechos humanos. Como ha destacado VÁZQUEZ SOTELO,[48] el derecho de defensa en el

[47] VÁZQUEZ SOTELO, J. L., en el Prólogo a la monografía de SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos…*, *ob. cit.*, pág. 14.

[48] VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Presunción de inocencia e íntima convicción del juzgador*. Barcelona: Bosch, 1984. Sin embargo, como recuerda el autor, en épocas históricas anteriores

proceso penal ha sido desde la Revolución Francesa un problema de enorme relevancia tanto desde el punto de vista doctrinal como desde una perspectiva práctica. Porque el proceso es el único instrumento para actuar el proceso penal, el poder de coacción estatal para sancionar ciertas conductas tipificadas como delitos, y a este instrumento ha de someterse el Estado, que no puede imponer un castigo si no es a través de un proceso judicial («nulla poena sine procesum», garantía procesal) y de una sentencia.

En el orden práctico, GIMENO SENDRA[49] se referirá al «reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y, por tanto, su directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) y comporta al propio tiempo una especial y privilegiada protección, a través del amparo tanto ordinario, como constitucional (art. 53.2 CE)».

Como recuerda MORENO CATENA,[50] fue con el nuevo marco normativo español, representado por la LECrim de 1882, cuando se incorporaron a nuestro país las grandes líneas del modelo procesal penal que desde 1808 había estado

---

el proceso penal inquisitivo, se desconocía enteramente el derecho de defensa, pues el investigado era el mero objeto del procedimiento.

[49] GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*. Navarra: Civitas – Thomson Reuters, 2012, págs. 259 y 260. Refiere el autor que en el anterior régimen político autocrático que durante casi cuarenta años tuvo vigencia en España, el derecho de defensa en el proceso penal, como los demás derechos fundamentales enunciados en el Fuero de los Españoles, constituían meras garantías programáticas, que en la práctica eran frecuentemente incumplidas. Sigue refiriéndose el autor a procedimientos ante el Tribunal de Orden Público y al último Consejo de Guerra Sumarísimo.

[50] MORENO CATENA, V. «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales». *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 8 (2010). Con este texto legal —y desde su antecedente, la Ley provisional del enjuiciamiento criminal— según el autor, «se asumieron los principios básicos del moderno proceso penal, introduciendo las normas reguladoras de un modelo de justicia escrupulosamente respetuoso con los postulados del liberalismo más exquisito y, por tanto, con el respeto a las garantías de la persona sometida a enjuiciamiento así como la misma idea de proceso, pues desde entonces puede efectivamente hablarse de la existencia de un juez y de unas partes».

rigiendo en Francia con la aprobación del *Code d'Instruction Criminelle*, y desde donde se había exportado al resto de los países del continente.

Ahora bien, como destaca el referido autor con acopio de doctrina constitucional, «entre este haz de garantías que integran este derecho se incluyen tanto la norma del 24.1 —que proscribe la indefensión— como el art. 24.2 de la CE —que reconoce el derecho a la defensa— que protegen estos derechos con independencia del tipo de proceso en donde se actúe, con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción; eso lleva aparejado el deber judicial de evitar desequilibrios e impedir limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión» (SSTC 152/2000, de 12 de junio, FJ 3; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 6 y 18/2006, de 30 de enero, FJ 2).

Puede decirse que la defensa, el derecho de defensa, opera como factor esencial en donde se sustenta la legitimidad de la acusación y de la sanción penal en el estado constitucional de derecho. En efecto, el art. 24.1 CE termina prohibiendo la indefensión en todo caso, con lo que parece que estaría contemplando la garantía de la defensa dentro del conjunto de garantías que integrarían el contenido esencial del derecho a la jurisdicción, del derecho a la tutela judicial efectiva.

Así pues, en apoyo de la posibilidad de la adhesión autónoma al recurso, como resume MORENO CATENA, «parece que el art. 24.1 de la CE está considerando la posición de quien acude a los Tribunales de Justicia reclamando su actuación, solicitando la tutela de derechos e intereses legítimos, pretendiendo evitar con esta cláusula de cierre que las normas procesales o la actividad jurisdiccional le impidan reaccionar y hacer valer sus derechos en el curso del proceso frente a las iniciativas de la contraria o a la intervención del propio Juez.[51] En todo caso, según STC

[51] MORENO CATENA, V. «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», *cit.*, pág. 4. Cita el autor en apoyo de su tesis la Sentencia 94/2005, de 18 de abril, FJ 2, afirmando que, «como sostenía la referida sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, *entre las que se encuentra el adecuado ejercicio de derecho de defensa*, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos».

160/2009 de 29 de junio, FJ 4, el derecho de defensa se conforma con el respeto de las normas y garantías procesales siempre que éstas, a su vez, respondan a la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción». En este sentido me refiero a la contradicción como la posibilidad de contestar al recurso por parte del condenado y a la adhesión autónoma al recurso, colmando de esta forma el derecho de defensa que se encuentra indudablemente entre los derechos fundamentales.

A estos Derechos Fundamentales de todas las personas de carne y hueso se refiere Andrés IBÁÑEZ[52] prologando la reciente obra de FERRAJOLI: *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Estos Derechos Fundamentales, junto al régimen de garantías «representan el auténtico momento de la verdad de la democracia. Pues sino... ¿Para qué? De no ser así... ¿Para quién?».

[52] IBÁÑEZ, A., en el prólogo a la obra de FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional.* Madrid: Ed. Trotta, 2011, pág. 9. Sobre el TC como guardián de estas garantías, OLIVER ARAUJO, J. *El recurso de amparo*. «Colección Estado y Derecho». Palma de Mallorca: Facultad de Derecho, 1986.

rjib12

ESTUDIS

CONTRACTE D'ALLOTJAMENT (D'ESTADES TURÍSTIQUES) EN HABITATGES *VERSUS* CONTRACTE D'ARRENDAMENT DE TEMPORADA, EN LA REGULACIÓ JURÍDICA DEL TURISME A BALEARS*

Anselmo Martínez Cañellas

Professor titular de dret mercantil

Universitat de les Illes Balears

I. Introducció. lI. La determinació del problema i la seva rellevància pràctica. III. Les competències reguladores en matèria contractual i en matèria d'ordenació del turisme. *1. Competències en matèria d'ordenació del turisme. 2. Competències en matèria contractual. 3. Els problemes derivats de la reforma de la LAU. 4. La presumpció de l'article 50.1 i 2 LTIB.* **IV. Diferències entre el contracte d'allotjament i el d'arrendament de temporada.** *1. El contracte d'arrendament de temporada. 2. El contracte d'allotjament.* **V. Règim del contracte d'allotjament turístic en habitatges.** *1. Requisits subjectius. 2. Requisits objectius. 3. Els serveis que han de prestar-se. 4. La comercialització. 5. Altres limitacions.* **VI. Consideracions jurisprudencials. VII. Conclusions.**

*Aquest article pren com a base la conferència que vaig impartir, el 18/XI/2013, en l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears, per invitació de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears.

RESUM

Aquest article pretén aclarir la confusió creada als titulars d'habitatges que pretenen cedir el seu ús per un termini breu. En aquests casos, la normativa arrendatícia estatal sembla acceptar que aquesta cessió es faci mitjançant arrendaments de temporada. Però la normativa turística balear pareix que sotmet aquesta cessió a una estricta normativa administrativa que, si s'incompleix, dóna lloc a sancions.

La tesi que defensam consisteix que, en realitat, la cessió potser de dos tipus: la feta amb serveis complementaris, que s'ha de qualificar com a contracte d'allotjament, i se sotmet a la normativa de disciplina turística, i la cessió sense serveis, que és un contracte d'arredament per temporada, sotmès a la Llei d'arredaments estatal i que no ha de complir la normativa de disciplina turística balear.

RESUMEN

Este artículo pretende aclarar la confusión creada a los titulares de viviendas que pretenden ceder su uso por un plazo breve. En estos casos, la normativa arrendaticia estatal parece aceptar que esta cesión se haga mediante arrendamientos de temporada. Pero la normativa turística balear parece que somete esta cesión a una estricta normativa administrativa que, si se incumple, da lugar a sanciones.

La tesis que defendemos consiste en que, en realidad, la cesión puede ser de dos tipos: la realizada con servicios complementarios, que debe calificarse como contrato de alojamiento, y se somete a la normativa de disciplina turística, y la cesión sin servicios, que es un contrato de arrendamiento por temporada, sometido a la Ley de Arrendamientos estatal y que no debe cumplir la normativa turística balear.

ABSTRACT

This article aims to clarify the confusion holders seeking to lease residential use for a short time. In these cases, the rules state tenancy seems to accept this assignment is made using seasonal leases. But the Balearic tourism legislation seems to submit this assignment to strict administrative rules which, if breached, gives rise to sanctions.

The thesis we defend is that, in fact, the transfer can be of two types: the one made with complementary services, to be classified as housing, and is subjected to the rules of tourism discipline, assignment and without services, is a seasonal lease, subject to the Act on State leases and should not meet the Balearic tourism legislation.

I. Introducció

La reforma de la Llei 24/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans (d'ara endavant, LAU) operada per Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i foment del mercat del lloguer d'habitatges, que pretenia establir les bases jurídiques per regularitzar l'oferta turística en apartaments, va acabar per generar una gran inseguretat jurídica, donada la seva confusa coordinació amb la normativa turística d'algunes comunitats autònomes, entre elles, la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. En concret, no queda clara la línia delimitadora entre els contractes d'allotjament d'estades turístiques en habitatges, regulada en els art. 49 i següents de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears (d'ara endavant, LTIB) i els contractes d'arrendament de temporada.

La distinció és important, doncs la labor inspectora iniciada per la Conselleria de Turisme del Govern Balear a principis d'estiu de 2013, s'ha reactivat en 2014, després del canvi del conseller de Turisme, el 27 de desembre de 2013. I la defensa jurídica dels titulars d'immobles inspeccionats és, precisament, la qualificació de la relació contractual, no com a allotjament, sinó com a arrendament de temporada. Aquest treball pretén introduir elements interpretatius que aportin major claredat en aquesta distinció, que aconsegueixi aportar una major seguretat jurídica sobre la qüestió.

Començarem per concretar el problema i la seva rellevància pràctica, per després analitzar el repartiment de competències entre l'Estat i la Comunitat Autònoma, qüestió rellevant per concretar la capacitat normativa de la Comunitat Autònoma sobre la matèria. Seguidament, analitzarem la naturalesa dels contractes d'allotjament o hostalatge i els contractes d'arrendament de temporada, la qual cosa serà clau per determinar la naturalesa dels contractes d'estades turístiques en habitatges regulats en la LTIB i subjectes al seu règim, i diferenciar-los dels contractes de temporada. L'anàlisi dels contractes d'estades turístiques en habitatges ho centrarem en alguns problemes que plantegen les limitacions establertes en la LTIB. Finalment, analitzarem els criteris que solen usar-se pels inspectors de turisme, conforme al que s'observa de la jurisprudència sobre la matèria, per concloure que el criteri de diferenciació entre arrendaments de temporada i allotjaments turístics en habitatges resideix en la prestació de serveis que aquest últim porta aparellada.

II. La determinació del problema i la seva rellevància pràctica

La pràctica de «posar en lloguer» l'habitatge o, especialment, la segona residència, a favor de no residents, és una pràctica molt estesa a les Illes Balears, i creixent en aquests moments de crisi.

En aquest sentit, entenem que les conclusions a les quals ens referirem més endavant s'han de referir als no residents tal com es defineix en la regulació turística, és a dir, a tota persona que no estigui en el seu entorn habitual (art. 3 LTIB), és a dir, que no resideixi a la zona en la qual es troba l'habitatge. És, per tant, un concepte aplicable a residents en una part de l'illa distant de la seva residència habitual, a una altra illa de les Balears, a la resta d'Espanya o a l'estranger.

Òbviament, no incloem en aquests supòsits la cessió d'ús a amics o familiars sense contraprestació pecuniària. En aquests casos es tracta d'una cessió a precari, no regulada per la LAU ni per la LTIB i, en conseqüència, permesa com una de les facultats contingudes en l'exercici del dret de propietat.[1]

La cessió de l'ús d'un immoble a un no resident no sol comercialitzar-se com a part d'un paquet turístic, sinó que el propietari sol comercialitzar l'estada en l'immoble a través d'internet o, en menor mesura, gràcies a contactes o estades prèvies.

El no resident serà qui contracti els viatges d'accés a l'habitatge pel seu compte. Les estades no solen formalitzar-se per escrit en un contracte, els contractes que les regulen solen ser verbals, encara que sí existeix documentació escrita que determini el contingut del contracte o permeti interpretar-ho (la publicitat en internet o els intercanvis de correus electrònics). Documentació que pot resultar clau en la qualificació del contracte. El preu sol pagar-se en el moment en què el no resident accedeix a l'ús. El termini sol pactar-se per períodes més o menys breus,

[1] Altres possibilitats que un no resident pugui realitzar una estada a Balears, que no tractarem en aquest treball, a més del precari, l'arrendament o l'hostalatge, són:

- l'aprofitament per torns (art. 34 LTIB que és remitent al Reial decret llei 8/2012, de 16 de març), i
- els establiments d'allotjament turístic coparticipats o compartits (previstos en l'art. 35 LTIB i en les normes estatals (Llei de propietat horitzontal (LPH) o Cc, sense perjudici de les normes específiques catalanes).

normalment setmanals. Durant l'estada poden o no incloure's serveis com la neteja (el que, com veurem, serà rellevant en el règim jurídic aplicable).

En tractar-se d'estades no enquadrables en l'oferta turística regulada, doncs els cedents de l'immoble no solen ser empresaris hotelers, ni les característiques de l'immoble són les pròpies del sector hoteler, els economistes han qualificat aquest tipus de contractes de cessió d'ús d'immoble a un no resident com a oferta turística no reglada. En realitat, en els seus càlculs inclouen no solament aquest tipus de cessions, sinó també les cessions en precari i fins i tot les segones residències, encara que sigui el mateix propietari qui les ocupi. Amb aquests càlculs, l'oferta turística no reglada a Balears és pràcticament idèntica, en pernoctacions, a l'oferta turística reglada, i, si considerem Espanya, molt major que l'oferta reglada. El nombre de pernoctacions en oferta reglada (hoteleres i extrahoteleres) va ser a Balears, en 2012, de un total de 64.271.329. Les realitzades en oferta no reglada van ser de 64.067.209. A Espanya, el nombre de pernoctacions de l'oferta no reglada, 800.289.806, supera amb escreix el de l'oferta reglada, 389.607.089 pernoctacions.[2]

Les empreses hoteleres han qualificat de competència deslleial aquest tipus de cessions d'ús, ja que entenen que eludeixen les normes que a elles els imposa la LTIB, atès que ofereixen l'ús d'un immoble i es dirigeixen a la persona no resident, que ve temporalment a les illes a realitzar una estada que, segons l'àmplia definició de l'art. 3.a) LTIB,[3] s'ha de qualificar com a turística. És més, al·leguen que l'usuari d'aquests immobles es veu desprotegit, atès que no pot enquadrar-se en l'oferta turística, per la qual cosa els usuaris de l'immoble no poden qualificar-se com a turistes, sinó com a inquilins i, en conseqüència, al·leguen que no poden aplicar-se a aquest tipus d'usos les normes de protecció dels consumidors.[4]

---

[2] LA CAIXA. *Anuari Econòmic d'Espanya 2013*.

[3] «a) Turisme: les activitats que duen a terme les persones durant els viatges i les estades en llocs diferents dels del seu entorn habitual, sigui quina sigui la finalitat i per períodes temporals determinats. Inclou la combinació d'activitats, serveis i indústries que completen l'experiència turística, com ara transport, allotjament, establiments de restauració, botigues, espectacles, oferta d'entreteniment, lleure i esbarjo i altres instal·lacions per a activitats diverses».

[4] En realitat aquesta afirmació s'ha de matisar, doncs l'aplicació de les normes de defensa dels consumidors no depèn de si aquests són qualificats com a turistes o no, sinó del caràcter empresarial o no de l'arrendador.

No és objecte d'aquest article discutir si és o no és competència deslleial, però per realitzar tal afirmació hauria de considerar-se si el mercat de referència és el mateix, cosa discutible, *prima facie*, sembla un mercat diferent, tant a nivell de preus, com en tipus de producte, com en períodes d'obertura (els hotels a Balears solen ser de temporada estival, i a més cobreixen tot el seu aforament durant la mateixa; les cessions d'ús d'habitatge a no resident es realitzen durant tot l'any). A més, els hotels, apartaments turístics, agroturismes, etc., ofereixen serveis, mentre que aquestes cessions d'ús a no residents no solen oferir aquests serveis, per la qual cosa els usuaris solen realitzar major despesa en oferta complementària (restauració, alimentació, etc.), la qual cosa no solen propiciar els hotels (especialment si adopten el model de «tot inclòs»).

Les empreses hoteleres tenen part de raó. Hi ha empreses de comercialització d'estades turístiques que, per no poder complir amb les mesures d'ordenació turística contingudes en la LTIB i en la normativa complementària, exploten turísticament aquests immobles de manera il·legal. Per exemple, per no haver obtingut l'autorització per explotar places hoteleres, conforme al règim de la LTIB contingut en l'actual art. 88, que obliga a qui vulgui iniciar una activitat turística a donar de baixa prèviament una plaça obsoleta,[5] la qual cosa implica moltes vegades la necessitat d'adquirir la plaça obsoleta a títol onerós, per agilitar l'engegada de la seva inversió hotelera.

Oferta il·legal que, conforme a la LTIB i a la normativa d'altres comunitats autònomes, no pot regularitzar-se (mantenint així la posició dels hotelers i de l'oferta reglada en general, que podran alienar o no la plaça a qui pretengui regularitzar la seva situació o iniciar una activitat hotelera). Oferta il·legal que, com a tal, sí ha de ser objecte de sanció.

Ara bé, si be el legislador autonòmic i, abans que ell, el legislador nacional han considerat que l'explotació turística dels immobles ha de regular-se, el legislador

[5] L'art. 88.1 estableix: «L'eficàcia d'una declaració responsable d'inici d'activitat turística o de la comunicació prèvia referida a un establiment d'allotjament turístic i la inscripció en el registre insular d'empreses, activitats i establiments turístics corresponent, com també l'ampliació de places i la inscripció d'aquestes, està condicionada a la baixa definitiva d'un establiment d'allotjament turístic que no es trobi en situació de baixa temporal quan entri en vigor aquesta llei, de conformitat amb el que estableix aquesta secció [...]».

estatal, permet que la cessió de l'ús dels immobles pugui realitzar-se per períodes inferiors a un any, mitjançant els contractes de temporada. La qüestió que es planteja és cap a un contracte d'arrendament per temporada amb finalitat vacacional que no tingui caràcter turístic des del punt de vista de l'autoritat turística?

En aquest treball aclarirem que sí cap, basant-nos en que els contractes regulats per la normativa turística no són pròpiament contractes d'arrendament, sinó que són contractes d'allotjament, residint la diferència entre tots dos contractes en que els contractes d'allotjament són contractes mixts de cessió d'ús d'un bé juntament amb un contracte d'arrendament de serveis (els serveis pròpiament turístics). En conseqüència, els contractes d'arrendament de temporada no estan regulats per la normativa turística, sinó per la normativa d'arrendaments urbans.

En aquest sentit, quan la LTIB regula la figura de les empreses comercialitzadores d'estades turístiques en habitatges exigint que compleixin certs requisits (art. 49 a 52 LTIB), el que fa és permetre la cessió d'ús de béns immobles en habitatges unifamiliars o aparellats o anàlegs, amb ús residencial (no turístic), i amb prestació de serveis (és a dir, mitjançant un contracte d'allotjament), no impedint l'arrendament de temporada sense serveis turístics en qualsevol tipus d'immoble d'ús residencial.

D'altra banda, no impedeix que els habitatges turístics de vacances, els habitatges objecte de comercialització d'estades turístiques i qualsevol altre tipus d'allotjament establert legalment i existent en el moment de l'entrada en vigor de la LTIB, puguin mantenir la seva categoria o convertir-se en altres empreses d'allotjament turístic sempre que reuneixin els requisits exigits en aquesta i en la normativa que els sigui aplicable per adquirir aquesta condició, havent de superar els plans de modernització (disposició addicional 8a LTIB).

III. Les competències reguladores en matèria contractual i en matèria d'ordenació del turisme

Com hem esmentat abans, tant l'Estat com les comunitats autònomes tenen competències normatives de dret privat i de dret públic en qüestions que afecten als contractes sobre cessió d'ús d'immobles.

1. Competències en matèria d'ordenació del turisme

L'art. 148.1.18a de la Constitució espanyola (d'ara endavant, CE) estableix que la competència en matèria de promoció i ordenació del turisme correspon a les comunitats autònomes en el seu àmbit territorial. Això sempre que en els seus Estatuts d'autonomia respectius hagin assumit aquestes competències.

La Comunitat Autònoma de les Illes Balears té assumides tals competències en els art. 24 i 30 del seu Estatut (sense perjudici que l'art. 70 EAIB determini que la competència en ordenació turística sigui dels consells insulars). Aquesta competència es va assumir per la Llei 2/1999, de 24 de març, general turística, la qual, posteriorment, ha estat derogada per la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears.

La prevalença de la normativa autonòmica en aquesta matèria no impedeix l'aplicació de la normativa estatal amb caràcter supletori (Sentència del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de març), com ha ocorregut amb l'aplicació de la normativa reglamentària estatal com a normativa aplicable a falta de reglaments autonòmics (Sentència del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 3, 149/2010, d'1 de juny). Aquesta normativa reglamentària estatal va ser derogada pel Reial decret 39/2010, de 15 de gener.

2. Competències en matèria contractual

Són competències estatals les referides a la legislació mercantil (art. 149.1.6a CE) i civil (art. 149.1.8a CE). La competència en matèria civil pot ser conservada, modificada o desenvolupada en les comunitats autònomes amb dret civil foral o especial en les matèries que ja havien regulat a l'entrada en vigor de la CE.[6]

[6] D'acord amb aquest article, Catalunya ha regulat la seva pròpia normativa en matèria d'arrendaments rústics (Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu) i algunes normes sobre arrendaments urbans (Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge), fins i tot en matèria de propietat horitzontal (art. 553-1 Codi civil català), la qual cosa no ha ocorregut a Balears, on mai ha existit regulació especial balear sobre arrendaments urbans, encara que sí alguns contractes de parceria agrícola (Societat Rural menorquina, art. 64 i 65 del Decret legislatiu 79/1990, de 6 de setembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Compilació del Dret Civil de les Illes Balears, i contracte a majoral eivissenc, art. 86 d'aquesta Compilació balear).

El contingut jurídic privat dels contractes de cessió d'ús de l'immoble solament pot ser regulat per l'Estat. Concretament, el Codi civil (Cc) regula el contracte d'allotjament, en els termes que després veurem; i la LAU regula el contracte d'arrendament de temporada.

La LAU regula, en els seus articles 3.1,[7] 3.2,[8] i 4 (punts 1 i 3),[9] els arrendaments que recaient sobre una edificació no tinguin com a destinació primordial satisfer la necessitat permanent d'habitatge de l'arrendatari, entre els quals s'inclouen els arrendaments de segona residència i de temporada i, dintre d'aquests, els vacacionals.

3. Els problemes derivats de la reforma de la LAU

La reforma de la LAU realitzada per la Llei 4/2013, de 4 de juny, va afegir un punt a l'art. 5 LAU, que estableix: «e) La cessió temporal d'ús de la totalitat d'un habitatge moblat i equipat en condicions d'ús immediat, comercialitzada o promocionada en canals d'oferta turística i realitzada amb finalitat lucrativa, quan estigui sotmesa a un règim específic, derivat de la seva normativa sectorial». La seva intenció, segons l'exposició de motius de la Llei 4/2013, és evitar que l'ús de l'allotjament privat per al turisme, «doni cobertura a situacions d'intrusisme i competència deslleial, que van en contra de la qualitat de les destinacions turístiques»; per aquest motiu la reforma de

[7] «1. Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior.»

[8] «2. En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren.»

[9] «1. Los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los títulos I y IV de la misma y a lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo.

[...]

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

[...]».

la Llei proposa excloure'ls específicament «perquè quedin regulats per la normativa sectorial específica», que entén, segons es dedueix de la discussió parlamentària, la normativa autonòmica sobre ordenació turística. Si la normativa sectorial no existeix, «se li aplicarà el règim dels arrendaments de temporada, que no sofreix modificació».

Aquesta interpretació no és factible per inconstitucional. Les comunitats autònomes no tenen competències en matèria de regulació civil dels contractes d'allotjament o d'arrendament. No poden regular el contingut de les relacions *inter privatos*, encara que sí les de caràcter administratiu o les de protecció als consumidors (que no siguin jurodicoprivades).[10]

Si el que pretenia la Llei 4/2013 era que les comunitats autònomes poguessin regular el contingut jurídic privat dels contractes d'allotjament o d'arrendament, permetent-les, per exemple, prohibir certes modalitats contractuals, hauria d'haver-ho fet mitjançant una disposició amb rang de Llei orgànica, que no és el cas. Al no ser així, és inconstitucional la normativa sectorial autonòmica que prohibeixi o limiti la cessió temporal d'ús de la totalitat d'un habitatge moblat i equipat en condicions d'ús immediat, comercialitzada o promocionada en canals d'oferta turística i realitzada amb finalitat lucrativa.

Amb tot, això no impedeix que la Comunitat Autònoma pugui regular condicions en què aquest tipus de cessions es considerin oferta il·legal i imposar sancions administratives a aquest tipus de contractes. Però aquestes sancions, en cap cas seran juridicoprivades. Així, la prohibició de determinats continguts contractuals, com la sobrecontratació,[11] o l'oferta il·legal i clandestina,[12] no tindrà com a sanció la

[10] La STC 124/2003, de 19 de juny (RTC\2003\124), entre d'altres, delimita clarament l'àmbit competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de comerç minorista, amb criteris aplicables a la qüestió que ens ocupa.

[11] L'art. 20 LTIB regula la sobrecontractació, afirmant que «1. Les empreses titulars d'establiments d'allotjament turístic no poden contractar places que no puguin atendre en les condicions pactades.»

[12] L'art. 28 LTIB estableix: «Article 28. Activitat clandestina i oferta il·legal

1. La publicitat per qualsevol mitjà de difusió o la realització efectiva d'una activitat turística sense haver presentat la declaració responsable d'inici d'activitat té la consideració d'oferta il·legal o activitat clandestina i implica la incoació del corresponent expedient sancionador amb subjecció al que disposa aquesta llei.

nul·litat de la clàusula o del contracte, sinó que se sancionarà sempre que es tipifiqui com a infracció administrativa greu,[13] o molt greu,[14] amb multes superiors a 4.000 € i, fins i tot, amb la clausura de l'immoble (art. 109 LTIB).

I aquesta ha de ser la interpretació en tot cas, malgrat l'aparent interpretació literal de l'article. Per exemple, els punts 2 i 3 de l'art. 20 LTIB,[15] que estableixen l'obligació del titular de l'establiment de recol·locar al turista que sofreix sobrecontractació i al pagament de les despeses que això generi, han d'interpretar-se en el sentit que no regulen relacions entre particulars, sinó que descriuen actes que si no es realitzen permetran a l'administració turística imposar una sanció.

---

2. Es prohibeix la utilització de denominacions de qualsevol activitat turística que puguin induir a error sobre la classificació, les categories o les característiques de l'activitat. Es prohibeix que els allotjaments no inscrits en els registres d'empreses, activitats i establiments turístics utilitzin les denominacions 'de vacances',turística' o similars.

3. Es consideren oferta i activitat il·legal la publicitat o la comercialització d'estades turístiques en habitatges, de les previstes en aquesta llei, no inscrites i que no compleixin els requisits que s'estableixen en el capítol IV del títol III d'aquesta llei.

4. L'activitat clandestina, l'oferta il·legal, l'intrusisme i la competència deslleial seran objecte de control, seguiment i pla d'acció, i s'hi aplicarà, en la mesura de les possibilitats de les administracions afectades, l'article 9 d'aquesta llei.»

[13] L'art. 105 LTIB estableix: [...] e) L'oferta o la comercialització d'estades turístiques en habitatges que no compleixin els requisits o les condicions establertes en el capítol IV del títol III d'aquesta Llei i en la normativa que la desplegui. [...] f) Permetre en un habitatge de la seva propietat que no es compleixin els requisits o les condicions establertes en el capítol IV del títol III d'aquesta llei i en la normativa de desenvolupament de l'oferta o la comercialització d'estades turístiques.»

[14] L'apartat b) de l'art. 106 LTIB qualifica com a infracció molt greu «La realització de l'activitat turística sense haver presentat la corresponent declaració responsable d'inici d'activitat turística o la comunicació prèvia.»

[15] Aquests apartats estableixen: «2. Sens perjudici del que disposa el paràgraf anterior, les persones titulars dels establiments d'allotjament que hagin incorregut en sobrecontractació estan obligades a proporcionar allotjament a les persones usuàries afectades en un establiment de la mateixa zona, de categoria igual o superior, i en condicions similars a les pactades.

3. Les despeses de desplaçament fins a l'establiment d'allotjament definitiu, la diferència de preu si n'hi ha i qualsevol altra despesa originada per la sobrecontractació que no sigui imputable a l'actuació de l'usuari dels serveis turístics fins que no estigui definitivament allotjat, han de ser sufragades pel titular de l'establiment sobrecontractat, sens perjudici que aquest pugui repercutir les despeses esmentades contra l'empresa causant de la sobrecontractació.»

Òbviament, això no impedeix que el particular afectat pugui reclamar aquesta recol·locació i restitució de les despeses per via juridicoprivada, que se sumarà a la sanció pública, però no com a conseqüència de la LTIB, sinó perquè són clàusules que solen incloure's en els contractes de contingent o que es consideren usos de comerç integrats en el contracte, i sempre conforme a l'ordenament jurídic civil espanyol.

4. La presumpció de l'article 50. 1 i 2 LTIB

En qualsevol cas, la LTIB no prohibeix aquest tipus de cessions d'ús de l'immoble. Segons els apartats 1 i 2 de l'art. 50 LTIB:

> «1. Es poden comercialitzar estades turístiques de curta durada en habitatges unifamiliars sempre que es dugui a terme pel propietari de l'habitatge o es faci per mitjà d'operadors o qualsevol dels canals de comercialització turística i sempre que s'ofereixi amb els serveis turístics a què es refereix l'article següent.
>
> 2. Sens perjudici de l'apartat anterior, s'entén que hi ha comercialització d'estades turístiques en habitatges quan no es pot acreditar, d'acord amb la normativa aplicable, que la contractació efectuada és conforme a la legislació sobre arrendaments urbans, rústics o a una altra llei especial.»

Observi's que la LTIB assenyala que la comercialització d'estades turístiques en habitatges de caràcter residencial ha de portar aparellada la prestació d'uns serveis (els de l'art. 51 LTIB) que són els propis de les estades turístiques. Afirma que si es pot acreditar que el contracte de cessió temporal s'ajusta a la legislació sobre arrendaments, no s'aplicarà el règim d'ordenació de la LTIB. Com hem vist, l'arrendament de temporada es regula en la LAU, i no està exclosa d'aquesta aplicació per cap normativa sectorial, per la qual cosa no quedarà subjecte a la LTIB, ni al seu règim d'infraccions i sancions. No obstant això, el contracte d'hostalatge o allotjament no es regula en la normativa d'arrendaments urbans, ni rústics, ni en cap altra llei especial, sinó en el Cc i solament en alguns aspectes puntuals, i, sobretot, es regula administrativament en les normes d'ordenació turística, com la LTIB. Resoldre la qüestió de la naturalesa del contracte és essencial per resoldre si la LTIB és aplicable o no al contracte de cessió d'ús que es concerti.

IV. Diferències entre el contracte d'allotjament i el d'arrendament de temporada

Seguidament, analitzarem el règim dels contractes d'allotjament o hostalatge i els contractes d'arrendament de temporada, per poder determinar la naturalesa dels contractes que normalment s'empren en la cessió de l'ús de l'habitatge a no residents. Aquesta qualificació contractual serà decisiva en la determinació de la norma aplicable, doncs de tractar-se d'arrendaments de temporada se'ls aplicarà la normativa d'arrendaments, és a dir, no caldrà aplicar el règim d'ordenació turística i sancionador de la LTIB, com sí s'aplicaria si es tractés d'un contracte d'allotjament.

1. El contracte d'arrendament de temporada

A. Concepte

El contracte d'arrendament de temporada es regula en l'art. 3.2 LAU, en el qual s'assenyala precisament com una cessió d'ús de l'immoble per a ús diferent de l'habitatge l'arrendament per temporada «d'estiu, o qualsevol altra», la qual cosa permet arrendament per temporada inferior (o superior, sempre que no sigui superior a un any, ja que llavors passa a ser d'habitatge). Aquest arrendament pot tenir finalitat empresarial i és indiferent que les persones que ho concertin siguin persones físiques, jurídiques, empresaris o no.

B. Els requisits imperatius: llibertat de forma i fiança

Segons l'art. 4 LAU, són normes aplicables imperativament als arrendaments de temporada les dels títols I i IV LAU, és a dir, l'art. 36 LAU exigeix que en l'arrendament de temporada es presti per l'arrendatari una fiança de dos mesos i, segons l'art. 37 LAU, permet que aquest tipus d'arrendaments siguin escrits o orals (en aquest cas, qualsevol de les parts es poden comprometre a formalitzar-ho per escrit).

La llibertat de forma permet al·legar enfront de l'administració turística que existeix un contracte verbal d'arrendament de temporada. En aquest cas, i per evitar l'aplicació de la LTIB, és l'administració turística qui té la càrrega de la prova que no es tracta d'aquest contracte, sinó d'un d'allotjament turístic, provant, per exemple, que es presten serveis turístics, o bé, com veurem després, provant que s'han utilitzat vies de comercialització turístiques (art. 50 LTIB). En aquest últim cas, la

inversió de la càrrega de la prova obliga a l'arrendador a provar que el contracte és d'arrendament de temporada, bé obligant a l'inquilí que signi un contracte per escrit, bé proposant una testifical. La solució del contracte per escrit és la més recomanable. La proposta de prova testifical pot ser efectiva per provar l'existència d'un contracte de arrendament de temporada si, proposada per l'arrendador, l'administració no l'admet o si imposa la sanció sense tenir en compte que s'ha proposat aquesta prova. Però en cas d'admissió per part de l'Administració turística existeix un elevat risc que l'inquilí no es presti a aquesta prova (ja que segurament ja haurà tornat a la seva residència habitual).

D'altra banda, la fiança exigida per als contractes d'arrendament per a ús diferent a l'habitatge ens sembla una quantitat desproporcionada per als arrendaments de temporada, i més si la durada del contracte és inferior als dos mesos (la quantia de la fiança obligatòria). Exigir-la suposaria la impossibilitat pràctica dels arrendaments de temporada, doncs imposaria a l'arrendatari avançar una quantia desproporcionada sobre l'import total del contracte. Per això, els arrendataris no l'exigeixen.

En principi, aquesta falta d'exigència no hauria de tenir major problema, atès que la sanció de no prestar-se la fiança serà la resolució a instàncies de l'arrendador, la qual cosa en el contracte d'arrendament de temporada inferior als dos mesos serà difícil que ocorri, donada la brevetat d'aquest termini.

Ara bé, l'arrendador no és l'únic interessat, doncs la disposició addicional 3a LAU assenyala que les comunitats autònomes podran establir l'obligació que els arrendadors de finca urbana dipositin l'import de la fiança, sense meritació d'interès, a disposició de l'Administració autonòmica o de l'ens públic que es designi fins a l'extinció del corresponent contracte. I això ho pot fer la Comunitat Autònoma de les Illes Balears amb la finalitat de destinar temporalment aquestes quantitats a obtenir ingressos financers que permetin desenvolupar una política pública d'habitatge.

La Comunitat Autònoma de les Illes Balears imposa aquesta obligació de dipòsit a favor de l'Institut Balear de l'Habitatge en el Decret 109/1990, de 13 de desembre, per la qual cosa, si aquesta no es realitza podria imposar la sanció que es preveu en aquesta normativa. Si bé, això no seria competència de la Conselleria de Turisme, sinó de l'Institut Balear de l'Habitatge, ni podria integrar-se en el mateix expedient sancionador.

Amb tot, encara que la LAU és clara, es podria invocar davant els tribunals que, d'acord amb l'art. 3 Cc, una interpretació històrica (ja que abans de la reforma de 2013 no era exigible tal fiança) i una interpretació conforme a la realitat social de la norma (que veiem que és la no exigibilitat, i molt menys de dos mesos, doncs està pensada per a supòsits en els quals els arrendataris vagin a destinar la finca a usos industrials o comercials, i no per a usos residencials, doncs seria il·lògic que s'exigís una fiança d'un mes per a contractes de tres anys, i una de dos mesos per a contractes d'una setmana). En tot cas, *lege ferenda*, i per complir amb la finalitat social de la fiança, sembla que el raonable és la modificació de la norma estatal perquè només exigeixi una fiança proporcional al termini de durada de l'arrendament de temporada, ja que la norma autonòmica no pot variar la norma estatal i solament pot regular la institució que l'ha de rebre, el procediment i els terminis per al dipòsit de les fiances, i les sancions administratives en cas d'incompliment d'aquesta obligació de dipòsit.

C. Normes de la LAU sobre arrendament per a ús diferent a l'habitatge aplicables a l'arrendament de temporada

Sense perjudici d'això, els arrendaments de temporada es regeixen per la voluntat de les parts i, en el seu defecte, pel que es disposa en el títol III LAU i, supletòriament, pel que es disposa en el Cc.

En conseqüència, tret que s'exclogui expressa i específicament per a cada dret en el contracte:

- En cas de venda de l'immoble, l'adquirent quedarà subrogat en els drets i obligacions de l'arrendador (art. 29 LAU). Tret que concorrin en l'adquirent els requisits de l'art. 34 de la Llei hipotecària (art. 29 LAU), la qual cosa no ocorrerà normalment en els contractes d'arrendament de temporada.
- L'arrendador està obligat a realitzar, sense dret a elevar per això la renda, totes les reparacions que siguin necessàries per conservar l'habitatge en les condicions d'habitabilitat per servir a l'ús convingut, excepte quan la deterioració de la reparació de la qual es tracti sigui imputable a l'arrendatari

(art. 30 i 21 LAU).[16] En qualsevol cas, no serà l'habitual en el contracte d'arrendament de temporada, doncs en aquest tipus de contractes solen realitzar-se les obres fora de temporada. Si les obres han de realitzar-se per imposició d'una autoritat competent i fan l'habitatge inhabitable, l'arrendatari podrà optar entre suspendre el contracte o desistir-ne,[17] que és el més habitual en l'arrendament de temporada.

– L'arrendador podrà resoldre el contracte de ple dret per falta de pagament de la renda o, si escau, de qualsevol de les quantitats el pagament de les quals hagi assumit o correspongui a l'arrendatari, per la falta de pagament de l'import de la fiança o de la seva actualització, per la realització de danys causats dolosament en la finca o d'obres no consentides per l'arrendador quan el consentiment d'aquest sigui necessari, o quan en l'habitatge tinguin

[16] L'apartat 2 de l'art. 21 estableix: «2. Cuando la ejecución de una obra de conservación no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a soportarla, aunque le sea muy molesta o durante ella se vea privado de una parte de la vivienda» (el més habitual és que les obres de reparació o conservació es realitzin fora de temporada), i continua «Si la obra durase más de veinte días, habrá de disminuirse la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que el arrendatario se vea privado.» Actualment, la major part dels arrendaments de temporada són de durada inferior a un mes, moltes vegades d'una o dues setmanes.

Els apartat 3 i 4 determinen que: «3. El arrendatario deberá poner en conocimiento del arrendador, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones [...]. En todo momento, y previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador.

4. Las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario.»

Per altra banda, l'art. 30 LAU, relatiu a les obres de conservació, millora i obres de l'arrendatari dels arrendaments per a ús distint del de vivenda, estableix: «Lo dispuesto en los artículos 21, 22, 23 y 26 de esta ley será también aplicable a los arrendamientos que regula el presente Título. También lo será lo dispuesto en el artículo 19 desde el comienzo del arrendamiento.»

[17] D'acord amb l'art. 26 LAU: «Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo, sin indemnización alguna.

La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta.»

lloc activitats molestes, insalubres, nocives, perilloses o il·lícites (art. 35 i 27 LAU).

D. Normes de la LAU sobre arrendament per a ús diferent a l'habitatge no aplicables a l'arrendament de temporada

Aquesta remissió al títol III no és predicable de tots els seus articles:

- No existeix possibilitat de subarrendament o cessió del contracte sobre la finca per part de l'arrendatari sense el consentiment de l'arrendador (art. 32 LAU) per estar limitada a casos en els quals en la finca arrendada s'exerceixi una activitat empresarial o professional.
- No és aplicable l'elevació de renda per millores (art. 19 i 30 LAU) en l'arrendament de temporada, en ser inferior a un any, per estar pensada la norma en arrendaments per a ús diferent de l'habitatge que durin més de tres anys.
- Tampoc és aplicable el dret de subrogació dels hereus o legataris de l'arrendatari, per aplicar-se solament quan en el local s'exerceixi una activitat empresarial o professional (art. 33 LAU).
- Ni és aplicable la indemnització a favor de l'arrendatari a càrrec de l'arrendador en cas d'extinció per transcurs del terme convencional de l'arrendament (prevista en l'art. 34 LAU), tant pel que fa al termini de cinc anys de durada de l'arrendament que exigeix, com a la naturalesa de l'activitat que ha de desenvolupar-se en l'immoble, l'activitat comercial de venda al públic (essent la de l'arrendament de temporada que tractem en el present escrit amb finalitat exclusivament residencial).

E. Normes de la LAU sobre arrendament per a ús diferent a l'habitatge de dubtosa aplicació a l'arrendament de temporada

El dret d'adquisició preferent que es concedeix a l'arrendatari, en cas de venda de la finca (art. 31 i 25 LAU), és de discutible aplicació a l'arrendament de temporada, per la qual cosa és convenient excloure-ho expressament en el contracte d'arrendament de temporada.

Ens sembla inadequat, en primer lloc, perquè el que sembla lògic en contractes d'arrendament d'habitatge, o per a ús industrial o comercial, no sembla adequat en contractes de temporada que duren alguns mesos, setmanes o, fins i tot, dies.

En segon lloc, perquè el termini de trenta dies naturals des de la notificació de la venda a l'arrendatari, en el qual pot es exercir el dret de tempteig és notòriament inadequat, i més considerant el termini del dret de retracto, doncs poden donar-se diversos arrendaments de temporada durant aquest termini, la qual cosa planteja la qüestió de com solucionar la preferència entre ells, o si l'exercici correspon als que pretenguin exercir-ho per igual, etc. El problema és important, si es vol inscriure en el Registre de la Propietat la transmissió de la propietat de l'immoble haurà de justificar-se que han tingut lloc les notificacions als arrendataris en els termes de la compravenda (art. 25.5 LAU).

F. Altres normes aplicables al contracte d'arrendament de temporada

Com a contracte d'arrendament, a l'arrendament de temporada se li apliquen regles diferents a les dels contractes d'allotjament, com la prescripció de les rendes als cinc anys, a diferència del termini de prescripció del preu de l'allotjament, que és de tres anys (art. 1967.4 Cc).

Si l'arrendatari de temporada no abandona l'immoble voluntàriament finalitzat el contracte, o si ho ocupa sense pagar, és necessari un judici de desnonament per expulsar-ho.

Si l'arrendament de temporada és d'una finca en un edifici constituït en propietat horitzontal, la clàusula dels estatuts de la comunitat que prohibeixin l'ús turístic, no poden ser-los aplicable, doncs l'arrendament de temporada es considera ús residencial, encara que sigui per temporades curtes (de dies o setmanes). Això no impedeix que si es realitzen activitats molestes, la qual cosa és probable, pel freqüent canvi d'usuaris o per l'excessiu ús dels elements comuns, com la piscina, qualsevol veí de la comunitat o la comunitat mateixa pugui exercir una acció judicial de cessament en l'ús de l'habitatge (per un període màxim de tres anys).

En articular-se per via de la LAU, per ser cessió de l'immoble amb finalitat residencial (encara que sigui temporal), la normativa d'ordenació del turisme ho entén exempt del compliment dels requisits propis dels contractes d'allotjament turístic, com:

- El compliment dels principis d'ús exclusiu (art. 32 LTIB) (que no és compatible amb el residencial, encara que amb excepcions) i d'unitat d'explotació (art. 33 LTIB).
- No té obligació de presentar la declaració responsable (art. 23 LTIB), ni la comunicació prèvia (art. 24 LTIB).
- No se subjecta a l'estricte règim de baixes i altes (capítol IV LTIB), ni de registre (art. 27 LTIB).
- No està obligat a complir plans de millora (capítol III LTIB).
- No està subjecte a qualificació de qualitat pública, ni a adoptar les estrictes normes preventives de seguretat dels allotjaments turístics (com les de prevenció d'incendis).

En conseqüència, l'autoritat administrativa no pot imposar-los les sancions derivades de les normes d'ordenació turística, doncs no els són aplicables.

Tampoc necessiten complir les normes de protecció del consumidor ni del turista, en el cas que no siguin empresaris.

En l'arrendament de temporada, no existeix responsabilitat de l'arrendador en cas que els inquilins tinguin un accident en l'immoble. Per això, l'arrendador de temporada no té obligació de contractar una assegurança de responsabilitat civil.

En el contracte d'arrendament de temporada no es presten serveis complementaris de caràcter turístic, encara que cap la prestació de serveis no turístics, com els bàsics d'electricitat, recollida d'escombraries, etc.

Com a ús residencial, no es poden subscriure contractes d'arrendament de temporada en sòl destinat a usos turístics, per la qual cosa haurà de realitzar-se en sòl destinat a ús residencial. La jurisprudència ha considerat la qualificació turística del sòl com a criteri rellevant per considerar que el contracte d'arrendament de temporada era simulat, sent la veritable naturalesa del contracte el d'allotjament.

A efectes tributaris, el règim d'aquestes cessions d'ús serà el de les activitats no subjectes a l'IVA, i la seva venda tributarà al 8% propi de la venda d'immobles residencials, sense que càpiga la deducció d'aquest IVA en els lloguers posteriors de l'immoble. D'altra banda, sí ha de declarar-se l'ingrés en IRPF.

2. El contracte d'allotjament

El contracte d'allotjament és un contracte de cessió d'ús d'un immoble (o part del mateix), juntament amb serveis complementaris: bugaderia i planxat, telèfon, primers auxilis i assistència sanitària, bar, berenar i menjador, i dipòsit necessari.

El contracte d'allotjament sol aparellar, a més, altres contractes previs: el contracte de contingent hoteler,[18] o el contracte de reserva. L'existència d'un contracte de contingent hoteler és signe inconfusible de la comercialització per mitjans d'intermediaris turístics, la qual cosa seria un element interpretatiu clar de la voluntat del titular de l'establiment de celebrar un contracte d'allotjament turístic. No obstant això, l'existència d'un previ contracte de reserva, sense que intervingui una agència de viatges com a intermediària, no és un indici clar d'estar davant d'un contracte d'allotjament, doncs el principi d'autonomia de la voluntat de les parts permet que els contractes d'arrendament de temporada puguin veure's precedits de contractes de reserva.[19]

La jurisprudència ha reconegut que la naturalesa del contracte d'allotjament és diferent a la del contracte d'arrendament. Segons la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de juny de 1995, és un «contracte de tracte successiu en el qual es combina

[18] És aquell que se subscriu entre una agència de viatges i una empresa hotelera posant aquesta a disposició d'aquella, durant un determinat període de temps —que sol coincidir amb la temporada turística—-i en les condicions fixades en el contracte, un nombre determinat de places o unitats d'allotjament —el denominat contingent o contingent que dóna nom al contracte— per a la seva ocupació pels clients de l'agència, generalment, de forma successiva. L'agència, per la seva banda, es compromet a comercialitzar les places del contingent. *Vid*. ALCOVER GARAU, G. «Aproximació al règim jurídic del contracte de reserva de places d'allotjament en règim de contingent». *Revista de Dret Mercantil*, núm. 228 (abril-juny 1998), p. 627. Aquest contracte ha estat reconegut com a tal per les sentències del Tribunal Suprem 76/ 1982, de 27 de febrer, 613/1986, de 23 d'octubre, 223/1988, de 21 de març, 1.127/1992, de 3 de desembre, 324/1993, de 2 d'abril, 509/1993, de 21 de maig, 937/1993, de 18 d'octubre, 698/1999, d'1 de setembre, i moltes posteriors.

[19] El contracte de reserva ha estat reconegut com a tal des de les sentències del Tribunal Suprem de 2 de febrer de 1965 i de 27 de febrer de 1982, i en normes estatals ja derogades com l'art. 17 del Decret 231/1965, 14 de gener, pel qual s'aprova l'Estatut ordinador de les empreses i de les activitats turístiques privades, i en l'Ordre Ministerial de 15 de setembre de 1978, sobre règim de preus i reserves en els allotjaments turístics (màxim 1 dia preu habitació per cada 10 dies o fracció d'aquest temps i amb anul·lació amb 7 dies d'antelació). Tota la jurisprudència i normativa citada es refereix a contractes de reserva d'allotjament.

l'arrendament de coses (per a l'habitació o cambra), arrendament de serveis (per als serveis personals), arrendament d'obra (per a menjar), i dipòsit (per als efectes que s'introdueixen)».

El seu règim legal és l'específicament regulat en les normes administratives d'ordenació turística, protectores del turista, les específiques del Codi civil sobre hostalatge (el dret de retenció de l'hoteler sobre els béns mobles de l'hoste de l'art. 1.922.5 C, i el termini prescriptiu de tres anys dels crèdits de l'hoteler sobre l'hoste de l'art. 1.967.4 Cc), i, supletòriament, les d'arrendament de cosa i de serveis del Codi civil, i les de dipòsit necessari dels art. 1.783 i 1.784 Cc.

Si l'allotjat es nega a abandonar l'immoble, n'hi ha prou amb cridar a la policia municipal de la localitat on se situa l'immoble.

V. Règim del contracte d'allotjament turístic en habitatges

La LTIB regula administrativament modalitats d'estada turística. Totes són modalitats del contracte d'hostalatge o allotjament, en ser cessions d'ús d'immoble amb prestació de serveis complementaris, de caràcter turístic.[20] Entre elles trobem el contracte d'empreses comercialitzadores d'estades turístiques en habitatges, que ens ocupa, que es tracta d'un contracte d'allotjament, en oferir no solament la cessió de l'ús de l'immoble, sinó també uns serveis (art. 49 *in fine* LTIB), el contingut mínim del qual es regula en l'art. 51 LTIB.

La LTIB, com a norma d'ordenació turística, no regula les relacions juridicoprivades. Per això, no pot regular la nul·litat de contractes d'allotjament que

[20] Es refereix a les estades en establiments d'allotjament hoteler, apartaments turístics, allotjament de turisme rural, albergs, refugis, hostatgeries, l'explotació d'establiments d'allotjament turístic sota la modalitat de pensió completa integral, i les empreses turisticoresidencials, empreses comercialitzadores d'estades turístiques en habitatges, albergs, refugis i hostatgeries.

Aquest contracte té una regulació estatal pròpia (Reial decret llei 8/2012, de 16 de març, de contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi), a la qual es remet l'art. 34 LTIB, relatiu a la contractació en règim d'aprofitament per torns. Manca una regulació específica estatal, la qual cosa genera problemes d'aplicació de la LTIB per falta de coordinació amb la Llei 49/1960, de 21 de juliol, sobre propietat horitzontal o amb l'art. 392 i s. Cc: Establiments d'allotjament turístic coparticipats o compartits o altres formes anàlogues d'explotació d'establiments d'allotjament turístic.

no compleixin certes condicions. En conseqüència, el contracte de cessió d'ús d'un immoble amb serveis és un contracte d'allotjament que genera obligacions exigibles entre les parts, estigui o no prohibit per la normativa autonòmica. Això no impedeix que l'Administració pugui imposar importants sancions en el cas que es comercialitzin allotjaments que no compleixin els requisits i les limitacions que imposa la LTIB, en tractar-se d'oferta il·legal.

I la LTIB imposa requisits perquè es puguin comercialitzar, sense risc de ser sancionats, contractes d'allotjament en un habitatge.

1. Requisits subjectius

S'ha de dur a terme per una empresa comercialitzadora d'estades turístiques en habitatges, siguin persones físiques o jurídiques (art. 49 LTIB *in limine*). Això implica una organització empresarial, professionalitat i habitualitat (art. 30 LTIB),[21] en l'activitat turística (fora de l'entorn habitual de l'allotjat, art. 3 LTIB). Pot comercialitzar-se pel propietari entès com a empresari, que ho és, en prestar serveis complementaris i en organitzar empresarialment l'activitat (per exemple, gestionant un sistema de reserves). Una altra manifestació del caràcter empresarial és la subjecció a l'IVA de l'activitat d'allotjament.

2. Requisits objectius

Els immobles comercialitzats han de ser habitatges (art. 49 LTIB *in limine*). Això implica que urbanísticament no poden tenir la destinació turística o empresarial. La pretensió de la norma és que, encara que no tinguin destinació turística, puguin tenir aquest ús temporalment, sense necessitat de modificació de les normes de planejament urbanístic municipal. Amb això, es permet l'atorgament de llicència de comercialització turística temporal de la residència per part de la Conselleria de Turisme sense necessitat que el seu explotador hagi d'obtenir llicències del Consell Insular, ni les urbanístiques municipals. Diferent és que els estatuts d'una propietat horitzontal estableixin que l'immoble concret tingui un ús residencial doncs, en aquest cas, no cabrà ús turístic sense modificació dels estatuts de la comunitat de

[21] Els conceptes d'empresa i d'empresari són conceptes mercantils, que trobem en el Codi de comerç. L'art. 3 del Codi de comerç presumeix l'exercici habitual del comerç des que la persona que es proposi exercir-ho anunciï un establiment que tingui per objecte alguna operació mercantil.

propietaris, ja que la LTIB no pot regular continguts propis de la propietat horitzontal (amb l'excepció de Catalunya). En tot cas, no s'exigeix que sigui la residència habitual de l'arrendador, la qual cosa permet que un propietari de dos o més finques, pugui contractar allotjament en aquests habitatges, sempre que compleixin els altres requisits dels art. 49 a 52 LTIB.

L'habitatge ha de tenir la disposició i la configuració d'un habitatge unifamiliar aïllat o aparellat, en principi ideada per a ús residencial. Segons l'article 52.1 LTIB, «[...] S'entén per habitatge unifamiliar aïllat als efectes d'aquesta llei aquell en el qual únicament es permet un habitatge per parcel·la. No obstant això, després de la tramitació prèvia de l'expedient corresponent, poden acceptar-se supòsits en els quals hi hagi més d'un habitatge per parcel·la, sempre que es donin circumstàncies que reflecteixin analogia.[22] S'entenen per habitatges unifamiliars aparellats als efectes d'aquesta llei aquells que es troben en una mateixa parcel·la sotmesa a règim de propietat horitzontal o quan en diferents parcel·les hi ha habitatges unifamiliars adossats a la paret mitgera que els separa.»

S'exclouen expressament en l'art. 52.2 LTIB els habitatges en edificis plurifamiliares, constituïdes en règim de propietat horitzontal o no, així com els adossats, constituïdes en règim de propietat horitzontal tombada. I això, encara que no aparegui el problema d'exclusivitat d'ús residencial conforme als estatuts. No es justifica en la norma aquesta limitació, però si es deu a les molèsties que es poguessin ocasionar als veïns, sembla injustificada la limitació *a priori* en els casos en els quals l'ordenament urbanístic permeti l'explotació turística, doncs les molèsties poden ser perseguides pels veïns per via judicial juridicoprivada. Tant més en els supòsits en els quals l'arrendador ho sigui de tot l'edifici plurifamiliar amb possible doble ús residencial o turístic doncs, en aquest cas, a més de complir el principi d'unitat d'explotació, no existeix perjudici de tercers.

Amb tot, la prohibició de comercialitzar turísticament i realitzar contractes d'allotjament en habitatges plurifamiliars es dóna sempre que aquests no estiguessin explotant-se legalment en el moment de l'entrada vigor de la LTIB, doncs «podran

[22] El requisit d'una plaça per parcel·la es compleix en una casa de poble d'interior. Per la via d'analogia cap l'allotjament, per exemple, en tres cases per parcel·la, la qual cosa es dóna amb freqüència a les cases de camp. En l'expedient d'analogia, la Conselleria de Turisme i Esports exigeix una declaració responsable que cap veí de la parcel·la s'oposi.

mantenir la seva categoria o convertir-se en altres empreses d'allotjament turístic sempre que compleixin els requisits exigits en aquesta llei i en la normativa que els sigui d'aplicació per adquirir la condició esmentada, i han de superar els plans de modernització existents o que s'estableixin" (disposició addicional 8a).

Els habitatges que es comercialitzin turísticament han de complir cumulativament altres requisits mínims que són: «disposar com a màxim de sis dormitoris i amb un màxim de dotze places» (art. 52.3 LTIB); que la dotació mínima de cambres de bany serà d'una per cada tres places, i s'ha d'ajustar en la resta als paràmetres urbanístics que els siguin aplicables (art. 52.4 LTIB), i haver «presentat la declaració responsable d'inici d'activitat turística davant l'administració competent» (art. 52.5 LTIB). Aquesta relació de requisits pot ser ampliada per via reglamentària: «Reglamentàriament es pot establir l'obligatorietat que els habitatges que es comercialitzin turísticament hagin de sotmetre's a plans de qualitat i se n'han de determinar la periodicitat i els efectes.»

3. Els serveis que han de prestar-se

Com a contracte d'allotjament, la cessió d'ús porta aparellada la prestació de serveis. Perquè es qualifiqui d'allotjament, tals serveis han de ser els específics de l'activitat turística. Per tant, la prestació de serveis bàsics d'electricitat, o de recollida d'escombraries, propis dels arrendaments urbans, com els arrendaments de temporada, no són suficients com per qualificar la cessió d'ús com a contracte d'allotjament.

Perquè la cessió sigui la pròpia del contracte d'allotjament, i pugui entendre's que el contracte queda subjecte a la LTIB, s'han de prestar serveis d'allotjament turístic, encara que, en el cas dels habitatges, s'alterni amb l'ús propi i residencial de l'habitatge durant la major part de l'any (art. 49 *in fine*).

L'art. 51 LTIB assenyala específicament els serveis que han de prestar-se en aquest tipus de contractes:

> «1. El comercializador d'estades en habitatges per a ús de vacances ha de garantir, per tal de facilitar l'estada, la prestació directa o indirecta dels serveis següents:
>
> a) Neteja periòdica de l'habitatge.
>
> b) Roba de llit, llenceria, parament de casa en general i reposició d'aquests.

c) Manteniment de les instal·lacions.

d) Servei d'atenció al públic en horari comercial.

2. A més de les obligacions imposades en l'article 19 d'aquesta llei a totes les empreses turístiques,[23] el comercialitzador d'estades turístiques en habitatges ha

[23] L'art. 19 LTIB, sobre deures de les empreses turístiques, inclou, entre els deures, altres serveis o obligacions directament relacionades amb ells, que ha de prestar el comercialitzador:

«b) Mantenir vigents i actualitzades les assegurances de responsabilitat civil, fiances i altres garanties equivalents, a les quals els obliga la normativa que els és aplicable.

c) Exhibir en un lloc de fàcil visibilitat els diferents distintius acreditatius de classificació, categoria i especialització de l'establiment, així com els distintius de qualitat, cabuda i qualsevol altra informació referida a l'exercici de l'activitat, d'acord amb el que estableix la normativa corresponent.

d) Oferir un producte adequat als objectius i a les finalitats de la llei.

e) Fer públics els preus finals complets de tots els serveis que ofereixin, inclosos els imposts, desglossant, si escau, l'import dels increments o descomptes que siguin aplicables a l'oferta i les despeses addicionals que es repercuteixin al turista o usuari dels serveis turístics.

f) Expedir factura desglossada dels serveis prestats, d'acord amb els preus pactats o convinguts.

g) Tenir cura del bon funcionament dels serveis i del manteniment correcte de les instal·lacions i els equipaments dels establiments mitjançant un seguiment tècnic periòdic, i informar els usuaris dels serveis turístics de qualsevol risc previsible que pugui derivar-se de la prestació dels serveis o de l'ús de les instal·lacions, com també de les mesures de seguretat adoptades.

h) Vetllar per la seguretat, la tranquil·litat, la comoditat i la intimitat dels usuaris dels serveis turístics, garantint un tracte amable, cortès i respectuós del personal ocupat en l'empresa.

i) Permetre l'accés lliure i la permanència als usuaris dels serveis turístics, sense més restriccions que les que estiguin establertes pel sotmetiment a la llei, a les prescripcions específiques que regulin l'activitat i, si escau, al reglament de règim interior que estableixin aquestes mateixes empreses. Aquest reglament no pot contenir preceptes discriminatoris per raó de naixement, raça, sexe, religió, opinió o una altra circumstància personal o social, excepte en aquells casos en què la finalitat perseguida sigui la d'especialització de l'establiment.

j) Tenir a disposició dels usuaris dels serveis turístics els fulls de queixes i reclamacions oficials i facilitar-los-els.

k) Prestar els serveis d'acord amb la categoria de l'establiment i amb el que es disposa reglamentàriament.

de disposar d'un servei d'assistència telefònica al turista o usuari del servei turístic prestat durant 24 hores.»

Si algun d'aquests serveis no es presta, el contracte segueix sent d'allotjament, per la qual cosa l'empresa explotadora o el propietari podran ser sancionats. En particular, la jurisprudència ha considerat que el lliure accés a l'establiment referit en l'art. 19.i) LTIB és un criteri especialment rellevant per qualificar el contracte de cessió d'ús com a contracte d'allotjament i no d'arrendament de serveis.

Si aquests serveis no es prestessin, però sí es prestessin un altre tipus de serveis turístics, com servei de berenar, dinars, arrendaments complementaris de caixes de seguretat, de televisió, servei telefònic cobrat a part del contracte principal, etc., cabria sanció, en tractar-se d'un contracte d'allotjament que incompliria els exigits per l'art. 51 LTIB.

Només si no es prestés cap servei, no cabria sanció alguna per aquest motiu, doncs la cessió de l'immoble sense servei seria contrària a la pròpia naturalesa del contracte d'allotjament. Es tractaria d'un contracte d'arrendament de temporada, exclòs expressament per la LTIB i, per tant, sense possibilitat de sanció per part de l'administració autonòmica.

4. La comercialització

Les estades turístiques de durada curta en habitatges unifamiliars «Es poden comercialitzar [...] pel propietari de l'habitatge o [...] per mitjà d'operadors o qualsevol dels canals de comercialització turística i sempre que s'ofereixi amb els serveis turístics a què es refereix l'article següent» (art. 50.1 LTIB). Són canals de comercialització les agències de viatges, els portals turístics d'internet, la inclusió en fullets de les empreses hoteleres encarregades de la gestió per un contracte de gestió hotelera, o de les franquiciadores. No ho són les empreses o els portals (d'internet) immobiliaris.

«S'entén que hi ha comercialització d'estades turístiques en habitatges quan no es pot acreditar, d'acord amb la normativa aplicable, que la contractació efectuada

---

l) Col·laborar en la preservació del medi ambient en el marc de les seves polítiques de responsabilitat empresarial».

és conforme a la legislació sobre arrendaments urbans, rústics o a una altra llei especial». (art. 50.2 LTIB). En realitat, aquest paràgraf és una presumpció *iuris tantum* d'existència d'un contracte d'allotjament sempre que es comercialitzin turísticament els habitatges. Permet, per exemple, que l'administració turística inicii un expedient sancionador pel nero fet que l'habitatge es comercialitzi per aquests canals. Però, per descomptat, cap prova en contrari per part del titular de l'habitatge, que inverteixi de nou la càrrega de la prova. És a dir, en cas que s'inicii un expedient sancionador pel nero fet que s'hagi comercialitzat un habitatge en un canal de comercialització turístic, es pot provar que es tractava d'un contracte d'arrendament de temporada presentant el contracte (que, recordem, no té perquè constar per escrit), i acreditant que l'inspector turístic no va visitar l'habitatge per comprovar que s'estaven prestant serveis turístics, o provant que no es van prestar serveis (encara que no existeixi un contracte escrit), per exemple, proposant una testifical.

L'únic dubte que planteja el raonament que exposem és la difícil interpretació conjunta de l'art. 50 LTIB i l'art. 5.i LAU. Així, l'art. 5 LAU estableix que «i) La cessió temporal d'ús de la totalitat d'un habitatge moblat i equipat en condicions d'ús immediat, comercialitzada o promocionada en canals d'oferta turística i realitzada amb finalitat lucrativa», queda exclosa de la LAU «quan estigui sotmesa a un règim específic, derivat de la seva normativa sectorial». És a dir, segons la LAU, la comercialització turística de la cessió temporal d'ús de l'habitatge, sigui de temporada o sigui en el si d'un contracte d'allotjament, queda exclosa de la LAU si té un règim específic segons la normativa sectorial. La normativa sectorial haurà de ser juridicoprivada, doncs estem tractant de qualificació del contracte i del seu àmbit d'aplicació juridicoprivat. I no existeix normativa sectorial juridicoprivada. La LTIB no pot entendre's com a normativa sectorial referent a això, doncs solament pot regular qüestions juridicopúbliques, ja que la Comunitat Autònoma de les Illes Balears no té competències normatives en matèria de dret mercantil, ni de dret civil que no sigui especial. I no pot entendre's que la reforma de la LAU habiliti les comunitats autònomes per regular la qüestió, doncs solament podria fer-ho de ser una llei orgànica.

D'altra banda, en ser arrendament de temporada i no allotjament, podria al·legar-se que les denominacions «vacacional», «turística» o similars, sancionables com a oferta il·legal en l'art. 28.2 i 3 LTIB en cas de falta d'inscripció en el registre d'empreses, activitats i establiments turístics, no pot aplicar-se. I això perquè com no

són allotjaments, no és exigible la seva inscripció en aquest registre, a més de no poder existir risc d'inducció a l'error, al no incloure serveis, a diferència dels allotjaments, i de la comercialització d'estades turístiques en habitatges, no inscrites i que no compleixin els requisits ja vists.

5. Altres limitacions

La LTIB tracta d'oferir una facilitat a determinat tipus d'habitatges, perquè puguin actuar periòdicament com a empreses d'hostaleria. Per això, «Les estades que es comercialitzin turísticament han de consistir en la cessió temporal del dret d'ús i de gaudi de la totalitat de l'habitatge per períodes de temps no superior a dos mesos» (art. 50.3 LTIB). Existeix el perill d'interpretar *sensu contrario* aquesta disposició. Això no seria una interpretació correcta. Com hem vist, la cessió temporal d'ús i de gaudi de la totalitat d'un habitatge mitjançant un arrendament de temporada no entra en l'àmbit de la LTIB, per la qual cosa hi poden haver estades d'arrendament de temporada que superin els dos mesos, sumades o fins i tot individualment. El sentit de l'art. 50.3 LTIB no pot prescindir del contingut dels art. 49 i 51 LTIB, per la qual cosa hem d'entendre que la cessió d'ús a la qual es refereix és la pròpia del contracte d'allotjament.

Tampoc no es permet la formalització de contractes per habitacions o fer coincidir al mateix habitatge usuaris que hagin formalitzat diferents contractes (art. 50.3 LTIB). De nou, aquesta norma autonòmica solament pot entendre's aplicable referida a contractes d'allotjament, però no poden impedir el subarrendament d'habitacions quan no es prestin serveis de caràcter turístic, doncs es regeixen per la LAU i el Cc.

«Reglamentàriament es poden desenvolupar els requisits, les condicions, els límits i el contingut de l'activitat de comercialització d'estades turístiques en habitatges» (art. 50.4 LTIB). Òbviament, aquestes normes reglamentàries no poden imposar nous requisits o límits superiors als establerts en la norma legal, de rang superior. I menys, normes que contradiguin o restringeixin l'aplicació de les normes nacionals sobre arrendaments.

VI. Consideracions jurisprudencials

Finalment, analitzarem els criteris que solen utilitzar els inspectors de turisme, d'acord amb la jurisprudència sobre la matèria, per concloure que els criteris de diferenciació entre arrendaments de temporada i allotjaments turístics en habitatges resideix en la prestació de serveis que aquest últim porta aparellada.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 1a) 799/2006, de 5 d'octubre, confirma la sanció imposada per la inspecció de Turisme conforme a la legislació anterior (Ordre Ministerial de 17 de gener de 1967, i Llei 2/1999). La sancionada va al·legar que havia subscrit un contracte d'arrendament de temporada amb una empresa turística (Interhome). L'arrendament va ser de 3 edificis i un total de 12 apartaments, que estaven oberts al públic. La inspecció va presentar com a prova el fullet publicitari dels apartaments, que feia referència expressa als serveis que es prestaven, i una còpia de la pàgina d'internet on s'anunciaven les característiques de l'establiment i les seves unitats, els serveis que s'oferien i els preus de cadascun d'ells.

En el mateix sentit, la Sentència del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 3, 148/2010, d'1 de juny, va confirmar la sanció imposada per la inspecció. El sancionat havia cedit l'ús de l'habitatge a dos alemanys durant 7 dies. La inspecció va estendre acta presencial i va afegir la prova sobre la comercialització en un portal d'habitatges turístics en internet (www.ferienhausmiete.de). En aquest portal es descrivia l'immoble i els serveis que es prestaven, dates de disponibilitat i preu (entre els serveis s'incloïa l'assessorament en excursions, etc.). La inspecció va detectar a més instruccions escrites als inquilins perquè diguessin que són amics (Decret 2877/1982 i Ordre Ministerial de 17 de gener de 1967, aplicables com a norma reglamentària de la Llei 2/1999, actualment derogades pel RD 39/2010, de 15 de gener).

D'altra banda, no consideren decisiva la utilització de canals de comercialització turístics, destacant la necessitat que la utilització d'aquests canals sigui habitual:

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (Sala Contenciosa Administrativa) 237/1999, de 13 d'abril, destaca que, encara que s'utilitzin canals de comercialització turístics, cap que no sigui estada turística per ser una situació esporàdica d'habitatge. La sancionada va aportar contractes escrits i van sol·licitar que es recaptés una testifical que l'inspector ni tan sols va tenir en compte en imposar la sanció. Es va revocar la sanció.

En la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (Sala Contenciosa Administrativa) 422/1997, de 31 de juliol, tenen el caràcter de turístiques les viles en les quals de manera habitual s'exerceixi l'activitat de facilitar allotjament a les persones mitjançant preu, presumint-se l'habitualidad tant quan es fes publicitat per qualsevol mitjà com quan es facilités allotjament en dos o més ocasions dins del mateix any per temps que en conjunt excedeixi d'un mes —art. 1.1 i 3 de l'Ordre Ministerial de 17 de gener de 1967.

Finalment, ens sembla especialment interessant la Sentència de l'Audiència Provincial de Las Palmas (Secció 4a) 358/2012, d'11 setembre, que eximeix de responsabilitat a l'arrendador de l'accident sofert per l'arrendatari en qualificar l'arrendament com a arrendament de temporada «concertat entre particulars i no entre un particular i una empresa que tingui com a activitat professional o empresarial activitats turístiques d'allotjament, doncs precisament requisit indispensable per qualificar una activitat com a activitat turística d'allotjament és que el servei d'allotjament turístic s'ofereixi des d'un establiment obert al públic» el que no esdevenia en el supòsit jutjat, i per a això, el tribunal es fixa en «com es publiciten els demandats, que simplement ofereixen en arrendament l'únic apartament de la seva propietat en el complex residencial, no existint un entramat empresarial que exploti un simple apartament», i no és tal el fet que les rendes les rebés la persona que a la illa s'encarrega de rebre el preu de l'arrendament (doncs els seus propietaris viuen a Gran Bretanya) o que se cedís en arrendament solament 7 nits.

En aquest sentit, compartim les declaracions de l'exconseller de Turisme del Govern de les Illes Balears, Carlos Delgado, publicades en *Europapress* i *Diari de Menorca* el dia 12 de novembre de 2013, en tant va afirmar que tant la Llei d'arrendaments urbans del Govern central com la Llei de turisme balear permeten el lloguer d'habitatges plurifamiliars, tal com ha passat sempre, amb la condició que no ofereixin serveis turístics. Va assenyalar que «un ciutadà de Balears que té un pis i vol llogar-ho una setmana pot fer-ho amb un contracte de la Llei d'arrendaments urbans perfectament». Encara que ha de matisar-se la resta de l'afirmació: «El que no està permès és la seva explotació ni la canalització turística de serveis i portals turístics, alguna cosa que ni es pot fer ara, ni es podia fer abans que s'aprovessin aquestes lleis», doncs, com hem vist, la comercialització turística d'estades en arrendament de temporada (és a dir, sense serveis), no pot sancionar-se.

VII. Conclusions

La cessió d'ús d'habitatges amb prestació de serveis turístics és un contracte d'allotjament subjecte als requisits i límits de la LTIB i al seu règim sancionador.

En cas que no es prestin serveis turístics, ens trobarem davant d'un arrendament de temporada, no regulat per la LTIB, per la qual cosa no quedarà subjecte al seu règim sancionador. En conseqüència, hi poden haver arrendaments de temporada en habitatges plurifamiliars, en adossats, en aparellats, en habitatges unifamiliars, i durant més de dos mesos a l'any. El seu règim es regirà per la LAU, la qual cosa permet als veïns a exercitar les accions de cessació d'activitats molestes, en cas que els arrendaments de temporada el siguin en períodes molt breus.

Per finalitzar conclourem resumint el que sembla que pot resultar de major interès per als assistents: com eludir legalment l'aplicació de la LTIB.

És recomanable que les cessions d'ús de l'immoble amb fi vacacional s'instrumentin mitjançant contractes d'arrendament de temporada, en els quals es faci constar que no es presten serveis turístics (o sigui, sí es poden prestar serveis bàsics, com l'electricitat o la recollida d'escombraries). S'ha de tenir precaució i pactar expressament l'exclusió del dret d'adquisició preferent de l'arrendatari, així com prohibir expressament el subarrendament o cessió del contracte.

Aquests arrendaments poden ser comercialitzats en canals no turístics, com els portals immobiliaris d'internet. Però també poden comercialitzar-se en canals turístics, doncs sempre que no s'ofereixin serveis complementaris, seguirà sent un contracte d'arrendament de temporada. És cert que, en aquest cas, serà convenient que pugui provar-se que no s'han prestat serveis complementaris, amb el contracte escrit o un altre tipus de proves (testificals, factures de neteja pagades per l'arrendatari a una altra empresa, provant que l'edifici no estigui obert al públic, acreditant l'ús residencial en estatuts de la propietat horitzontal i d'acord amb la normativa urbanística, o demostrant que l'inspector de turisme no va acudir a comprovar que realment tals serveis no es presten). Això no impedeix que no es pugui recomanar, a petició de l'usuari, qui pot prestar serveis, però aquests hauran de ser prestats per persones o empreses diferents de l'arrendador.

COMENTARIS I NOTES

rjib12

COMENTARIS I NOTES

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO URBANÍSTICO BALEAR: A PROPÓSITO DE LA SOSTENIBILIDAD CULTURAL-RELIGIOSA*

Juan J. Guardia Hernández

Profesor ayudante Doctor

Universidad de Navarra

I. El Derecho Urbanístico español: desarrollo social sostenible y derechos constitucionales. II. Marco estadístico: pluralidad religiosa en las Illes Balears. III. La gestión urbanística. *1. Marco general del Derecho Urbanístico balear. 2. Fines religiosos y fines estatales: artículo 16.3 CE. 3. El suelo de titularidad pública para uso cultural-religioso. 4. Patrimonio Público del Suelo de las corporaciones locales de las Illes Balears.* **IV. Valoración final. V. Bibliografía.**

*Trabajo derivado del Grupo de investigación «Gestión de la diversidad religiosa y organización territorial» (DER2012-31062), financiado por el Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no Orientada (2012). Ministerio de Economía y Competitividad, en BOE núm. 21, de 24/1/2013.

I. El Derecho Urbanístico español: desarrollo social sostenible y derechos constitucionales

Desde hace ya bastantes décadas la sociedad civil de los países de nuestro entorno cultural reivindica un desarrollo sostenible de la economía.[1] Es ya un lugar común afirmar que la acción humana sobre el medio ambiente no puede reducirse a optimizar beneficios económicos, dado el exponencial consumo de recursos naturales que estamos viviendo.

Con todo, se han empezado a desarrollar nuevos matices o aspectos de la sostenibilidad que complementan o —incluso— amplían la dimensión ecológica.[2] Se afirma que la sostenibilidad es también integración social que «obliga a asegurar la inclusión de todos los grupos de población en la sociedad».[3]

En el presente trabajo se pretende desarrollar algunos rasgos de la denominada *sostenibilidad social*[4] en relación con el marco urbanístico balear, con especial referencia a la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo (en adelante, LSIB). Ya desde ahora adelantamos que se trata de una aproximación que

---

[1] El desarrollo sostenible en España encuentra un nuevo reto en la dimensión socio-comunitaria de las nuevas creencias religiosas que se han establecido en algunas regiones, entre ellas las Illes Balears. El urbanismo como acción pública (art. 47 CE) no es un conjunto de técnicas jurídicas neutras sin incidencia en los derechos fundamentales, sino que puede contribuir a evitar la génesis de guetos culturales, también los producidos por la inmigración y por el mercado. Este trabajo propone algunas herramientas jurídicas que pueden coadyuvar a las administraciones de las Balears a tutelar la cohesión social en este ámbito. Cfr. GALERA RODRIGO, S. «Urbanismo sostenible. La política europea de medio ambiente urbano». *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 224 (2006), pp. 155-182.

[2] Cfr. PONCE SOLÉ, J. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, en especial, pp. 42-47. Y también: LÓPEZ-CERÓN HOYOS, C. «Ciudades sostenibles. La planificación del suelo como medio para lograr la sostenibilidad urbana». *Revista de derecho ambiental*, núm. 16 (1996), pp. 51-80.

[3] *Vid.* BORJA, J.; CASTELLS, M. *Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información*. Madrid: Taurus, 1999, p. 201.

[4] El antropólogo Manuel DELGADO también lo denomina «Medio ambiente ciudadano»: cfr. DELGADO, M. «Memoria, ideología, y lugar en Barcelona». *Encrucijadas. Revista crítica de ciencias sociales*, núm. 2 (2011), p. 7.

no pretende tener un alcance global y omnicomprensivo, y que se pone como meta ofrecer algunas herramientas jurídicas que de alguna manera puedan ser útiles y prácticas.

Sea como fuere, desde aquí se propugna el concepto de *sostenibilidad social* en el desarrollo urbano, como aquella perspectiva que pretende superar el paradigma liberal-individualista de convivencia humana, quizás de impronta u origen anglosajón, a favor de un modelo que fomente las relaciones entre individuos y el uso colectivo de lo común.[5]

Esta cuestión tiene hoy en España, y particularmente en aquellas Comunidades Autónomas que han recibido un fuerte flujo migratorio, una importancia singular. La cohesión social no es una conquista definitiva, o una meta ya alcanzada, pues siguen existiendo riesgos latentes que una política de *laissez faire*, *laissez passer* no parece que vaya a solucionar.

Entre todos los aspectos que se pudieran derivar de estas consideraciones, nos centraremos en uno que hasta hace poco no había atraído la atención a la doctrina, como son las relaciones existentes entre el hecho religioso en su dimensión colectiva y el Derecho Urbanístico.[6]

Esta cuestión admite ser afrontada desde distintos enfoques, tal como el sociológico, el de la ciencia política u otros. Como quiera que sea, el estudio que aquí se efectúa tendrá una perspectiva exclusivamente jurídica, sin perjuicio de

---

[5] En lo relativo al estado actual de la sociedad civil y su dificultad para atender a los intereses generales y al bien común, *vid.* ESTEVE PARDO, J. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Barcelona: Marcial Pons, 2013**.**

[6] Ya existen valiosos estudios al respecto. Entre otros, destacaríamos: MARTÍN-RETORTILLO, L. «Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación del Estado con las federaciones evangélicas, judía y musulmana, en los diez años de su vigencia». MANTECÓN SANCHO, J. (coord.). *Los acuerdos con las confesiones minoritarias: diez años de vigencia*. Madrid: Ministerio de Justicia, Dirección General de Asuntos Religiosos, 2003, p. 269; GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. *Libertad religiosa y urbanismo en España*. Pamplona: EUNSA, 2010, y RODRÍGUEZ BLANCO, M. *Libertad religiosa y confesiones: el régimen jurídico de los lugares de culto*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.

aludir someramente en el epígrafe II a algunos datos y aportaciones estadísticas ofrecidas por las denominadas ciencias auxiliares.[7]

En ese sentido, parecen muy esclarecedoras unas palabras desde el punto de vista del Derecho Urbanístico de MARTÍN–RETORTILLO. Este autor denunció ya en el año 2008 que:

> «Desde mi experiencia personal como miembro de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, del Ministerio de Justicia, recordaré que el tema aflora de manera intermitente en las reuniones de trabajo, sobre todo a la vista de las dificultades efectivas de que se quejan algunos grupos para poder instalar sus lugares de culto o de reunión. Por eso, de una forma u otra, se viene insistiendo, desde hace tiempo, en el seno de la Comisión, en la conveniencia de que alguna ley estatal, con fuerza en todo el territorio nacional, recordara de forma precisa, con carácter general, a Comunidades Autónomas y ayuntamientos, que la efectividad de la libertad religiosa […] implica la previsión de que los instrumentos urbanísticos contemplen sin falta la posibilidad de instalación de lugares de culto y de reunión».[8]

Esta es una amenaza a la sostenibilidad social de nuestro país. La exclusión o la negación de carta de ciudadanía de realidades culturales y/o religiosas nuevas.

---

[7] La historia demostró que la Kelseniana Teoría Pura del Derecho que propugnaba la construcción de nueva ciencia jurídica autónoma de cualquier otra disciplina que «la contaminará», trajo amargos frutos. Los vertiginosos cambios demográficos y sociales obligan al estudioso del Derecho a acudir asiduamente a la sociología, a la ciencia política, a la filosofía o a la economía para entender el mundo de hoy: cfr. BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 59-62.

[8] *Vid*. MARTÍN–RETORTILLO, L. «Libertad religiosa, construcción de templos y exigencias urbanísticas (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Virgos c. Grecia", de 24 de junio de 2004)», en AA.VV. *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*. Vol. 2. *Ordenación del territorio y urbanismo*. Madrid: Editorial Reus, 2008, pp. 391-428. Sobre la vía contencioso-administrativa ante la inactividad de las administraciones públicas, *vid*. DE VICENTE DOMINGO, R. *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014.

Existen trabajos análogos al presente referidos a otras Comunidades Autónomas, especialmente a Catalunya,[9] por ello reviste cierto interés un análisis específico de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears que extraiga las posibilidades de la normativa vigente en ese archipiélago en mano de sus administraciones públicas.

Para esta finalidad la exposición que sigue se divide en tres momentos: en primer lugar se realiza una somera aproximación estadística a la situación actual del pluralismo religioso en las Illes Balears (epígrafe II); a continuación analizaré el marco general del Derecho Urbanístico balear, y específicamente los aspectos ligados a la gestión urbanística y la dimensión socio-comunitaria de las creencias religiosas (epígrafe III) y —por último— algunas consideraciones de *lege ferenda* (epígrafe IV).

II. Marco estadístico: pluralidad religiosa en las Illes Balears

Es ya un lugar común afirmar que la sociedad española es una sociedad paulatinamente más *pluricultural*. Este cambio sociológico tiene muchas implicaciones en el marco jurídico, pero en el presente trabajo —como ya se ha mencionado— nos fijaremos en uno en particular: *el religioso*. Las Illes Balears no han estado ajenas a este proceso, por lo que una breve alusión al estado de su composición religiosa puede servir al jurista para hacerse una cabal composición de lugar sobre la conveniencia (o no) de implementar nuevas políticas públicas al respecto.

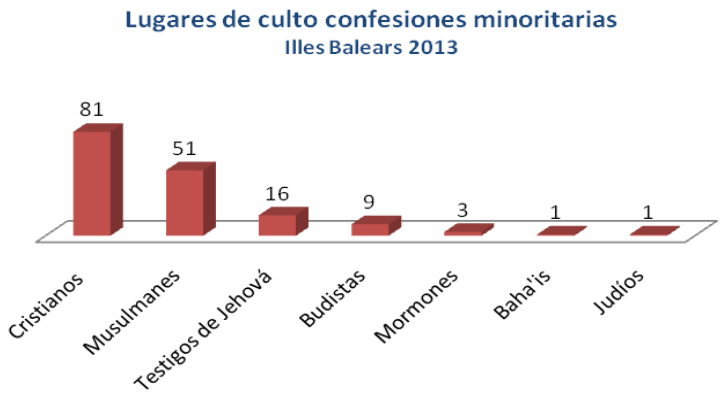
En efecto, en las últimas décadas, se ha pasado de una sociedad en donde existía una homogeneidad religiosa, con una confesión histórica mayoritaria, a una

[9] Cfr. MARTÍN GARCÍA, M. «Derecho de libertad religiosa y establecimiento de centros de culto. A propósito de su desarrollo legal en Cataluña». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94 (2012), pp. 239-265. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. «Las innovaciones urbanísticas en la legislación catalana sobre centros de culto». *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 106 (2011), pp. 58-74.

situación de coexistencia de diversas confesiones, sin olvidar un importante proceso secularizador que es característico de los países occidentales.[10]

Según datos del *Observatorio de la Pluralidad religiosa* del Ministerio de Justicia, en junio de 2013 el número de lugares de culto de las diferentes confesiones minoritarias en España ascendía a 6.055. Por otra parte, la última Memoria Justificativa de actividades de la Conferencia Episcopal Española (2012) señala que en España existen 22.917 parroquias. Por lo tanto, se puede afirmar que los lugares de culto del conjunto de las confesiones religiosas acatólicas en este país constituyen alrededor del 21% del total, lo que da idea del cambio social que se está produciendo.[11]

En lo relativo a las Illes Balears (2013), el número de lugares de culto de confesiones minoritarias asciende a 164, con la siguiente distribución:



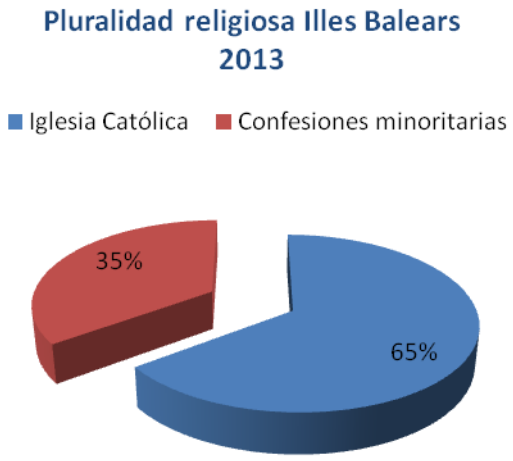
Fuente: Observatorio de la Pluralidad religiosa. Ministerio de Justicia, junio 2013. Elaboración propia.

[10] Cfr. ÁLVAREZ TARDÍO, M. *El camino a la democracia en España, 1931 y 1978*. Madrid: Gota a Gota Ediciones, 2005, pp. 77-78. Y más en general: cfr. NEUHAUS, R. «Secularizations». *First Things*, núm. 190 (2009), pp. 23-28.

[11] Siempre en referencia al aludido Observatorio, la distribución de lugares de culto entre las comunidades no católicas es la siguiente: 56,91% pertenecen a las iglesias evangélicas; 21,04% corresponden a oratorios musulmanes; 11,86% representan a los salones del Reino de los Testigos Cristianos de Jehová y, por último, los lugares de cultos ortodoxos, mormones y budistas suponen el 2,91%, 1,90% y 2,21%, respectivamente.

De estos datos destaca poderosamente el aumento de los centros de culto islámicos, dado que si hemos de admitir las cifras publicadas en la prensa escrita balear,[12] en el año 2005 la isla de Mallorca contaba con cuatro oratorios musulmanes y en la actualidad podemos contar 51 en toda la comunidad autónoma.

Por su parte, los lugares de culto católicos de las Illes Balears ascienden a 323,[13] por lo que se puede deducir que en esa comunidad autónoma el 33% de los centros religiosos pertenecen a las confesiones minoritarias:



Fuente: Observatorio de la Pluralidad religiosa del Ministerio de Justicia, junio 2013, Conferencia Episcopal Española (www.conferenciaepiscopal.es), obispado de Mallorca, Obispado de Menorca, Obispado de Ibiza y Formentera.[14]
Elaboración propia.

[12] Cfr. DIARIO DE MALLORCA, de 11 de junio de 2010.

[13] Esta cifra es una aproximación realizada para este trabajo: existen 202 parroquias, a las que habría que añadir los lugares de culto que no constituyen canónicamente una parroquia (iglesias rectorales, santuarios, oratorios de Hospitales con culto público y conventos). Estos últimos ascienden en Mallorca a 81 centros y —estimativamente— 40 en Menorca, Ibiza y Formentera. En este sentido, podemos considerar, pues, que el total son aproximadamente 323.

[14] Cfr. www.bisbatdemallorca.com, www.bisbatdemenorca.com, www.obispadodeibiza.es (última visita, el 3 de octubre de 2012).

Como ya se ha mencionado, la media nacional de lugares de culto no católicos, asciende al 21% de los existentes, lo que evidencia —según mis cálculos— una mayor pluralidad en las Illes Balears.

Esta sucinta introducción sociológica de la composición religiosa de las Illes Balears enmarca de alguna manera el porqué de este trabajo, y el interés que pueda tener para el jurista la relación entre el urbanismo y la libertad religiosa hoy en día. En efecto, la diferencia notable con respecto a la media nacional del porcentaje de centros de culto acatólicos constituye un dato relevante para el gestor público. Con independencia de las explicaciones demográficas que puedan dar razón de ello —y que escapan a mi ámbito científico— lo cierto es que desde el punto de vista urbanístico estamos ante un significativo aumento de las necesidades de algunos colectivos hasta este momento poco numerosos. Y este va a ser —precisamente— el objeto de análisis a continuación: ¿Tiene respuestas el ordenamiento jurídico balear ante estos nuevos retos?

III. La gestión urbanística

Se suele denominar como gestión urbanística el proceso por el cual se produce un suelo urbanizado, conforme a las rasantes previstas en los planes.[15] También comprende la adjudicación gratuita a las administraciones públicas —ayuntamientos en la mayoría de los casos— de las parcelas destinadas a la instalación de servicios públicos o a los usos de utilidad pública o de interés social. Estos terrenos constituyen el suelo dotacional público que están excluidos —con carácter general— de cualquier uso residencial, sea en viviendas de renta libre, sea en viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

[15] La gestión urbanística es regulada hoy en los arts. 70 a 96 LSIB. Constituye el proceso mediante el cual de unos terrenos iniciales semiconsolidados o con destino hasta el momento agrícola, cinegético, con una propiedad atomizada e irregular, se pasa a un suelo urbanizado, con un trazado de vías conforme a los instrumentos de planeamiento urbanístico, con alumbrado público, alcantarillado, energía eléctrica a pie de parcela, telefonía y otros servicios. Supone, además, aportar al tráfico jurídico unos solares regulares, con titularidad clara y con una calificación urbanística definida, todo ello inscrito correctamente en el registro de la propiedad.

Igualmente incluye los solares que constituyen la participación municipal en las plusvalías generadas por la acción urbanística, es decir, el suelo lucrativo que el conjunto de propietarios han de ceder de forma obligatoria y gratuita a las corporaciones locales.[16] Este suelo ha mantenido un gran valor económico en el mercado inmobiliario, por cuanto es el apto para edificar viviendas u otros usos rentables. La legislación básica estatal vigente adscribe estas parcelas al denominado «Patrimonio Público del Suelo» vinculado a la construcción de viviendas de protección pública u otros usos de interés social.

1. Marco general del Derecho Urbanístico balear

Nuestra Constitución (CE) contiene en el art. 47 un mandato a los Poderes Públicos de regulación de los usos del suelo, por lo que se deduce que el planeamiento urbanístico no constituye un conjunto de técnicas jurídicas neutras, que poca o nula incidencia pueden tener en el ejercicio de los derechos fundamentales. Siendo esto así, cabe preguntarse lo siguiente: ¿El urbanismo puede incidir en el núcleo esencial de la libertad religiosa? En mi opinión la respuesta es sí, siempre que no se olvide que esta libertad tiene una dimensión individual y —simultáneamente— una dimensión colectiva. No olvidemos que las distintas confesiones religiosas requieren de un lugar físico para la acción cultural y para sus actividades culturales, de formación y de gobierno.[17]

---

[16] Recordemos que esta obligación de cesión, según entiende gran parte de la doctrina iusadministrativista, deriva del art. 47 CE: «[…] La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Este suelo ha mantenido un gran valor económico en el mercado inmobiliario, por cuanto es el apto para edificar viviendas u otros usos rentables.

[17] Acertadamente señala el art. 2.2 de la vigente Ley Orgánica de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR) que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende el derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos. En el mismo sentido: PONCE SOLÉ, J. «Una reflexión desde el derecho urbanístico sobre las modernas sociedades pluriculturales y pluriconfesionales». *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 215 (2005), pp. 11-68: «el real ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa previsto en el art. 16 de nuestra Constitución está condicionado de uno u otro modo con la regulación existente del uso del suelo. Fenómeno éste de relación entre Derecho constitucional y Derecho urbanístico que ya he tenido ocasión de subrayar a propósito, entre otros,

La laicidad que se instauró en España en 1978 sale al encuentro de las necesidades de desarrollo de la libertad religiosa. La fuerza expansiva del art. 9.2 de la Constitución Española configura un modelo de Estado social que nos aleja de la configuración liberal-decimonónica del Estado *espectador*.[18]

De lo anterior se concluye que la legislación reguladora del suelo adquiere un protagonismo no pequeño. Ahora bien, como es sabido, la STC 61/1997, de 20 de marzo,[19] hizo desaparecer el marco común estatal que hasta ese momento existía, permitiendo a cada Comunidad Autónoma desarrollar una ley del suelo propia e integral. Por eso es ya un lugar común afirmar que en España existen 17 leyes del suelo, más la legislación estatal aplicable.[20]

Sea como fuere, es cierto que la mayoría de las normas emanadas son propias de la ordenación del territorio,[21] y que el marco jurídico se ha caracterizado por una

---

del derecho a la vivienda», y también del mismo autor, *Poder Local y Guetos Urbanos. Las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*. Madrid: INAP – Fundació Pi i Sunyer, 2002.

[18] El marco jurídico que conforman la relación entre libertad religiosa y urbanismo lo constituyen los arts. 16 (libertad, laicidad, cooperación e igualdad religiosa), 9.2 (Estado social), 33.2 (función social de la propiedad) y 47 (regulación del suelo para servir al interés general) de la CE. A nivel infraconstitucional hallamos la LOLR, y las referencias a los lugares de culto en los distintos acuerdos suscritos por el Estado y las confesiones religiosas.

[19] Esta Sentencia de máximo intérprete de la Carta Magna declara inconstitucional por motivos competenciales gran parte del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en adelante, TRLS 1992).

[20] *Vid.* MUNAR FULLANA, J. «La ordenación territorial y urbanística en las Islas Baleares. Contención y regulación del crecimiento en un marco de descentralización política y administrativa». *Justicia Administrativa*, núm. Extra. 1 (2003), p. 83: «ante la elevada cantidad de disposiciones normativas emanadas de la dinámica actividad legislativa y administrativa en el campo de ordenación territorial y de urbanismo, […] no se podrá en ningún caso atribuir a nuestra comunidad autónoma una falta de atención hacia este sector del ordenamiento jurídico, fundamental y estratégico en el aspecto económico y social de las Islas Baleares».

[21] La legislación territorial considera más bien el componente físico, topográfico y geográfico, y no tiene por objeto directo los inmuebles considerados como fincas, sino la suma de ellos que conforma el espacio físico y medioambiental.

cierta dispersión normativa, no unificada, y de difícil integración, que ha propiciado la existencia de interpretaciones divergentes y contradictorias.

Hoy en día solo hay dos territorios que no se rigen por una normativa legal global urbanística propia: Ceuta y Melilla.[22] En esos supuestos, se aplica como ley principal el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, TRLS 1976), lo que da razón del por qué aludiré a este cuerpo legal.[23]

Así, los problemas de las confesiones a los que aludía MARTÍN-RETORTILLO a la hora de instalar un nuevo centro de culto, no radican tanto en el momento de planeamiento urbanístico, sino más bien en el de gestión urbanística. En efecto, la regulación del TRLS 1976 conlleva que sin el concurso de los entes locales en la ejecución del planeamiento, la apertura de nuevos centros religiosos de cualquier confesión religiosa es difícil, lo que permite que todo pueda quedar al albur de las coyunturales mayorías en un Ayuntamiento.

Todo ello nos lleva a plantearnos cómo pueden las Administraciones Públicas coadyuvar a la referida sostenibilidad social relacionadas con el pluralismo cultural y religioso. O dicho de otra manera, qué posibilidades de cooperación en este punto pueden existir en las corporaciones locales con las confesiones, en el marco de un Estado laico como el español.

---

[22] Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. J. *La Autonomía de Melilla y su Estatuto*. Melilla: UNED-Melilla, 2004, pp. 339-346.

[23] Igualmente, también debemos referirnos a que distintas normas legales autonómicas han incidido en algunos aspectos de la acción urbanística, sin realizar una regulación completa, ni desplazar al Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, TRLS 1976). Sin pretensión de exhaustividad, y refiriéndonos exclusivamente a las más recientes, «es obligado mencionar la Ley 4/2008, de 14 de mayo, de medidas urgentes para un desarrollo territorial sostenible en las Illes Balears, una norma breve de 9 artículos, y la Ley 7/2012, de 13 de junio, de Medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible, con 18 artículos (de los cuales 6 son modificaciones de otras leyes), 11 disposiciones adicionales que modifican otras tantas leyes, y 5 disposiciones transitorias».

2. Fines religiosos y fines estatales: artículo 16.3 CE

Es ya doctrina consolidada que la confusión de los fines religiosos con los fines estatales, según conocida expresión del TC,[24] vulnera la laicidad establecida en España en 1978. Esta violación se daría si se estableciese una confesión estatal (o varias), en lo que se ha venido a llamar confesionalidad formal, lo que acaece en la actualidad en algunos países de Europa, como el Reino Unido. También supondría atentar a la laicidad del Estado la asunción de la doctrina de una Iglesia concreta como regla para medir las normativas emanadas de los poderes públicos, situación que la doctrina denomina de *confesionalidad material*.[25]

Como quiera que sea, el carácter laico del Estado español no comporta que los credos religiosos presentes en la sociedad española no puedan ser objeto de protección y tutela por parte de las administraciones públicas como una parte —entre otras— del magma social. En efecto, los constituyentes evitaron que se pudiese instalar entre nosotros una comprensión beligerante o laicista de las relaciones con las confesiones religiosas en el art. 16.3 CE. Para ello establecieron que los poderes públicos tuvieran en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y, como consecuencia, ordenó que se mantuvieran relaciones de cooperación con todas las confesiones.

En este contexto, el aludido principio de cooperación tiene consecuencias en la gestión urbanística. Dicho de otro modo, deben existir cauces en la vigente legislación para hacer posible el ejercicio digno de la dimensión colectiva de la libertad religiosa, es decir, para que las distintas confesiones religiosas puedan acceder sin discriminación a suelo (o locales) para uso religioso. Si estos cauces no

---

[24] Cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, en BOE núm. 137, de 6 de septiembre de 1982.

[25] Es posible también un estado que sea confesional tanto desde el punto de vista formal y material, circunstancia que concurría en nuestra precedente etapa constitucional. Por último cabe la posibilidad de la existencia de una Iglesia de Estado, las denominadas Iglesias nacionales, hijas de la reforma protestante del s. XVI, en las que el príncipe temporal fue investido de la suprema autoridad, incluida la episcopal: cfr. RHONHEIMER, M. *Cristianismo y laicidad. Historia y actualidad de una realidad compleja*. Madrid: RIALP, 2009, pp. 74–79. En esta última situación, un culto determinado es asumido como un servicio público que debe prestar la propia administración y cuyos ministros serían parte de la estructura pública, como un cuerpo de funcionarios específico. Cabe señalar que, en sentido técnico, en España nunca ha habido una situación de esa naturaleza como la hubo en el pasado en —por ejemplo— los países escandinavos.

existen o su tránsito es en exceso arduo, se presta a la creación de guetos culturales.[26]

La doctrina mayoritaria no ha observado dificultad alguna entre la laicidad del Estado y esta cooperación municipal con las confesiones religiosas.[27] Tampoco se encuentran en la jurisprudencia del TS dudas al respecto.[28] Sea en el caso del suelo dotacional público, sea con bienes patrimoniales. Desde el punto de vista urbanístico, se entiende que los equipamientos son una respuesta a una necesidad social en los miembros de una colectividad urbana. Estas necesidades son muy variadas: docentes, sanitarias, *religiosas*, culturales, deportivas, de zonas verdes. Y para salir al encuentro de las mismas, las leyes del suelo crearon específicamente —entre otras soluciones— el suelo dotacional público. Se trata de acercar los equipamientos sociales a los ciudadanos. En otras palabras, que el emplazamiento de los *usos débiles* en el territorio, es decir, usos que no tienen mercado inmobiliario, como —por ejemplo— el religioso o el cultural-religioso, no se desplacen a lugares periféricos, quizás mal comunicados, o a un contexto urbanístico impropio, tales como zonas de usos industriales o análogos. O no hallen otro lugar que unos locales en planta baja, de un inmueble en propiedad horizontal, con un diseño arquitectónico

---

[26] *Vid.* PONCE SOLÉ, J. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales*…, *ob. cit*., pp. 44-45: «El objetivo de la cohesión y sostenibilidad social está también en nuestra Constitución. En ella es posible, entendemos nosotros, hallar un implícito principio jurídico, que establece como finalidad de la actividad pública el logro de la cohesión social y territorial y la lucha contra la exclusión»; objetivo que puede justificar —según el autor— una intervención pública, que puede exigir la discriminación positiva «a favor de los grupos desaventajados, en razón de sus ingresos económicos y del nivel de calidad de vida de que disfrutan».

[27] Por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley del Suelo*. Madrid: Civitas, 1981. Del mismo autor, *Comentarios a la Ley de reforma del Régimen urbanístico y valoraciones del suelo*. Madrid: Civitas, 1991; *Comentarios a la Ley del Suelo: Ley 8/2007, de 28 de mayo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007. Antes bien, a este respecto señala en *Comentarios a la Ley del Suelo*. Madrid: Civitas, 1990 (5ª ed., reimp.), p. 183: «Consagrada la libertad religiosa en el art.16 de la Constitución, es indudable que la reserva para templos que prevé el art. 12.2.1.d) LS ha de referirse a lugares destinados al culto de cualquier religión». En contra: cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. *El régimen jurídico de los centros de culto en Cataluña: ¿un ejemplo a seguir?* Madrid: Ministerio de Justicia, 2011, pp. 95-97.

[28] Cfr. SSTS de 28 de marzo de 1990 (Ar. 2265) y de 28 de septiembre de 1987 (Ar. 8263).

inadecuado para el desarrollo de una actividad de estas características, con las potenciales molestias para los vecinos.

Finalmente, hemos de considerar que el marco urbanístico balear —como el del resto de Comunidades Autónomas— puede hacer complicado el acceso a suelo calificado como dotacional para equipamiento de uso religioso: el suelo de uso residencial tiene unos precios prohibitivos, no existe la obligación de calificar suelo dotacional privado y, hasta ahora, las experiencias en las Illes Balears de cesión de suelo dotacional público —o en general de titularidad pública— son testimoniales, a diferencia de otras Comunidades Autónomas como Andalucía, Valencia o Madrid.

De igual modo, cabe analizar el Derecho Urbanístico comparado español para comprobar qué han previsto otras leyes del suelo al respecto. Por lo menos, hasta el momento en ocho legislaciones autonómicas se contempla de modo directo o indirecto la posibilidad del suelo dotacional público para uso religioso. Estas son: Castilla–La Mancha, Extremadura, Castilla y León, Aragón, Murcia, Cantabria, Catalunya y Comunidad Foral de Navarra.[29]

De algún modo, en este elenco de Comunidades Autónomas que acabamos de enunciar también se podía incluir las Illes Balears hasta el mes de mayo de 2014, habida cuenta de la vigencia del TRLS 1976 y sus reglamentos de desarrollo hasta esa fecha. En ese sentido, el art. 45.1 del Reglamento de Planeamiento de 1978[30] señalaba que «1. Los Planes Parciales contendrán las siguientes determinaciones: […] e) Emplazamientos reservados para templos, centros asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social». Este precepto se completaba en el art. 48.2 de ese mismo Reglamento en el que se exigía que el Plan Parcial debía precisar «el destino público o privado de los terrenos que resulten edificables, de los que se destinen a dotaciones y de los correspondientes a espacios libres». Por tanto, en esta norma se consideraba expresamente que los «Templos» constituyen

[29] Cfr. GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. *Libertad religiosa y urbanismo*…, *ob. cit*., pp. 68-69.

[30] Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1978).

equipamientos de servicios de interés público y social, y nada obstaba para que fueran ubicados en suelo dotacional público.[31]

La LSIB no recoge esta regulación estatal dado que la determinación de los usos y el destino del suelo dotacional se remite al desarrollo reglamentario, como se ha hecho en otras Comunidades Autónomas.[32] Por lo tanto, por el momento, no es posible pronunciarse sobre el grado de compromiso de este último cuerpo legal con la sostenibilidad social a la que nos estamos refiriendo.[33]

3. El suelo de titularidad pública para uso cultural-religioso

A continuación vamos a analizar brevemente algunas de las soluciones posibles en el ordenamiento jurídico balear con respecto a la cooperación entre los Poderes Públicos locales con las confesiones religiosas en lo relativo a la apertura de nuevos lugares de culto, o centros análogos.

A. Cesión de uso sin transmisión de la propiedad de bienes patrimoniales municipales

El art. 145 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y régimen local de las Illes Balears,[34] establece que los bienes patrimoniales están sujetos, con carácter general, al criterio de rentabilidad. No obstante, el art. 145.3 admite que se puedan tener en cuenta motivos que hagan prevalecer criterios de rentabilidad social sobre los de rentabilidad económica, en aquellos casos en los que el uso del bien se destine a la prestación de servicios sociales, actividades culturales y deportivas y otras análogas que redunden en beneficio de la vecindad. En estos supuestos puede

[31] En un modo análogo, los arts. 29.1 e) y 45.1 e) del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, mencionado en la nota anterior.

[32] Como hace, a modo de ejemplo, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana en el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, aprobado por Decreto 67/2006, de 12 de mayo. Esta última norma reglamentaria tiene la nada despreciable cifra de 587 artículos.

[33] La disposición final segunda de la Ley balear del Suelo autoriza tanto a los consejos insulares, como al Gobierno de las Illes Balears, en el ámbito de sus respectivas competencias, a desarrollar reglamentariamente la LSIB.

[34] BOIB núm. 186, de 27 de diciembre de 2006.

cederse el uso de los bienes patrimoniales directamente o por concurso, de forma gratuita o con la contraprestación que pueda acordarse, a otras administraciones o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. Entre todos los fines posibles, creo que uno de ellos sería el de lugar de culto, dado que una confesión religiosa en una entidad sin ánimo de lucro y un centro religioso es considerado en el ordenamiento urbanístico aplicable a las Illes Balears como un equipamiento de utilidad pública y social, y que —igualmente— la legislación tributaria les otorga beneficios fiscales con determinadas condiciones.

B. Enajenación de bienes patrimoniales locales

El art. 136 de la aludida Ley 20/2006 añade que la enajenación del patrimonio municipal se realizará a título oneroso y mediante subasta pública. Por razones motivadas o legalmente previstas puede realizarse la enajenación mediante concurso. También puede procederse a la enajenación directa en aquellos supuestos que contemple el ordenamiento. El art. 141, por su parte, establece que los bienes inmuebles patrimoniales no pueden cederse gratuitamente, salvo a entidades públicas o a instituciones privadas sin ánimo de lucro declaradas de interés público, siempre que los fines que justifiquen la cesión redunden en beneficio de la población del término municipal.[35] Esta regulación permite la enajenación a favor de las confesiones religiosas para la construcción de un equipamiento religioso.

C. Concesión de uso privativo de un inmueble municipal

Dado que todos los solares municipales calificados como equipamiento urbanístico forman parte del dominio público (no patrimoniales), debemos analizar, aunque sea brevemente, el estatuto jurídico de estas parcelas.

En efecto, el art. 143.1 c) de la referida Ley 20/2006, define el uso privativo como «aquel por el que se ocupa una porción del dominio público de modo que se limita o

[35] De modo análogo, el art. 109.2 del Reglamento estatal de Bienes de las Entidades Locales establece que podrán cederse gratuitamente a entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. Nótese que la legislación balear añade «declaradas de interés público».

excluye la utilización por parte de otras personas interesadas. Está sujeto a concesión administrativa cuando requiere la implantación de instalaciones fijas y permanentes, siempre que su utilización exceda del plazo de un año. En otro caso puede sujetarse a licencia». La alusión de este último artículo debe ser completada con el art. 5.1 (básico) de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP),[36] que señala que los únicos destinos posibles serán un *uso general* o a un *servicio público*. En este punto queremos subrayar, como ha hecho la doctrina, que esta noción conlleva que el suelo calificado para equipamientos públicos puede estar vinculado a actividades no incluidas en un servicio público en el sentido iusadministrativista. El equipamiento religioso constituye un uso general, pues todos los ciudadanos son titulares del derecho fundamental de libertad religiosa y se caracteriza por la pública concurrencia.[37]

De lo que se colige la aptitud jurídica del suelo de dominio público para acoger un equipamiento religioso en la medida que este último es un *uso general*. Todo ello siempre en el bien entendido que esa cesión de suelo no significa que el servicio religioso o cultural se constituya en un servicio público. Ciertamente los poderes públicos no pueden proporcionar esta prestación para la cual son absolutamente incompetentes, pues constituiría la vedada confusión de los fines religiosos con los fines estatales. Igualmente tampoco hay que confundir entre concesión administrativa de «uso privativo» de un bien municipal, con la concesión administrativa de un «servicio público».

La aludida LPAP en su art. 93.1 (básico) corrobora esta conclusión. En efecto, se establece con carácter general que el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia, excepto en los casos previstos en el art. 137.4, en el que cabrá otorgamiento directo de la concesión.[38]

---

[36] Igualmente los arts. 79 a 83 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local; el art. 74 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local y —por último— los arts. 3 y 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

[37] Cfr. MARTÍN GARCÍA, M. «Derecho de libertad religiosa y establecimiento de centros de culto…», *cit.*, p. 247.

[38] Este reenvío constituye al citado art. 137.4 en un precepto de aplicación plena en lo relativo a las concesiones sobre dominio público. Cfr. CASTILLO BLANCO, F. C. «El Patrimonio de las

Entre los supuestos que este último precepto enumera, para lo que ahora nos interesa, aparece: «b) Cuando el adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una *iglesia, confesión o comunidad religiosa* legalmente reconocida».[39]

D. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La STS de 4 febrero de 1987 (Ar. 2067) tenía como objeto la reserva en un instrumento de planeamiento previsto en el TRLS 1976 de suelo dotacional público para la apertura sobre el mismo de un equipamiento de uso religioso, conforme al art. 212 de las entonces (y ahora) vigentes Normas Urbanísticas[40] del Plan General Metropolitano de Ordenación Urbana de Barcelona de 14 de julio de 1976.

El TS resuelve en segunda instancia la impugnación del acuerdo de la Corporación Metropolitana de Barcelona, de fecha 21 de diciembre de 1981, que aprobó definitivamente un Plan Especial[41] en cuya memoria afirma que «se pretende

---

entidades locales tras la aprobación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas», en MESTRE DELGADO, J. F. (Dir.). *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 noviembre*. Madrid: La Ley Actualidad, 2004, p. 78, nota 128.

[39] Este último inciso de este artículo («legalmente reconocida») plantea algunos problemas. Es cierto que no todas las comunidades religiosas existentes en España han alcanzado un reconocimiento como tales por el Ministerio de Justicia. Las causas son diversas. Algunas no lo solicitan, otras se niegan explícitamente a obtener ese reconocimiento y, en fin, también a alguna se le deniega su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Con todo, es constitucionalmente dudoso rechazar a las confesiones no inscritas la posibilidad de beneficiarse de una política de fomento de esta naturaleza por esta (mera) causa administrativa.

[40] Estas normas urbanísticas han sido editadas por la *Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona*. Son accesibles en www.numamb.cat (última visita 5/V/2014): «Article 212. Tipus d'equipaments comunitaris. 1. Els sòls destinats a equipaments comunitaris amb les edificacions, instal·lacions i altres accessions o serveis sobre aquests sòls, es classifiquen en els tipus següents: a. Equipaments docents. Centres docents, públics o privats, i annexos esportius. b. Equipaments sanitaris-assistencials. Centres sanitaris assistencials i geriàtrics, públics o privats, d'interès públic, social o comunitari, i cementiris. c. Equipaments culturals i religiosos. Temples, centres religiosos, [...]».

[41] Cfr. Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, núm. 23, de 27 de enero de 1982: «Plan Especial para la determinación de la titularidad pública y concreción del tipo de equipamiento a que

determinar el tipo de equipamiento al que se afecta la finca objeto del mismo y su titularidad pública, para consiguientemente legitimar su expropiación de acuerdo con la legislación vigente».[42] A continuación se precisa que «se afecta el sector objeto de ordenación al tipo de equipamientos culturales y religiosos del señalado por la normativa del P.G.M. en el art. 212–1 c), y determinándose la titularidad pública del mismo».[43]

La parte actora solicitó que se mantuviera la calificación del solar de su propiedad como de uso residencial, anulando la recalificación en dotacional afecto a un uso cultural y/o religioso. En ese sentido, la defensa letrada alegó diversos motivos de nulidad y, entre ellos, que «al querer equipamientos de tipo religioso de titularidad pública incurre en inconstitucionalidad por resultar contradictorio con el artículo 16.3 de la Constitución, en cuanto garantiza la neutralidad y no intervención de los poderes públicos en materia religiosa».

El TS, sin embargo no acogió esta pretensión: «Como se indica en la sentencia apelada, del dato de que ninguna confesión religiosa tenga carácter estatal no puede seguirse que la Administración, dado que el precepto referido señala que los poderes públicos "tendrán en cuenta" las creencias religiosas de la sociedad española, no puede ni debe atender las necesidades religiosas de la sociedad española, no puede ni debe atender las necesidades religiosas de los ciudadanos.»

No existen otros pronunciamientos jurisdiccionales del TS que sean tan explícitos como la referida Sentencia de 1987, lo que constituye a esta resolución judicial de una especial relevancia. Para las Illes Balears esta decisión del Alto Tribunal tiene un valor interpretativo añadido en la medida que al supuesto de hecho enjuiciado se aplicó el TRLS 1976, norma básica actual del marco urbanístico de esa Comunidad Autónoma.

4. Patrimonio Público del Suelo de las corporaciones locales de las Illes Balears

---

se destina el sector calificado de 17-7, situado en las manzanas limitadas por las calles del Guinardó Fresser, de la Industria, y la Avda. San Antonio María Claret de la Ciudad Condal».

[42] Memoria del Plan Especial para la determinación de la titularidad pública y concreción del tipo de equipamiento a que se destina el sector calificado de 17-7 de Barcelona, p. 1.

[43] *Ibídem*, p. 2.

Ya ha sido advertida por la mejor doctrina la utilidad del Patrimonio Público del Suelo (en adelante PPS) para promover las libertades fundamentales y, entre ellas, también la libertad religiosa.[44] Este patrimonio separado de las administraciones públicas se caracteriza por su afección a unos fines predeterminados por el legislador básico estatal y el autonómico. Esta vinculación conlleva que no pueden ser destinados a otros fines distintos de los establecidos específicamente, ni utilizados como una fuente de financiación para la satisfacción de otras necesidades generales de las administraciones públicas.

Los arts. 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Suelo (en adelante, TRLS 2008), constituyen el núcleo básico estatal del PPS, aplicable a todas las administraciones territoriales. En las Illes Balears, en lo referente a las administraciones locales, no hay regulación específica propia hasta el 2004, de modo que desde 1997 (fecha de la STC que anula gran parte del TRLS 1992) hasta esa fecha se aplicó íntegramente el TRLS 1976. En la actualidad el marco normativo autonómico está compuesto fundamentalmente por los arts. 97 a 102 LSIB, aplicable tanto a la administración autonómica como a la local.[45] No se trata de escribir una monografía sobre el PPS,

---

[44] RODRÍGUEZ BLANCO, M. *Libertad religiosa y confesiones*…, *ob. cit*., p. 200: «los bienes del PMS han de ser destinados por la administración a viviendas de protección oficial o a otros fines de interés social, entre los que se encuentran los lugares de culto». En referencia a la libertad de educación.

[45] En realidad, hasta el 29 de mayo de 2014 el marco Balear del PPS era el art. 27 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública, con la advertencia que el art. 37.3 recibió una nueva redacción mediante la Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas. Por todos, recomendamos GONZÁLEZ PÉREZ, J. «Comentario a los arts. 38 y 39». GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Dir.). Comentarios a la Ley del Suelo. Vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008, pp. 1411-1445. Con todo, nuestra exposición resultaría imprecisa si no hiciésemos constar que la experiencia sobre el uso de los Patrimonios Públicos de Suelo en las Illes Balears es muy escasa: cfr. MUNAR FULLANA, J. «Los patrimonios públicos de suelo en la legislación balear». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31 (2005), pp. 47-48: «la necesidad de formar los patrimonios públicos de suelo, si bien no en todos los municipios sí en un gran porcentaje de ellos, ya era exigible por aplicación de la normativa estatal supletoria vigente. Pero, ¿cuál fue el resultado práctico? Pues que, en última instancia, ningún municipio de esta comunidad llegó nunca a formar el correspondiente patrimonio finalista; por ello es más que lógico que en toda la extensa jurisprudencia generada por parte del Tribunal Superior de Justicia de

por lo que nos limitaremos a aquellos aspectos que puedan suscitar interés para el objeto de este trabajo, dejando de lado otras cuestiones tales como la naturaleza jurídica del PPS, su constitución obligatoria, incumplimiento de las finalidades, inscripción en el registro de la propiedad, entre otras.[46]

A. Bienes que integran los PPS

Es necesario distinguir dos tipos de bienes que constituyen el PPS por razón de su procedencia: a) bienes que tienen su origen en el mandato del art. 38 TRLS 2008, en relación con el art. 16.1 b) de esa norma, es decir, el porcentaje de aprovechamiento urbanístico lucrativo —entre en 5% y el 15%— cedido a la corporación local competente por los propietarios;[47] b) bienes de un origen distinto al anterior, y que haya sido establecida su incorporación al PPS por la LSIB.

B. Destino de los bienes

El art. 39.1, en relación con el art. 38.1 TRLS 2008, señala que los bienes del PPS que pertenezcan al PPS en virtud del deber contenido en el art 16.1 b) de esa Ley, se destinarán a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública (protección oficial, protección pública, viviendas tasadas municipales,…) o a otros usos de interés social. Es decir, esta vinculación finalística se extiende a todo —sin excepción— el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de una actuación que los propietarios ceden de manera gratuita y obligatoria a la administración competente, al que ya se ha hecho referencia.

---

las Islas Baleares en materia de ordenación territorial y de urbanismo no se haya dictado ninguna sentencia en relación con esta figura».

[46] El marco normativo no es sencillo. Debemos aplicar en primer lugar la normativa básica estatal del TRLS 2008, en segundo lugar la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, y a continuación, en lo que no sea contradictorio con lo anterior, el TRLS 1976, completado por sus tres reglamentos de desarrollo.

[47] Su reflejo en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se encuentra en el art. 37.2 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre: «los obtenidos a consecuencia de cesiones derivadas de la participación de la Administración en las plusvalías generadas».

Esto conlleva que el resto de bienes cuya pertenencia al PPS no lo sea por mandato del TRLS 2008, no están sujetos a esas finalidades. Por lo tanto, los bienes y derechos a los que la legislación balear prescriba su incorporación al PPS pueden tener otros destinos, todo ello sin perjuicio de que, a su vez, el legislador autonómico pueda reproducir libremente esta sujeción en sus propias leyes urbanísticas.[48] Y esta fue, precisamente, la elección del legislador balear en el ejercicio de sus competencias en el art. 101.1 LSIB.

De algún modo, la regulación actual es heredera de la legislación autonómica anterior referida a las administraciones locales. En efecto, este aspecto se encontraba regulado por el art. 37.3 de la Ley balear 8/2004,[49] que se separaba del acervo de la estatal: no se limitaba a restringir los destinos posibles a «viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social», sino que enumera un elenco cerrado de siete «usos de interés social» (entre los que se

[48] Cfr. CHINCHILLA PEINADO, J. A. «Los patrimonios públicos del suelo en la Ley 8/2007, de Suelo». *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 237 (2007), pp. 159-160: «Ahora bien, en atención al título competencial que fundamenta la competencia estatal, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (en adelante, LS) sólo impone ese destino sobre los bienes respecto de los que tiene competencia para determinar su integración en los Patrimonios Públicos del Suelo, los procedentes del deber de cesión. Del tenor literal del precepto se infiere que el destino del resto de bienes que integren los Patrimonio públicos del Suelo será el determinado por la legislación autonómica». Y también, cfr. DÍAZ LEMA, J. M. *Nuevo derecho del suelo: comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 308. En sentido análogo: PAREJO ALFONSO, L. *Comentarios a la ley del suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo).* Madrid: Iustel, 2007, p. 378. En realidad, en este artículo subyace la problemática sobre qué bienes y derechos pertenecen al PMS tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, que declaró nulo el art. 277 TRLS 1992. El Tribunal Constitucional consideró que el Estado no puede determinar de modo completo y acabado (una «regulación detallada») cuáles son los bienes integrantes de estos patrimonios. El legislador estatal de 2008 (y antes en 2007) entendió que ello no es óbice para que pueda determinar de modo mínimo su composición, por lo que decide que integrarán, en todo caso, los bienes lucrativos obtenidos gratuitamente por la Administración en concepto de su participación en las plusvalías generadas, conforme al art. 47 CE: «La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

[49] En la redacción dada por la Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas.

encuentra el de vivienda protegida) a los cuales puede ser dedicado el PPS.[50] No sabemos si la intención de los autores de esta reforma era constituir un *numerus clausus* en cuanto a todos los destinos posibles del PPS, habida cuenta que pueden existir usos de interés social no incluidos en ese elenco. Sea como fuere, el art. 37.3 precisaba de una interpretación para salvar su constitucionalidad, en la medida que no podía modificar las finalidades posibles (sea para ampliarlas o para restringirlas) de aquellos bienes cuya incorporación al PPS proceda del art 16.1 b) TRLS 2008. Por lo tanto esos últimos sí podrán destinarse a *cualquier* uso de interés social, no sólo los prescritos por la última redacción del referido art. 37.3. No es posible aceptar otra interpretación so pena de reputar inconstitucional este epígrafe por invasión de las competencias estatales. El TRLS 2008 no limita a algunos usos de interés social el destino de los bienes que necesariamente han de pertenecer al PPS, por lo que cualquier ente local balear, al amparo del TRLS 2008, podía destinar bienes del PPS procedentes de la cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico a cualquier fin de interés social, también los no incluidos en el art. 37.3 de la Ley 8/2004, Todo ello, ciertamente, en el bien entendido que lo relativo al resto de bienes del PPS sólo podrán destinarse a las finalidades prescritas por la legislación autonómica balear, circunscrita al repetido art. 37.3.

La LSIB parece reiterar esta extralimitación. El art. 101 LSIB afirma que en el suelo residencial el destino podrá ser viviendas sometidas a un régimen de protección pública o a usos de interés social. En el resto de suelo, a usos de interés social. Se añade una suerte de definición *ex lege* sobre qué se ha de entender por *usos de interés social*, a efectos de este artículo. En ese sentido, se menciona la ejecución de actuaciones que tengan por finalidad la mejora y la rehabilitación de la

[50] Estos son los destinos enumerados: «viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, operaciones de iniciativa pública de rehabilitación de vivienda protegida, conservación, gestión o ampliación de los propios patrimonios públicos de suelo, ejecución de dotaciones urbanísticas públicas, incluidos los sistemas generales, compensación a propietarios a los que corresponda un aprovechamiento superior al permitido por el planeamiento, en la unidad de actuación en la que estén incluidos sus terrenos, así como a los propietarios cuyos terrenos hayan sido objeto de ocupación directa o expropiación, adquisición y rehabilitación de bienes inmuebles declarados de interés cultural, y catalogados, conforme a la legislación vigente en materia de patrimonio histórico, así como de los bienes catalogados según el planeamiento municipal, adquisición y mejora de áreas naturales, y la adopción de medidas de mejora y conservación del medio ambiente».

ciudad existente, preferentemente de zonas degradadas, así como la implantación de dotaciones o las mejoras de espacios naturales o los bienes inmuebles del patrimonio cultural.

Siendo todos ellos fines loables no compartimos que, en lo relativo a los bienes que de modo necesario se deben incorporar al PPS por lo prescrito por el TRLS 2008, se puedan restringir los usos de interés social a los marcados por la LSIB. Por el contrario, a nuestro juicio, nada obsta para que la legislación balear introduzca limitaciones a los bienes que traigan causa exclusivamente de la aludida LSIB. En esta última Ley podemos encontrar ejemplos de bienes que forman parte del PPS por mandato exclusivo de esta Ley autonómica. A modo de ejemplo, podemos aludir a los bienes patrimoniales incorporados por decisión de la administración correspondiente o al precio de las multas impuestas como consecuencia de las infracciones urbanísticas (art. 100 a) y f) LSIB).

C. Otros usos de interés general

Este concepto jurídico indeterminado aparece en el vigente TRLS 2008, como hemos expuesto, y en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (en adelante, LS), en el TRLS 1992 y en el TRLS 1976. Es pues, una categoría con largo recorrido en el ordenamiento jurídico-urbanístico. La doctrina ha debatido (y debate) extensamente qué actuaciones se pueden acoger a esta finalidad. Una interpretación amplia incluiría cualquier operación razonable encaminada a la satisfacción de necesidades colectivas,[51] y otra más restrictiva afirmaría que el uso social sólo puede ser entre los aceptados como tales en la legislación del suelo.[52]

Parece que el legislador básico estatal se ha decantado por esta última postura por cuanto el art. 39 TRLS 2008 añade «de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, solo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural».

---

[51] MENÉNDEZ REXACH, A. «Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos». *Ciudad y Territorio*, núm. 95-96 (1993), p. 216.

[52] Cfr. MUNAR FULLANA, J. «Los patrimonios públicos de suelo en la legislación balear», *cit.*, pp. 30-31.

Nuestra tradición urbanística siempre ha contemplado los solares donde está sito un lugar de culto como un equipamiento de uso religioso, tal y como recoge el TRLS 1976, por lo que no hay obstáculo alguno para entender que dentro de la categoría de «Otros usos de interés general» se puede entender incluida la promoción de este tipo de dotación, siempre que las normas urbanísticas aplicables lo permitan.

Y esta es, precisamente, la regulación contenida en el art. 101.3 LSIB al que ya hemos aludido. En efecto, este último artículo establece una definición legal de esta locución. Esta es su transcripción:

> «3. Se entienden por usos de interés social, a efectos de este artículo, los relativos a la ejecución de actuaciones que tengan por finalidad la mejora, la conservación, el mantenimiento y la rehabilitación de la ciudad existente, preferentemente de zonas degradadas, así como la implantación de dotaciones o las mejoras de espacios naturales, el paisaje o los bienes inmuebles del patrimonio cultural».

Nótese que no menciona dotaciones «públicas», sino cualquier tipo de dotación, con independencia de la titularidad, lo que está en sintonía con la legislación estatal precedente, y con la vigente en otras Comunidades Autónomas en la actualidad.

D. Gestión y enajenación del patrimonio público local de suelo

¿Es factible la cesión gratuita de suelo del PPS para centro religioso-cultural? Con la legislación anterior a la LSIB sí. Con la nueva Ley pensamos que es dudoso. En efecto, el (derogado) art. 37.7 de la Ley 8/2004 titulado «Cesiones entre administraciones» tenía una redacción un tanto críptica: «Las administraciones públicas y entes instrumentales que dependen de éstas pueden transmitir directa y gratuitamente los bienes del patrimonio público local de suelo, siempre y cuando dichos bienes se dediquen a las finalidades establecidas en los puntos 1.1 y 3 anteriores»: ¿Quiénes podían ser beneficiarios de esa enajenación *directa y gratuita*? Si nos atenemos a su enunciado la respuesta parece que debería ser otras administraciones públicas, no obstante, si nos atenemos a una interpretación gramatical del artículo, ello no es tan claro. MUNAR ya advirtió a este respecto que: «del contenido de la norma 7 hay que decir que, asimismo, no obedece a los términos de su enunciado porque no regula sólo las cesiones gratuitas, sino también

las directas (que pueden ser a título oneroso). Pero, además, y por lo que respecta a las de carácter gratuito, no las ciñe sólo a las de tipo interadministrativo. En efecto, la falta de un pronombre reflexivo en el verbo utilizado —«pueden transmitir» en vez de «se pueden transmitir»— pone de manifiesto la discordancia que indicamos. Sea como sea, el resultado final no se halla en ningún caso impedido, ni tampoco representa una mayor innovación porque, en definitiva, prevé posibilidades de cesiones gratuitas a otras entidades que no sean Administración pública o sus entes instrumentales que ya había previsto el artículo 166 del TRLS/1976 con relación al PMS».[53] Por otra parte, el referido enunciado del artículo aludía a «administraciones», pero su contenido se refiere también a «entes instrumentales que dependen de éstas». Como es conocido, el denominado sector público instrumental no se identifica con la administración autonómica de la que depende.[54] No se puede confundir a los organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios del Gobierno Balear, con su administración pública. En ese sentido, coincidimos con MUNAR en que existía cierta inexactitud entre el enunciado del art. 37.7 y su contenido y en que sí era posible la cesión gratuita para entes de la iniciativa social, como podrían ser las confesiones religiosas.

La regulación balear que sustituye a la que hemos descrito se contiene ahora en el art. 102 LSIB. Nuevamente nos encontramos con una farragosa redacción relativa a la disposición sobre los bienes de los PPS. A los efectos que ahora nos interesan, se observa cierta prevención a la cesión gratuita para cualquier fin distinto a la promoción de viviendas sometidas a un régimen de protección pública. En otras palabras se recela del destino de bienes del PPS a otros fines de interés social, o a entidades no pertenecientes a la administración pública, o al sector público. En resumen, los bienes de los PPS podrán ser cedidos gratuitamente:

- Cuando se destinen para viviendas sometidas a un régimen de protección pública a favor de administraciones públicas territoriales o entidades o sociedades de capital íntegramente público.

[53] MUNAR FULLANA, J. «Los patrimonios públicos de suelo en la legislación balear», *cit.*, p. 42.

[54] Cfr. Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB núm. 112, de 29 de julio de 2010).

- En suelo no residencial para usos de interés social a favor de administraciones públicas territoriales, y a entidades o sociedades de capital íntegramente público.
- Cuando se destinen para viviendas sometidas a un régimen de protección pública, a favor de entidades sin ánimo de lucro, bien cooperativas o de carácter benéfico o social.

Esta regulación no favorece que las administraciones de las Baleares coadyuven con el PPS a las iniciativas de la sociedad civil en muy diversos campos, como se está llevando a cabo en otras Comunidades Autónomas, al restringir en exceso al ámbito subjetivo de los potenciales sujetos beneficiarios, y el ámbito objetivo de los destinos posibles.[55]

IV. Valoración final

EL TRLS 1976 presentaba, con carácter general, algunas ventajas al operador jurídico balear, como una abundante y consolidada doctrina jurisprudencial emanada del TS y del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. No obstante, el transcurso del tiempo, los cambios jurídicos y sociológicos en España invitaban a la redacción de un cuerpo legal unitario para esta Comunidad Autónoma.[56] En este

[55] *Vid*. GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. «Concesión de uso privativo de suelo de dominio público municipal para un centro docente concertado en la Comunidad Valenciana». *Práctica urbanística*, núm. 116 (2012), pp. 12-29.

[56] Cfr. MUNAR FULLANA, J. «Comentario al art. 30.3». BLASCO ESTEVE, A. (Dir.) Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas — Parlament de las Illes Balears, 2008, p. 360: «En este sentido, en los últimos años hemos podido presenciar unas tareas de redacción de diversos anteproyectos de una próxima ley integral reguladora de la actividad urbanística, cuyas pretensiones comunes han sido las de aglutinar la mayor parte de normas de rango legal que hemos apuntado y su integración en el marco de la ordenación del territorio. Esta norma será con toda probabilidad la que centrará próximamente el debate urbanístico en nuestra comunidad, puesto que con independencia de las diferentes tendencias existentes en cuanto a su contenido, se constata un elevado consenso a la hora de su consideración como una norma de existencia necesaria, en orden a eliminar la dispersión y asistematicidad existente en la actualidad».

sentido, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, ha venido a colmar esta necesidad, y a establecer una legislación completa y unitaria del fenómeno urbanístico.

Con todo, una de las características más significativas de esta nueva Ley es la remisión a los consejos insulares del desarrollo reglamentario de la LSIB, remisión que abarca importantes aspectos técnicos.

En relación con el objeto inmediato de este trabajo, es decir, la sostenibilidad social en lo cultural-religioso que integre a todas las realidades humanas presentes en las Illes Balears, querría acabar realizando cuatro propuestas de *lege ferenda*, sea esos hipotéticos reglamentos, sea para una futura reforma legal:

a) Cesión de uso (o titularidad) de solares o inmuebles municipales para equipamientos comunitarios de carácter religioso. Para ello propongo que el reglamento que desarrolle la gestión urbanística acoja un artículo del siguiente tenor:

«1. Les administracions públiques tindran en compte les creences religioses de la societat balear en l'àmbit de la gestió urbanística respecte de l'exercici col·lectiu i institucional de la llibertat religiosa, de conformitat amb el contingut de l'article 16.3 de la Constitució espanyola de llibertat religiosa, laïcitat, cooperació amb les confessions religioses i igualtat i no discriminació».	«1. Las administraciones públicas tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad balear en el ámbito de la gestión urbanística respecto al ejercicio colectivo e institucional de la libertad religiosa, de conformidad con el contenido del artículo 16.3 de la Constitución Española de libertad religiosa, laicidad, cooperación con las confesiones religiosas e igualdad y no discriminación».

b) Facilitar la participación de las confesiones religiosas en la elaboración del planeamiento urbanístico general. Se ha demostrado en otras Comunidades Autónomas que confiar en el procedimiento general de información pública no ha evitado los conflictos.[57] A la vista de esa experiencia (negativa) las Balears tienen la oportunidad de incorporar técnicas administrativas nuevas

[57] Cfr. LA VANGUARDIA, de 25 de agosto de 2011, p. 23: El Ayuntamiento de Salt (Girona) decidió suspender durante un año la concesión de licencias para construir y abrir centros de culto en el polígono de Torremirona, la única zona del municipio en la que es posible hacerlo. El Consejo Evangélico de Catalunya ya ha presentado un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya contra esta decisión.

para prevenir rupturas sociales. Entre otras, sugiero crear en el reglamento que detalle las prescripciones de planeamiento urbanístico, la obligación de realizar consultas previas con las confesiones con notorio arraigo,[58] reflejando su resultado en el expediente administrativo, siempre que se proceda a la revisión del planeamiento:

«En tot cas, s'hauran de realitzar consultes prèvies amb les confessions amb notori arrelament o major presència sociològica, reflectint el seu resultat en l'expedient administratiu, sempre que es procedeixi a la revisió del Planejament urbanístic general. Aquesta consulta prèvia és potestativa en el cas del planejament urbanístic derivat».	«En todo caso, se deberán realizar consultas previas con las confesiones con notorio arraigo o mayor presencia sociológica, reflejando su resultado en el expediente administrativo, siempre que se proceda a la revisión del planeamiento urbanístico general. Esta previa es potestativa en el caso del planeamiento urbanístico derivado».

c) Recoger las garantías de protección del interés público y social de los lugares de culto. Ciertamente, un texto más garantista podría suscitar más consenso social, especialmente con las confesiones minoritarias. Y un estímulo para suscitar la voluntad de legalizar y dar publicidad a la existencia de los lugares de culto. Más trasparencia por más seguridad jurídica. Entre otras posibilidades, se podrían recoger las dos siguientes: inembargabilidad e inviolabilidad de los lugares de culto. Es conocido que, de conformidad con el art. 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y con independencia del título por el que use del inmueble (propiedad, precario, arrendamiento,…), los lugares de culto son *inembargables*. Ciertamente, la

[58] Usamos aquí la categoría de «notorio arraigo» en el sentido técnico que señala el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, cuyo tenor literal es: «El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales». Por lo tanto, en la actualidad sólo la *Comisión Islámica de España*, la *Federación de Entidades Evangélicas de España*, la *Federación de Comunidades Judías de España* o la entidad autonómica balear que forme parte de las mismas, y las diócesis católicas de las Balears. En la propuesta de regulación añadimos también aquellas con «mayor presencia sociológica» para incluir las que —por el momento— no han alcanzado del Ministerio de Justicia la calificación de notorio arraigo.

Comunidad Balear no tiene competencia en materia procesal, pero nada obsta para que reproduzca la legislación estatal, conforme a la STC 173/1998,[59] en la propia. En relación con la *inviolabilidad de los lugares de culto*,[60] se debe tener incluidos todos sus archivos y registros, de conformidad con los acuerdos que el Estado español ha firmado con las diferentes confesiones, y el principio de laicidad que supone la garantía institucional de la autoorganización y autonomía de las confesiones religiosas, con respecto a los Poderes Públicos. Trasladando estas consideraciones al marco balear actual, el lugar propio para recoger estas posibilidades hubiera sido la LSIB, no sus futuros reglamentos. Como quiera que sea, proponemos un artículo con la siguiente redacción:

«1. Els llocs de culte de les confessions inscrites en el Registre d'Entitats Religioses del Ministeri de Justícia o, en el seu cas, del Registre anàleg del Govern Balear no podran ser objecte d'embargament atenent a l'interès públic i social, de conformitat amb l'article 606 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil. 2. Es reconeix la inviolabilitat dels llocs de culte, incloent–hi els seus arxius i registres, de conformitat amb els diferents	«1. Los lugares de culto de las confesiones inscritas en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Justicia o, en su caso, del registro análogo del Gobierno Balear no podrán ser objeto de embargo atendiendo al interés público y social, de conformidad con el artículo 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 2. Se reconoce la inviolabilidad de los lugares de culto, incluyendo sus archivos y registros, de

[59] «En cuanto a la competencia estatal sobre "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas" (art. 149.1.6 CE), ninguna de las partes ha planteado controversia alguna acerca del contenido y alcance de esta competencia, ya que los representantes procesales del Gobierno y del Parlamento de la Comunidad Autónoma sostienen la constitucionalidad de los preceptos impugnados por esta causa, no tanto en el hecho de tratarse de preceptos encuadrables en las especialidades derivadas de las peculiaridades del derecho sustantivo autonómico, cuanto en que, a su juicio, esos preceptos se limitan a efectuar una remisión a la normativa estatal aplicable sin introducir *ex novo* normación alguna».

[60] Cfr. art. 1.5 y 1.6 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 con la Santa Sede sobre asuntos Jurídicos, y el art. 2.2 de los Acuerdos de 1992 con las confesiones minoritarias. La STS de 19 de septiembre de 2008 (Ar. 5475) ha declarado que la normativa de protección de datos no se aplica a los libros registrales de la Iglesia Católica: Cfr. CANO RUIZ, I. *Los datos religiosos en el marco del tratamiento jurídico de los datos de carácter personal*. Granada: Comares, 2011.

acords que l'Estat espanyol ha signat amb les diferents confessions, en el sentit que estableix l'article 18.2 de la Constitució espanyola».	conformidad con los acuerdos que el Estado español ha firmado con las diferentes confesiones, en el sentido que establece el artículo 18.2 de la Constitución Española».

d) Igualmente se podría estudiar introducir alguna medida de fomento en alguna futura norma legal, como la legitimación para que las ordenanzas fiscales municipales recojan exenciones totales o parciales en el impuesto de obras y construcciones o en las tasas para las licencias urbanísticas, o para el trámite de comunicación previa o declaración responsable.

«Es reconeix la possibilitat que les corporacions locals aprovin exempcions totals o parcials per a la construcció o reforma de llocs de culte en l'Impost d'Obres i Construccions, i per a les taxes per l'expedició de les llicències municipals pertinents, o per la comunicació prèvia, sempre que aquestes exempcions tinguin cabuda en la normativa estatal o autonòmica».	«Se reconoce la posibilidad de que las corporaciones locales aprueben exenciones totales o parciales para la construcción o reforma de lugares de culto en el Impuesto de Obras y Construcciones, y para las tasas por la expedición de las licencias municipales pertinentes, o por la comunicación previa, siempre que estas exenciones tengan amparo en la normativa estatal o autonómica».

V. Bibliografía

ÁLVAREZ TARDÍO, M. *El camino a la democracia en España, 1931 y 1978*. Madrid: Gota a Gota Ediciones, 2005, pp. 77-78.

BORJA, J.; CASTELLS, M. *Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información*. Madrid: Taurus, 1999.

CANO RUIZ, I. *Los datos religiosos en el marco del tratamiento jurídico de los datos de carácter personal*. Granada: Comares, 2011.

CASTILLO BLANCO, F. C. «El Patrimonio de las entidades locales tras la aprobación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas», en MESTRE DELGADO, J. F. (Dir.). *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: La Ley-El Consultor, 2004.

CHINCHILLA PEINADO, J. A. «Los patrimonios públicos del suelo en la Ley 8/2007, de Suelo». *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 237 (2007).

DE VICENTE DOMINGO, R. *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014.

DEL ARCO TORRES, M. Á.; PONS GONZÁLEZ, M. *Diccionario de derecho urbanístico*. Granada: Comares, 1998.

DELGADO, M. «Memoria, ideología, y lugar en Barcelona». *Encrucijadas. Revista crítica de ciencias sociales*, núm. 2 (2011), pp.7-10.

DÍAZ LEMA, J. M. *Nuevo derecho del suelo: comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ESTEVE PARDO, J. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

GALERA RODRIGO, S. «Urbanismo sostenible. La política europea de medio ambiente urbano». *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 224 (2006), pp. 155-182.

GONZALEZ PÉREZ, J. J. «Comentario a los arts. 38 y 39», en GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Dir.). *Comentarios a la Ley del Suelo*. Vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008, pp. 1411–1445.

- *Comentarios a la Ley del Suelo*. Madrid: Civitas, 1981.
- *Comentarios a la Ley de reforma del Régimen urbanístico y valoraciones del suelo*. Madrid: Thomson-Civitas, 1991.
- *Comentarios a la Ley del Suelo: Ley 8/2007, de 28 de mayo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.
- *Comentarios a la Ley del Suelo*. Madrid: Civitas, 1990 (5ª ed. reimp.).

GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. *Libertad religiosa y urbanismo en España*. Pamplona: EUNSA, 2010.

- «Concesión de uso privativo de suelo de dominio público municipal para un centro docente concertado en la Comunidad Valenciana». *Práctica urbanística*, núm. 116 (2012), pp. 12-29.

IBÁN PÉREZ, I. C. *Textos de Derecho eclesiástico: (Siglos XIX y XX).* Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 251–261.

MARTÍN GARCÍA, M. «Derecho de libertad religiosa y establecimiento de centros de culto. A propósito de su desarrollo legal en Cataluña». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94 (enero-abril 2012).

MENÉNDEZ REXACH, A. «Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos». *Ciudad y Territorio*, núm. 95-96 (1993), p. 216.

MORENO ANTÓN, M. «El tratamiento urbanístico de los lugares de culto: a propósito del proyecto de ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17 (2008), en www.iustel.com

MUNAR FULLANA, J. «Comentario al art. 30.3», en BLASCO ESTEVE, A. (Dir.). Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas — Parlament de las Illes Balears, 2008.

- «Los patrimonios públicos de suelo en la legislación balear». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31 (2005), pp. 47-48.
- «La ordenación territorial y urbanística en las Islas Baleares. Contención y regulación del crecimiento en un marco de descentralización política y administrativa». *Justicia Administrativa*, núm. Extra. 1 (2003).

NEUHAUS, R. «Secularizations». *First Things*, núm.190 (2009), pp. 23-28.

PAREJO ALFONSO, L. *Comentarios a la ley del suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo).* Madrid: Iustel, 2007.

PÉREZ-MADRID, F. «El régimen legal de los lugares de culto en Francia, Italia y Estado Unidos. Una aproximación de Derecho Comparado», en OTADUY, J. *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera de la libertad religiosa*. Pamplona: EUNSA, 2013, pp. 470-477.

PONCE SOLÉ, J. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.

RHONHEIMER, M. *Historia y actualidad de una realidad compleja*. Madrid: RIALP, 2009.

RODRÍGUEZ BLANCO, M. «Problemática actual del ejercicio de la libertad religiosa por los inmigrantes pertenecientes a minorías religiosas», en MARTÍN GARCÍA, M.; RODRÍGUEZ BLANCO, M. *El pluralismo religioso y su gestión en el*

ámbito local y autonómico. Especial referencia a Andalucía. Granada: Comares, 2010.

– *Libertad religiosa y confesiones: el régimen jurídico de los lugares de culto*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. *El régimen jurídico de los centros de culto en Cataluña: ¿un ejemplo a seguir?* Madrid: Ministerio de Justicia, 2011.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. J. *La Autonomía de Melilla y su Estatuto*. Melilla: UNED-Melilla, 2004.

SEGLERS GÓMEZ–QUINTERO, Á. *Libertad religiosa y estado autonómico*. Albolote (Granada): Comares, 2005.

VILADRICH, P. J.; FERRER ORTIZ, J. «Los principios informadores del derecho eclesiástico», en FERRER ORTIZ, J. (Coord.). *Derecho Eclesiástico del Estado español*. Pamplona: EUNSA, 2007.

rjib12

COMENTARIS I NOTES

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA BALEAR

Alejandra Martínez Perelló

Graduada en Derecho

I. Introducción. II. Consentimiento informado. *1. ¿Cuándo hay que prestar consentimiento informado? 2. Capacidad para prestar consentimiento. 3. Contenido y características de la información. 4. Forma del consentimiento.* **III. Ausencia o defecto de consentimiento informado.** *1. Responsabilidad civil (consecuencias). 2. La prueba del consentimiento informado.* **IV. Límites a la exigencia de recabar el consentimiento del paciente. V. Bibliografía.**

I. Introducción

El consentimiento informado es definido como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud» (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

La información del médico, preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención, encuentra fundamento y apoyo en el art. 10.1 de la Constitución Española (CE), en el que se consagra la exaltación de la dignidad de la persona, pero sobre todo, en la libertad, de la que se ocupa el art. 1.1 CE, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias [STC 132/1989, de 18 de junio (RTC 1989, 132)]. También en el art. 9.2 CE, en el art. 10.1 CE y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966.

El paciente que acude a que le asistan es ser humano y, por tanto, no puede perder la dignidad ni los derechos que le son inherentes, incluidos entre éstos la libertad y el derecho de autodeterminación con relación a su salud. Es por ello que el art. 5 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 reconoce el derecho del paciente a conocer el diagnóstico de su enfermedad recibiendo la información adecuada para dar el libre e informado consentimiento sobre la intervención, a conocer las consecuencias y riesgos de la misma para, *a posteriori*, poder decidir lo que crea conveniente y retirar en cualquier momento libremente si así lo desea, el consentimiento. Derecho que ha sido reconocido también por el art. 11 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears, que es muestra de ello.

Por otro lado, el art. 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C364/01 regula el consentimiento informado «después de reconocer a toda persona el derecho a su integridad física y psíquica disponiendo que en el marco de

la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley».

En España está en vigor la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, antes mencionada. Como establece la CE en su art. 148.1.21, la sanidad puede ser competencia de las comunidades autónomas si éstas la asumen. Nuestra Comunidad Autónoma ha asumido esta competencia y actualmente se encuentra en vigor la Ley 5/2003, de 4 de abril, igualmente mencionada.

La naturaleza del consentimiento informado es dudosa. Encontramos Sentencias en las que el Tribunal Supremo lo declara como un derecho humano fundamental[1] con la consecuencia de que, si es considerado como tal, habría que cuestionarse si incluirlo en los llamados derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I CE. Sin embargo, hay algunos autores que creen que es más conveniente considerarlo como derecho de la personalidad.[2]

La Sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011, 37) dice que se trata de «un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental». Y en el mismo sentido se pronuncian la STS 3/2001, de 12 enero (RJ 2001/3) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Illes Balears 348/2012, de 8 de mayo.

---

[1] «El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental […] consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad» (STS de 12 de enero de 2001, RJ 2001/3 y STS de 11 de mayo de 2001, RJ 2001/6197).

[2] *Vid.* ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985, pág. 60 y DE CASTRO y BRAVO, F. «Los llamados derechos de la personalidad». *Anuario de Derecho Civil*, vol. XII, núm. 4 (1959), págs. 1237-1276.

La STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985/53), relaciona el concepto de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida con el art. 10 CE aludiendo al valor jurídico fundamental que tiene la dignidad de la persona porque se halla vinculada con el libre desarrollo de la personalidad.[3]

Así pues, podemos decir que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional consideran el consentimiento informado como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE i el art. 10.1 que consagra la dignidad de la persona y el libre ejercicio de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social). En la misma línea se expresa la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos en la Sentencia de 29 de abril de 2002 (TEDH 2002\23).

Como bien establece la STS de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37): «El art. 15 CE conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida [STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154)]. Por esa razón, el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad […] por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá una limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que tenga una justificación constitucional [SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120) y 137/1990, de 19 de julio (RTC 1990, 137)].»

Estamos ante el mismo caso cuando se practica una asistencia médica sin recabar el consentimiento informado del paciente que cuando existe consentimiento pero está viciado por falta o defecto de información. Se podría entender, en estos casos, que también existe una lesión al derecho a la integridad, aunque la gravedad sería menor que si se hubiera llevado a cabo la actuación médica en contra de la voluntad del paciente.[4]

---

[3] En efecto, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]» (STC 53/1985, de 11 de abril, RTC 1985/53).

[4] Excepcionalmente, en el caso de los reclusos del GRAPO en huelga de hambre, la vulneración de este derecho a la integridad física y moral venía justificada porque «la asistencia médica se

II. Consentimiento informado

1. ¿Cuándo hay que prestar consentimiento informado?

El art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso». Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 12 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, aplicable a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.[5]

Podemos ver que lo que se desprende de estos preceptos es la necesidad de consentimiento para que el médico pueda actuar; consentimiento que además ha de ser libre y voluntario. A *sensu contrario*, no podrá estar viciado o ser prestado con error. Pero lo más importante que este artículo exige es que exista una información que el facultativo tiene el deber de transmitir al paciente que va a ser intervenido.

Se ha afirmado por algunos autores[6] que la práctica del consentimiento informado antes de cada intervención o actuación médica «es exigible tanto si se encuadra en la medicina curativa como en la voluntaria o satisfactiva».[7] La

---

impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes del amparo con la Administración Penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la LOGP, que es la ley a la que se remite el art. 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionales consagrados como son la vida y la salud de las personas» (STC de 19 de julio de 1990, RTC 1990/137).

[5] El art. 12.1 dispone: «Cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado el consentimiento específico y libre y haya sido previamente informada».

[6] SANCHO GARGALLO, I. «Tratamiento legal y jurisprudencia del consentimiento informado». *Working Paper*, núm. 209 (abril 2004), p. 9. www.indret.com

[7] Es preciso hacer referencia a la distinción existente entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda, no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de

jurisprudencia establece que «si bien la petición de asistencia médica puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos [STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/7799)]». Además, esta Sentencia recuerda, invocando jurisprudencia de la Sala 1ª, que «una de las consecuencias del carácter satisfactivo del acto médico-quirúrgico […], es una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención [en el mismo sentido, STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073)]».

Lo que nos permite concluir que existen diferentes grados de información exigible dependiendo del tipo de intervención que vaya a realizar el facultativo. Como cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 345/2013, de 3 de septiembre (AC 2013\1673), citando la STS 943/2008 de 23 de octubre (RJ 2008/5789): «La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva; revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria [SS., entre otras, 29 de octubre de 2004 (2004/7218)]. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria [STS 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8427)]».

La Ley 41/2002 señala como información básica (art. 10.1) «los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones».

Es lógico que se exija el consentimiento informado en ambos tipos de intervenciones, ya que lo contrario atentaría contra la integridad de la persona y su libre voluntad de decisión, si bien, tiene mayor relevancia que se exprese el consentimiento del paciente en las intervenciones de medicina satisfactiva puesto que esa intervención es de carácter voluntario, no obligatorio. El paciente, para

---

conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.

decidir si quiere someterse o no, debe saber con mayor exactitud los riesgos que corre así como las consecuencias que la intervención pudiera tener, puesto que no debe someterse a ella por obligación o necesidad. Lo anteriormente expresado no quiere decir que para las intervenciones de carácter curativo no sea necesario el consentimiento informado del paciente, sino todo lo contrario ya que la Ley establece la exigencia del consentimiento informado para «todo tipo de intervenciones».[8]

Surgen serias dudas sobre las intervenciones que en principio son poco importantes y muy frecuentes, puesto que si se exigiese frente a éstas el consentimiento informado llegaría a colapsarse la asistencia sanitaria.[9] Este tipo de intervenciones frecuentes son las primeras curas de una herida, vendajes o inmovilizaciones, esguinces, etc. Según SANCHO GARGALLO,[10] la exigencia del consentimiento debe ser general pero variará dependiendo de la importancia que tenga la actuación que deba realizar el médico. Si la intervención no encierra riesgo, será cumplida esta exigencia de forma oral y con naturalidad, sin ninguna formalidad de carácter especial.

En el caso de que el facultativo deba intervenir o llevar a cabo un procedimiento invasor, lo que encierra riesgo para el paciente, deberá darse la exigencia de información previa y el consentimiento deberá prestarse por escrito de forma completa y clara de manera que no deje ninguna duda, así lo prevé la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 298/2013, de 3 de abril.[11]

El consentimiento informado, en virtud de lo que manifiestan el art. 8.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y el art. 12.3 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, es de carácter revocable en cualquier momento, siempre que se haga por escrito. Sin embargo existe un límite a lo que presupone este artículo y es que, iniciada una intervención o un tratamiento, si su interrupción supone un riesgo para la vida o la

---

[8] Ídem nota 5.

[9] Ídem nota 6.

[10] *Vid*. nota 6.

[11] «La obtención del consentimiento informado por escrito tanto cuando se trate de intervenciones quirúrgicas como cuando estemos ante procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente constituye una obligación ineludible […]».

integridad física del paciente, no tendría eficacia la revocación y éste sería un límite del principio de autonomía del paciente, derivado del principio de benevolencia.

Como podemos ver, el grado de información exigible en la medicina curativa o en la medicina satisfactiva depende de las circunstancias concurrentes y modera las consecuencias para cada caso concreto. Es decir, que las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable y de la responsabilidad consiguiente.

2. Capacidad para prestar consentimiento

El paciente, para poder consentir a la realización del acto médico que recaiga sobre su cuerpo, ha de tener capacidad general, es decir, ser mayor de edad y no tener incapacidad que afecte a su poder de autodisposición. En caso contrario su consentimiento será suplido por el de sus representantes legales.

El art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece que, en estos casos, el consentimiento será por representación legal y si el paciente carece de ésta, el consentimiento será prestado por personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

La Ley autonómica 5/2003, de 4 de abril, se pronuncia en el mismo sentido estableciendo que, en caso de incapacidad, corresponderá a los representantes legales y, «En caso de inexistencia de declaración judicial, corresponderá a sus familiares, a su pareja y, subsidiariamente, a las personas cercanas a él» (art. 12.5).

En cuanto a los menores de edad, la Ley estatal establece en el art. 12.5 c) que corresponderá el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En estos casos, se escuchará la opinión del menor si tiene doce años cumplidos y el representante legal dará el consentimiento. Se prescindirá del consentimiento por representación cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no incapaces ni incapacitados. Sin embargo, continúa el precepto, en caso de actuación de grave riesgo, los padres serán informados y su opinión se tendrá en cuenta para la toma de las decisiones correspondientes a criterio del facultativo.

Por otro lado, la Ley autonómica en el art. 12.6 establece que: «Respecto de los menores de edad, el derecho a decidir corresponderá a los padres, tutores o

curadores que ostenten la representación legal. La opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo que establecen las leyes civiles. Cuando haya disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización última se someterá a la autoridad judicial.»

Podemos ver pues, que la norma estatal nada dice sobre someter la decisión, en casos de disparidad de criterios, a la autorización judicial, al contrario que la Ley 5/2003, de 4 de abril, que establece que la autorización última se someterá a dicha autoridad.

Sin embargo, según la redacción del art. 162 CC, se exceptúa de la representación legal que los padres tienen sobre sus hijos menores no emancipados «los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Por lo que resulta interesante observar en qué medida afecta este artículo al consentimiento en el acto médico sobre el menor, teniendo en cuenta que éste incide sobre su cuerpo, y que para la mayor parte de la doctrina el poder de autodisposición sobre el cuerpo es un derecho de la personalidad.

En principio parece ser el médico quien valorando las circunstancias debe emitir un juicio acerca de la madurez del menor y decidir; ya que si la madurez del menor hubiera de ser apreciada por los padres, el art. 162 CC sería inútil en estos casos. Efectivamente, en el momento en que el hijo no esté de acuerdo con los padres, éstos podrán alegar que su hijo no reúne las condiciones de madurez suficientes, con lo que en definitiva se hará siempre la voluntad de los padres. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el médico no tiene medio de conocer dicha madurez; por ello el facultativo debe inclinarse en estos casos por la opinión que sea favorable a la protección de la salud del enfermo.[12] En la legislación balear, el art. 12.6[13] de la Ley 5/2003, de 4 de abril, establece el mismo procedimiento respecto a los menores de

[12] ROMEO CASABONA, C. M.ª *El Médico y el Derecho Penal. I.* Barcelona: Bosch, 1981, pág. 80.

[13] El art. 12.6 establece: «Respecto de los menores de edad, el derecho a decidir corresponderá a los padres, tutores o curadores que ostenten la representación legal. La opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo que establecen las leyes civiles. Cuando haya disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización última se someterá a la autoridad judicial».

edad; sin embargo, este precepto añade que la decisión última, en caso de existir discrepancias entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, se someterá a la autoridad judicial, siendo ésta pues quien decide.

En cualquier caso parece lógico pensar que los padres que se oponen a un tratamiento médico necesario para su hijo incumplen el deber de velar por ellos, por lo que el médico que juzgue que dicho tratamiento es necesario podrá solicitar autorización judicial para emprenderlo; y, si además de necesario el tratamiento es urgente, parece que el facultativo deberá actuar incluso contra la voluntad de los padres, siempre y cuando pruebe la necesidad y la urgencia, ya que tal intervención formaría parte de su deber de asistencia.

Por otro lado, hay autores[14] que determinan que la capacidad necesaria no es propiamente la civil, sino la capacidad natural, que hay que atender «a si en la realidad el paciente está en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad, que puede afectar a algunos de los derechos que le son inherentes (vida, integridad física, libertad, libertad religiosa…)», como es someterse a una actuación médica. Esta capacidad es una aptitud intelectual y emotiva necesaria para comprender la enfermedad y hacerse cargo de su situación, y al mismo tiempo para poder valorar las distintas alternativas y optar por la opción que aprecia más conveniente.[15]

---

[14] SANCHO GARGALLO, I. «Tratamiento legal y jurisprudencia…», *cit*., pág. 20.

[15] La STC de 18 de julio de 2002 (RTC 2002/154) conoce de un recurso de amparo contra una Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la que se condenaba a unos padres, testigos de Jehová, por no haber intentado que su hijo aceptase la transfusión de sangre que necesitaba para no fallecer. La transfusión de sangre fue autorizada judicialmente, pero los médicos no se atrevieron a practicarla por la reacción del menor de 13 años, que era contraria a ésta ya que consideraban que era contraproducente. El Tribunal Constitucional estimó el amparo por considerar que a los padres no se les podía exigir una conducta distinta a la que tuvieron ya que sería contrario a sus convicciones y sería contrario al derecho fundamental de libertad religiosa contenido en el art. 16 CE. En esta Sentencia, pues, se reconoce implícitamente la capacidad natural del menor suficiente como para ejercer su derecho a la libertad religiosa y, por tanto, a no renunciar a la práctica del tratamiento médico. Se puede decir pues que los médicos tuvieron en cuenta la voluntad del menor. Sin embargo, como la consecuencia de la negativa a la aceptación del tratamiento fue la muerte, podríamos estar incluso ante un tema de límites al consentimiento informado previsto en el art. 9.2 b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, aunque tendría que obviarse para ello que el menor no tuviera capacidad natural suficiente para ejercer el consentimiento informado y que los padres del

3. Contenido y características de la información

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, regula en su art. 4 el derecho a la información asistencial y el contenido mínimo de esta información: «Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.»

El art. 4.2 de la Ley 41/2002 establece que: «La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad». En relación con este precepto, el art. 10 del mismo cuerpo legal añade que el facultativo deberá proporcionar al paciente antes de recabar su consentimiento: las consecuencias relevantes, los riesgos (relacionados con las circunstancias personales del paciente y los probables en condiciones normales) y las contraindicaciones. Y, en relación con los anteriores, el art. 11 de la Ley autonómica 5/2003, de 4 de abril, establece que «El paciente tiene derecho a que se le facilite en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluidos el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento». Como vemos, la Ley balear nada dice sobre los riesgos ni consecuencias relevantes ni las contraindicaciones, sin embargo existen resoluciones como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 236/2013, de 4 de junio (AC 2013/1351), que sí se pronuncian sobre la información que debe recibir el paciente y establece que: «debe hacerse un informe claro y completo de los riesgos descartables, y cuáles no lo son, para que la persona que solicite la intervención —o los representantes legales en su caso— puedan hacer declaración expresa de que asumen los riesgos —

---

menor estarían deslegitimados para no aceptar la intervención ya que ésta es necesaria para la vida de su hijo y no podrían contraponer sus propios intereses religiosos para oponerse. En este caso sería necesario que los padres velasen por lo que es mejor para el menor y, por tanto, no está justificado poner en peligro su vida por una convicción religiosa.

inevitables— que se le hayan explicado claramente [STS de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\166)].

En el mismo sentido, la misma Sentencia balear, citando las SSTS de 15 de noviembre y de 21 de diciembre de 2006, de 4 de octubre y de 28 de noviembre de 2007, de 13 de octubre de 2009, de 27 de septiembre de 2010 y de 1 de junio de 2011, establece que: «la información, por su propia naturaleza, supone un proceso gradual, básicamente verbal y exige tiempo y dedicación suficiente. Ha de incluir el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas con sus riesgos y beneficios, ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa, exhaustiva y personalizada, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria —prescindible— o de una necesidad relativa».

El art. 10[16] de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como ya se ha expuesto, establece el contenido de la información básica.

La Ley 5/2003, de 4 de abril, en su art. 11 reconoce el derecho del paciente a conocer en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluidos el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento. Sin embargo, a diferencia de la Ley estatal, no regula un contenido de información básica.

Se alude a la gran importancia que tiene el consentimiento en la denominada cirugía satisfactiva, como lo es la cirugía estética, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 236/2013, de 4 de junio (AC 2013/1351) que sostiene que: «en estos supuestos se acrecienta el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o

[16] Este artículo establece que:

«1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

[…]».

desistir de la operación [...] con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención» (como también señala el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en Sentencias de fecha 21 de octubre y 29 de septiembre de 2005, de 4 de octubre de 2006 y de 10 de mayo, 17 de abril, 6 de julio, 4 de octubre y 22 de noviembre de 2007). En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 43/2011, de 23 de diciembre (AC/2011/762).

Por lo que respecta a las características de la información, la citada Sentencia 43/2011, de 23 de diciembre, declara la información como requisito previo para la validez del consentimiento como información «objetiva, veraz, completa y asequible. Esto es, no sólo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica». En el mismo sentido la STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8651) con cita de las de 12 de febrero y de 23 de mayo del mismo año y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 345/2013, de 3 de septiembre (AC 2013/1673).

Por lo tanto debe advertirse de estos eventos, como dice la STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001,3) «aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente [...]». La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.

La jurisprudencia trata el tema de los riesgos estableciendo que existen riesgos previsibles o típicos y otros imprevisibles, algunos de éstos comúnmente conocidos por todos y por tanto se entiende que asumidos por todos los pacientes que los van a correr. Lo que fija la jurisprudencia es que «la previsibilidad no puede medirse en términos estrictos de estadística, porque poco importa a efectos de la información el porcentaje de veces que ocurra si es una complicación inherente de la intervención y precisamente porque esta inherencia es perfectamente conocida, debe ser

informada al paciente» [STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001,3)]. Lo realmente necesario es que los riesgos sean inherentes a la intervención del facultativo y que estén relacionados directamente con la intervención, pues si no, no generarían responsabilidad por parte del médico, a no ser que existiese diligencia por parte de éste.

Esta doctrina del Tribunal Supremo trae causa de la pretensión por parte de los facultativos de quedar exentos del deber de informar de los riesgos que, por estadística, ocurren muy improbablemente.

Los riesgos, además, tienen que ver con distintos factores pudiendo ser, como hemos dicho anteriormente, previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS de 21 de octubre y de 10 de mayo de 2006); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS de 10 de febrero de 2004 —corrección de miopía—); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del posoperatorio (SSTS de 21 de diciembre de 2006; de 15 de noviembre de 2006; de 27 de septiembre de 2010, y de 30 de junio de 2009); alternativas terapéuticas significativas (STS de 29 de julio de 2008); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS de 13 de octubre de 2009); necesidad de la intervención (SSTS de 21 de enero de 2009 y de 7 de marzo de 2000).

Además, según las SSTS de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/3684) o de 4 de abril de 2000 (RJ 2000/5574), la información ha de ser exhaustiva, entendiendo por tal que «debe entenderse por el destinatario con el fin de que pueda contar con la información clara y precisa para decidir si someterse o no a la intervención». Además de clara y comprensible para el enfermo o los familiares que deben prestar el consentimiento en su representación.

«Su finalidad es que el enfermo participe en la toma de decisiones que afectan a su salud, por lo que se ha de integrar con datos al alcance de su comprensión de manera que, a través de ellos y con cabal conocimiento, pueda ponderar la posibilidad de sustraerse o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos, de contrastar el pronóstico con otros facultativos o de acudir a un centro médico u hospitalario distinto» (SSTS de 15 de noviembre y de 21 de diciembre de

2006; de 4 de octubre y de 28 de noviembre de 2007; de 13 de octubre de 2009; de 27 de septiembre de 2010, y de 1 de junio de 2011).

En definitiva, la finalidad perseguida por la información es esencial para saber el grado de información que debe recibir el paciente. La información va en función del consentimiento en el sentido de que, para que el consentimiento pueda ser libremente y con conocimiento de causa prestado, es necesario que el enfermo conozca lo esencial sobre la intervención y enfermedad en los términos más comprensibles posibles, para que éste pueda hacerse una idea de la situación en la que se encuentra y conozca las distintas alternativas por las que puede optar (siempre la de la no intervención) para su curación, además de los riesgos que se conozca puedan existir en relación con las mismas. Sin embargo, la información no debe ser desproporcionada porque podría provocar que el paciente, a pesar de haber leído u oído toda la información médica, diese su consentimiento sin tener conocimiento de causa de la información recibida, cosa que llevaría a un resultado perjudicial para él.

4. Forma del consentimiento

Respecto a la forma del consentimiento[17] rige, en principio, la libertad de forma; lo importante es que exista un consentimiento, que éste sea libre y consciente y que el facultativo pueda tener conocimiento del mismo. Se admite por tanto, igualmente, un consentimiento escrito o verbal, expreso o tácito; siendo normalmente esta última forma la utilizada, excepto cuando el tratamiento incluye alguna intervención quirúrgica, caso este en que el consentimiento normalmente es prestado por escrito.

El art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece que la norma general es que el consentimiento sea verbal. Pero en el mismo precepto, así como en el art. 8 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, encontramos unas excepciones a esta generalidad. En los siguientes casos, pues, deberá prestarse por escrito el consentimiento:

- Intervención quirúrgica.
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.

[17] ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*, *ob. cit*., pág. 75.

– Y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Por tanto vemos que hay unos casos tasados por la ley en los que se establece que deberá llevarse a cabo por la forma escrita a pesar de que la norma general es la oralidad. Al ser estos casos tasados tan amplios, acaba convirtiéndose la forma escrita en regla general. Nada se dice sobre si el consentimiento debe ser expreso o tácito, aunque aplicando la doctrina general sobre la voluntad en la perfección de los negocios y la teoría de los actos propios, debe entenderse que los actos concluyentes de consentir en el tratamiento o intervención bastarán para considerar cumplido el requisito del consentimiento informado.[18] Aunque estos actos deben ser concluyentes de que prestó su consentimiento con conocimiento de causa.

La STS 674/2009, de 13 de octubre (RJ 2009/5564), argumenta que es reiterada doctrina [STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1481)] «que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* [STS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4638)], garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente [...] habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/3916) que debe al menos quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la Ley General de Sanidad para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios».

[18] SANCHO GARGALLO, I. «Tratamiento legal y jurisprudencia…», *cit.*, pág. 14.

III. Ausencia o defecto de consentimiento informado

1. Responsabilidad civil (consecuencias)

En los casos en los que la información recibida por el paciente es insuficiente o el consentimiento está viciado o es prestado sin conocimiento de causa, se da lo que la jurisprudencia en ocasiones denomina consentimiento desinformado, como ocurre en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de junio (JUR 2002/226474) que establece que no se transmitió información previa por el doctor a su cliente y en todo caso sería insuficiente sobre las alternativas, riesgos de la operación y ventajas e inconvenientes de cada tratamiento; es decir, se privó a la recurrente de conocer el verdadero alcance y consecuencias de dichos métodos, por lo que se le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e incluso de poder desistir de la intervención, al no presentarse la misma como necesaria, ya que se trataba de una operación de cirugía estética, donde la necesidad de actuar se halla, por lo general, lejana a la imposición que se establece en casos donde la necesidad impone la obligación de actuar.

En estos casos se ha producido el consentimiento desinformado a cargo del paciente [STS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8126)] al habérsele privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada. El derecho a la información del enfermo se conculcó, por no haberse demostrado que el médico hubiera advertido personal y directamente al enfermo los riesgos y alternativas de la operación practicada. Por ello, el médico asumió, en realidad, por sí sólo los riesgos de la operación, en lugar de hacerlo la paciente, como declaró la STS de 23 abril de 1992 (RJ 1992/3323) ya que se trata de omisiones culposas por las que se debe responder, derivadas de la necesidad de que la información ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible.

La STS de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011/2633) establece que «la falta de la adecuada información, implica una mala praxis médica que es una consecuencia necesaria que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento de orden político y de la paz social» [art. 10.1 CE, como también precisan las SSTS de 2 de julio (RJ 2002/5514) y de 10 de mayo de 2006 (RJ

2006/2399)]. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 257/2013, de 24 de junio (JUR/2013/248840).

La ausencia o defecto de consentimiento informado puede dar lugar a responsabilidad civil del médico. Para ello deben darse unos presupuestos o requisitos que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de abril de 2004 (JUR 2004/147063) sistematiza. La citada Sentencia establece que para que pueda existir responsabilidad civil médica por la omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado es preciso que el paciente haya sufrido como consecuencia de una intervención médica, correctamente realizada, un daño de cuya eventual producción no hubiera sido informado con carácter previo al consentimiento requerido para el acto pese a constituir su acaecimiento un riesgo típico o inherente a ella en una razonable representación de sus previsibles consecuencias.

«En definitiva, la apreciación de la expresada responsabilidad civil exige el concurso de los siguientes requisitos» (que se expondrá siguiendo la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias):

«a) Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado».

Según establece esta Sentencia debe existir daño para que nazca la responsabilidad, puesto que sin él la omisión del consentimiento informado sólo sería una infracción de los deberes profesionales, pero sin repercutir en responsabilidad civil contractual o extracontractual, pudiendo ser exigible responsabilidad en otras órdenes.

«b) Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella».

Se trata de la manifestación de presupuesto necesario para que exista responsabilidad civil que se conoce como relación de causalidad. Implica que el daño debe estar ligado causalmente a la intervención y debe ser un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado previamente a la intervención para poder prestar su libre consentimiento. Si el daño sufrido no fuera inherente a la intervención ni por ende previsible en una estimación anticipada de sus eventuales riesgos, su acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1.105 CC); y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información al paciente.

«c) Que del riesgo finalmente materializado en daño no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención».

Como se sabe es la omisión del consentimiento previo e informado de los riesgos lo que determina que el médico sea responsable.

«d) Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio».

Porque, de lo contrario, existiría responsabilidad por culpa o negligencia en la actuación u organización del servicio.

En análogo sentido, la STS de 2 de julio de 2002 (RJ 2002/5514) declaró que «no cabe compartir el juicio de valor [...] porque no se plantea un problema de si se da o no una relación de causalidad entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención, sin que quepa duda que el riesgo de complicación tiene entidad suficiente para considerar seriamente la decisión de no someterse a la operación. Es por ello, que carece de relevancia que no se haya probado una negligencia médica en la práctica de la intervención, ni en el postoperatorio. Por otro lado, es cierto que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicomprensivo pero obviamente se extiende a complicaciones previsibles y frecuentes. Finalmente […] se recuerda que para que el consentimiento prestado por el usuario sea eficaz, es preciso que sea un consentimiento que se preste con conocimiento de causa, y por ello se requiere que se le hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir directamente o *a posteriori* de la operación».

En principio, el consentimiento o adhesión del paciente al acto sobre su cuerpo, propuesto por el médico, se refiere a dicho acto o actos, así como a los que sean consecuencia necesaria de éstos, según la información recibida y a todas las medidas accesorias o complementarias vinculadas con el acto consentido y sobre las que se haya suministrado información precisa.

Los efectos del consentimiento del paciente son limitados[19] y esto es porque ni el hecho de la inexistencia de consentimiento engendra automáticamente la

[19] ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*, *ob. cit*., pág. 80.

responsabilidad del médico, ni la existencia del mismo le libera de dicha responsabilidad. El consentimiento no puede considerarse en este sentido como una especie de cláusula de irresponsabilidad del médico; el hecho de que el paciente haya aceptado la intervención no quiere decir que el médico quede libre de responder en cualquier caso.

El paciente, al aceptar, asume también los riesgos de la intervención, o los del tratamiento, y con ello, la posibilidad de un fracaso. El médico, sin embargo, seguirá respondiendo de su dolo, su culpa y su impericia; el paciente, al aceptar, no se libera de esta responsabilidad, pues tan sólo acepta los riesgos propios de una intervención, no los que añada la poca previsión o prevención del médico. Por lo tanto, en el sentido inverso, si existiera una omisión de consentimiento previo por parte del paciente, o no fuere suficiente la información recibida acerca de los riesgos de la intervención, esta ausencia determinaría la asunción de los riesgos por el facultativo y, con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.

Los efectos que origina la falta de información, como ya se ha visto anteriormente, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa [STS de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011/2633) y SSTS de 12 de febrero de 2007, de 23 de mayo, de 29 de junio y de 28 de noviembre de 2007 y de 23 de octubre de 2008].

Un ejemplo de consentimiento desinformado se analiza en la STS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8126), en la que se solicita la responsabilidad del otorrinolaringólogo que practicó una operación de estapedectomía en el oído izquierdo al demandante y éste, como consecuencia, perdió por completo la audición del mismo, constatándose cofosis total, cuadro de acúfenos y habiendo precisado tratamiento psicoterapéutico. Así, se considera que se ha producido un consentimiento desinformado al habérsele privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada. Se estima el recurso de casación interpuesto y se le declara responsable de la secuela de la

pérdida de audición y a indemnizarle por daños patrimoniales, físicos y morales causados, en la cantidad de treinta y cinco millones de pesetas.

Si la falta de información no vició el consentimiento, el incumplimiento del deber de información no podrá constituir causa del daño corporal sufrido por la intervención y no justificará la responsabilidad de indemnizarlo. Sin embargo, podría ser producto de indemnización de otro tipo como pudiera ser la de carácter administrativo o civil, en cuanto pueda entenderse que la ausencia de información podría constituir por sí solo un daño moral, distinto del daño corporal derivado de la intervención, que también sería susceptible de ser indemnizado. Hay autores que consideran que este daño moral podría considerarse una consecuencia natural de toda lesión de un derecho de la personalidad, en cuanto que toda intromisión ilegítima supone un daño[20] cuando menos moral.

Cosa distinta son los efectos que producen esa falta de consentimiento informado, con independencia de que la intervención médica se realice correctamente, como pretensión autónoma que tiene como fundamento un daño y que éste sea consecuencia del acto médico no informado.

A la vista de lo anterior, podemos afirmar que, la mayoría de las Sentencias sostienen que «sin daño no hay responsabilidad alguna; que la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario», lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica. Así lo hacen también las SSTS de 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001/7130) y, *a posteriori*, la de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/2399) y la de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5789). En el mismo sentido, más recientemente, se reitera que la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido [STS de 9 de marzo de 2010 (RJ 2010/4211); Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 257/2013, de 24 de junio (JUR 2013/248840)].

En la STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5789) incluso se alude al hecho de que no existe responsabilidad civil por parte del médico si no ha existido daño, aunque haya habido información escasa: «La denuncia por información deficiente

[20] DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. «La protección de la personalidad en el derecho privado». Revista de Derecho Notarial (enero-marzo 1974), pág. 80.

resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil [SSTS de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007,396) y de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3072)]».

No obstante, recientemente, la STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011/3279) consagra el derecho de autodeterminación del paciente, dándosele una importancia, a mi parecer, extrema. Es un caso particular en el que, sin haber daño alguno por la intervención practicada, el médico es considerado responsable por causar daño moral grave ya que el paciente no pudo decidir libremente. Es hecho probado que no hubo consentimiento para realizar la intervención que se practicó. Existió consentimiento por parte de la paciente de que se llevara a cabo una intervención de una concreta patología consistente en comprobar un menisco dañado mediante artroscopia, en ningún caso seccionar y extraer, que fue la que finalmente se llevó a cabo, por considerar que la operación que se había programado era innecesaria por no afectar al menisco. Por lo tanto, existió un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente y el Tribunal estima que ese daño moral grave por el cambio de cirugía debe ser indemnizado. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

Sin llegar al extremo de esta última Sentencia, la jurisprudencia reciente admite el daño moral como justificación de la responsabilidad civil. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 348/2012, de 8 de mayo, que establece: «La Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de enero de 2012 (ROJ: STS 55/2012), ha aplicado la teoría del daño moral, citando la reciente jurisprudencia al respecto en los siguientes términos: "[…] la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que

aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011)"». Y, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 298/2013, de 3 de abril.

Siguiendo el criterio fijado en la STS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012/1784), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 257/2013, de 24 de junio (JUR 2013/248840) se pronuncia sobre la teoría de la pérdida de oportunidad estableciendo que: «El daño del que se debe responsabilizar al demandado no es el que se deriva de una ejecución defectuosa, pues, conforme ya se ha indicado, no existió conducta negligente, mala praxis, en la intervención, sino la que se deriva de haber omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo de la operación que se produce en un porcentaje no desdeñable de casos (4 a 11%). De esta manera, la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído de la intervención médica cuyos riesgos se han materializado. Así el daño se causa por la pérdida de la oportunidad de decidir, una vez conocido el riesgo de la operación, de decidir someterse a la misma, que resulta de cierta relevancia al tratarse de una prueba diagnóstica, para descartar una grave dolencia como así fue. Ha de tomarse, por tanto, en consideración lo aconsejable de la intervención, por un lado, y la gravedad de la enfermedad que se trataba de descubrir, pero lo cierto es que la falta de información privó al actor, a sus padres, puesto que era menor de edad en ese momento, de poder valorar la necesidad de la intervención en relación a las consecuencias que de la misma se podían derivar, daño que resulta indemnizable […] Tomando en consideración que no se trata de indemnizar las consecuencias de una mala praxis médica, sino el daño derivado de la falta de consentimiento informado, como pérdida de la oportunidad de decidir de una forma plenamente consciente sobre la procedencia de la intervención, siendo consciente del riesgo que se asumía, se entiende que la indemnización debe fijarse en una cantidad cercana al 50% de la que correspondería en el caso de haberse producido una mala praxis acreditada […]».

Así pues, la jurisprudencia más reciente establece que «en supuestos de deficiencia en el consentimiento informado no se indemnizan las lesiones y secuelas, sino el daño moral derivado de la privación del derecho de autodeterminación» [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 298/2013, de 3 de abril y STS de 3 de enero de 2012 (RJ 2012\8)].

Vemos pues, una evolución en la más reciente jurisprudencia en la que se aprecia la responsabilidad civil apoyándose en el daño moral causado, o incluso en la pérdida de oportunidad. Esta evolución es recogida por la interesante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 348/2012, de 8 de mayo, de la que se reproduce una parte a modo de conclusión: «Los criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad en caso de ausencia o invalidez del consentimiento informado han evolucionado, bien que también pueden verse pasos atrás, primero, de la consideración de que no cabe indemnización cuando el resultado dañoso padecido carezca de relación de causalidad con la falta de información, a la consideración —teoría del desplazamiento del riesgo— de que el incumplimiento u omisión del consentimiento informado comporta el desplazamiento de los riesgos al médico responsable de la infracción de la *lex artis*; más tarde, a la consideración —teoría del daño moral— de que la situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, cristalice o no ese riesgo, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención llevada a cabo sin el consentimiento del paciente; y, finalmente, a la consideración —teoría de la pérdida de oportunidades— de que, concretado el riesgo del que no se informó, la indemnización se cuantifica únicamente en función de la pérdida de oportunidades de curación o supervivencia y no por la integridad del daño a la salud sufrido».

2. La prueba del consentimiento informado

En sede de responsabilidad civil médica el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la parte contraria, el facultativo o en ocasiones la Administración, así la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999,6330) y la STS de 4 de abril 2000 (RJ 2000/8648) aclaran: «Es, por tanto, a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación

y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información». En el mismo sentido, la STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8939) hace una importante declaración sobre la carga de la prueba, «por la posición ventajosa en que se encuentran los facultativos frente a las víctimas o perjudicados […]». A esta Sentencia también se remite la Sentencia 1288/2002, de 23 de diciembre (RJ 2003/914) que razona sobre la doctrina que flexibiliza el rigor del art. 1.214 CC haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición más prevalente o más favorable por la disponibilidad probatoria asumida por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en el art. 217.6. Así por tanto, recalca que «aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente, y no al médico, […] tiene unas excepciones entre las que figuran, cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño o se da la situación de facilidad o disponibilidad probatoria [Sentencias de 29 julio 1998 (cuando se debían haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos), 28 diciembre 1998 y 19 abril 1999 (la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba) y la de 31 julio 2002)]».

En otras, podemos ver como hay una distinción dependiendo de si el consentimiento se produjo por escrito o de forma oral, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 345/2005, de 16 de mayo (JUR 2005/156243), que acontece que la jurisprudencia invierte la carga de la prueba para que sea el facultativo quien acredite la suficiencia e idoneidad de la información facilitada en los casos de información verbal. En este caso concreto la información fue escrita y por tanto debe ser el propio paciente quien demuestre que la información que suscribió fue insuficiente, inadecuada o errónea o que se sometió a la intervención sin ejercer libre, voluntaria y conscientemente su derecho a decidir por desconocer los riesgos inherentes a la intervención. Concluye la Sentencia estableciendo que «no se puede imponer la carga de la prueba a quien la alega, sino a quien debió cumplir con ella, facilitando un documento en el que, con precisión, se indicaran los riesgos y alternativas de la intervención». En el mismo sentido se pronuncia la anteriormente citada STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/3916).

IV. Límites a la exigencia de recabar el consentimiento del paciente

Podemos decir que el derecho a ser informado con carácter previo a la operación tiene su vertiente negativa en el sentido de que también existe el derecho a no serlo, a no conocer con detalle el diagnóstico y sus efectos y los riesgos del tratamiento o la intervención, aunque eso no deja de lado que el paciente deba prestar su consentimiento, en este caso, un consentimiento desinformado sobre la futura intervención.

El art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, prevé sólo dos supuestos en que se pueden llevar a cabo las intervenciones:

- Riesgo para la salud pública.
- Riesgo para la integridad física o psíquica del enfermo.

Y el art. 12.4 de la Ley autonómica balear 5/2003, de 4 de abril se expresa en sentido muy similar.

El art. 5.4 de la Ley 41/2002 reconoce la posibilidad de limitar el derecho de información de los pacientes por existir acreditadamente un estado de necesidad terapéutico. En este sentido, el médico puede llevar a cabo la intervención médica sin informar antes al paciente cuando, por razones objetivas, el conocimiento pueda perjudicar la salud del enfermo gravemente. El precepto que establece esta posibilidad tiene un carácter muy genérico que podría plantear dudas. Debería valorarse *a posteriori* la concurrencia de esas razones objetivas que permitieron que el médico actuase sin informar por causas que dañasen gravemente la salud del enfermo.

En los casos en que se deba llevar a cabo la intervención sin el consentimiento del paciente es imprescindible que la intervención sea a favor de la salud del paciente y que sea indispensable. Por lo tanto, quedan al margen cualquier tipo de intervenciones que supongan alcanzar cualquier otro objetivo o finalidad que no sea actuar en beneficio de la salud del paciente y, por supuesto, las que no sean de carácter indispensable.

Así pues, como establece la STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/13), los supuestos en los que se pueda exceptuar la necesidad del previo consentimiento informado son también excepcionales, y así lo ha plasmado el legislador, que «permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones

clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan solo en los casos de riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. Aún más, en este último supuesto, si las circunstancias lo permiten, se debe consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente».

V. Bibliografía

ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985.

BAJO FERNÁNDEZ, M. «La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXXII, I (enero-abril, 1980).

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. «La protección de la personalidad en el derecho privado». *Revista de Derecho Notarial* (enero-marzo 1974).

DE CASTRO y BRAVO, F. *Los llamados derechos de la personalidad: dos estudios provisionales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1959.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. «Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales». *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 3 (mayo 2004).

ROMEO CASABONA, C. M.ª *El Médico y el Derecho Penal*. *I*. Barcelona: Bosch, 1981.

– *El Médico ante el Derecho (la responsabilidad penal y civil del médico)*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

SANCHO GARGALLO, I. «Tratamiento legal y jurisprudencia del consentimiento informado». *Working Paper*, núm. 209 (abril 2004). www.indret.com

rjib12

COMENTARIS I NOTES

LA TUTELA CIVIL FRENTE AL RUIDO PRODUCIDO POR ACTIVIDADES DE OCIO

Maria Magdalena Ripoll Matas

Licenciada en Ciencias Ambientales

Graduada en Derecho

I. El ruido: concepto, causas y consecuencias. II. Vulneración de derechos fundamentales y de principios rectores de política económica y social. III. Relación entre copropietarios en la LPH. *1. El art. 7.2 LPH. 2. Actividades prohibidas en los estatutos. 3. Contravención de disposiciones generales de las actividades molestas, nocivas o ilícitas. 4. La acción de cesación e indemnización en la LPH.* **IV. El art. 27.2.e) LAU. V. La normativa sobre ruidos de la Administración Pública.** *1. Diferentes rangos de normas. 2. Ámbito de aplicación.* **VI. El ruido en el marco de las relaciones de vecindad.** *1. Derecho sustantivo. 2. Caracteres del concepto de inmisión. 3. Teoría de la normalidad del uso y de la normal tolerancia. 4. Ruido y daños resarcibles.* **VII. Las acciones frente al ruido en el marco de la responsabilidad extracontractual.** *1. Acciones para evitar las inmisiones molestas. 2. La acción resarcitoria del daño en el marco de la responsabilidad extracontractual. 3. Plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y cesación.* **VIII. Bibliografía. IX. Anexos.**

I. El ruido: concepto, causas y consecuencias

El ruido suele definirse como «el sonido o conjunto de sonidos inarticulado que se percibe como desagradable, incomodo, molesto o perturbador».[1] La presencia del ruido en la vida cotidiana se ha ido magnificando a consecuencia de la industrialización, tecnificación y aglomeración urbana, convirtiéndose en una fuente de contaminación acústica y de degradación ambiental (en la imagen del Anexo 1 se puede observar una escala de diferentes niveles sonoros en relación con distintas actividades humanas).

La unidad utilizada para medir el ruido son los decibelios (dB); esta medición se puede ajustar a la percepción del oído mediante tablas de ponderación llamadas «A» y «C». El oído humano es capaz de percibir y soportar ruidos entre unos valores de 0-120 dB. A partir de los 120 dB se pueden producir daños físicos como la rotura del tímpano. Otros trastornos o enfermedades relacionados con el ruido son: depresión, insomnio, problemas cardiovasculares y efectos psicofisiológicos, reducción del rendimiento y cambios en el comportamiento social.[2]

Al ser el ruido un riesgo para la salud humana, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su guía WHO[3] sobre el ruido realiza diversas recomendaciones sobre los niveles sonoros a los que una población debe estar expuesta. La guía recomienda valores inferiores a los 30 dB (A) en el interior de una habitación durante la noche y valores inferiores a 35 dB (A) en una clase para poder enseñar y aprender en buenas condiciones. Por otra parte, para dormir recomienda valores exteriores inferiores a 40 dB (A) de media anual para prevenir efectos adversos a la salud.

Un ejemplo:[4] en el año 2007 el Ayuntamiento de Palma de Mallorca realizó un estudio para diagnosticar los niveles sonoros de la ciudad. En la tabla del Anexo 2 podemos observar los niveles totales a los que está expuesta la población y las zonas de ocio más castigadas por la contaminación acústica. Según el estudio, las

---

[1] *Vid.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. *La tutela civil frente al ruido*. Madrid: Civitas, 2003, pág. 13.

[2] Disponible en la web: http://www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/environment-and-health/noise [15/04/2013].

[3] *Vid. Guidelines for community Noise*. WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1999.

[4] *Vid. Mapa estratégico del ruido*. Palma: Ayuntamiento de Palma, 2008.

zonas de ocio más contaminadas por el ruido son el Paseo Marítimo y el Arenal debido a la aglomeración de personas y de automóviles, especialmente, los fines de semana y meses de verano; se presenta como Anexo 3 la tabla de los niveles sonoros del Paseo Marítimo. Si comparamos las medidas del estudio con las recomendadas por la OMS podemos observar que cierta parte de la población palmesana está expuesta a unos valores sonoros que superan los lindares recomendados por la OMS, este hecho puede conllevar a la aparición a trastornos en la salud y problemas vecinales.

La normativa para hacer frente a los problemas relacionados con el ruido es principalmente de naturaleza administrativa. Esto es debido a que el ruido incide sobre el medio ambiente y éste es entendido como un bien común o de titularidad colectiva que debe ser preservado. Pero este hecho no debe obstar a que el Derecho privado pueda y deba intervenir en cuantos problemas o conflictos se originen en el ámbito de las relaciones de vecindad (STS de 3 de diciembre de 1987).

Los problemas relacionados con el ruido se pueden analizar a través de diferentes marcos legislativos: administrativo, civil, penal y por la vulneración de los derechos fundamentales. La elección del marco legislativo dependerá en cada caso de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto. Raramente se elige la jurisdicción penal, pero recientemente ha tenido mucho eco mediático una Sentencia de este ámbito, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 723/2013, (Sección 4ª) de 26 de noviembre de 2013 (rec. 11/2013). En esta Sentencia se discutió si una pianista que tocó el piano en su casa durante cuatro años y los padres de ésta por omisión (por comprarle el instrumento y apoyarla en su formación musical) habían cometido un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica (art. 325 CP) y un delito de lesiones psíquicas (art. 147.1 CP) a su vecina. Finalmente, el fallo de la Sentencia absolvió a ambos ya que la inmisión no revestía la gravedad necesaria para integrar los perfiles del tipo delictivo y se confirmó la ausencia de dolo.

El presente trabajo pretende dar respuesta a las opciones desde el marco civil de las relaciones de vecindad que tienen unos vecinos para solicitar el cese de los ruidos o de una actividad de ocio situada en Palma de Mallorca que emite ruidos molestos y reclamar la correspondiente indemnización por los daños producidos.

II. Vulneración de derechos fundamentales y de principios rectores de política económica y social

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha encauzado los problemas derivados del ruido a través del art. 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales referente al respeto a la vida privada y familiar. Esta ha sido la solución adoptada por el Tribunal ya que el Convenio no incluye un derecho específico sobre el medio ambiente ni la salud. Algunas Sentencias del TEDH relacionadas con el ruido son: López Ostra c. España (STEDH de 9 de diciembre de 1994) y Guerra c. Italia (STEDH de 19 de febrero de 1998).

El Tribunal Constitucional (TC) también se ha pronunciado sobre el ruido en contraste con los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales que entiende el TC que pueden ser vulnerados son: el art. 10 (libre desarrollo de la personalidad); el art. 15 (integridad física y moral); el art. 18 (intimidad personal y familiar, inviolabilidad domiciliaria); el art. 19 (libertad de elección de residencia).[5] Un ejemplo es la STC 119/2001, de 24 de mayo (RTC 2001, 119) en la cual el Tribunal declara vulnerados los derechos fundamentales de una vecina de un barrio que estaba sometido a una importante y continuada contaminación por la multitud de establecimientos de bares y pubs ubicados en la zona.

En la Constitución Española (CE) también están presentes los principios rectores de la política social económica. Estos principios, a diferencia de los derechos fundamentales, no pueden deducir derecho subjetivo alguno ni pretensiones jurídicas inmediatas (art. 53 CE). Los principios rectores de la CE que se pueden poner en relación con el ruido son: el art. 45 de derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, el art. 43 del derecho a la salud y también el art. 47 del derecho a disfrutar de una vivienda digna.

Pero se debe tener en cuenta que la CE, al ser una norma de rango superior, no sólo vincula a los poderes públicos sino también a todos los ciudadanos, teniendo en cuenta lo establecido por el art. 53 CE respecto a las garantías de las libertades y

[5] *Vid.* ROZADOS OLIVA, M. J. «La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de ruido», en CASARES MARCOS, A. B. (Coord.); QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

derechos fundamentales. Por tanto, podemos deducir que dichos preceptos constitucionales no son sólo oponibles a las relaciones de los particulares con los poderes públicos sino también entre las relaciones jurídico-privadas que constituyen el objeto fundamental de la tutela de los Tribunales civiles. Además, el art. 7.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, afirma que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución vinculan a todos los Jueces y Tribunales.

Ejemplo de una sentencia de cauce civil que menciona los derechos fundamentales, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) 314/2004, de 25 de octubre (AC\2004\1895): la comunidad de vecinos demanda al «pub Lennon» situado en el mismo inmueble, por los excesivos ruidos que sufren de modo más o menos ininterrumpido, y, como es natural, unos en mayor medida o de manera más directa que otros, padeciendo desde hace más de trece años el muy serio trastorno derivado de los ruidos. La mención que hace la sentencia a los derechos fundamentales es la siguiente: «con repercusión evidente no sólo sobre el derecho de propiedad, sino sobre derechos fundamentales tales como los relativos a la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio (SSTC de 3-XII-96 y 24-V-01, STS de 2-II-01, SAP Salamanca de 2-III-00), siempre que se trate de una injerencia sonora continua, persistente o reiterada (STS de 29-I-71, SAP Segovia de 22-XII-99), que no resulte tolerable (SAP Huesca de 28-V-93, SAP Cuenca de 10-V-00) para la sensibilidad media o la "conciencia social" (STS de 28-II-64, SAP Segovia de 28-V-93, SAP Barcelona 15ª de 12-IV-00), y todo esto con independencia de que se rebasen o no los niveles administrativamente establecidos [SSTS de 17-III-81 (RJ 1981, 1009), 16-I-89 (RJ 1989, 101) y 24-V-93 (RJ 1993, 3727)]».

III. Relación entre copropietarios en la LPH

1. El art. 7.2 LPH

La Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (LPH), es aplicable a los supuestos de hecho definidos en su art. 2: a las comunidades de propietarios constituidas con arreglo al art. 5 LPH, a las comunidades que reúnan los requisitos

del art. 396 CC y dispongan de titulo constitutivo y, finalmente, a los complejos inmobiliarios privados previstos y regulados por el art. 24 LPH.

El art. 7.2 LPH tiene por objeto principal solicitar la cesación e indemnización de las actividades que se realicen en un piso o local de la comunidad que estén prohibidas en los estatutos, que resulten dañinas para la finca, o que contravengan disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Seguidamente se estudiarán los elementos para que se pueda aplicar este artículo:

- Elemento subjetivo: el infractor de la actividad puede ser el titular o cualquier ocupante del piso o local.
- Elemento objetivo: estas actividades se pueden llevar a cabo en los elementos privativos o en los elementos comunes.

Después de estudiar el ámbito de aplicación del precepto 7.2 LPH, analizaremos cómo se podría aplicar este artículo para solicitar el cese de la actividad de ocio o de los ruidos molestos a los que están sometidos los vecinos de la comunidad y su correspondiente indemnización.

2. Actividades prohibidas en los estatutos

Un primer punto a analizar es si en los estatutos de la comunidad de propietarios existe alguna norma relativa «al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones o servicios» (art. 5 LPH). Al amparo de este artículo, algunos estatutos limitan o prohíben[6] el tipo de actividades que se pueden desarrollar en el interior de los elementos privativos o bien determinan el modo que pueden utilizarse los elementos comunes. Así que, según lo expuesto anteriormente, sería posible prohibir en el estatuto el desarrollo de actividades de restauración, pub o discoteca. La STS de 20 de febrero de 1997 considera válida la prohibición estatutaria de no destinar locales comerciales a bares, salas de fiesta, discotecas, etc. Además, la misma Sentencia entiende que si una actividad está prohibida en los estatutos no es

[6] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, M.ª del P. «Del régimen de la propiedad por pisos o locales. Artículo 7.2», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*. Pamplona: Aranzadi, 2002, pág. 181.

necesario que concurra el requisito de que sea dañosa, inmoral, peligrosa, incómoda o insalubre.

Las prohibiciones estatutarias pueden ser entendidas como verdaderas obligaciones «propter rem» de contenido negativo. No obstante, para que estas cláusulas prohibitivas o limitativas puedan garantizar la eficacia frente a terceros y posteriores adquirentes o arrendatarios deben constar inscritas en el Registro de la Propiedad. Pueden, no obstante, ser oponibles a terceros cuando no consten inscritas en el registro de propiedad, pero los adquirientes o arrendatarios conozcan la prohibición en el momento de la adquisición o arrendamiento [Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 7 de marzo de 1994 (AC 1994\389)].

Ejemplos de Jurisprudencia:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª) 626/2000, de 24 de julio (JUR\2001\3391): la Sentencia estima que no es posible desarrollar la actividad de mesón bar ya que en los estatutos se prohíbe desarrollar cualquier actividad industrial.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) de 25 de febrero de 2004 (JUR\2004\118354): en este caso el estatuto de la comunidad permite o faculta a los propietarios de los locales a desarrollar en éstos cualquier actividad de lícito comercio que disponga de autorización administrativa. Aunque el estatuto enumera una serie de actividades prohibidas: «discoteca, club, bar musical u otros análogos». El Tribunal entiende que el concepto de bar no musical y restaurante, no puede incluirse en las prohibiciones expresas del estatuto.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) 451/2009, de 30 de abril (JUR\2009\271389): bar sito en los bajos de un edificio instala en zona de paso, sin permiso de la comunidad de propietarios, mesas y sillas que conllevan unos ruidos molestos a la comunidad. El Tribunal resuelve que debe cesar la ocupación mediante sillas y mesas del pasillo o corredor.

3. Contravención de disposiciones generales de las actividades molestas, nocivas o ilícitas

FUENTES LOJO[7] y ÁLVAREZ OLALLA[8] entienden que el apartado 2 del art. 7 LPH «no contravenga las disposiciones generales de las actividades molestas, nocivas o ilícitas» se asemeja, excepto en lo de ilícita, al Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, aprobatorio del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAM). Pero parte de dicho Reglamento no es de aplicación en las Illes Balears debido a la Ley 8/1995, de 30 de noviembre. Sin embargo, el art. 3 RAM, que sigue siendo de aplicación en el ámbito territorial de las Baleares, incluye en la definición de molesta los ruidos. Así que para afrontar el problema de los ruidos podríamos utilizar esta disposición de la LPH.

Ejemplo de qué entienden la Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares 451/2009, de 30 de abril (JUR\2009\271389) y 125/2003, de 25 de febrero (JUR 2003\202883) por actividad molesta en relación con el ruido: «por actividades molestas deben entenderse, junto a las de puro contenido administrativo, todas aquellas que privan o dificultan a los demás el normal y adecuado uso y disfrute de una cosa o derecho, bien se trate de actos de emulación por lo que sin producir beneficio o ventaja alguna al propietario originen un perjuicio a los demás, bien sean inmisiones que excedan los límites de la normal tolerancia proyectando sus consecuencias sobre la propiedad de otros perturbando su adecuado uso y disfrute. En este sentido deben incluirse en tal concepto las actividades ruidosas y las conductas incívicas que de manera notoria y ostensible afecten a la pacífica convivencia, perturbando lo que es usual y corriente en las relaciones sociales o, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica».

Por otra parte, realizando una interpretación literal de «contravención de las disposiciones generales» se puede llegar a la conclusión de que si la actividad o el ruido se adecua a lo establecido en las disposiciones generales no sería posible

---

[7] *Vid.* FUENTES LOJO, J. V. *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999*. Barcelona: J. M. Bosch, 2000, pág. 184.

[8] *Ob. cit.*, pág. 194.

solicitar su cese. Pero ALVÁREZ OLALLA[9] entiende que debe permitirse a la autoridad judicial cierto margen de discrecionalidad para determinar, según las condiciones concretas de cada caso, si se produce una sanción o no, en función del trastorno de la convivencia en la comunidad. En este sentido también se pronuncia la Sentencia mencionada anteriormente de la Audiencia Provincial de Baleares ya que entiende que para determinar si la actividad o ruido son molestos se debe estar a la regla de la normalidad del uso y de la normal tolerancia que se explicará con más detalle en el epígrafe VI.3 de este trabajo.

4. La acción de cesación e indemnización en la LPH

Quienes se consideran perjudicados pueden ejercitar la llamada acción de cesación, cuyo estatuto básico se desenvuelve como sigue en el art. 7.2 LPH:

- Requerimiento previo: el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o por cualquiera de los ocupantes o propietarios, requerirá la cesación de la actividad prohibida o dañina a quien la realice. Es necesario para entablar la acción judicial que este requerimiento se haya desatendido ya que si ha cesado la actividad no cabe la acción judicial.
- Legitimación activa: se requiere un acuerdo de la junta adoptado por mayoría para llevar a cabo la acción y la acreditación fehaciente del requerimiento al infractor.
- Legitimación pasiva: la demanda deberá dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local. La legitimación pasiva la tendrá siempre el causante de la inmisión si se conoce.
- Prescripción de la acción: en la LPH no se establece ningún plazo de prescripción de la acción, por tanto, se estará a lo dispuesto en el art. 1.964 CC que establece un plazo de prescripción de 15 años. Por otra parte, el *dies a quo* habrá de iniciarse desde el momento en que se despliega la última actividad nociva o molesta, que precede inmediatamente a la demanda como establece el art. 1.973 CC y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) 24/2007, de 19 de enero (JUR\2007\158245).

[9] *Ob. cit.*, pág. 195.

- Medidas cautelares: la medida cautelar en estos casos no pretende garantizar la efectividad de la sentencia. FUENTES LOJO[10] califica esta medida como «provisionalmente satisfactoria» del interés de la comunidad. Además entiende que la medida deberá adoptarse después de la contestación de la demanda, pero en los casos en que la actuación sea especialmente gravosa podrá interponerse antes de la contestación de la demanda.
- Acción de cesación y resarcimiento de los daños: se podrá solicitar la cesación y la correspondiente indemnización por los daños como establece la LPH. En referencia a la cesación se debe de tener en cuenta que a veces se impondrá el cese de la actividad o el cese de la inmisión. En los casos en que la actividad se desarrolle como una actividad prohibida en los estatutos o ilícita deberá cesar en su ilegítimo ejercicio. Pero en los casos en que la actividad no sea en sí ilícita, pero sí lo sean la forma o las condiciones en la que se desarrolla, la prohibición irá dirigida al cese de la inmisión mediante las diferentes medidas correctoras [Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) 205/2007, de 7 de mayo (JUR\2007\322495)].

En los casos en que la acción sea estimatoria:

- En el último apartado del art. 7.2 LPH se prevé que proceda la privación del uso de la vivienda o local por un tiempo no superior a 3 años en función de los perjuicios causados.
- En el caso que el sujeto pasivo no sea el propietario puede ver extinguidos los derechos relativos a la vivienda o local.

IV. El art. 27.2.e) LAU

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), en su art. 27.1 dispone que el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato de acuerdo con el art. 1.124 CC por una serie de causas. Entre las causas destaca para nuestro caso de estudio el art. 27.2.e): «Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas». Como podemos

[10] *Ob. cit.*, pág. 224.

observar este precepto se asemeja al título del RAM, como ocurre con el precepto 7.2 LPH. Por tanto, en el concepto de molestas podemos incluir los ruidos.[11]

La LAU prevé que este precepto sea de aplicación cuando las actividades tengan lugar en la vivienda o local de negocios (arts. 27.2.e) y 35 LAU). No obstante, la jurisprudencia sobre la Ley anterior, coincidente en este sentido con la LAU, ha ampliado estos ámbitos de aplicación a las dependencias accesorias y a las comunales (STS de 18 de abril de 1960).

Constituye un ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) 194/2008, de 30 de mayo (JUR\2008\330189): la parte arrendadora solicita la resolución de un contrato de alquiler de local destinado a confitería–sin música. El motivo por el cual la parte demandante solicita la resolución del contrato es porque en la confitería se utilizan aparatos de música y el local no está adaptado para ese uso. El Tribunal considera que la música causa molestias a la parte arrendadora, así que estima la resolución del contrato apoyándose en el art. 27 en relación con el art. 35 LAU.

Por otra parte, en un caso parecido al anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª) 82/2005, de 3 de mayo (JUR\2005\137832), no estima la resolución del contrato de local destinado a bar, aunque las instalaciones del inmueble no fueran las adecuadas para ese tipo de actividad. El Tribunal entiende que corresponde a los arrendadores realizar las obras necesarias para que se pueda llevar a cabo de forma correcta el uso por el cual se pacto el alquiler, como también entiende la STS de 31 de mayo de 1966.

V. La normativa sobre ruidos de la Administración Pública

La normativa administrativa ha englobado tradicionalmente el ruido dentro de la normativa del medio ambiente. El medio ambiente es un bien común o de titularidad colectiva que es necesario preservar. Por tanto, una intervención activa de la administración pública mediante medidas de prevención y de control es clave para la lucha contra el ruido.

---

[11] *Vid.* MORENO MARTÍNEZ, J. A. *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio: de acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Propiedad Horizontal*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pág. 120.

La normativa civil, en varios preceptos, se dirige a las normas administrativas. En nuestro caso concreto las normas civiles que se dirigen a la normativa administrativa son el art. 590 CC, el art. 7.2 LPH, y el art. 9.4 LAU. Pero se debe de tener en cuenta que el perjudicado, en el marco legislativo civil, puede hacer valer su derecho subjetivo, así que el juez tiene cierto margen de discrecionalidad para determinar si un ruido puede ser molesto.[12]

1. Diferentes rangos de normas

A continuación se expondrá la diferente normativa relativa a la contaminación acústica en el ámbito territorial de Palma de Mallorca:

- Ámbito europeo: Directiva 2002/49/CE sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.
- Ámbito estatal: Ley 37/2003, de 17 de noviembre. Esta Ley es desarrollada en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas por el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, y, en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental, por el Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre.
- Ámbito autonómico de las Illes Balears: Ley 1/2007, de 16 de marzo, contra la contaminación acústica de las Illes Balears.
- Ámbito del municipio de Palma de Mallorca: Ordenanza Municipal Reguladora de los Ruidos y las Vibraciones (BOIB núm. 4, de 9 de enero de 2014, entrada en vigor al día siguiente de su publicación).

2. Ámbito de aplicación

En el apartado anterior hemos podido observar que en el marco legal administrativo existe una pluralidad de normas relacionadas con el ruido. A continuación se analizará cual es la norma a aplicar para determinar los lindares de emisión máximos permitidos, en relación con un supuesto de hecho situado en el municipio de Palma de Mallorca.

---

[12] *Vid.* PARRA LUCÁN, M. Á. «La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del CC y 305 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana». *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I (1993).

La Directiva de la Unión Europea 2002/49/CE se ha transpuesto en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre. Por otra parte, el art. 149.1.23ª CE establece que la normativa básica del medio ambiente corresponde al Estado, sin perjuicio de que cada autonomía pueda adoptar normas de protección y de carácter más restringido. Así que cada comunidad autónoma podrá legislar sobre esta cuestión siempre que así lo prevea su Estatuto de Autonomía. En las Illes Balears, el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears ha asumido la competencia del medio ambiente y el Parlamento balear ha realizado su propia legislación en relación con el ruido en la Ley 1/2007, de 16 de marzo.

La Ley autonómica 1/2007 será de aplicación a las actividades de ocio situadas en el territorio de las Illes Balears según el art. 2. Pero en el municipio de Palma de Mallorca existe una Ordenanza que regula esta materia, así que se aplicará la Ordenanza municipal siguiendo el criterio de la competencia territorial. No obstante, en la misma Ley 1/2007, la disposición transitoria segunda hace el siguiente inciso: que las ordenanzas municipales habrán de adaptarse a la presente Ley y a la Ley estatal; y que tendrán de plazo hasta el 30 de junio de 2013 para poder adaptarse. Además el apartado segundo de dicha disposición transitoria determina que hasta que no tenga lugar dicha modificación se aplicarán directamente las previsiones de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, sus reglamentos de desarrollo parcial y la Ley 1/2007, de 16 de marzo; particularmente por lo que respecta a la prohibición de actividades cuyos valores de emisión acústica estén en los márgenes y los horarios previstos en la normativa mencionada

A principios de este año, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca ha aprobado la Ordenanza municipal reguladora del ruido y las vibraciones para adaptarse a la normativa autonómica y estatal ya que la anterior Ordenanza era del año 1995. La nueva Ordenanza en su disposición transitoria primera establece que las actividades, obras y edificaciones que están en funcionamiento o para las cuales ya se ha solicitado licencia disponen de un plazo de doce meses para adaptarse a esta Ordenanza. Este plazo se puede prorrogar mediante una resolución del órgano competente con la aprobación previa de un plan de medidas para minimizar el impacto acústico

Por tanto, a nuestro juicio, a las actividades en funcionamiento y para las que ya se ha solicitado licencia les será de aplicación para determinar la calidad acústica y los valores máximos de emisión el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, que

regula este aspecto. No obstante, en todo lo que no regule la Ley estatal y la Ley balear tendremos que acudir a la anterior Ordenanza municipal para la protección del medio ambiente contra la contaminación y los ruidos y vibraciones de 1995 (Expediente núm. COX 2011/73 de protección acústica especial a la zona denominada Ruta Martiana).

Finalmente, se aplicará la Ordenanza municipal reguladora del ruido y las vibraciones a las licencias solicitadas después de su entrada en vigor.

VI. El ruido en el marco de las relaciones de vecindad

Las relaciones de vecindad tienen su origen en el Derecho romano, donde ya se prescribió que el dueño de un predio no tiene derecho a introducir elementos extraños en una finca vecina. Estas relaciones se pueden definir como un conjunto de restricciones a la propiedad con el fin de evitar perjuicios a inmuebles vecinos y no hace falta que éstos sean colindantes.[13] En relación con el elemento subjetivo se debe de tener en cuenta que se enmarcan todas las personas que usen o utilicen el inmueble por cualquier titulo.

Por otra parte, las relaciones de vecindad no se encuentran expresamente reguladas en el CC, pero se puede entender que aparecen incluidas en el Titulo que el CC dedica a las servidumbres. El Derecho Civil balear tampoco regula este aspecto, pero sí que lo ha regulado el Código Civil catalán en su Capítulo VI del Título IV del Libro V sobre derechos reales.

En el marco de las relaciones de vecindad podemos definir las inmisiones como intromisiones nocivas de carácter físico-químico (ruido, vibraciones, olores, etc.) que afectan a un predio ajeno y que proceden de una actividad desarrollada en otra propiedad por quien tenga el goce del mismo por cualquier titulo. A razón de lo anterior, el ruido puede ser calificado como una inmisión dentro del marco de las relaciones de vecindad. Las inmisiones tampoco se encuentran reguladas en el contexto civil.1

[13] *Vid.* TORRES LANA, J. Á. (Coord.). *Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales. Cuaderno II. El derecho de propiedad*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2010, pág. 158.

A continuación analizaremos cómo unos vecinos que sufren ruidos molestos procedentes de una actividad de ocio pueden solicitar su cesación o abstención y la correspondiente indemnización.

1. Derecho sustantivo

Como acabo de indicar, las relaciones de vecindad y las inmisiones de ruidos no se encuentran reguladas en el CC. Pero en dicho Código encontramos algunos preceptos que se pueden relacionar con el ruido como:

- El art. 590 CC: éste hace referencia a las distancias mínimas entre edificios contiguos con el fin de evitar molestias de diferentes clases. Este precepto determina que para evitar las posibles molestias se estará a lo que determinen las normas reglamentarias y los usos del lugar. Además especifica que a falta de reglamentos se tomarán todas las medidas necesarias con el fin de evitar molestias entre propiedades vecinas.
- El art. 1.902 CC: regulador de la responsabilidad extracontractual en relación con otros artículos más específicos como el art. 1.908.2 y 4 CC que hacen referencia a la responsabilidad extracontractual por daños producidos por humos excesivos y por la emanación de cloacas.

Si realizamos una interpretación de los anteriores preceptos acorde con la realidad social (art. 3.1 CC), aplicando sus disposiciones analógicamente (art. 4.1 CC), podemos enmarcar en dichos artículos las relaciones de vecindad y, en particular, las inmisiones de ruidos provocados por cualquier actividad.

Otras normas del marco civil que se aplican en menor medida en el marco de las relaciones de vecindad son los arts. 7.2 LPH y 27.2.e) LAU, artículos que se han estudiado en el presente trabajo en los epígrafes III y IV. Además, recientemente las normas constitucionales también han tomado cierto protagonismo para afrontar este asunto en el marco civil, como se ha mencionado en el epígrafe II.

2. Caracteres del concepto de inmisión

Según FERNÁNDEZ URZAINQUI,[14] para que el ruido sea calificado como una inmisión en el marco de las relaciones de vecindad se requieren una serie de caracteres como los que estudiaremos a continuación:

a) Injerencia indirecta en finca ajena

La inmisión sonora debe producirse de forma indirecta y tiene que proceder de una actividad desarrollada en una finca ajena por quien sea su propietario o tenga el goce del mismo en el ejercicio de las facultades que el derecho le confiere. La inmisión puede propagarse de forma espontánea, a través del aire, suelo o estructura de los edificios.

b) Introducción en finca ajena con repercusión a las personas o los bienes

La inmisión debe ser valorada según la percepción en el interior del inmueble ajeno y a su repercusión en el propio bien o a las personas que se encuentren en el goce del mismo por cualquier titulo.

El perjudicado por las molestias debe de tener respecto con el inmueble una relación estable y continuada para estar legitimado para demostrar la molestia y solicitar su cesación. Así que si no mediase tal relación de estabilidad entre el inmueble y el perjudicado, éste sólo podría reclamar por responsabilidad extracontractual la correspondiente indemnización por los daños eventualmente sufridos.

Por ejemplo: en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) 471/2006, de 31 de octubre, la demandante sufría molestias sonoras de una bolera sita en el mismo edificio. El Tribunal disminuyó la indemnización que solicitaba la perjudicada al 50% ya que ésta sólo habitaba en el piso cinco meses al año. La Sentencia también estima la petición de que se realicen en el edificio por parte del demandado las obras necesarias para evitar los ruidos molestos.

c) Persistencia, reiteración o continuidad en el tiempo

Finalmente, para que el ruido sea constitutivo de una inmisión debe mostrar cierta persistencia, reiteración o continuidad en el tiempo. Uno o más eventos aislados pueden alcanzar transcendencia civil, pero sólo se podrá solicitar la correspondiente indemnización y no la cesación.

[14] *Ob. cit.*, pág. 49.

Por ejemplo: en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 402/2012, de 19 de septiembre, la perjudicada demanda al bar sito en el mismo edificio de su casa por la existencia de inmisiones sonoras y por olores. Estas inmisiones molestas no eran continuas en el tiempo; sólo se producían de forma aislada cuando en el bar se realizaban eventos como bautizos, partidos de futbol, etc. La demandante solicitó la correspondiente indemnización y la cesación de la actividad. El Tribunal entiende que es irrelevante que las molestias no sean continuas y éste resuelve que se debe de indemnizar a la perjudicada por los ruidos y por los olores con 2.000 euros y el bar debe de cesar y abstenerse de realizar inmisiones molestas hasta que no se hayan adoptado las medidas necesarias para evitar las inmisiones.

3. Teoría de la normalidad del uso y de la normal tolerancia

Los autores y la jurisprudencia utilizan comúnmente la teoría de la normalidad del uso y la normal tolerancia para afrontar los conflictos surgidos por inmisiones sonoras. Esta teoría enmarca dos criterios diferenciados:

- La normalidad del uso: que hace referencia al origen o la fuente de la inmisión.
- La normal tolerancia: que se fija principalmente en los efectos de las inmisiones sobre la propiedad o las personas que lo sufren.

El criterio más utilizado de los dos es el de la normal tolerancia, ya que en este criterio encontramos los argumentos favorables para hacer frente a este tipo de conflictos.

A. Normalidad del uso

Este criterio tiene por objeto comparar la actividad desarrollada en la finca y el modo o condiciones en que se ejerce en relación con lo que es común en el entorno o en actividades de igual o similar naturaleza. A continuación estudiaremos las reglas más comunes que se utilizan para determinar la normalidad del uso:

a) Regla de la pre-ocupación

La regla de la pre-ocupación niega la indemnización por actividad contaminante a quien se estableciera en el lugar después de haberse iniciado tal actividad. En principio la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito civil no aceptan la regla de la pre-ocupación (SSTS de 9 de abril de 1866 y de 12 de mayo de 1891). No obstante, recientemente, la jurisprudencia ha reinterpretado esta teoría en relación con los ruidos en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 889/2010, de 12 de enero (RJ\2011\305). En esta Sentencia una asociación de viviendas afectadas por los ruidos de una industria de mármol demandó a dicha industria por las inmisiones ruidosas y solicitó una indemnización por la devaluación del precio de las viviendas y una indemnización por los ruidos soportados. El Tribunal denegó ambas indemnizaciones por los siguientes motivos:

- En este caso no se produjo ninguna depreciación del precio de las viviendas debido a que la industria ya existía cuando se construyeron o adquirieron las viviendas. Por tanto, a la hora de otorgar la indemnización se debe tener en cuenta la necesaria relación de causalidad entre la actividad del demandado y el daño que sufra el demandante.
- Por otra parte, también se deniega la indemnización por los ruidos soportados ya que los miembros de la asociación adquirieron o construyeron sus viviendas en suelo no urbanizable-común rústico, e incluso uno de ellos en plena zona industrial, siendo conscientes de su proximidad a las instalaciones industriales y por tanto conociendo, o debiendo conocer, los ruidos. Así que si las inmisiones aparecen estrechamente relacionadas con la protección medioambiental, no se debe prescindir de la ordenación del territorio y el urbanismo y consecuentemente se debe denegar la indemnización.

b) Modo de realizar la actividad

En este apartado se analizará si los medios y los modos de llevar a cabo la actividad pueden producir inmisiones que sean apreciablemente superiores a las comunes de la actividad desarrollada o a las propias de su objeto. Entre los modos que se han considerado ajenos a un normal uso podemos destacar: «las inmisiones sonoras causadas por la antigüedad, defectuosa

instalación o mal funcionamiento de los instrumentos, aparatos o máquinas que las producen; por la desviación de la actividad realizada de aquélla para la que se hallaba acondicionada la finca; por la sobreexplotación de negocios con la concentración desmedida e incontrolada de clientela; la inhibición frente a sus actitudes y conductas en el establecimiento y sus accesos; la prolongación del horario de atención al público y la anulación, inaplicación o desuso de los limitadores de sonido existentes en los aparatos musicales; o por el mantenimiento en viviendas y apartamentos de compartimentos y prácticas inhabituales en una ordinaria convivencia domiciliaria, como la reiteración de escándalos domésticos, la de reuniones o fiestas tumultuosas, o la audición a todo volumen de aparatos de radio y televisión» [Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 402/2012, de 19 de septiembre (JUR\2012\371848)].

Por otra parte, se debe hacer mención a que, aunque una actividad disponga de su correspondiente autorización administrativa, ésta no legitima las inmisiones molestas o nocivas que pueda producir la actividad [STS de 14 de febrero de 1989 (RJ 1989\834)]. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) 71/2006, de 7 de marzo, la demandante es titular de una vivienda contigua al local comercial que explota el demandado como restaurante, pero éste también opera como pub-discoteca. La parte actora alega que recibe inmisiones sonoras molestas ya que el restaurante no dispone de las condiciones de aislamiento acústico adecuado y que los aparatos de música no disponen de limitadores debidamente precintados. La parte demandante alega en su escrito de defensa que el restaurante dispone de las correspondientes autorizaciones administrativas. Pero la Sentencia en sus fundamentos de derecho argumenta, como ya han hecho otros Tribunales, lo siguiente «la autorización administrativa de la actividad permite estimar de principio acreditado el cumplimiento por la instalación y su emplazamiento de las disposiciones establecidas en interés general para su puesta en funcionamiento; pero en ningún caso alcanza a asegurar el normal desarrollo de la actividad licenciada, ni llega desde luego a legitimar las inmisiones nocivas o molestas que de él puedan derivarse en perjuicio de sus vecinos». Además, en este caso se observa una anormalidad del modo en llevar a

cabo la actividad ya que el local no cuenta con los limitadores de sonido ni dispone del acondicionamiento adecuado. El fallo de la Sentencia estima lo siguiente: que el demandado debe instalar limitadores de sonido en los aparatos de música, vídeo y televisión ubicados en el interior del referido local, así como proceder a la insonorización del local de modo suficiente para evitar molestias en la vivienda de la actora, sirviendo como referencia técnica para llevar a cabo tal insonorización que la misma se acomode a la normativa vigente para establecimientos en que se realizan actividades musicales tipo café-concierto y a indemnizar por suma de trescientos euros en concepto de daños personales.

B. La tolerabilidad de las molestias

El criterio de la tolerancia de las molestias se debe poner en relación con el criterio de la normalidad del uso. Pero normalmente el criterio de la tolerabilidad es dominante frente a la normalidad del uso.

La doctrina predominante en cuanto a la tolerabilidad de las molestias entiende «que no debe atenderse a elementos subjetivos como la mayor o menor sensibilidad de quien la sufre, sino a partir de un juicio comparativo con lo que socialmente se considera asumible por un individuo en las circunstancias de tiempo y lugar en que se producen, atendidas las características de la propia inmisión —continuidad, frecuencia, intensidad—, características del lugar —residencial, industrial o agrícola y la franja horaria en que se producen— diurno o nocturno» [Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 402/2012, de 19 de septiembre (JUR\2012\371848)].

Por otra parte, la jurisprudencia de forma generalizada se ha venido pronunciando por la independencia del orden jurisdiccional civil con las normas administrativas a la hora de fijar los límites máximos de tolerancia sonora. Esta postura encuentra su justificación en que las normas administrativas buscan el interés general y que la normativa civil tiene en cuenta las circunstancias especiales de cada caso concreto. Por otra parte, los límites máximos sonoros establecidos en las normas administrativas tienen cierta influencia para determinar si la inmisión es considerada como molesta [SSTS (Sala 1ª) de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9176) y de 29 de abril de 2003 (RJ 2003, 3041)].

4. Ruido y daños resarcibles

Las inmisiones sonoras pueden causar daños resarcibles. A continuación se estudiarán las diferentes clases de daños relacionadas con el ruido:

a) Daños morales

Las inmisiones acústicas que superan la normal tolerancia pueden suponer para los afectados unos daños morales indemnizables. En el epígrafe II de este estudio se ha comentado que las inmisiones pueden constituir una injerencia en la intimidad personal y familiar de los afectados. El art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, estima que si se acredita la intromisión ilegítima, ésta dará lugar a una indemnización por daños morales. Además, la jurisprudencia entiende que en casos de inmisiones de ruidos no se requiere de una prueba adicional para indemnizar por daños morales, si se prueba que se han superado los límites de la normal tolerancia [STS de 3 de junio de 1991 (RJ 1991\4407)].

El importe de la indemnización dependerá de cada caso concreto atendiendo a la duración, las actuaciones de la autoridad administrativa para provocar su cese, las medidas llevadas a cabo por la parte emisora de los ruidos, horario de los ruidos [Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 376/2010, de 28 de octubre (AC\2010\2059), como la STS de 21 de octubre de 1996 (RJ\1996\7234)]. En la tabla del Anexo 4 se puede observar la cantidad indemnizada por daños morales por diferentes Sentencias de la Audiencia Provincial de las Baleares, pero cabe destacar que tales indemnizaciones no son muy elevadas.

b) Daños patrimoniales

A parte de los daños de carácter personal, los ruidos también pueden conllevar daños materiales. En este apartado estudiaremos diferentes daños materiales:

- Se ha demostrado que los ruidos y sobre todo las vibraciones pueden provocar daños en las estructuras de los inmuebles. Por tanto, estos daños deberán ser reparados por el responsable de la inmisión.

- Los inmuebles también pueden sufrir una depreciación de su valor por los problemas relacionados por los ruidos.[15] [STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 889/2010].

VII. Las acciones frente al ruido en el marco de la responsabilidad extracontractual

1. Acciones para evitar las inmisiones molestas

En este apartado se analizan las diferentes acciones en el marco de la responsabilidad extracontractual, que la jurisprudencia ha entendido que se pueden llevar a cabo con objeto de evitar las inmisiones molestas.

A. Acción preventiva

En el marco civil, a diferencia del administrativo, se pueden solicitar medidas preventivas antes de que se produzca la actividad molesta con el fin de evitar futuras molestias y conflictos vecinales. Estas medidas pueden ser: prohibir la actividad en un emplazamiento concreto o exigir ciertas medidas correctoras. Esta acción encuentra su apoyo legal en el art. 590, en relación con el 1.902, ambos del CC.[16]

B. Acción de cesación y abstención de inmisiones

La jurisprudencia, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ha considerado comprensiva la adopción de medidas para poner fin a las inmisiones que superan los límites de la normal tolerancia. Estas medidas pueden ser suprimir la actividad molesta, clausurar el local o evitar las molestias adoptando medidas correctoras. Las medidas correctoras pueden llevarse a cabo en la finca emisora de la contaminación acústica como en la finca perjudicada a coste del sujeto emitente. A la hora de elegir la medida para evitar la inmisión molesta, los Tribunales tendrán que atender a la medida menos gravosa para quien explote la actividad pero

[15] *Vid.* SALAS CARCELLER, A. «Las inmisiones por ruidos y vibraciones y sus consecuencias indemnizatorias». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (2011).

[16] SURROCA CASAS, P. «La protección civil frente al ruido». *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 18 (2009), pág. 4.

teniendo en cuenta que se deben evitar las emisiones molestas. Así que serán más comunes las medidas correctoras que las de cierre de la actividad [STS 457/1997, de 30 de mayo (RJ 1997\4331)]. En la tabla del Anexo 4, en la columna de medidas para evitar los ruidos molestos, se pueden observar una serie de soluciones que ha adoptado la Audiencia Provincial de Baleares para evitar ruidos molestos a la parte perjudicada.

C. Legitimación

a) Legitimación activa

La jurisprudencia entiende que pueden solicitar la cesación y la abstención de las inmisiones molestas el propietario, la persona que tiene un derecho de goce por un derecho real y el arrendatario del inmueble que sufre las inmisiones molestas.

b) Legitimación pasiva

Tienen esta legitimación las personas que tienen el dominio y control de la actividad emisora del ruido y no hacen lo necesario para evitar las inmisiones.

2. La acción resarcitoria del daño en el marco de la responsabilidad extracontractual

Esta acción es independiente de la acción de cesación y abstención de las inmisiones sonoras, en el marco de la responsabilidad extracontractual, pero se debe de tener en cuenta que ambas acciones son acumulables en una misma demanda.

A. Legitimación

La legitimación activa dependerá del tipo de daño del cual se quiera solicitar la indemnización, así que se deberá distinguir entre:[17]

- Resarcimiento de daños morales o físico-psíquicos, que podrán ser reclamados por cualquier persona que sufra las inmisiones molestas y

17 *Vid.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., *ob. cit.*, pág. 147.

que tenga un título que justifique una permanencia estable en el inmueble.

- Resarcimiento de daños materiales, que podrán ser solicitados por los propietarios de los inmuebles y los que tengan un derecho de goce sobre los mismos cuando se produzca una disminución del rendimiento económico.

La legitimación pasiva, al igual que sucedía con la acción de cesación, la tienen las personas que tienen el dominio y control de la actividad emisora del ruido y que no hacen lo necesario para evitar las inmisiones.

3. Plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y cesación

El plazo de prescripción para ejercitar las acciones de resarcimiento y cesación es de un año desde que lo supo el agraviado (art. 1.968.2 CC), ya que se enmarca dentro de la responsabilidad extracontractual [STS (Sala de lo Civil) de 16 de julio de 1991 (RJ\1991\5393) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) 478/2011, de 22 de julio (JUR\2011\392712)]. Según el Código Civil catalán, el plazo de prescripción de ambas acciones es el de tres años (art. 546-14.7).

Este tipo de daños suelen ser continuados, así que se debe tener en cuenta que el *dies a quo* de inicio de la prescripción para ejercitar las acciones de resarcimiento y cesación. El *dies a quo* no se iniciará hasta que los daños desaparezcan [Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) 412/2011, de 8 de noviembre (JUR\2011\425671)]. Pero si las inmisiones siguen siendo continuadas pero no se produce el daño, ya que los perjudicados se han mudado a otra vivienda, no se aplicará la regla anterior [STS (Sala de lo Civil) de 16 de julio de 1991 (RJ\1991\5393)].

Por otra parte, en el Código Civil catalán, el plazo de prescripción para solicitar una indemnización por daños y perjuicios es de tres años a contar desde que los propietarios tuvieron conocimiento de la perturbación. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), de 19 de septiembre (rec. 19/2013), la parte actora solicitó una indemnización por inmisiones de ruidos a los 6 años de conocer los daños. Estos daños se mantuvieron de forma interrumpida a lo largo de los años. Pero el Tribunal entendió que la parte actora sólo tenía acción para reclamar los daños y perjuicios habidos en los tres años inmediatamente

anteriores a la interposición de la demanda ya que los otros tres años anteriores habían prescrito.

VIII. Bibliografía

ÁLVAREZ OLALLA, M.ª del P. «Del régimen de la propiedad por pisos o locales. Artículo 7.2», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*. Pamplona: Aranzadi, 2002.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. *La tutela civil frente al ruido*. Madrid: Civitas, 2003.

FUENTES LOJO, J. V. *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999.* Barcelona: J. M. Bosch, 2000.

MORENO MARTÍNEZ, J. A. *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio: de acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Propiedad Horizontal*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

PARRA LUCÁN, M. Á. «La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del CC y 305 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana». *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I (1993).

ROZADOS OLIVA, M. J. «La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de ruido», en CASARES MARCOS, A. B. (Coord.); QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SALAS CARCELLER, A. «Las inmisiones por ruidos y vibraciones y sus consecuencias indemnizatorias». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (2011).

SURROCA CASAS, P. «La protección civil frente al ruido». *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 18 (2009).

TORRES LANA, J. Á. (Coord.). *Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales. Cuaderno II. El derecho de propiedad*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2010.

OTROS:

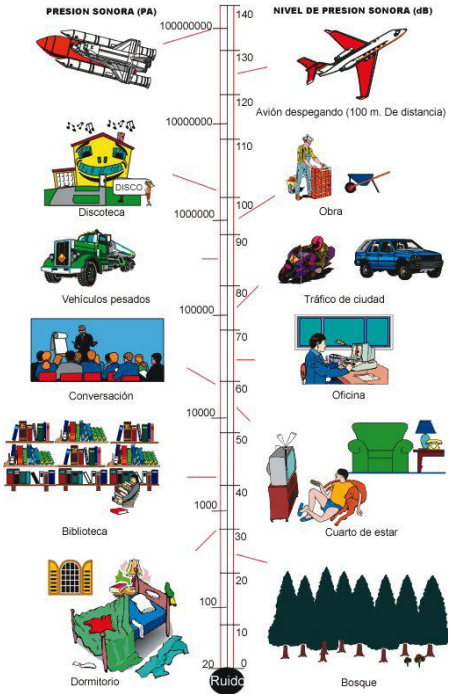
Web: http://www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/environment-and-health/noise [15/04/2013].

Guidelines for community Noise. WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1999.

IX. Anexos

Anexo 1

Escala de diferentes niveles sonoros en relación con distintas actividades humanas



[**Fuente:** conceptos básicos del ruido pág. web:
http://sicaweb.cedex.es/docs/documentos/Conceptos-Basicos-del-ruido-ambiental.pdf (26/05/2013)]

Anexo 2

Tabla de la población de Palma de Mallorca expuesta al ruido total

TABLA 7. POBLACIÓN EXPUESTA AL RUIDO TOTAL

Día (07 – 19 h)			Tarde (19 – 23 h)			Noche (23 – 07 h)		
Ld (dBA)	**Población expuesta** (total 4.043 x100 hab)		**Le (dBA)**	**Población expuesta** (total 4.043 x100 hab)		**Ln (dBA)**	**Población expuesta** (total 4.043 x100 hab)	
	x100 hab	%		x100 hab	%		x100 hab	%
< 55	1526	38%	**< 55**	1862	46%	**< 45**	1032	26%
55 – 60	1259	31%	**55 – 60**	1078	27%	**45 – 50**	1048	26%
60 – 65	720	18%	**60 – 65**	702	17%	**50 – 55**	1087	27%
65 – 70	378	9%	**65 – 70**	292	7%	**55 – 60**	596	15%
70 – 75	146	4%	**70 – 75**	98	2%	**60 – 65**	235	6%
> 75	14	0%	**> 75**	11	0%	**65 – 70**	41	1%
						> 70	4	0%

Completo (0 – 24 h)		
Lden (dBA)	**Población expuesta** (total 4.043 x100 hab)	
	x100 hab	%
< 55	1169	29%
55 – 60	1148	28%
60 – 65	956	24%
65 – 70	518	13%
70 – 75	215	5%
> 75	37	1%

Fuente: *Mapa estratégico del ruido*. Ayuntamiento de Palma, 2008.

Anexo 3

Medidas de los niveles sonoros de la zona de ocio del Paseo Marítimo

TABLA 8. MEDIDAS P-OCIO 1

Día	LAeq (dBA) (23 – 07 h)
Viernes	68,6
Sábado	69,2
Lunes	63,3

Fuente: *Mapa estratégico del ruido*. Ayuntamiento de Palma, 2008.

Anexo 4

SENTENCIA	ACTIVIDAD	PRECEPTOS	MEDIDAS PARA EVITAR LA INMISIÓN	INDEM-NIZACIÓN	ASPECTOS MÁS RELEVANTES
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 402/2012, de 19 de septiembre (JUR\2012\371848)	Restaurante que ocasionalmente realiza bautizos, comuniones y otras	Derechos constitucionales Responsabilidad extracontractual Regla de la normal tolerância	La insonorización del local. Adoptar las medidas del aire acondicionado	3.000 € daños morales	La parte demandada alega que la actividad cumple con las normas administrativas, pero los afectados pueden ejercitar la acción civil
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 185/2012, de 23 de abril (AC\2012\1436)	Servicio de limpieza de coches	Responsabilidad extracontractual		6.000 € por daños morales	-Plazo de preinscripción: jpr. daños continuados -Indemnización
Sentencia de la Audiencia Provincial de 4Baleares (Sección 3ª) 412/2011, de 8 de noviembre (JUR\2011\425671)	Carpintería	-Molesta: si se perturban las relaciones sociales -Tolerabilidad -Responsabilidad extracontractual	Medidas de insonorización	3.000 € daños morales	-Se comenta el plazo de prescripción: daños continuos. Por tanto el plazo de prescripción no se iniciará hasta que los ruidos desapareciesen -Se superan los límites administrativos forma leve

SENTENCIA	ACTIVIDAD	PRECEPTOS	MEDIDAS PARA EVITAR LA INMISIÓN DE	INDEM-NIZACIÓN	ASPECTOS MÁS RELEVANTES
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 376/2010, de 28 de octubre (AC\2010\2059)	Imprenta	-Responsabilidad extracontractual -Derechos fundamentales	Adoptar las mediadas para evitar las inmisiones molestas	6.000 € daños morales	Regla de la pre-ocupación
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) 392/2009, de 17 de noviembre (rec.479/2009)	Criador de palomas	-Art. 7.2 LPH -Art. 3 Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. -Ley del suelo -Normal tolerancia	A cesar en la actividad de cría y tenencia de palomas, actividad que desarrolla en el patio comunitario		La parte demandada desarrollaba en el patio comunitario de uso exclusivo del local bajos la activitad y ésta disponia de la correspondiente licencia administrativa
Sentencia de la Audiencia Provincial de 4Baleares (Sección 3ª) 131/2008, de 15 de mayo (JUR 2008\33102)	Cafetería	-Art. 7 LPH -Arts. 7, 590, 1.908 y 1.902 CC -Arts. 10 y 18 CE	Cese de la inmisión acústica y vibratoria mediante la adopción de las medidas correctoras que especifica el perito	6.000 € por daños morales	Criterio generalizado: que probada la realidad y persistencia de una inmisión de ruido por encima de los limites de obligada tolerancia, la certeza del daño moral

SENTENCIA	ACTIVIDAD	PRECEPTOS	MEDIDAS PARA EVITAR LA INMISIÓN DE	INDEM-NIZACIÓN	ASPECTOS MÁS RELEVANTES
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) 471/2006, de 31 de octubre	Bolera	-Art. 1.908 y 590 CC -No hace falta que se cumpla la ordenanza si resulta los ruidos molestos -Relaciones vecinales	Obras necesarias para evitar las inmisiones	2.000 € por daños morales y psíquicos	La parte actora solicita una indemnización de 4.000 euros pero el Tribunal en el fallo reduce la indemnización por que la demandante solo habita en la vivienda durante 5 meses al año
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) 71/2006, de 7 de marzo (JUR\2006\160767)	Restaurante pero realiza actividades de disco	-Art. 1.908 CC	Explotador deberá: instalar los limitadores de sonido Aislamiento de la vivienda.	300 € daños morales	Ausencia de licencia para desarrollar actividades con música
Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) 205/2007, de 7 de mayo (JUR\2007\322495)	Gimnasio	- Art. 7.2 LPH	Insonorización consistente en la creación de una caja de aislamiento acústico que comprenda: el suelo, paredes y techo, en todo	3.000 € por daños morales	Forma o las condiciones actividad → irá dirigida al cese de las inmisiones sonoras

rjib12

JURISPRUDÈNCIA

(novembre 2012-octubre 2013)

Jaume Munar Fullana
Doctor en dret
(Constitucional)

Miquel Masot Miquel
Advocat
(Dret civil balear)

Carlos Gómez Martínez
President de l'Audiència 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 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 233/2012, DE 13 DE DESEMBRE (PLE). Ponent: Sr. Pérez de los Cobos Orihuel. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT: COMPETÈNCIES ESTATALS SOBRE PLANIFICACIÓ GENERAL D'ACTIVITAT ECONÒMICA. ESTATUT D'AUTONOMIA DE LES ILLES BALEARS: COMPETÈNCIES SOBRE RÈGIM ENERGÈTIC, COMERÇ INTERIOR I URBANISME. DECRETS LLEIS: REQUISITS CONSTITUCIONALS SOBRE LA URGENT I EXTRAORDINÀRIA NECESSITAT DE LA REGULACIÓ ESTABLERTA.

Resum dels fets: el Consell de Govern de les Illes Balears interposà recurs d'inconstitucionalitat contra els art. 3 i 43, la disposició transitòria primera i els incisos primer i vuitè de la disposició final segona del Reial decret llei 6/2000, de 23 de juny, de mesures urgents d'intensificació de la competència en mercats de béns i serveis. S'al·lega infracció constitucional des de dos vessants: a) la vulneració del règim dels decrets lleis per manca de requisit habilitant d'acord amb l'art. 86 CE; i, b) la vulneració del règim de competència autonòmica en matèria de règim miner i energètic, urbanisme i comerç interior, per entendre que la regulació continguda en els preceptes impugnats no té empara en els títols estatals que deriven de l'art. 149.1.1, 149.1.13 i 149.1.25 CE.

En la present resolució el TC no aborda el tractament de dos dels preceptes impugnats, l'art. 43 i, per connexió, el paràgraf vuitè de la disposició final segona del Reial decret llei, en entendre que el seu contingut vulnerava els límits de l'art. 86.1 CE, com així va declarar a les precedents sentències 31/2011, de 17 de març i 170/2012, de 4 d'octubre, aplicant així la doctrina de la desaparició sobrevinguda de l'objecte del procés constitucional vers aquests dos preceptes concrets impugnats pel Govern de les Illes Balears.

Tanmateix, pel que fa a la impugnació de l'art. 3, de la disposició transitòria primera i de l'incís primer de la disposició final segona, el TC es remet a la doctrina que, com a qüestió ja resolta, es fixa a la seva Sentència 170/2012, de 4 d'octubre, abans esmentada, però no per això està mancada d'interès la present, doncs indica

el propi Tribunal que restava encara analitzar la cobertura competencial dels apartats b) i c) de la disposició transitòria primera, invocada per part del Govern de les Illes Balears, als què dedica distintes fonamentacions jurídiques que passam a extractar seguidament.

Fonamentació jurídica: vers la primera de les dues grans qüestions plantejades en el debat, concretament la pretesa absència del requisit constitucional habilitant per al dictat de les normes impugnades com a decret llei, el TC considera que l'art. 3 i la disposició transitòria primera són reflex de la necessitat de regular un subsector d'acord amb una situació d'urgència pròpia de disposicions legislatives provisionals, sense que s'apreciï un ús o abusiu o arbitrari de la facultat de dictar un decret llei, i entén que les mesures pretenen incrementar el grau de competència d'un sector, mitjançant l'ampliació de nombre i qualitat dels oferents en el mercat d'hidrocarburs, i que no són manifestament inadequades per assolir tal finalitat, tractant-se d'una mesura que pretén assolir un increment de punts de venda de combustibles al detall que té connexió de sentit amb els propòsits liberalitzadors en el sector energètic i que varen justificar la seva adopció. Seguidament passam a resumir el contingut de dites disposicions aprofitant l'anàlisi dels aspectes de competència material, avançant tanmateix la discrepància, en forma de vot particular, sobre la concurrència del requisit habilitant que disposa l'art. 86 CE, que exposarem en l'apartat de comentaris.

Pel que fa als aspectes de distribució competencial de més interès, un primer bloc és el conformat per l'anàlisi de l'apartat 1 de l'art. 3 i del primer paràgraf de la disposició transitòria primera, relatius a les instal·lacions de subministrament a vehicles en grans establiments comercials.

La norma general continguda en l'articulat introdueix l'obligatorietat, pel que fa als establiments que tenguin la consideració de grans establiments comercials, d'incorporar entre els seus equipaments una instal·lació de subministrament de productes petrolífers a vehicles, i la norma transitòria, al seu torn, fixa regles per a la incorporació potestativa, entre els seus equipaments, de la mateixa instal·lació de subministrament.

A l'efecte, i per remissió a l'anterior Sentència 170/2012, de 4 d'octubre, entén el TC que no es produeix la vulneració del règim de competències materials

autonòmiques, doncs considera que la regulació de l'art. 3 esdevé un mecanisme del legislador estatal per complir amb les finalitats que se li encomanen per l'art. 149.1.13 i 25 CE en relació específica amb el necessari assoliment de l'objectiu de liberalitzar el mercat, ampliant l'oferta dels punts de distribució de combustible al detall, i que, al seu torn, la regulació estatal del règim transitori pels establiments comercials ja existents, no imposa la seva obligatòria instal·lació, doncs no té contingut prescriptiu, i permet, per tant, un desenvolupament autonòmic, atès que la normativa de la Comunitat Autònoma podria obligar a la instal·lació de subministrament en els establiments comercials ja existents, permetent-se-li així l'adopció de determinacions pròpies, com per exemple, establir que les instal·lacions de subministrament de combustible fossin un ús propi dels equipaments comercials ja existents.

Igualment per remissió, el TC reitera la desestimació de la inconstitucionalitat per vulneració de competències autonòmiques en urbanisme de l'apartat 2 de l'art. 3 del Reial decret llei, d'acord amb el qual l'atorgament de les llicències municipals requerides per a l'establiment duu implícita la concessió de les necessàries per a la instal·lació del subministrament de productes petrolífers, doncs entén que l'àmbit autonòmic d'actuació no es veu condicionat per una «recta interpretació» del precepte estatal, d'acord amb la qual no s'exclou que hagin de concórrer altres autoritzacions preceptives per aquest tipus d'instal·lacions, d'acord amb la normativa vigent sobre seguretat industrial i la resta que sigui d'aplicació, com recorda l'últim paràgraf del seu apartat 1 precedent, cosa que determinaria, a criteri del TC, que no es produeixi vulneració de les competències autonòmiques.

Pel que fa al règim transitori impugnat, concretat en la primera de les disposicions d'aquest ordre del Decret llei, es contemplava la incorporació amb caràcter potestatiu o voluntari, en els equipaments dels grans establiments comercials preexistents a la seva vigència, d'una instal·lació per al subministrament de productes petrolífers, i en fixava les regles pertinents. A l'efecte el TC, altra vegada per remissió a la Sentència precedent ja esmentada, indicarà que la regla fixada en la condició «a)», que establia que l'espai que ocupin les instal·lacions i equipaments que resultin imprescindibles per al subministrament no computa a efectes de volum edificable ni d'ocupació, incorre en inconstitucionalitat per mor que introdueix previsions que afecten tècniques urbanístiques concretes, pròpies de la competència urbanística i que corresponen únicament a les comunitats autònomes,

sense cobertura en els títols estatals de l'art. 149.1.13 i 25 CE. D'aquesta manera, la virtualitat del recurs d'inconstitucionalitat promogut per part del Govern de les Illes Balears opera essencialment en l'examen de la vulneració del l'ordre de competències de les condicions establertes en les lletres b) i c) de la disposició transitòria primera.

Així, la lletra b) disposa com les llicències municipals necessàries per a la construcció d'instal·lacions i la seva posada en funcionament s'entenen concedides per silenci administratiu positiu si no es notifica la resolució expressa dins dels quaranta cinc dies següents a la data de la seva sol·licitud. En aquest aspecte, sorprenentment i després d'haver declarat la inconstitucionalitat de la lletra a) precedent, el TC considerarà que, en aquest cas, la norma no es refereix exclusivament a un aspecte urbanístic, sinó que la qüestió del règim aplicable a les llicències municipals abasta tant l'aspecte constructiu com les altres d'àmbit municipal necessàries per al seu funcionament. La sorpresa que ens causa la conclusió es basa en el raonament utilitzat pel Tribunal, doncs al seu criteri «això determina que puguem considerar aquesta especialitat procedimental *ratione materiae*, vinculada al concret règim substantiu de la matèria de què es tracti, admesa per la nostra doctrina, STC 175/2003, de 30 de setembre, F. 10 c) i resolucions que allà se citen»; tal raonament, com exposarem en el comentari, resulta al nostre entendre bastant desencertat.

La virtualitat de la Sentència derivada d'aquest recurs opera de forma pràctica en la declaració d'inconstitucionalitat de la lletra c) de la disposició transitòria primera, d'acord amb la qual, l'establiment comercial hauria de costejar i executar les infraestructures de connexió de la instal·lació de subministrament de productes petrolífers amb els sistemes generals exteriors d'acord amb els requisits i condicions que estableixi el planejament. Encara que tal norma no fou qüestionada en els recursos precedents contra el Reial decret llei, de forma similar al que va establir en el FJ 12 de la STC 170/2012, de 4 d'octubre, considera el Tribunal la presència d'una previsió netament urbanística, que es posa de manifest tant pel seu contingut, la determinació de l'obligat a costejar les infraestructures de connexió de la instal·lació amb els sistemes generals exteriors, com per la remissió als requisits i condicions que estableixi el planejament, doncs entén que els títols de competència

estatal invocats per la norma, és a dir, els epígrafs 13 i 25 de l'art. 149.1 CE, no proporcionen empara a una previsió com la contemplada.

Comentari: per bé que determinades prescripcions del Decret llei, distintes a les que es tracten *ex novo* en aquesta Sentència derivada del recurs d'inconstitucionalitat formulat pel Govern de les Illes Balears, varen ser anul·lades prèviament per incompliment dels requisits establerts en l'art. 86 CE en les sentències precedents que hem esmentat més amunt, el gruix de les normes impugnades en aquest concret recurs interposat varen superar el cànon de dit precepte, no sense un vot particular formulat pel magistrat Sr. VALDÉS DAL-RÉ, on, per remissió al ja formulat en la STC 170/2012, de 4 d'octubre, entenia que hauria d'haver hagut de declarar la nul·litat de la resta de preceptes, entre ells els impugnats específicament pel Govern de les Illes Balears, per manifesta vulneració de l'esmentat art. 86.1 CE.

Tot i que a vegades la concurrència dels requisits constitucionals establerts per a la legislació d'urgència són objecte de vots particulars de gran complexitat jurídica, consideram que mereixen destacar-se els raonaments del que va tenir lloc per part de dit magistrat, més que res perquè duu a terme una descripció fàctica i sistemàtica, breu però molt didàctica, per acreditar la manca dels requisits d'extraordinària i urgent necessitat.

Destacam en aquest sentit les explicacions següents, més que entenedores, quant a la manca d'exigència d'immediatesa o de peremptorietat en la mesura adoptada en la norma d'urgència, vers els preceptes específics del Reial decret llei impugnats pel Govern de les Illes Balears, que efectua les argumentacions següents.

Pel que fa al règim general establert en l'art. 3, del que recorda com «[...] impone a los comercios que tengan la consideración de "gran establecimiento comercial" la obligación de incorporar "entre sus equipamientos, al menos, una instalación para suministro de productos petrolíferos a vehículos". Es ésta, no obstante, una obligación "pro futuro", a la que han de sujetarse los centros comerciales que se abran con posterioridad a la entrada en vigor de la norma. La medida se encuentra, por lo tanto, privada de eficacia inmediata, debiendo las instalaciones afectadas, con carácter previo a la apertura de la oportuna estación de servicio, cumplir rigurosas condiciones técnicas, señaladamente las referentes a metrología, metrotecnia y

protección de consumidores y usuarios. El art. 3 define, en suma, un escenario jurídico manifiestamente inconciliable con el requisito que motiva la extraordinaria y urgente necesidad, sin que encuentre apoyo constitucional esa exigencia de imprevisibilidad y perentoriedad que justifica la excepcional alteración del orden constitucional de atribución del poder de dictar normas con rango legal. En un escenario jurídico como el previsto en el reseñado pasaje legal, la liberalización del mercado de hidrocarburos líquidos, instrumentada a través de la instalación de estaciones de servicio por parte de los grandes establecimientos comerciales, no se encuentra en modo alguno amparada por una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sin que se perciba, ni tan siquiera en trazo fino, las ventajas temporales que puede reportar una liberalización articulada a través de norma de urgencia respecto de la apertura de ese específico mercado instrumentada por los cauces parlamentarios ordinarios.»

Molt més clars i també molt més lògics i, al nostre modest entendre, difícilment refutables, són els arguments de discrepància sobre la urgència en el contingut de la disposició transitòria primera, que igualment a judici del magistrat «[...] se ocupa de enunciar un cuadro de previsiones aplicables a la apertura de estaciones de servicio por parte de centros comerciales en pleno rendimiento. Es aquí donde, al menos en una primera impresión, pudiera apreciarse la concurrencia del parámetro de inmediatez, entendido como canon de valoración de la justificación material del presupuesto habilitante. No obstante, un examen algo más detallado de sus enunciados normativos atempera ese parámetro, hasta terminar difuminándolo. En primer lugar, por cuanto la instalación de estaciones de servicio en grandes establecimientos en funcionamiento se configura con un carácter facultativo, a diferencia del carácter obligatorio de esta misma medida para establecimientos de nueva creación. De manera inmediata, pues, la medida adoptada no asegura efecto liberalizador alguno; lo posibilita, pero no lo garantiza. Pero es que, en segundo lugar y señaladamente, la apertura de estaciones de servicio no es una medida que, por evidentes razones técnicas, resulte susceptible de una pronta instalación; antes al contrario, también requiere un *tempus* en su diseño, programación, construcción y autorización que, en modo alguno, puede calificarse como reducido. Valorada desde este último parámetro, el de la perentoriedad de la puesta en marcha de la medida misma, la posibilidad para los grandes establecimientos comerciales ya abiertos al

público de instalar estaciones de servicio no logra superar el escrutinio de la relación de adecuación. O por enunciar la conclusión en otras palabras, tampoco es dable apreciar la concurrencia de un estado de extraordinaria y urgente necesidad.»

Quant als aspectes que deriven de la resolució del conflicte competencial en sentit material estricte, modestament pensam que s'ha resolt molt deficitàriament la constitucionalitat de l'apartat 2 de l'art. 3 impugnat pel Govern de les Illes Balears, doncs la reconducció a una «recta interpretació» del precepte que proposa el TC, al nostre modest entendre, no deixa de ser errònia. Això perquè equivocadament el TC consideraria, o al menys això sembla voler dir, que la competència autonòmica en matèria d'energia o de seguretat industrial no queda vulnerada en allò relatiu a la possibilitat de sotmetre a autorització autonòmica concurrent, quan sigui establerta per norma pròpia; que a més permetria *in fine* el darrer paràgraf de l'apartat 1 de l'art. 3.

Res a dir amb la conclusió de l'argument anterior, però en realitat es tracta de figues d'un altre paner. Això perquè el que no ha valorat el TC ha estat la implicació o afectació de l'art. 3.2 vers la concreta competència urbanística autonòmica invocada. Així, hem de notar que la norma estatal impugnada estableix, literalment, el mandat que l'atorgament de la llicència municipal urbanística i d'activitat de l'establiment comercial comporta el paral·lel atorgament de les llicències derivades d'aquest sector material exclusiu autonòmic (urbanisme) «que fossin necessàries per a la instal·lació del subministrament de productes petrolífers». Aquesta matèria urbanística autonòmica i no d'altra és precisament la directament afectada.

Certament en aquest punt el TC realitza una mena de finta, innecessària i confosa, es remet a la possibilitat d'autoritzacions autonòmiques concurrents en matèria de seguretat industrial, i evita així aprofundir en el vertader debat subjacent que no era d'altre que l'afectació a la competència urbanística, doncs simplement, caldria haver dit que les llicències municipals requerides per als nous projectes de grans establiments comercials haurien de verificar el compliment de la previsió legal obligatòria d'instal·lació de subministrament de productes petrolífers que imposa el títol habilitant estatal validat sobre planificació d'activitat econòmica. Queda així, per exemple, en l'aire la resolució d'una situació peculiar que es podria donar si un ajuntament autoritza un gran establiment comercial amb l'atorgament d'una llicència municipal sense que eventualment el projecte no hagi previst l'obligatòria instal·lació de subministrament, doncs la implícita concessió que s'imposa per ministeri legal

bàsic estatal topa amb la dificultat pràctica o operativa de localitzar la concreta instal·lació inexistent en el projecte autoritzat.

Igualment, consideram incorrecte el raonament quant a la constitucionalitat del contingut de la lletra b) del règim transitori, que com hem vist conforma un règim de silenci positiu directe de la llicència urbanística municipal i d'obertura, doncs la doctrina constitucional pròpia citada a què es remet el TC, el que estableix, al menys en la literalitat de la Sentència remesa, és tot el contrari, doncs parteix del fet que la competència autonòmica s'estén a ordenar processalment el sector material que li és exclusiu. A la vegada, la literalitat de l'incís de la norma estatal avalada pel TC, tampoc no es pot considerar una previsió que afecti el sector energètic o l'activitat de planificació econòmica general en sentit estricte, perquè específicament suposa afectació al règim de la llicència municipal necessària per a la construcció i funcionament, que la deixa subsistent.

D'aquesta manera, l'esmentada regulació presenta una enorme paradoxa, doncs resulta si més no incongruent que en la norma general d'aplicació preceptiva, concretada en l'apartat 2 de l'art. 3 del Decret llei, no es fixi termini de resolució de les llicències municipals ni tampoc no s'estableixi un règim de silenci administratiu positiu, i en canvi sí que ho fixi en el règim transitori que, recordem-ho, el propi TC ha matisat que és d'aplicació potestativa i modulable per part de la normativa autonòmica. Precisament, a fil dret d'aquesta darrera consideració personal, és a dir, l'oblit que la disposició transitòria no confereix drets sinó potestats d'implantació d'instal·lacions a concretar per part de la Comunitat Autònoma, entenem igualment que no resulta encertada la remissió a la doctrina de l'especialitat procedimental *ratione materiae* estatal invocada per part del TC.

Finalment, ens sorprèn igualment la declaració d'inconstitucionalitat de la lletra c) de la disposició transitòria primera, tota vegada que per bé que pugui considerar-se raonable d'acord amb el TC la manca d'empara de la norma estatal sobre els títols d'habilitació establerts en els epígrafs 13 i 25 de l'art. 149.1 CE, la previsió continguda, en definitiva, esdevé tanmateix exigible per aplicació d'una altra norma estatal que sí que ha superat el cànon de constitucionalitat a partir d'altres títols d'habilitació estatal. Efectivament, el fet que «l'establiment comercial» hagués de costejar i executar les infraestructures de connexió de la instal·lació de subministrament de productes petrolífers amb els sistemes generals exteriors

d'acord amb els requisits i condicions que estableixi el planejament deriva directament del fet que aquesta instal·lació addicional pugui considerar-se, «urbanísticament», una actuació de dotació subjecta a aquestes càrregues d'acord amb l'art. 16 del Reial decret legislatiu 2/2008, de 20 de juny, que aprova el text refós de la Llei de sòl.

En realitat, allò que es podria predicar pròpiament incorrecte, no ja des d'una lectura constitucional, sinó dels termes emprats pel legislador estatal, és la imposició del deure a l'«establiment comercial», d'acord amb els termes literals emprats, i no a les persones propietàries del sòl l'edificabilitat o densitat del qual es veu incrementada amb els nous usos assignats en l'ordenació urbanística. Com igualment resulta en certa forma incongruent, defensar que la lletra c) vulnera també la competència urbanística autonòmica justament per remetre's a les condicions que determini el planejament d'aquest sector, i no qüestionar-se, en canvi, que la imposició de l'ús d'instal·lació de subministrament en els nous grans establiments comercials pogués vulnerar tant la competència urbanística com l'autonomia local en l'àmbit de la planificació urbanística, situació que és la que ve a avalar el TC sota l'empara de l'habilitació estatal en matèria de planificació general de l'activitat econòmica.

2. SENTÈNCIA NÚM. 125/2013, DE 23 DE MAIG (SALA PRIMERA). Ponent: Sr. González Rivas. RECURS D'EMPARA: ADMINISTRACIÓ LOCAL. DRET D'ACCÉS A CÀRRECS PÚBLICS I PARTICIPACIÓ EN CONDICIONS D'IGUALTAT. PRINCIPI DE REPRESENTACIÓ. AUTONOMIA LOCAL. CLÀUSULA D'ESTAT DEMOCRÀTIC. INCONSTITUCIONALITAT DE NOMENAMENT DE BATLE EN FAVOR DE REGIDOR NO INTEGRAT EN LLISTA ELECTORAL. ATORGAMENT DE L'EMPARA.

Resum dels fets: el recurs d'empara es va promoure per part de «Foro Asturias Ciudadanos» i diversos regidors de l'Ajuntament de Cudillero, i varen intervenir com a codemandat el Partit Socialista Obrer Espanyol i un altre regidor de l'esmentada

corporació local, contra la Sentència del TSJ d'Astúries, de 6 de maig de 2013, recaiguda en recurs contenciós electoral, que va desestimar l'interposat contra l'Acord del Ple de dit Ajuntament, de 27 de març de 2013, de nomenament de batle.

Els fets parteixen de la renúncia de l'anterior batle i de la seva acta de regidor, a la vegada que determinats candidats i suplents de la mateixa llista per la què s'havia presentat el batle formularen la seva renúncia anticipada a cobrir la vacant de regidor, el que va motivar que l'executiva local del Partit Socialista proposés la designació d'un determinat regidor d'acord amb el procediment singular de l'art. 182.2 LOREG.

El Ple de l'Ajuntament celebrà elecció de batle, després de les anteriors renúncies anticipades a la candidatura de la batlia de tots els membres de la llista del Partit Socialista anteriors al nou regidor designat, que va ser qui fou elegit i proclamat batle. Front a l'esmentat Acord d'elecció i proclamació es va interposar pels demandants d'empara un recurs contenciós electoral, que fou desestimat per la Sentència del TSJ d'Astúries esmentada més amunt.

La demanda d'empara constitucional es basava en la invocació d'una vulneració del dret a accedir en condicions d'igualtat als càrrecs i funcions públiques previst en l'art. 23.2 CE, que afectaria a dos regidors recurrents de l'Ajuntament i al «Foro Asturias Ciudadanos», tota vegada que el regidor que va ser elegit batle no podia ser considerat cap de llista, doncs no hi havia estat inclòs, a diferència dels altres regidors demandants d'empara i, contràriament, com hem exposat, havia accedit al càrrec de regidor pel mecanisme singular de designació del seu partit, previst en l'art. 182.2 LOREG.

Això a partir d'entendre contrària a la lògica del sistema democràtic la situació en què un regidor que no ha concorregut a les eleccions en el sí d'una llista de candidats pugui ser proclamat batle, i de considerar que l'Acord plenari i la Sentència lesionen aquell dret constitucional, tot invocant igualment l'aplicació *in fine* de la doctrina establerta en la STC 103/2013, de 25 d'abril i en la interlocutòria posterior aclaridora.

Fonamentació jurídica: la Sentència centra el debat a partir del fet que el dret reconegut en l'art. 23.2 CE, d'accés en condicions d'igualtat a les funcions i càrrecs públics, és un dret de configuració legal del que són titulars els ciutadans, primer

com a candidats i després en l'exercici del càrrec, i per tal que la infracció de la legalitat pugui suposar lesió del precepte constitucional, a l'efecte de la substanciació d'un recurs d'empara electoral, dita lesió ha de ser de caràcter substantiu, que reguli qüestions que afectin directament el seu contingut, en ordre i per tal de garantir l'eficàcia real del dret.

A partir d'aquest punt de partida, l'argument del Tribunal passa per exposar que la configuració legal del sufragi passiu per ser elegit batle en els municipis de població superior a 250 habitants es recull en l'art. 196 LOREG, i determina que poden ser candidats tots els regidors que encapçalin les llistes corresponents. Aquest requisit legal permet identificar l'exigència d'un plus de representativitat a la persona que presenta la seva candidatura a batle, que connecta amb el marc constitucional de l'autonomia local, íntimament arrelada en el principi democràtic que plasma de manera expressa l'art. 140 CE amb la regulació de l'elecció de regidors i batles, recordant, en aquest sentit, la seva doctrina relativa que el caràcter representatiu dels òrgans als què correspon la direcció política de les entitats locals constitueix un concepte inherent a l'autonomia.

Aquesta mateixa exigència es manté en els casos en què es produeixi la vacant de la batlia. L'art. 198 LOREG estableix que s'ha de resoldre d'acord amb el que es preveu en el seu art. 196 i considera que encapçala la llista en què figurava el batle la persona següent, a no ser que renunciï a la seva candidatura, d'aquí que considera el TC que, en conseqüència, l'elecció successiva del batle durant el mandat municipal segueix estant connectada amb la voluntat dels electors expressada en el vot a una llista determinada i ordenada escalonadament.

L'elecció dels ciutadans només pot recaure sobre persones determinades i no sobre els partits que les proposen a l'electorat, fet que crea una vinculació immediata entre electors i elegits, que no pot ser condicionada, en els seus elements essencials, per la mediació dels partits polítics, en tractar-se d'un mandat lliure, per entendre que la condició de cap de llista s'ha de connectar a una determinada llista de candidats en un procés electoral obert, llista a la qual es refereix l'art. 44.1 LOREG.

El TC considerarà que, des de l'estricta perspectiva constitucional, no es pot entendre que un regidor que no ha concorregut a les eleccions compleixi els requisits que determina l'art. 198 LOREG, que imposa expressament la inclusió en la llista electoral de qui es proposi com a batle, la qual cosa exclou a persones que no

han concorregut a les eleccions en les corresponents candidatures. Interpretació que resultaria tant del tenor dels articles de la Llei orgànica com de la doctrina constitucional sobre la connexió entre l'elecció per sufragi universal dels regidors i, per derivació, del batle, amb el dret fonamental d'accedir en condicions d'igualtat als càrrecs públics, que s'hauria desvirtuat en el cas objecte del recurs d'empara pel fet que, materialment, mitjançant una successió de renúncies individuals, el candidat a batle ho ha estat qui mai no havia integrat la llista del grup municipal que va concórrer a les eleccions.

Reforça la consideració a partir del fet que, malgrat en el concepte de llista al qual s'al·ludeix en els art. 44, 182, 196 i 198 LOREG, s'hi puguin arribar a integrar persones que no concorrin a les eleccions en les corresponents candidatures encara que pertanyin a un grup municipal per la via excepcional de l'art. 182.2; aquesta via singular que, per al càrrec de regidor, permet l'accés d'un ciutadà que no es va integrar en la llista electoral, no és però reconeguda en el cas de l'elecció de batle, en ser insuficient des d'un punt de vista constitucional i a l'empara de l'art. 23.1 CE la simple integració en el grup municipal, doncs entendrà el TC que la condició de cap de llista ho ha de ser en el procés electoral i en directa connexió amb la voluntat popular, per assegurar la plena representació democràtica a qui ha de detenir el govern i l'administració municipal.

Acaba el judici d'inconstitucionalitat indicant que el plus de representativitat que s'infereix de l'art. 140 CE per al govern municipal, es tradueix en una connexió recíproca entre electors i l'elegible cap de llista, amb relació als requisits per ser candidat a batle, d'acord amb l'art. 196 LOREG. Així, partint del reconeixement que, en el cas de la vacant a la batlia, l'art. 198 de la Llei electoral matisa els requisits personals del candidat, des del moment en què admet la renúncia dels qui el precedien en la llista, determina tanmateix que aquesta possibilitat troba un límit exprés en la integració prèvia en la llista, i precisament per això, el possibilitar l'accés a la batlia a un regidor que ha assolit aquesta condició per la via singular de no integració de l'art. 182.2 suposaria viciar la relació representativa, el correcte funcionament de la qual és capital per a l'existència i funcionament de l'Estat democràtic consagrat en l'art. 1.1 CE. Aclarirà, en tot cas, que l'anterior consideració no implica qüestionar la via d'accés al càrrec de regidor per l'esmentada via singular, i que tengui la mateixa capacitat que la resta, però amb la limitació que entén el TC

inherent d'acord amb la prevalença de l'art. 23.1 CE, i que com hem exposat impedeix, al seu criteri, que pugui arribar a tenir la consideració de cap llista a l'efecte del seu nomenament com a batle.

En definitiva, la doctrina assentada es concretarà en el fet que la correcta interpretació de l'art. 196 LOREG d'acord amb l'article 23.1 CE determina que només els regidors que formaren part de la llista electoral puguin arribar a ser caps de llista per renúncia de la resta, i no poden adquirir tal condició els regidors que accedeixen per la via excepcional de l'art. 182.2 de la referida Llei orgànica.

L'atorgament de l'empara parteix, en definitiva, de l'estimació per part del TC que s'ha produït la vulneració del contingut constitucional del dret de l'art. 23 CE, tant des del vessant de participació en les eleccions previst en el seu apartat 1, com des del dret d'accés als càrrecs i funcions públiques del seu apartat 2, anul·lant en conseqüència l'Acord plenari d'elecció de batle i la Sentència del TSJ d'Astúries que el va confirmar.

Comentari: uns dels factors que palesen la importància d'aquesta resolució es posa de manifest amb ocasió de l'anàlisi d'una de les causes d'inadmissibilitat que es varen invocar en el procediment d'empara, en concret, la manca d'especial transcendència constitucional del recurs, on el TC destaca com a motivació del rebuig de tal causa el compliment de la càrrega processal que determina la LOTC, quant a la justificació d'aquesta transcendència, a partir de la seva consideració com a qüestió nova i no resolta per la recent STC 103/2013, de 15 d'abril, que encara d'aplicació com a precedent no va resoldre el punt central que va ocupar aquest recurs d'empara.

Específicament, la determinació de si pot ser nomenat batle un regidor que no ha concorregut a les eleccions, i el fet que la qüestió ultrapassi el cas concret, doncs aquesta situació es pot repetir a qualsevol municipi, dota de transcendència el recurs, atès que planteja un vessant d'un dret fonamental susceptible d'empara vers el qual no hi ha doctrina constitucional precedent.

Però sens dubte tampoc no està mancada d'interès la motivació del vot particular formulat a la Sentència, per part del magistrat Sr. OLLERO TASSARA, que ja parteix d'una crítica si més no a tenir en consideració: la del fet que el TC s'ha introduït en una qüestió de legalitat ordinària més que no estrictament de constitucionalitat, com és l'aplicació literal d'una norma, en aquest cas de la LOREG, doncs considerarà si

més no forçada la interpretació majoritària que abans hem apuntat, relativa a si el fet novedós de si pot ser nomenat batle un regidor que no ha concorregut a les eleccions suposi realment una manifestació d'un dret fonamental susceptible d'empara, en base a la manca de doctrina constitucional prèvia.

Bàsicament són unes meres raons de coherència les que fonamenten el vot particular i que, certament, mereixen una reflexió: parteixen de considerar que l'art. 182.2 LOREG estableix que si no queden possibles candidats o suplents a nomenar, les vacants seran cobertes per qualsevol ciutadà major d'edat que no estigui incurs en causa d'inelegibilitat. Des d'aquesta lectura, entén que, si no es considera discutible en aquests casos l'adquisició de la condició de regidors, sembla coherent que pugui, com qualsevol altre regidor, esdevenir candidat a la batlia.

Critica, així, el vot discrepant que la STC provoca el sorgiment d'una nova figura, com és la del «regidor no alcaldable», que peca d'incoherent en dur com a conseqüència la contemplació de grups municipals integrats per regidors dels que, en segons quina circumstància, uns són «més regidors que els altres». I el raonament discrepant final s'arrodoneix en entendre que no existiria raó per considerar contrari a la Constitució que a aquella persona que ja s'ha admès en condició de regidor, se la pugui admetre igualment com a batle, «amb major raó en un sistema en què és una llista tancada —sense grans possibilitats de gradació representativa— la que, com a expressió d'adhesió dels ciutadans a qui la promou, acaba resultant decisiva una vegada s'ha posat en marxa el mandat dels seu components.»

Efectivament, tal vegada aquesta darrera reflexió sigui el component de coherència de major calat doncs, certament, declarar que vulnera un dret fonamental el fet que un regidor no integrat en la llista inicial pugui ser proclamat batle, basant-se entre d'altres en el principi democràtic i representatiu, si més no ens hauria de dur a qüestionar igualment l'encaix dins els mateixos preceptes constitucionals utilitzats per part de la majoria del TC d'un sistema electoral local de llistes tancades que, en definitiva, més que manifestació paradigmàtica d'un sistema d'elecció representativa no deixa de ser un sistema de llistes d'adhesió.

3. SENTÈNCIA NÚM. 165/2013, DE 26 DE SETEMBRE (PLE). Ponent: Sr. González Rivas. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT: RÈGIM DE COOFICIALITAT DE LA LLENGUA CATALANA A LES ILLES BALEARS; REQUISIT D'ACCÉS I PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALLS DE LA FUNCIÓ PÚBLICA; NORMALITZACIÓ LINGÜÍSTICA I ÚS OFICIAL EN L'ÀMBIT ADMINISTRATIU. NATURALESA I ABAST DEL CARÀCTER D'IDIOMA PROPI. COOFICIALITAT I PROCEDIMENT ADMINISTRATIU. AUTONOMIA LOCAL. COMPETÈNCIES PRÒPIES AUTONÒMIQUES I LEGISLACIÓ BÀSICA DE RÈGIM JURÍDIC DE LES ADMINISTRACIONS I DE L'ESTATUT BÀSIC DE L'EMPLEAT PÚBLIC.

Resum dels fets: per part d'un grup de senadors del Grup Parlamentari Socialista del Senat s'interposa recurs d'inconstitucionalitat contra distints apartats de l'art. únic, la disposició derogatòria i determinats apartats de la disposició final primera, disposició final segona i disposició final tercera de 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.

Malgrat que l'estricta denominació de la Llei impugnada es refereixi a normes sobre funció pública, en realitat la seva afectació i, per tant, l'abast del recurs s'estén igualment a la legislació balear sobre normalització lingüística i de règim jurídic de l'Administració autonòmica modificada, com bé recordarà el propi TC per rebatre la causa d'inadmissibilitat del recurs amb relació a l'afectació a aquests dos darrers sectors, al·legada per part de l'Advocat de l'Estat, i entén que la voluntat dels Senadors recurrents és la d'impugnar el text íntegre de la referida Llei, doncs malgrat que la seva rúbrica es refereixi només a la «funció pública», el fet que per la via de disposicions finals s'afectin altres sectors esmenaria qualsevol deficiència vers la manca d'invocació d'una concreta norma addicional impugnada en l'escrit d'interposició del recurs de constitucionalitat, i que s'estén en conseqüència a qualsevol norma modificada per la Llei.

Amb relació a la reforma s'addueixen distints motius d'inconstitucionalitat que són agrupats a efectes sistemàtics en el FJ 2 en tres blocs, agrupació que seguirem per tal de resumir l'anàlisi del TC efectuada.

Fonamentació jurídica: el primer dels tres blocs es refereix a normes de naturalesa constitucional que els recurrents consideraven infringides, centrades en l'art. 3 CE i els art. 4 i 14.3 EAIB, amb relació a la posició constitucional i estatutària de la llengua catalana a les Illes Balears, bloc a què dedicarà els FJ 4 a 12, en què s'analitza, per remissió a les primeres sentències del Tribunal sobre el règim de cooficialitat lingüística a Espanya, i també a la seva més recent Sentència 31/2010, de 28 de juny, com a resum de les característiques de la cooficialitat lingüística. Aquesta cooficialitat ha de passar per descartar l'atorgament de prevalença d'una llengua sobre altra, fet que per al TC, malgrat la definició del català com a llengua pròpia, no pot implicar un desequilibri constitucional de la cooficialitat, excepte el cas que el legislador autonòmic adopti mesures de política lingüística adequades i proporcionades tendents a corregir situacions històriques de desequilibri d'una de les llengües oficials, esmenant una posició secundària que pogués tenir.

El TC es fa ressò així dels termes de l'exposició de motius de la Llei balear impugnada de reforma del règim lingüístic, i que dibuixen una evolució pretesament favorable passats trenta anys des de la vigència de la Constitució i un també pretès coneixement idíl·lic de la llengua pròpia en l'àmbit de l'Administració i en l'àmbit de l'ensenyament que, juntament amb la jurisprudència pròpia citada, avalarà la constitucionalitat de la reforma operada per la Llei balear 9/2012, de la qual molt gràficament en descriu una primera conseqüència pràctica en al·ludir que «inverteix la preceptivitat del requisit lingüístic per a l'accés a la funció pública balear, de manera que l'acreditació d'un nivell de coneixements del català deixa de ser un requisit genèric per a l'accés a la funció pública i provisió de llocs de treball, i esdevé ara només exigible en els casos contemplats expressament».

El TC entén que la nova opció escollida pel legislador balear se subjecta als límits constitucionals que, en cas de controvèrsia, es concreten en les garanties derivades del caràcter propi de la llengua catalana, i recorda que una cosa és el plànol de la decisió política i l'enjudiciament polític que mereixi tal decisió, i un altre

pla distint el de la qualificació d'inconstitucionalitat, que s'ha de fer d'acord amb criteris estrictament jurídics.

Des de la segona perspectiva anuncia com a proclama prèvia els FJ 8 i següents, que la conformació d'una funció pública «on no sigui necessari genèricament el requisit lingüístic de la llengua pròpia no implica necessàriament una posició subordinada d'aquesta llengua, doncs, com subratlla, la mesura preserva la garantia bidireccional de l'ús de la llengua pròpia entre Administració i ciutadans a través un ample ventall de llocs de treball per a l'accés i provisió dels quals és necessari el requisit». Argument que, si se'ns permet, per bé que pugui ser admissible des de la perspectiva constitucional, des de la lògica no acaba de tenir massa sentit doncs, en definitiva, l'exempció del requisit fora dels supòsits específics es justificaria en la garantia del ciutadà de poder ser atès en la llengua pròpia, cosa molt distinta d'equiparar les dues llengües oficials en el camp de l'accés i provisió de llocs de treball dins l'Administració, on la llengua castellana se situarà en la pràctica, i també per lògica, en un àmbit de prevalença que abans el propi TC ha declarat proscrit per a qualsevol idioma.

Els extensos arguments del TC en aquest punt es poden resumir en el següent axioma que és el que es dedueix inherent fins a la sacietat en tots els fonaments: «La reforma de la funció pública balear operada per la Llei 9/2012 integra en tots els casos la llengua pròpia dins dels mèrits i capacitats valorables per a l'accés i provisió de llocs de treball, mantenint el requisit lingüístic en determinats llocs de treball descrits en l'apartat 2 de la disposició addicional dotzena, en consideració al seu contingut funcional».Una opció constitucional lícita és la inversió del sistema general d'exigència del requisit, per la seva transformació, en sistema excepcional a determinats llocs i general de simple mèrit. Els arguments addicionals que utilitza per entendre no desvirtuada la igualtat i el caràcter de llengua pròpia seran que la pròpia llei estableix mesures de foment, en introduir mandats de promoció de cursos de coneixement de la llengua catalana entre el personal (argument aquest el de la promoció de cursos que, paradoxalment, com veurem en l'apartat de comentari, ha utilitzat a la inversa per avalar la constitucionalitat d'una previsió de l'Estatut de Catalunya), i, especialment, en el fet que la reforma no impedeix, en cap cas, la utilització amb normalitat de la llengua catalana.

D'aquest darrer incís hem de remarcar com, al nostre entendre, el TC utilitza de forma instrumental l'argument segons el qual la utilització per part del ciutadà de la

llengua catalana amb l'Administració pública autonòmica no sofreix modificació i, suposadament o implícitament, això coadjuva a una opció legislativa de supressió del requisit lingüístic per a l'accés a la funció pública, i obvia una anàlisi des d'una altra perspectiva de la pròpia reforma de la llei de funció pública que, fins i tot en els casos d'exigència del requisits en els supòsits de mobilitat o reingrés funcionarial, s'ha interpretat d'una forma una mica sorprenent, com veurem després en l'apartat de comentari.

Considerarà igualment adequat al mateix conjunt normatiu constitucional i estatutari la reforma de la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística a les Illes Balears, i de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, a partir del principi d'equiparar expressament el castellà com a idioma oficial «establint l'objectiu d'equiparar plenament les dues llengües», com si de corregir una situació de desigualtat en contra de la llengua castellana es tractàs, i recorre per això a la doctrina de la ja gairebé totèmica Sentència 31/2010, abans al·ludida, i al joc de paraules que va conformar en el seu FJ 14 amb relació als adjectius de «pròpia», d'«ús normal» i «preferent» de la llengua autonòmica, tot considerant que la reforma legislativa balear «tendeix a equilibrar el paper del castellà en l'àmbit oficial i administratiu, modificant l'orientació de les mesures legislatives introduïdes per la Llei 3/1986, de 19 d'abril, de normalització lingüística a les Illes Balears que havien reforçat la posició del català, atorgant-li certa prevalença en les diferents facetes abans expressades en aquest àmbit material».

Doncs bé, partint que fins ara hauria estat plenament admissible aquesta suposada «prevalença», afegirà que «lògicament, aquesta opció de política lingüística de l'any 1986 no constrenyeix la que es pugui adoptar en el moment actual a la llum de la realitat lingüística, sempre i quan tals mesures introduïdes es constati que no imposin una preferència d'una de les llengües oficials amb relació amb l'altra, ni suposin postergació o menysteniment d'una d'elles.» Dit en altres paraules, el TC en realitat ens diu que la reforma no pot suposar en cap cas menyscapte d'una posició d'igualtat de la llengua catalana però, al nostre entendre, novament parteix d'atorgar una excessiva credibilitat al que proclama l'exposició de motius de la Llei de reforma, quant que en el moment actual la realitat lingüística de posició de desigualtat del català hauria millorat des de fa trenta anys.

Arguments molt similars avalen la reforma operada a la Llei 3/2003, de 26 de març, i que es realitzen en el FJ 12, en incorporar-se el castellà com a llengua d'us normal en l'actuació administrativa i en els procediments, per bé que, en realitat, quant al concret dret dels interessats a dirigir-se i rebre resposta en la llengua oficial utilitzada o en què se sol·liciti és cert que la reforma no introdueix novetats significatives vers el règim que deriva del propi marc estatutari. Tampoc no confronta el nou règim establert amb la legislació bàsica estatal, concretada en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, entén que el legislador balear té opcions en la regulació de l'ús de la llengua en el procediment en la forma que cregui idònia i ha optat, en aquest cas, per un ús indistint de les llengües oficials en seu administrativa.

Tanmateix, s'ha de recalcar d'aquest Fonament una interpretació de l'abast de l'art. 14.3 EAIB, que garanteix el dret dels ciutadans d'accés a l'Administració en qualsevulla de les seves dues llengües oficials i a rebre resposta en la llengua utilitzada o sol·licitada, circumstància que, tanmateix, aclareix el TC que «no implica que el procediment administratiu hagi de ser tramitat íntegrament en la llengua utilitzada o elegida pel ciutadà». És a dir, es garanteix en tot cas el dret del ciutadà a rebre la notificació en la llengua que desitgi, però no s'imposa la necessària tramitació del procediment, en seu interna, en la llengua que determini el ciutadà. Podria pensar-se que així el TC interpreta que amb el fet que el ciutadà s'adreci o sol·liciti la notificació dels actes del procediment en castellà se li genera des del propi Estatut aquest dret, que no obstant no impedeix la tramitació del procediment en seu interna en català; o a la inversa, igualment. Ara bé, la lectura inicial d'aquesta consideració s'ha de replantejar a la vista d'un dels vots particulars de la Sentència a què farem esment, doncs sembla que la majoria del Tribunal n'ha fet una lectura diferent.

L'extensa i moltes vegades reiterativa argumentació de la constitucionalitat de la reforma inserida en el primer grup de preceptes constitucionals i estatutaris, d'alguna manera té trasllat en el FJ 13, en què el contingut de la Llei 9/2012, de 19 de juliol, de modificació de la Llei 3/2007, de 27 de març, resulta analitzat per descartar la seva inconstitucionalitat mediata per vulneració de legislació estatal bàsica en matèria de règim jurídic de les administracions públiques i sobre funció pública, concretada, respectivament en l'art. 35 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i en

els art. 54 i 56 de la Llei sobre l'estatut bàsic de l'empleat públic, que constitueix el segon bloc normatiu què fonamenta la impugnació de la norma balear.

Amb relació a la legislació bàsica sobre règim jurídic de l'Administració, el TC no aprecia contradicció amb la regulació de la Llei autonòmica 9/2012, de 19 de juliol, doncs, d'una banda, la demanda no fonamenta la contradicció que motivi inconstitucionalitat i, de l'altra, pel fet que la supressió del requisit lingüístic en l'àmbit de la funció pública balear no és total, sinó que recull excepcions i no impedeix complir la plena efectivitat al dret dels ciutadans a utilitzar la llengua catalana amb l'Administració.

Tampoc no aprecia que hi hagi contradicció amb la legislació bàsica estatal sobre funció pública, que regula en l'art. 54 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic un principi de conducta de garantia d'atenció al ciutadà en la llengua oficial que sol·liciti, que és reconegut per l'art. 124.1.g) de la Llei de funció pública balear. Dirà el TC que a totes dues normes, estatal i autonòmica, el deure de l'empleat públic està configurat en els mateixos termes possibilitant l'eficàcia del dret del ciutadà a ser atès en la llengua que esculli, la qual cosa no comporta contradicció amb la norma bàsica. Pel que fa al contingut de l'art. 56 de la Llei bàsica estatal, quant a la previsió de selecció dels empleats públics amb capacitació de llocs a les comunitats autònomes amb dues llengües oficials, no imposa un requisit genèric de coneixement, sinó que estableix la necessitat que sigui previst d'acord amb el contingut funcional del lloc, cosa que confereix un espai al legislador autonòmic per regular les condicions d'accés.

Així, l'opció legislativa d'acotar els supòsits en què és exigible el coneixement de l'idioma propi com a requisit general de capacitat és lítica constitucionalment sempre que s'ajusti a cànons de raonabilitat i proporcionalitat, i s'entén que els preceptes de la Llei balear 9/2012 compleixen aquests cànons, per conformar el requisit del català com a mèrit, que operarà amb caràcter general en els processos de selecció, i més concretament com a requisit estricte a determinats llocs, d'acord amb la naturalesa de les funcions a desenvolupar.

Finalment, els FJ 14 i 15 confronten el contingut dels preceptes impugnats de la Llei 9/2012, de 19 de juliol, amb els art. 9.1 i 3, 14, 137, 140 i 141.4 CE; tercer bloc normatiu invocat pel grup de Senadors, sense que tampoc no aprecii vici d'inconstitucionalitat per infracció dels principis de seguretat jurídica, discriminació per raó de llengua o el d'autonomia local de municipis i illes, en bona part per

remissió a les consideracions que ja es poden extreure dels anteriors fonaments jurídics de la Sentència, i on únicament destacarem que la reforma, d'acord amb el TC, no vulnera l'autonomia de les entitats locals doncs respecta la potestat autoorganitzativa de totes les entitats públiques territorials i els reconeix la configuració dels requisits d'accés i provisió mitjançant la determinació posterior de les relacions de llocs de treball.

Tanmateix, sí que voldríem destacar un paràgraf del FJ 14 en què, en entendre que la decisió de política legislativa adoptada amb la Llei 9/2012, de 19 de juliol, no atempta la seguretat jurídica, al·ludeix, en paraules del TC al fet que tal decisió «s'adopta en un context de coneixement i ús social generalitzat de la llengua pròpia, afectant únicament un àmbit determinat, l'administratiu i oficial, i amb la promulgació d'unes normes de marcada naturalesa organitzativa.» Ho destacam perquè ens crida certament l'atenció l'al·lusió a aquest suposat context com a element coadjuvant a la no vulneració de la «seguretat jurídica»; context al qual no hi al·ludeix ni el grup de Senadors recurrent ni l'única part personada en el procediment i que, certament, dubtam que sigui el real, doncs la generalització successiva en el temps de l'ús social de la llengua pròpia d'aquesta comunitat és si més no una afirmació discutible.

Comentari: tal vegada podríem començar per indicar que el resultat de la Sentència era més que previsible, en atenció a la precedent de 2010 àmpliament recordada pel TC i reflectida en la pròpia exposició de motius de la Llei impugnada i, tal volta igualment per això, es pugui explicar la sorprenent circumstància que ni el Parlament de les Illes Balears que la va aprovar, ni tampoc el Govern de les Illes Balears que la va impulsar, no es personassin en el procediment ni tampoc no formulassin al·legacions al recurs.

Més encara, a banda òbviament del grup de Senadors recurrents, l'altra part únicament personada, l'Advocacia de l'Estat, s'oposava a la petició d'inconstitucionalitat estrictament des del punt de vista de l'adequació de la reforma de la legislació balear a tres concrets articles de la legislació bàsica estatal sobre règim de les administracions públiques i de funció pública, i prescindia per això de la seva defensa des de la perspectiva de la constitucionalitat immediata d'acord amb els preceptes de la CE o de l'EAIB, que constitueixen el nucli de debat i que es resol així en solitari per part del propi TC en els termes que, resumidament, hem intentat extractar en l'apartat precedent.

Tanmateix, pensam que en aquest apartat es poden fer menció a tres aspectes d'aquesta resolució de la jurisdicció constitucional, per tal de posar de manifest, per aquest ordre, algunes incorreccions d'apreciació de l'abast d'alguna de les mesures concretes previstes a la reforma legal; les consideracions de més interès dels vots particulars disconformes amb la Sentència que s'han produït i, finalment, alguna reflexió vers els marges de regulació que s'han analitzat per part del TC.

En el primer dels aspectes abans referits, quant a la presència d'algunes incorreccions, destacam el curiós resultat que ha donat l'aval de la constitucionalitat d'una mesura específica en matèria de funció pública, a què es dedica el FJ 9, relativa a la supressió genèrica del requisit lingüístic per a l'accés i provisió en règim de mobilitat interadministrativa, per derogació de l'apartat 3 de l'art. 96 de la Llei de funció pública, i en règim de reingrés, per la nova redacció de l'art. 113.2 de la Llei esmentada.

Així, el supòsit concret, segons el TC, només plantejaria una determinada problemàtica pel que fa a l'accés per mobilitat interadministrativa o de reingrés en els casos en què fos necessari un determinat nivell de coneixement de català, segons la reserva de la disposició addicional dotzena, i, a partir d'aquí, ofereix quina haurà de ser la interpretació autèntica del nou règim indicant a l'efecte que: «Desde la estricta perspectiva constitucional, los supuestos de movilidad interadministrativa o reingreso sólo pueden ser válidos si se respeta la vigencia del requisito lingüístico en los casos legalmente establecidos, de manera que ni la movilidad ni el reingreso pueden convertirse en procedimientos aptos para el acceso o para la cobertura de puestos en que es preceptivo acreditar un determinado nivel de conocimientos de la lengua catalana.

En cuanto a la movilidad interadministrativa, ésta es la interpretación coherente del art. 96 de la Ley, puesto que la vigencia de la disposición adicional duodécima, apartado 2, impide el acceso u ocupación de los puestos en ella determinados por funcionarios que no tengan acreditado el requisito lingüístico, aunque procedan de otras Administraciones.

Particular relevancia se produce en el caso de funcionarios reingresados, por aplicación del art. 113.2 de la Ley, redactado por el apartado 7 del artículo único, que establece: "El reingreso puede efectuarse por adjudicación de un puesto de trabajo con carácter provisional, condicionada a las necesidades del servicio y en los

términos que se establezcan reglamentariamente, siempre que la persona interesada cumpla los requisitos de ocupación del puesto, 'salvo, en su caso', del nivel de conocimientos de lengua catalana del puesto de trabajo".

En este supuesto también "debe entenderse que se deja a salvo el requisito del nivel de conocimientos de la lengua catalana para ocupar los puestos en que así se exija", pues dicho requisito no se excluye totalmente para los casos de reingreso, al utilizarse la expresión "en su caso", que conecta con los supuestos en que el requisito lingüístico sigue vigente en virtud de lo establecido en la disposición adicional duodécima, apartado 2, de la Ley.»

En aquest sentit, la constitucionalitat de la mesura ho és igualment amb «la única interpretación de ambos preceptos, coherente con el art. 4 EAIB y el sistema resultante de la Ley balear 9/2012», tot resumint que implica que els funcionaris procedents d'altres administracions i els reingressats tenguin necessàriament els mateixos requisits d'accés i de provisió de llocs que la resta de funcionaris, que han d'acreditar el coneixement de la llengua catalana en aquells supòsits en què així s'exigeixi en aplicació de la disposició addicional dotzena, apartat 2, interpretació i opció legislativa vàlida des de la perspectiva constitucional.

El que passa és que, per bé que la interpretació fixada pel TC s'imposi a tots els poders públics i, en aquest cas, avali l'exigència del requisit del català, en realitat, aquesta no era la vertadera opció política del legislador ordinari, sinó precisament la contrària, és a dir, excloure'n l'exigència malgrat el lloc de treball determinàs un grau de coneixement. Paradoxalment, en una Sentència sobre règim lingüístic, l'errada conclusió a què arriba el TC, es conforma a partir de la lingüística, doncs ha utilitzat per a la construcció de la interpretació autèntica la versió redactada en llengua castellana del nou precepte legal, i no la versió catalana, atès que de la literalitat de la darrera se n'extreu, com deim, la interpretació contrària. Vegem perquè.

La literalitat dels incisos del FJ 9 que hem transcrit, articulen la interpretació autèntica «al utilizarse la expresión "en su caso"» que va desprès de l'expressió «los requisitos de ocupación del puesto, salvo, en su caso, del nivel de conocimientos de lengua catalana [...]». Però si partim de la literalitat de la versió en llengua catalana de la Llei, potser la interpretació és diametralment oposada, doncs ens diu que «El reingrés pot efectuar-se per adjudicació d'un lloc de treball amb caràcter provisional, condicionada a les necessitats del servei i en els termes que s'estableixin reglamentàriament, sempre que la persona interessada compleixi els requisits

d'ocupació del lloc, "llevat, si escau", del nivell de coneixements de llengua catalana del lloc de treball.»

La preposició «llevat», d'acord amb el diccionari de la llengua catalana, en combinació amb «de» expressa una relació que denota exclusió; i la forma «escau» ho és d'un verb intransitiu que significa «en el cas que sigui procedent». Per tant, el que diu la versió catalana del precepte analitzat pel TC en versió castellana és que el reingrés requereix el compliment dels requisits d'ocupació del lloc, amb exclusió del nivell de català que procedeix o exigeix dit lloc; que és justament el contrari del que ha interpretat vol dir la seva versió castellana.

En un altre ordre de coses, la Sentència no entra en l'anàlisi de la modificació operada en la Llei 6/2005, de 3 de juny, de coordinació de les policies locals de les Illes Balears, que exclou, tret que es motivi la imprescindibilitat, l'exigència del coneixement de català per a aquests llocs de treball específics, i es basa per això en la derogació de la modificació per la posterior Llei 4/2013, de 17 de juliol, que modifica el règim lingüístic d'aquest cos especial i es remet a allò que disposi la legislació vigent per determinar si el coneixement de la llengua catalana és requisit d'accés per als policies locals i el nivell que s'ha d'acreditar. Entén el TC que són d'aplicació els criteris d'elaboració doctrinal pròpia quant a l'extinció sobrevinguda de l'objecte del recurs, que es declara expressament en aquest punt en el veredicte de la Sentència. Des del nostre punt de vista, aquesta ha estat una manera simplista de ventilar la qüestió, doncs l'argument del Tribunal es basa que la nova regulació de la Llei 4/2013, de 17 de juliol, modifica substancialment l'anterior establerta en la Llei 6/2005 per la reforma operada per la Llei 9/2012, de 19 de juliol.

Les coses no són realment així, doncs hem de partir de la base que allò que fou modificat substancialment fou un requisit d'exigència de coneixement del català establert en una Llei de l'any 2005 per a un concret cos funcionarial de policia; abans, per tant, que fos aprovada l'any 2007 la Llei de funció pública general. La modificació específica del precepte de la Llei de 2005 operada per la Llei 9/2012 objecte de recurs d'inconstitucionalitat tenia la intenció d'aplicar el sistema general que introduïa i va canviar el sistema de necessari coneixement cap un sistema excepcional.

Si les coses són així, en realitat no es pot dir que hi havia pèrdua sobrevinguda de l'objecte del recurs d'inconstitucionalitat per mor de la derogació operada per la

nova Llei de policies locals de 2013 de l'art. de la Llei 6/2005, de 3 de juny, modificat per la Llei 9/2012, de 19 de juliol, sinó que, de contrari, inseria el requisit (o no requisit) de coneixement lingüístic «a la legislació (general de funció pública balear) vigent», la reforma de la qual justament era l'objecte de l'enjudiciament de constitucionalitat.

Per tant, els criteris de «pèrdua sobrevinguda de l'objecte» aplicats no podien ser invocats per prescindir de l'anàlisi de la constitucionalitat de la modificació operada en l'art. 32.3 de la Llei 6/2005, de 3 de juny, tota vegada que la seva derogació o substitució per l'art. 32.1.j) de la nova Llei 4/2013, de 17 de juliol, no conforma un sistema absolutament (substancialment) distint, sinó precisament idèntic al de la mutació soferta per la reforma de la Llei de funció pública de 2007 per part de la Llei 9/2012.

La intenció de la Llei 9/2012 modificant la Llei 6/2005 era neutralitzar una norma especial de funció pública policial que regulava el requisit lingüístic i que, per aquest principi d'especialitat, es pogués interpretar que s'imposava a la Llei general de 2007, que també es modificava en aquest aspecte l'any 2012. La nova Llei 4/2013, de 17 de juliol, en no regular-ho concretament i remetre's a la legislació balear sobre funció pública general, per tant, mantenia viva la qüestió objecte de debat constitucional, doncs la remissió normativa en cap cas no havia suposat, materialment, una modificació substancial del requisit lingüístic en l'àmbit de les policies locals, sinó en la pràctica el manteniment del mateix règim de no exigència amb excepcions que va introduir la Llei 9/2012.

Menys problemàtic hagués estat, simplement, que el TC valorés la constitucionalitat o inconstitucionalitat de la modificació de la Llei 6/2005, a partir de la mera remissió a les seves consideracions vers el nou sistema del requisit lingüístic a la funció pública general.

En el capítol de vots particulars, el primer d'ells és el formulat per la magistrada Sra. ASUA BATARRITA, que dissentí de la Sentència majoritària en el punt relatiu a la declaració de constitucionalitat de la nova disposició addicional dotzena de la Llei 3/2007 conferida per l'apartat 9 de l'art. 1 de la Llei 9/2012, en entendre que resulta inconstitucional en no garantir suficientment els drets lingüístics que deriven de l'art. 3.2 CE i que es reconeixen en l'art. 14.3 EAIB. Parteix per això de posar de manifest que, malgrat no totes les mesures de la Llei resultin necessàriament inconstitucionals, la pròpia Sentencia reconeix «que la llei impugnada expressa un

canvi de política lingüística, que tradueix una clara voluntat de temperar, frenar o fins i tot reconduir el procés de normalització lingüística de la llengua catalana a les Illes Balears», i tot i que l'opció pugui ser constitucional, la crítica més forta passa pel fet que el Tribunal assumeixi metodològica i materialment, des d'un principi, la legitimitat d'aquest canvi, fent-se seves algunes de les afirmacions de l'exposició de motius de la Llei.

Però l'argument discrepant essencial, sense dubte no mancat de bona dosi de lògica, exposa que són la Constitució i l'Estatut els que defineixin el marc jurídic al que s'ha de sotmetre el legislador autonòmic, i no al revés. I per això, tot i que es pugui dir que el transcurs de més de tres dècades des del text constitucional ençà pugui haver canviat el panorama lingüístic, resulta que l'EAIB de 2007 segueix proclamant en termes similars a fa trenta anys la necessitat de normalitzar la llengua pròpia, i parteix per tant que encara no s'ha arribat a la plena igualtat de les dues llengües quant a garantir el dret al seu ús normalitzat pels ciutadans, per això s'explica que l'art. 4 EAIB ordeni als poders públics les mesures necessàries per assolir la plena igualtat quant als drets dels ciutadans de les Illes Balears, afegint, de més a més l'art. 35, que la normalització de la llengua serà un objectiu dels poders públics de la Comunitat Autònoma.

Reitera el vot particular que moltes coses hauran pogut canviar en trenta anys, però el legislador estatutari segueix apostant per una necessària normalització, recollida en l'Estatut com a criteri jurídic vinculant que queda relegat per la Sentència, que a parer de la discrepant «es limita a ponderar els arguments que addueix el legislador autonòmic en l'exposició de motius».

Discrepància que s'argumenta en una errònia aplicació de la perspectiva utilitzada per la majoria quant a la inserció dins dels límits derivats de la consideració del català com a llengua pròpia, doncs «el legislador autonòmic no opta precisament per atorgar a la llengua pròpia un règim de major protecció o de preferència front al castellà, per la qual cosa la qüestió no és si s'excedeix dels límits», realitzant-se així una interpretació esbiaixada d'anteriors resolucions del TC sobre l'exigència del coneixement de la llengua pròpia als empleats públics, doncs la jurisprudència precedent, rectament interpretada quant a la raonabilitat de valorar-se com a requisit general de capacitat, encara que pugui ser variable en exigència, resulta imprescindible i constitucionalment lícita l'exigència d'un cert nivell de coneixement

que resulti necessari perquè el funcionari pugui exercir adequadament el seu treball en l'Administració autònoma. Si els criteris d'oficialitat de la llengua pròpia i extensió del seu ús en tot el territori de la comunitat justifiquen, d'acord amb la doctrina constitucional precedent, la licitud constitucional de l'exigència del requisit general de coneixement, aquests criteris no poden ser ignorats de forma absoluta quan es tracti de valorar en clau constitucional el procés contrari, és a dir, l'eliminació d'aquest requisit general de coneixement.

Per tant, conclou el vot particular entenent la inconstitucionalitat de tal concreta mesura, doncs l'aval majoritari basat a reproduir la llista de llocs de treballs en què excepcionalment s'exigirà el requisit no es fonamenta en cap criteri de contrast, i que resulta insuficient únicament la garantia del dret del ciutadà cenyida a l'àmbit dels serveis d'informació i atenció al públic, sinó que s'ha d'estendre als distints serveis de l'Administració, sobretot els que s'ocupin d'activitats de gestió més freqüents per als ciutadans.

El segon dels vots particulars, formulat per part del magistrat Sr. XIOL RÍOS a què s'han adherit la magistrada Sra. ROCA TRIAS i el magistrat Sr. VALDÉS DAL-RÉ, considera, en contra de la majoria, que resulta inconstitucional l'art. 44 de la Llei 9/2012 (en realitat la referència l'hem d'entendre al nou article de la Llei de règim jurídic de l'Administració autonòmica modificat), quant a la limitació a la presentació d'escrits i documents, fer manifestacions i, si ho sol·liciten les persones interessades, a rebre notificacions en la llengua cooficial que desitgin, tot entenent que confronta amb el reconeixement del català com a llengua oficial en l'art. 4.1 EAIB, i tot considerant que, d'acord amb la mateixa doctrina constitucional, aquest reconeixement inclou no només el dret a la recepció de notificacions, sinó als diversos estadis del procediment i a la tramitació de l'expedient administratiu en la llengua escollida, que és l'únic mitja de dur a terme a la realitat el reconeixement de la validesa i eficàcia de la llengua i la seva exigència derivada del caràcter oficial.

El vot particular llegeix així en la literalitat de la decisió majoritària de la Sentència una cosa que potser aquesta no diu amb tota claredat, doncs explica com la decisió majoritària «sosté una conclusió oposada fonamentant-se que l'article 14.3 EAIB es refereix al dret dels ciutadans a "dirigir-se a l'Administració" i a "rebre resposta" en la llengua oficial escollida», tot interpretant dit vot particular que d'aquest raonament majoritari es constrenyeix el dret a un determinat tipus de comunicacions o actes, contrari al caràcter general del dret a l'ús normal de la

llengua catalana establerta en l'art. 4.3 EAIB; dret que constitueix una exigència o correlat del reconeixement a utilitzar la llengua catalana establert en l'apartat 2 del mateix precepte estatutari, com també del deure de l'Administració autonòmica de tramitar els procediments en la llengua escollida per l'interessat.

La manca d'aquest reconeixement en la tramitació de tot el procediment, en la conclusió del vot particular «frega l'arbitrarietat i no me sembla compatible amb el respecte que mereix una llengua oficial ni amb el deure de garantir l'ús normal que correspon a les institucions autonòmiques el fet que, mitjançant una modificació copernicana del sistema anterior (que considerava normal l'ús del català en els procediments administratius) aquelles apliquin en l'àmbit de les administracions sobre les que exerceixen competències un estàndard de protecció de la llengua insuficient o fins i tot inferior al garantit per la legislació de l'Estat en l'àmbit de l'Administració General per a la mateixa llengua autonòmica.»

Entendríem que el raonament del vot particular fos perfectament lògic si dels fonaments de dret de la Sentència es deduís clarament que no existeix el dret a la tramitació del procediment en llengua catalana si així ho sol·licita la persona interessada, doncs hem de dir que de l'únic incís sobre el particular contingut en el penúltim paràgraf del seu FJ 12, com hem dit en l'apartat de fonamentació jurídica, potser no es dedueixi directament i expressament tal conseqüència, que contràriament sí que sembla present en l'al·lusió a les deliberacions que esmenta el vot particular.

Tampoc en els antecedents de fet no s'aclareix si estrictament dit precepte, l'art. 44 de la Llei 3/2003, de 26 de març, va ser impugnat des d'aquesta concreta perspectiva per part del grup de Senadors, més enllà de la referència a la infracció dels art. 3 i 4 EAIB per part del referit precepte, sense que, per tant, el recurs es volgués dirigir a qüestionar un dret a tramitar-se el procediment en castellà o català a petició de la persona interessada, com més aviat a la neutralització de l'ús del català com a idioma normal de tramitació processal que tenia la configuració legal anterior. En aquest sentit, la modificació de l'art. 44 es limita en el seu apartat 1, com deim canviant el caràcter d'utilització general del català sense perjudici del dret a la presentació d'escrits i a rebre notificacions en castellà anteriorment previst, a un sistema d'equiparació, del qual es pot certament discutir la seva oportunitat, però que, almenys aparentment, no implica neutralitzar un dret a la tramitació del

procediment en català si així ho sol·licita el ciutadà; més perquè aquest dret al nostre entendre s'infereix de l'apartat 2 del mateix art. 44 de la Llei de règim jurídic, que no va ser modificat, i que ordena que l'Administració lliuri testimoni traduït de les actuacions del procediment (sigui quina sigui la llengua utilitzada en el procediment) quan així ho sol·liciti l'interessat.

Efectivament, s'arribaria a l'absurd d'entendre que no hi ha un dret del ciutadà a la tramitació íntegra del procediment en català, quan la mateixa llei autonòmica li configura el dret a la traducció de totes les actuacions o documentació del procediment, «sense que pugui comportar cap perjudici o despesa pel sol·licitant, ni endarreriments en el procediment ni la suspensió de la tramitació o dels terminis establerts.»

En l'esmentat FJ 12, el que determina el TC analitzant l'art. 4.3 i l'art. 14.3 EAIB és una garantia de dirigir-se i obtenir resposta en la llengua utilitzada o sol·licitada pel ciutadà, «lo cual no implica que el procedimiento administrativo deba ser tramitado íntegramente en la lengua utilizada o elegida por el ciudadano», i afegeix que l'estàndard utilitzat per a l'Administració general de l'Estat en l'art. 36.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, no limita la llibertat de configuració autonòmica i que l'art. 36.2 de la mateixa norma estatal legitima una regulació autonòmica que, en aquest cas, és compatible amb el règim de la cooficialitat.

Altrament, l'escenari que dibuixa la Sentència quan esmenta que el nou apartat 1 de l'art. 44 de la Llei 3/2003, de 16 de març, no implica que el procediment s'hagi de tramitar en la llengua utilitzada o sol·licitada expressament, volem pensar que es vol referir al fet que plasma un dret de configuració estatutària a rebre les notificacions en la mateixa llengua; però no determinaria en cap cas (al menys *a priori*) l'exclusió de la tramitació del procediment en català, si amb aquesta llengua instrueix el procediment l'Administració o amb més raó de ser si així ho sol·licita expressament l'interessat. No sembla deduir-se que la literalitat del nou apartat 1 de l'art. 44 de la Llei autonòmica trenqui aquest dret, ni que (aparentment de la lectura del FJ 12 de la Sentència) sigui voluntat del TC declarar-ne la seva inaplicabilitat, doncs de contrari i si això és el que flotava durant la deliberació de la Sentència, efectivament no resultaria admissible, atès que sense que utilitzem les paraules del magistrat discrepant relatives a que tal consideració «frega l'arbitrarietat», sí que com a mínim

fregaria o més aviat entraria directament en l'àmbit del ridícul que la legislació balear pròpia reguladora de les administracions públiques autonòmica i local establís un estàndard del dret de tramitació del procediment en la llengua pròpia davant dites administracions, inferior al que reconeix, per aquesta mateixa llengua pròpia, la legislació bàsica estatal davant l'Administració general de l'Estat.

Tanmateix, atès que sembla que, malgrat no existir tal retall exprés en el text de les fonamentacions jurídiques, en el fons de la deliberació se sostenia una tesi semblant, consideraríem més que encertats, ni que sigui de forma preventiva, els raonaments del segon dels vots particulars, doncs certament, per molt legítima que fos la regulació autonòmica, consideraríem del tot esperpèntic el fet de preveure un règim de cooficialitat del català en la relació entre el ciutadà i l'administració autonòmica inferior en garantia al que preveu la legislació bàsica estatal en la relació del mateix ciutadà amb l'Administració general de l'Estat. Ens remetem, en tot cas, al que hem esmentat més amunt quant al fet que la previsió que manté la redacció de l'apartat 2 de l'art. 44 de la Llei 3/2003 vendria a equiparar, de facto, l'estàndard que utilitza l'apartat 1 de l'art. 36 de la Llei 30/1992.

A manera de comentari final, pensam que cal fer alguna aportació amb relació a la invocació que ha fet l'exposició de motius de la Llei de reforma del règim lingüístic, que no pas solament de funció pública autonòmica, de la doctrina constitucional dels darrers anys, amb al·lusió especial a la STC 31/2010, de 28 de juny, que, com hem vist, se citarà igualment de forma reiterada per part del TC en aquesta Sentència que ens ha ocupat per tal de recitar, si se'ns permet l'expressió, a manera de mantra, el principi que l'ús normal i preferent de la llengua catalana a les administracions autonòmiques i locals entra en contradicció amb les característiques constitucionals que defineixen l'oficialitat lingüística i, per tant, la llengua autonòmica, per pròpia que sigui, no pot tenir cap preferència en la utilització a dites administracions.

Ara bé, si això fos estrictament així, hom no s'explica, certament, com igualment la doctrina constitucional precedent hagi admès la constitucionalitat de normes anteriors reguladores de l'ús oficial i que, per tant, el que caldria qüestionar-se és la pròpia coherència del TC en la ruptura de la seva doctrina des de la ja famosa Sentència de 2010, dictada amb relació a la reforma de l'Estatut català, que, d'altra banda, no és Llei ordinària.

Deim això perquè la pròpia Sentència de 2010 de la qual se'n recull un incís en l'exposició de motius de la Llei de reforma, tot seguit del que se cita en conté un altre que, curiosament, no ha estat transcrit, i que és d'especial rellevància cap al legislador ordinari, perquè per bé que efectivament va comportar la inconstitucionalitat de la previsió estatutària declarativa de l'ús preferent del català en l'àmbit de l'actuació de les administracions autonòmica i local, matisa que la inconstitucionalitat se cenyia a la preferència «estatutària», tot dient que «La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella lengua, en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma, por las Administraciones Públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña, "sin perjuicio, claro está, de la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener". No admitiendo, por tanto, el inciso "y preferente" del art. 6.1 EAC una interpretación conforme con la Constitución, ha de ser declarado inconstitucional y nulo.»

Per tant, al nostre modest entendre, una errada de partida de la Sentència comentada es basa, tal i com argumenta encertadament el primer dels vots particulars, en el fet de creure d'una forma mimètica en una suposada realitat social en què hauria desaparegut el desequilibri social de la llengua catalana, com a fet més aviat extra jurídic que avala una concreta decisió del legislador ordinari, que ve a modificar substancialment un règim jurídic originari conformat l'any 1986 per tal de reequilibrar la situació evident de desigualtat de la llengua pròpia de les Illes Balears.

En la mesura en què la Sentència de 2010 pogués avalar una pretesa inconstitucionalitat d'un règim d'ús general del català de forma preferent per part de les administracions autonòmiques i locals només ho seria, per tant, en el nivell de blindar estatutàriament tal preferència de forma permanent, però no per avalar una inconstitucionalitat d'ús normal general en ordre a corregir una posició encara secundària del català en l'ús administratiu.

Ara bé, la perversió de la concreta cita de la jurisprudència constitucional en l'exposició de motius de la Llei ordinària i, tal vegada, de la mateixa Sentència ara comentada en un dels fonaments de caire general, passa paradoxalment per veure allò que va entendre adequat a la Constitució dita Sentència de 2010 vers l'establiment estatutari del deure de coneixement de totes dues llengües, que contempla l'art. 6.2 EAC, i que disposa a l'efecte com «Totes les persones tenen el dret d'utilitzar les dues llengües oficials i els ciutadans de Catalunya tenen el dret i el deure de conèixer-les. Els poders públics de Catalunya han d'establir les mesures necessàries per a facilitar l'exercici d'aquests drets i el compliment d'aquest deure. D'acord amb el que disposa l'article 32, no hi pot haver discriminació per l'ús de qualsevol de les dues llengües.»

Precisament, allò que va determinar el TC en la Sentència de 2010 no era altra cosa que dit precepte estatutari seria inconstitucional i nul en la seva pretensió d'imposar un deure del coneixement del català en el sentit que es desprèn del deure constitucional del coneixement del castellà.

Això no obstant, continuava argumentant que aquell precepte «admet amb naturalitat una interpretació distinta i conforme amb la Constitució, tota vegada que, dirigint el precepte un mandat als poders públics de Catalunya perquè "adoptin les mesures necessàries per facilitar [...] el compliment d'aquest deure", és evident que només es pot tractar d'un deure "individualitzat i exigible" de coneixement del català, és a dir, d'un deure de naturalesa distinta al que té per objecte el castellà d'acord amb l'article 3.1 CE (set 82/1986, F.2). Aquí no hi ha, per tant, cap contrapunt a la facultat del poder públic de la Generalitat d'utilitzar exclusivament la llengua catalana en les seves relacions amb els ciutadans, que seria improcedent, sinó que es tracta, aquí sí, no d'un deure generalitzat per a tots els ciutadans de Catalunya, sinó de la imposició d'un deure individual i d'obligat compliment, que té el seu lloc específic i propi en l'àmbit de l'educació, segons resulta de l'article 35.2 EAC, i en el de les relacions de subjecció especial que vinculen l'Administració catalana amb els seus funcionaris, obligats a donar satisfacció al dret d'opció lingüística reconegut a l'article 33.1 EAC.»

Justament, la previsió estatutària del concret règim del deure individualitzat de coneixement de la llengua pròpia en l'àmbit de les administracions autonòmica i local, resultà avalat en el FJ 21 d'aquella Sentència. Però és que així mateix, com indica el seu FJ 14 (que cita expressament al seu torn el FJ 5 de la Sentència que ara comentam), en aquest punt, assenyala que l'establiment del deure de coneixement de l'art. 6.2 EAC amb relació al personal al servei de l'àmbit específic administratiu autonòmic i local del seu art. 33.1, no resulta contrari a la Constitució, i així ho disposa en el veredicte.

Per tant, l'eliminació del requisit general de coneixement del català a la funció pública no és en cap cas exigència de la doctrina constitucional, doncs no s'entendria que hagi permès l'establiment estatutari del deure de coneixement en aquest àmbit concret en base a la relació especial de subjecció i com a correlat o garantia del deure estatutari del ciutadà d'adreçar-se i ser atès per les administracions autonòmica i local en la llengua pròpia, que també contempla el nostre Estatut, sinó que és en definitiva una mera opció vàlida adoptada pel legislador autonòmic, com ho és també l'opció d'exigència general.

Certament, en aquesta concreta matèria funcionarial la decisió del legislador autonòmic balear entra dins dels paràmetres de constitucionalitat, però no dins l'única solució constitucionalment possible, com pareix voler transmetre ni que sigui indirectament el paràgraf desè de l'exposició de motius de la Llei 9/2012, immediatament després de l'al·lusió que fa a la STC de 2010.

Per ventura, convé recalcar que en la Sentència que ens ha ocupat, és justament la paraula «opció» la que s'utilitza de forma reiterada per al·ludir a la decisió del legislador ordinari: «opció genèrica»; «opció escollida»; «opció de política legislativa»; «opció constitucionalment lícita»; o «opció de política lingüística». Si estam per tant davant una nova opció constitucional, cal recalcar que el TC no ha arribat a dir enlloc que l'opció anterior no fos igualment lícita des de la mateixa perspectiva constitucional. La reforma del conjunt normatiu modificat, en conseqüència, no ha vengut imposada per exigències d'adequació constitucional o de doctrina interpretativa, sinó que obeeix estrictament a una opció d'oportunitat vàlidament adoptada per part del legislador ordinari.

4. SENTÈNCIA 179/2013, DE 21 D'OCTUBRE (SALA SEGONA). Ponent: Sr. González Rivas. CONFLICTE POSITIU DE COMPETÈNCIA. ACTIVITATS CULTURALS DE FOMENT. CENTRALITZACIÓ DE TRAMITACIÓ I GESTIÓ D'AJUTS. RÈGIM ESPECIAL DE LA COMPETÈNCIA EN MATÈRIA DE CULTURA. ÀMBIT SUPRACOMUNITARI NO DETERMINANT DE COMPETÈNCIA ESTATAL.

Resum dels fets: per part del Govern de la Generalitat de Catalunya es planteja un conflicte positiu de competència respecte de la Resolució de 31 d'agost de 2012, de la Secretaria d'Estat de Cultura, per la qual es convoquen ajuts a corporacions locals per a activitats culturals que fomentin la comunicació cultural, corresponent a l'any 2012. El requeriment d'incompetència vers la resolució estatal es planteja amb relació als seus punts que fan referència a l'establiment d'una regulació centralitzada en ordre a la realització de les funcions executives corresponents a les subvencions convocades que no són estrictament les de la documentació bàsica dels projectes, termini de presentació, principis d'instrucció i criteris bàsics de determinació de despesa subvencionable.

Fonamentació jurídica: el punt essencial del debat se centra en la distorsió competencial en matèria de cultura arran de la regulació de determinats apartats de la resolució vers la qual es planteja el conflicte positiu, atès que en la convocatòria estatal d'ajuts en favor de les corporacions locals es procedeix a la regulació no només dels seus elements essencials, sinó amb assumpció estatal de les normes de gestió i d'exercici de funcions de naturalesa executiva, com la convocatòria, tramitació, concessió i control de subvencions, de forma centralitzada. Gestió centralitzada que es defensa per part de l'Estat per la incidència supraautonòmica dels ajuts de foment de la comunicació cultural.

El paràmetre de vulneració competencial s'analitza per part del TC a partir de la seva consolidada doctrina en la matèria que, en el que ara interessa destacar, recorda que la legitimitat constitucional del règim normatiu i de gestió de

subvencions que fixi l'Estat depèn de les competències que posseeixi en la matèria de què es tracti, doncs la subvenció no és un concepte que delimiti competències.

Els fonaments de dret parteixen de la coincidència entre les dues parts en conflicte respecte del punt que la matèria de la Resolució, relativa al finançament de projectes culturals de caràcter interdisciplinar i àmbit supraautonòmic organitzats per les entitats locals, s'enquadren en matèria de cultura, per bé que es discrepa de l'abast que cal conferir a les competències autonòmica i estatal concurrents.

Es confronten per part del TC les competències exclusives en matèria de cultura previstes en l'Estatut d'autonomia de Catalunya, d'acord amb l'abast establert en la STC 89/2012, de 7 de maig, amb la competència estatal en matèria de subvencions a la cultura que pugui tenir encaix en l'art. 149.2 CE, recordant la peculiaritat d'aquesta concurrència d'acord amb la reiterada doctrina, que estableix que, més que un repartiment de competència de forma vertical, es produeix una concurrència de competències ordenada a la preservació i estímul dels valors culturals des de la instància pública corresponent, destacant en aquesta matèria l'acció autonòmica com a una funció inherent a la Comunitat, d'acord amb l'art. 2 CE, a la vegada que correspon igualment a l'Estat la preservació del patrimoni cultural comú o el tractament general de béns culturals que no es puguin assolir des d'altres instàncies.

Tal delimitació comporta l'establiment, mitjançant la doctrina constitucional establerta des de la STC 13/1992, de 6 de febrer, de diverses situacions de concurrència.

Entre els arguments centrals que portaran al TC a estimar en gran part l'existència de conflicte de competència, cal destacar el raonament segons el qual la incidència supraautonòmica de les subvencions no constitueix en si mateix un criteri que justifiqui la centralització estatal de la seva tramitació i gestió. La supraterritorialitat no es pot conformar en un títol competencial, al que afegeix que són viables altres models diferents al de l'actuació directa de l'Estat per dissenyar polítiques d'ajuts que, partint d'elements territorial concrets, puguin produir efectes a la generalitat del territori. Així, l'adopció d'una solució basada en la decisió unitària que exclogui la competència autonòmica, pel simple fet que els efectes del sistema d'ajuts convocats puguin tenir efectes supraautonòmics, no és compatible amb la Constitució.

La invocació d'una visió global de la cultura d'Espanya que només pugui assumir l'Estat per tal de garantir un equilibri territorial d'oferta d'espais escènics, no pot

constituir un argument sòlid que impossibiliti la territorialització d'aquests ajuts i la inherent necessitat de la seva centralització. La justificació centralitzadora basada en la participació d'artistes o autors procedents de comunitats autònomes distintes a la del lloc on s'ha de celebrar la programació, o la itinerància entre comunitats de l'activitat, tampoc no justifica de forma raonable que els ajuts o subvencions requereixin un tractament unitari i centralitzat, doncs allò que se subvenciona són activitats organitzades per entitats locals en el seu propi municipi, factors que no poden justificar l'exclusió de la competència autonòmica, com recorda ha anat reiterant en recents sentències, entre elles la 113/2013, de 9 de maig i la 38/2012, de 12 de març.

Delimitat d'acord amb les premisses anteriors l'àmbit material de competència, en allò relatiu a la vulneració establerta per la Resolució estatal, el FJ 8 parteix del principi genèric ja consolidat per la doctrina constitucional, d'acord amb el qual, el paràmetre de constitucionalitat del règim del procediment de gestió de subvencions estatals ha de partir d'una reserva dels aspectes centrals o essencials quan la competència exercida es basi en l'art. 149.2 CE, i veure si s'ha excedit d'aquest punt de partida en la regulació dels aspectes pròpiament executius que, per la seva pròpia naturalesa i en virtut de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, corresponen a aquella Comunitat.

Recordarà així que les normes procedimentals autonòmiques dictades per raó de la matèria pertanyen al seu àmbit competencial, reservant-se l'Estat únicament les regles de procediment administratiu comú, suposant això que la Resolució estatal vulnera la competència autonòmica quan ha procedit a regular els següents aspectes:

a) La regulació detallada dels models de les sol·licituds, que suposa regulació exhaustiva més enllà de les dades directament exigibles als requisits dels sol·licitants.
b) La determinació del lloc i termini de sol·licituds, més enllà d'un termini comú en tot el territori estatal.
c) La regulació de les composicions de la comissió de valoració.
d) La justificació dels ajuts davant un òrgan instructor estatal, doncs forma part de les competències executives sobre la matèria que corresponen a la Generalitat com una fase instrumental per al seu exercici normal.

e) La determinació detallada de les despeses subvencionables més enllà dels criteris generals, que garanteixi el tractament unitari de les despeses instrumentals.

f) La fixació de regles d'atribució de competència per verificar les obligacions dels beneficiaris i el reintegrament de subvencions a favor d'òrgans estatals, sense perjudici del caràcter bàsic dels preceptes de la legislació estatal de subvencions reguladors del seu reintegrament.

g) La regulació de mitjans de notificació, publicació, responsabilitat i règim sancionador, en la mesura que fixen a l'Estat com a gestor del procediment d'uns ajuts que correspon en realitat a la comunitat autònoma, independentment de l'aplicació per part de la Generalitat de les normes bàsiques estatals sobre subvencions, potestat sancionadora i recursos administratius.

Comentari: Tot i que, en el seu FJ 9, en pronunciar-se sobre l'abast que en el cas té la vulneració de competències declarada pel TC, i a partir del fet que la resolució ha exhaurit virtualitat, l'abast del veredicte de la Sentència en aquest procés constitucional es limita a ser merament declaratiu, i s'inclou en l'estimació del conflicte amb una declaració de la titularitat de la competència controvertida en favor de la Comunitat Autònoma de Catalunya, ens trobam amb un magnífic exemple que, derivat d'un conflicte positiu de competència formulat vers un acte o disposició de convocatòria de subvencions, és de gran interès des de dos vessants.

D'una banda, en recopilar una l'extensa i detallada doctrina d'una competència sempre conflictiva per tenir un règim especial derivat de la mateixa CE i, de l'altra, i pel que fa al nostre àmbit territorial balear, per la seva efectivitat pràctica, doncs els títols competencials autonòmics que agafa el TC com a referents, constituïts pels exclusius que recull l'EAC en l'apartat 1 del seu art. 127, són en bona part coincidents amb els utilitzats per part de l'art. 30 EAIB, singularment en allò referent a l'activitat de foment i difusió de la creació i la producció teatral, musical, cinematogràfica i audiovisual, literària, de dansa i d'arts combinades.

Per altra banda, la doctrina assentada per part del TC quant al fet que l'abast supracomunitari d'una competència no implica automàticament atribució de competència estatal sobre els aspectes instrumentals de gestió i execució de les subvencions, resulta així mateix d'especial interès en el nostre cas per una aplicació

anàloga en eventuals conflictes de competència entre la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i qualsevol dels quatre consells insulars, doncs hem de tenir present que la competència en matèria cultural assumida amb caràcter exclusiu en l'art. 30.26 EAIB, resulta a la vegada atribuïda com a competència pròpia insular, pràcticament amb la mateixa literalitat, d'acord amb l'apartat 18 del seu art. 70.

II. Dret civil balear

A. Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 2/2013, DE 6 DE MAIG. Ponent: Sr. Capó Delgado. CONEIXEMENT PER LES SALES CIVILS I PENALS DELS TRIBUNALS SUPERIORS DE JUSTÍCIA DE LES INFRACCIONS PROCESSALS COM A MOTIUS DE CASSACIÓ. LA REMISSIÓ DE L'ARTICLE 48 CDCIB A L'ARTICLE 839 Cc: DRET DELS HEREUS A EXIGIR LA COMMUTACIÓ DE L'USDEFRUIT VIDUAL I A ELEGIR EL PROCEDIMENT —D'ENTRE ELS TRES INDICATS PEL PRECEPTE— PER REALITZAR LA COMMUTACIÓ. L'ACORD AMB EL CÒNJUGE VIUDO VE REFERIT TAN SOLS A LA QUANTIA DE LA RENDA VITALÍCIA O DEL CAPITAL QUE HA DE SUBSTITUIR LA QUOTA USUFRUCTUÀRIA O A LA DETERMINACIÓ DELS BÉNS QUE HAN DE PRODUIR ELS FRUITS DESTINATS A AQUESTA FINALITAT. TERMINI EN EL QUAL ELS HEREUS HAN DE COMUNICAR EL SEU PROPÒSIT: NO ÉS APLICABLE EL TERMINI D'UN ANY PREVIST EN L'ARTICLE 48 CDCIB PER A LA COMUNICACIÓ DEL PAGAMENT DE LA LLEGÍTIMA EN METÀL·LIC. LIMITACIÓ DE LA COMMUTACIÓ A LA QUOTA VIDUAL USUFRUCTUÀRIA, QUEDANT EXCLOSA LA MAJOR QUOTA DEIXADA VOLUNTÀRIAMENT PEL TESTADOR. AQUESTA ATRIBUCIÓ D'UNA MAJOR QUOTA NO IMPEDEIX ALS HEREUS EXERCITAR EL SEU DRET A LA COMMUTACIÓ.

Resum dels fets: el senyor A va morir l'11 de juny de 2001, amb darrer testament en el qual desheretava al seu fill senyor B, per haver-lo injuriat de manera greu i tenir-lo abandonat en la seva malaltia, i instituïa hereus al seus nets senyor C i senyora D, fills del seu fill desheretat, llegant l'usdefruit universal vitalici a la seva

segona esposa senyora E. En el mateix testament «nombra albacea, comisario, contador-partidor, con las más amplias facultades que el Código civil le confiere, y por el plazo legal, prorrogable por otro período igual, a su Abogado Sr. F».

El 24 de febrer de 2003 el hereus senyors C i D varen comunicar notarialment al marmessor senyor F, entre d'altres extrems, que «como únicos herederos de nuestro abuelo hemos optado por sustituir el usufructo del cónyuge viudo por la asignación de una renta vitalicia, haciendo para ello uso de la facultad que nos confiere el artículo 839 del Código civil. De ello que no le autorizamos para que sustituya el usufructo vidual por una asignación de bienes y le insistimos en que hemos optado por conmutar dicho usufructo con una renta vitalicia a favor de la viuda».

El marmessor senyor F va comparèixer davant notari el 6 de juny de 2003 a l'objecte de formalitzar el quadern particional en el qual no es realitzava la commutació sol·licitada.

Els hereus senyors C i D formularen demanda sol·licitant la ineficàcia (per nul·litat, anul·labilitat o rescissió) del quadern particional, així com la del contracte d'arrendament d'un hotel del causant per ell atorgat a favor de l'entitat S. SL, de la qual era representant legal la seva esposa senyora E, per venir motivat pel propòsit fraudulent de perjudicar als hereus; també es sol·licitava la consideració com a liberalitats computables de les compravendes —atorgades per ambdós cònjuges— de 53 participacions socials de l'indicada entitat S, SL i de la nua propietat de la finca registral X. A més es formulaven altres peticions de caràcter subsidiari o accessori. La demanda es formulà contra la viuda senyora E i l'entitat S, SL.

La viuda es va oposar a la demanda i va formular reconvenció en la qual sol·licitava la computació, en el quadern particional, d'uns determinats béns, així com la declaració que, en l'indicat quadern, no s'havia de realitzar cap reducció de l'usdefruit sobre la meitat indivisa del patrimoni del difunt.

L'Audiència Provincial, Secció 4a, va dictar la Sentència 240/2012, de 28 de maig, revocant la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 8 de Palma —que havia desestimat les dues demandes— i estimà parcialment la demanda formulada pels hereus, declarant la nul·litat del quadern particional i acordant que el marmessor nominat realitzés una nova partió en la qual fos objecte de commutació l'usdefruit de la meitat del caudal hereditari que, en concepte de llegítima, corresponia al cònjuge viudo per una renta vitalícia; indicà també que, per determinar la seva quantia, es

tindran en compte la valoració que dels diferents béns es realitza en el quadern particional, i es computaran, com a liberalitats, les 53 participacions socials de l'entitat S, SL i la finca que va ser objecte de venda entre els cònjuges, en la forma indicada per l'art. 47 de la Compilació.

Contra aquesta Sentència la representació de la viuda senyora E va formular recurs de cassació i el que denomina impròpiament recurs d'infracció processal. Al·lega, en fonamentació del primer, tres motius, i cinc per donar suport al recurs de cassació. Per la seva part, la representació dels hereus va formular també recurs extraordinari d'infracció processal, el qual fonamenta en tres motius, així com recurs de cassació que estructura en quatre motius.

La Sala Civil i Penal, per Interlocutòria de 14 de febrer de 2013, va declarar la inadmissió dels denominats per les parts «recursos extraordinarios de infracción procesal», així com els motius de cassació 4 i 5 del recurs de cassació interposat per la representació de la viuda senyora E. Posteriorment, va dictar la Sentència 2/2013, de 6 de maig, desestimant els dos recursos de cassació.

Fonamentació jurídica: coneguda és la reiterada doctrina segons la qual la Sala Civil i Penal no té competència per conèixer dels recursos per infracció processal, però com sigui que «la representació dels hereus» havia també denunciat, encertadament, les «infraccions processals com a motius de cassació», la Sentència, per raons metodològiques, comença per tractar d'aquests motius relacionats amb el procediment, que són els següents:

1) Incongruència de la Sentencia ja que «resuelve un extremo (el que el albacea cuyo cuaderno ha sido declarado nulo vuelva a realizarlo) que no se había solicitado en la demanda ni planteado por las contrapartes y, al hacerlo, infringe lo dispuesto en el art. 218 LEC».

   Contràriament, la Sentència de cassació considera que la resolució recorreguda és congruent amb les peticions de la demanda, en què es sol·licitava la designació judicial d'un comptador partidor, sense indicar que aquest no havia de ser precisament el designat pel testador. A més aquesta qüestió no es podia tenir en consideració per seu caràcter de qüestió nova, ja que es va formular per primera vegada en el recurs de cassació, com va ser també en aquest tràmit en què es varen al·legar els art. 910 i 911 Cc,

dels quals es pretenia deduir el dret dels hereus a realitzar per ells mateixos la partió per haver transcorregut el termini assenyalat pel testador al marmessor comptador partidor.

2) Falta de congruència interna de la Sentència pel fet de donar «un tratamiento distinto a los tres bienes que la sentencia ordena que se traten en el nuevo cuaderno particional», ja que, pel que fa a la commutació de l'usdefruit, assenyala que «debe hacerse partiendo de los valores que utilizó el albacea en la partición declarada nula», i, en canvi, quan tracta de la finca registral X i de les participacions socials de l'entitat S, SL, diu «que deben ser valoradas en la forma establecida por el art. 47 de la Compilación».

   La Sentència del Tribunal de Cassació proclama la congruència de la Sentència recorreguda indicant que «una vez que la sentencia ha fundamentado, sin infracción de las reglas de la lógica ni de la razón, los motivos por los que los indicados bienes (la finca i les participacions socials) son liberalidades computables, impone su valoración conforme al artículo 47. Éste parte del valor base que tenían las liberalidades al ocurrir el fallecimiento, en nuestro caso el 11 de Junio de 2001, del que han de deducirse las mejoras útiles y los gastos extraordinarios de conservación o reparación costeados por el beneficiario y al que han de agregarse el importe de los deterioros causados por culpa del mismo que hubieren disminuido su valor».

3) El darrer dels motius de cassació de caràcter processal fa referència a la condemna als actors al pagament de les costes causades a l'entitat S, SL.

   El Tribunal de Cassació comença fent referència a la STS de 6 de juny de 2012, segons la qual «fuera de los casos en los que la resolución judicial sobre la imposición de las costas procesales afecta a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española por incurrir en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, la decisión resulte inmotivada [...] como tenemos declarado en sentencia 798/2010 de 10 de diciembre, las normas sobre costas no pueden ser invocadas en el recurso extraordinario por infracción procesal [AATS de 5 de octubre de 2010 (RCIP 2131/2009), 14 de septiembre de 2010 (RCIP 1833/2009) y STS de 10 de febrero de 2010 (RCIP 1975/2005)]. A este

respecto se ha reiterado que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario y es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1, lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Esta razón es bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes a la imposición de costas, ni siquiera para el control de la aplicación del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC de 1881».

En aquest cas, la petició que es deixés sense efecte la condemna als actors en les costes de la codemandada S, SL absolta es fonamentava que «la sociedad absuelta tiene como administradora única a la demandada condenada (la viuda senyora E) y ha sido un instrumento utilizado por dicha administradora, condenada personalmente, para eludir parte de las consecuencias hereditarias [...] y había serias dudas de hecho y de derecho, como lo pone de manifiesto el que llegó a existir (y se encuentra pendiente de recurso) un procedimiento penal por las firmas obrantes en el contrato de arrendamiento a favor de la sociedad y un arrendamiento a favor de esta sociedad en circunstancias muy extrañas [...]».

Però la Sentència assenyala que, en aquest cas, totes aquestes consideracions no es corresponen amb la realitat, ja que, a més d'altres aspectes que no venen al cas, el tema de la falsedat de la signatura en el contracte d'arrendament ja va ser resolt per Interlocutòria de l'Audiència Provincial de 5 de desembre de 2011.

Un cop analitzades aquestes qüestions processals entra a continuació la Sentència en l'anàlisi dels «motius de cassació de caràcter substantiu», començant pel «recurs de cassació interposat en representació de la viuda», el qual es fonamenta en els següents motius:

1) El primer motiu es bassa en el fet que «el usufructo universal (que el testador havia establert a favor de la viuda) es legado de cosa cierta y específica que,

como tal, sólo cumple el heredero entregando precisamente este usufructo universal, lo que veda la posibilidad de conmutar la parte de usufructo legitimario vidual, de modo que se ha aplicado erróneamente el art. 839 Cc, pues se obvia la existencia de un usufructo universal conferido por el causante a favor de su viuda, el cual responde a la figura del legado de cosa cierta y específica (art. 882 Cc). Se diferencia del usufructo legitimario en que no viene impuesto por la ley, sino por la voluntad expresa y clara del causante. Por esta razón las normas sobre legítimas y conmutación del usufructo vidual no afectan al legado de usufructo universal vitalicio y no le pueden ser aplicadas [...] ya que, de conmutarse la parte del usufructo vidual, se contraviene la voluntad expresa y manifiesta del testador, voluntad que consistió específicamente en legar a su esposa de forma vitalicia el uso y disfrute de todos sus bienes».

El Tribunal de Cassació considera, abans tot, que s'està al davant d'una qüestió nova, ja que «la postura procesal de la recurrente ha sido siempre intentar la subsistencia de dicha partición y por ello solicitó la desestimación de la demanda y consintió la sentencia de primera instancia, que desestimaba tanto ésta como su propia reconvención. Si la viuda, en la partición consentida por ella, no es usufructuaria universal vitalicia, huelga toda especulación basada en argumentar como si lo fuera».

Malgrat tractar-se d'una qüestió nova —que seria suficient per desestimar el motiu—, la Sentència que es comenta no deixa de fer importants consideracions sobre la qüestió al·legada, tot assenyalant que «el que se atribuyere (al cònjuge viudo) su legítima a título, particular, de legado y no a título, universal, de heredero, no hace, como se pretende, que estemos ante un legado de cosa específica y determinada propia del testador, que determina que el legatario adquiera su propiedad desde que aquél muere (art. 882 Cc) y que el heredero deba dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo (art. 886 Cc)». També diu la Sentència que «el que se haya extendido el usufructo por voluntad del causante más allá de lo que a la viuda le correspondía por legítima no altera que la mitad del haber hereditario lo reciba en esta calidad, con todas las consecuencias legales inherentes, sin olvidar, por tanto, las señaladas en el último párrafo del

artículo 48 CDCB en el que se lee que "los herederos podrán hacer uso de la facultad establecida en el art. 839 Cc y el cónyuge viudo en la del art. 840 del mismo cuerpo legal"».

2) El segon motiu denúncia la inaplicació del termini de caducitat d'un any previst en l'art. 844 Cc per comunicar la decisió de pagar la llegítima en metàl·lic, considerant que aquest termini s'hauria d'aplicar analògicament a la comunicació per part dels hereus del seu propòsit que tingui lloc la commutació.

   La Sentència que es comenta comença dient que «al invocar la analogía reconoce que, en efecto, el último párrafo del artículo 48 de la CDCB no contiene plazo para la conmutación. Tal ausencia —segueix dient la Sentència— no puede considerarse un olvido, pues su párrafo cuarto sí lo establece para el supuesto, distinto del nuestro, de que el testador, en todo caso, o el heredero distribuidor, si no se le hubiere prohibido, hubieren acordado el pago de la legítima en dinero aunque no lo hubiere en la herencia, situación en que la decisión de pago en metálico sólo producirá efecto si se comunica fehacientemente a los legitimarios en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. Si la Compilación hubiera querido establecer este plazo para la conmutación hubiera tenido muy fácil remitirse a dicho párrafo del mismo artículo y si no lo ha hecho es porque no lo ha deseado». «No estamos, por tanto, ante un vacío legal sino ante una decisión del legislador de no someter la conmutación al plazo invocado, lo que es incompatible con su pretendida aplicación analógica».

   Analitza a continuació la Sentència les diferències entre un i altre supòsit: el pagament de la llegítima en metàl·lic i la facultat que la llei dóna als hereus de sol·licitar la commutació del usdefruit vidual. En el primer cas predomina la voluntat del testador, mentre que en el segon la dels hereus; i en el primer cas s'ha de fer el pagament en diners mentre que en el segon s'admet, a més, l'assignació d'una renda vitalícia o els productes de determinats béns. A més, el termini d'un any per a comunicar la decisió del pagament en metàl·lic arranca, *ex* art. 48 CDCIB, «desde la apertura de la sucesión, y ello haría que no fuere práctico ni funcional su establecimiento para la conmutación en el caso de existir albacea o comisario, al no coincidir

necesariamente con el inicio del cómputo del que tiene el albacea para realizar su encargo, pues, de no haberlo fijado el testador, éste es el de un año desde su aceptación (artículo 904 Cc)».

3) I el tercer motiu denúncia la infracció de l'art. 839 Cc «por cuanto la conmutación no cuenta con el acuerdo de la viuda como exige el artículo».

   La Sentència aprofita el motiu per fer les interessants consideracions que segueixen: «El ejercicio de la facultad de conmutar el usufructo del cónyuge [...] y la elección de la forma de efectuarla corresponde exclusivamente a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo y tanto si dicha cuota vidual recae sobre el tercio de mejora como el de libre disposición (STS 25 de octubre de 2000). Estos herederos han de actuar de modo unánime al optar por la conmutación y al elegir la concreta forma en que se plasma: renta vitalicia, productos de determinados bienes o capital en efectivo. A estos reducidos efectos no se incluye el viudo entre los herederos aunque hubiera sido instituido heredero universal, pues al ser beneficiario de la cuota vidual usufructuaria "tiene que recibir, pero no dar" (STS 25 de octubre de 2000). Al cónyuge viudo se le impone esta decisión de los herederos precisamente por ser unánime y sólo si lo es. El "acuerdo" entre los herederos y el viudo únicamente ha de recaer sobre la forma de ejecutarse la elección de los herederos con el fin de que exista equivalencia entre lo conmutable, el usufructo y su valor, y lo conmutado, de manera que no se perjudique su legítima. En defecto de este "acuerdo" es el mandato judicial el que determina la forma de la conmutación».

Analitzats i desestimats els motius de cassació del recurs de cassació de la viuda, és objecte d'anàlisi a continuació «l'únic motiu de cassació de caràcter substantiu que figura en el recurs dels hereus», que és el següent.

Es denuncia la infracció de l'art. 48 CDCIB, pel fet que la Sentència recorreguda «limita la conmutación a la mitad de la herencia cuando el cuaderno ha atribuido a la viuda el usufructo de 2/3 de la herencia». En aquest sentit considera la part recurrent que la commutació s'hauria d'estendre a la totalitat del usdefruit, donat lo

difícil que resulten las relaciones entre la viuda del causant —a la que qualifica de «abuelastra»— i els hereus, nets del causant i sense cap parentiu amb la viuda, que era la segona esposa del causant.

La Sentència que es comenta acudeix al criteri de la interpretació sistemàtica de les lleis per recordar que l'art. 48 CDCIB (definidor de la possibilitat dels hereus de exigir la commutació de l'art. 839 Cc) està comprès en la secció 4a del capítol III del títol II dedicada exclusivament a la llegítima «lo que determina que su último párrafo se refiere, únicamente, a la legítima, no al resto de lo recibido del causante».

Per una altra part, el precepte al qual es remet l'art. 48 CDCIB, que és l'art. 839 Cc, «se refiere exclusivamente a la parte de usufructo que corresponde al cónyuge viudo en calidad de legítima y está situado en la Sección Séptima, que se refiere a los "Derechos del cónyuge viudo", del Capítulo II, "De la herencia", del Título III, "De las sucesiones"».

La conclusió que extreu la Sentència d'aquesta interpretació *sedes materiae* és que «estas colocaciones sistemáticas son signo de la necesidad de un equilibrio entre las facultades de los herederos y los derechos del cónyuge viudo y para conseguirlo el Legislador ha utilizado la técnica analizada que, según los textos legales vistos, autoriza a los herederos a conmutar el usufructo vidual y obliga al viudo a pasar por la decisión, si es unánime, pero siempre con respeto a sus "derechos", que configuran su estatuto jurídico, de modo que no hay base legal para extender aquellas facultades a costa de estos derechos ni para entender que el ordenamiento jurídico permite a aquéllos imponer la conmutación sobre lo recibido por éste por título distinto al de legitimario, pues en esta parte prevalece la voluntad del causante, ley de la sucesión».

D'aquesta manera queda desestimat el recurs de cassació que havien formulat els actors.

Comentari: litigi certament complicat, al menys en el seu tràmit cassacional, pel fet de interposar cada una de les parts recursos de cassació i d'infracció processal —aquesta és la denominació que empren—, a més de fonamentar-los en una pluralitat de motius cada un d'ells. La inadmissió del recursos d'infracció processal respon a la doctrina reiterada de la Sala Civil i Penal, expressiva que els tribunals superiors de justícia no tenen, en realitat, competència per conèixer dels recursos

d'infracció processal, ja que l'art. 73.1 LOPJ no ho estableix i és la disposició final 16a LEC la que permet que les resolucions susceptibles de recurs en cassació a les sales civils i penals s'impugnin també pels motius de l'art. 469 d'aquesta Llei (sentències de 14 i 26 de gener de 2005 i de 28 de febrer de 2006, entre d'altres resolucions). És per aquesta raó que el Tribunal de Cassació desestimà els recursos d'infracció processal, encara que examina les qüestions procedimentals al·legades per la representació dels hereus, que havia tingut l'encert de estructurar-les així mateix com a motius del recurs de cassació.

Entrant ja en la matèria substantiva, la Sentència que es comenta contempla la figura de la commutació de l'art. 839 Cc, aplicable en el nostre Dret, atesa la remissió expressa que a aquest precepte realitza l'art. 48 CDCIB *in fine*. S'ha de dir, d'entrada, que la Sentència està molt ben fonamentada, amb ampli suport jurisprudencial, tot el que és encara més plausible si es té en compte que alguns dels motius de cassació eren qüestions noves que, tan sols per això, podrien ser objecte de desestimació.

Queda clar que la commutació és una facultat que els hereus poden exercitar sense altre requisit que el de procedir tots ells de comú acord, com ho queda també que, en la denominació de «hereus», es comprenen els voluntaris i els forçosos, els designats en testament i els abintestato, així com també els legataris que resultin afectats per l'usdefruit vidual. En aquest sentit, la doctrina (GULLÓN BALLESTEROS) fins i tot havia afirmat que la commutació no suposava un dret personalíssim, pel que la podrien també exercitar els creditors y cessionaris dels hereus.

Assenyala també la Sentència que es comenta —amb l'habitual suport jurisprudencial— que també correspon a l'hereu o hereus l'elecció entre les formes concretes establertes per l'art. 839 Cc per realitzar la commutació (renda vitalícia, productes de determinats béns o un capital en efectiu). Així ho havia assenyalat la doctrina més acreditada (VALLET DE GOYTISOLO), que havia tractat, a més, de la naturalesa jurídica de la commutació, tot dient, amb encertades paraules, que no és pròpiament un negoci commutatiu ni tampoc novació ni transacció, ja que no és més que l'exercici d'una *facultas solutionis* que es realitza mitjançant un acte jurídic dels hereus, amb el qual s'opera una subrogació real i una conversió jurídica material, previstes per la llei i facultativament deixades a l'elecció del hereu.

Però també ha assenyalat la doctrina que aquesta *facultas solutionis* de l'hereu o hereus no és il·limitada, ja que no serà admissible l'opció per una de les tres vies indicades per l'art. 839 Cc quan d'aquesta manera es perjudiqui la llegítima vidual, com seria el cas en què l'hereu optés per satisfer-la mitjançant els productes d'uns béns improductius. En tot cas, queda clar que el cònjuge viudo podrà acudir a l'autoritat judicial si considera que no hi ha equivalència entre el valor de l'usdefruit vidual i el que l'hereu pretén adjudicar-li per commutar-lo, en perjudici de la seva llegítima.

Pel que fa al termini per comunicar la decisió de l'hereu d'imposar la commutació de l'usdefruit vidual és evident que aquest no pot ser el del pagament de la llegítima en metàl·lic, ja que —com posa de relleu la Sentència— es tracta d'actes jurídics molt diferents, raó per la qual no pot tenir lloc la interpretació analògica que es pretenia en el recurs de cassació de la viuda senyora E. La doctrina, seguint el precedent d'algunes sentències, ha vingut considerant que, mentre no s'hagi realitzat la partió de l'herència, l'hereu podrà comunicar al cònjuge viudo, i en el seu cas a la persona o persones que l'han de realitzar, la seva voluntat d'acudir a la commutació de l'art. 839 Cc.

Certament, la *ratio* d'aquest precepte sembla absolutament plausible en evitar la divisió del domini en nua propietat i usdefruit —ja MUCIUS SCAEVOLA va escriure que «el usufructuario no goza de la reputación de un buen administrador de cosa ajena»—, allunyant els riscos econòmics de l'immobilisme i fent més fàcil la circulació de la riquesa; a més de procurar una major concòrdia entre hereu i cònjuge viudo, particularment quan entre un i altre no hi ha vincle familiar, com era el cas precisament contemplat per la Sentència que es comenta.

Però sense que aquesta consideració favorable a la commutació pugui suposar l'extensió de la mateixa més enllà de la llegítima vidual. A pesar que, en la disposició testamentària, s'atribuïa a la viuda un usdefruit de més entitat que el corresponent a la llegítima vidual, així com el fet de ser molt dolentes les relaciones entre els hereus i la viuda —a la qual en el recurs de cassació se qualifica de «abuelastra»—, és clar que la facultat de commutació s'ha de limitar al que la viuda rep en concepte de llegítima. En aquest sentit, és absolutament correcta la Sentència quan així ho disposa, ja que, tant per tradició com per la interpretació *sedes materiae*, la commutació sempre ha vingut circumscrita a la llegítima vidual, quedant fora del seu

abast l'atribució testamentària d'un major usdefruit que el corresponent a la llegítima. És cert que, des d'un punt de vista econòmic, la solució dista molt de ser satisfactòria, al suposar una part d'usdefruit a commutar i una altra part a materialitzar en béns de l'herència, però s'ha de reconèixer que es tracta d'una mesura que ve imposada pel necessari acatament a la voluntat del testador.

En l'informe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears titulat «Sistema legitimario de las Illes Balears» (*XI Boletín de la Academia*, pàg. 307), ponència de l'acadèmic senyor FERRER PONS, es propugna de *lege ferenda* la substitució de la remissió als art. 830 i 840 Cc que fa l'art. 48 CDCIB per una disposició expressiva que tant els hereus com el cònjuge viudo podran exigir la substitució del usdefruit vidual per l'assignació d'una renda vitalícia, dels productes de determinada explotació, d'un capital en efectiu o d'un lot de béns hereditaris, havent de procedir de comú acord tots els hereus i el cònjuge viudo, i, de no ser possible, mitjançant demanda judicial. Com es veu, segons aquesta consideració, la commutació suposaria la necessària conformitat de tots els protagonistes de la mateixa (tots els hereus i el cònjuge viudo), però amb la particularitat que, en el cas de no aconseguir-se el consentiment de tots els afectats, qualsevol d'ells podria instar la via judicial.

III. Civil

Audiència Provincial

1. ACTE RESOLUTORI DE LA SECCIÓ QUARTA NÚM. 161, DE 4 DE DESEMBRE DE 2012. Ponent: Sr. Artola Fernández. FALTA DE COMPETÈNCIA OBJECTIVA PER ACORDAR ALIMENTS PASSATS EN MESURES PROVISIONALS PRÈVIES.

Resum dels fets: el jutge de primera instància acorda executar un acte resolutori de mesures provisionals prèvies en el qual es condemna al pagament no tan sols de les pensions meritades després de la demanda sinó també les corresponents a períodes anteriors.

Fonamentació jurídica: el jutge de primera instància considera que l'art. 148 Cc, en quant estableix el principi de no preexistència del dret d'aliments abans de la seva exigència davant els tribunals, s'ha d'entendre derogat per l'art. 39.3 CE que reconeix el dret constitucional d'aliments del menor.

Però el tribunal no entra en aquesta qüestió de fons sinó que entén que no es poden acordar aliments passats en l'acte resolutori de mesures provisionalíssimes ja que es considera que el jutge que coneix de les mesures provisionals no té competència per decidir sobre una reclamació de pensions d'aliments suposadament meritades abans de la demanda.

Comentari: és el tribunal el que, d'ofici, planteja la manca de competència objectiva del jutge per decidir sobre aliments anteriors a la demanda. Ara bé, és discutible que això sigui un supòsit de manca de competència objectiva —més aviat seria un supòsit de procediment inadequat per exercitar aquesta reclamació—. Tal vegada el plantejament d'aquesta qüestió com una manca de competència objectiva hagi vingut forçada per l'art. 241.2 LOPJ, que estableix que en cap cas el tribunal

podrà decretar d'ofici la nul·litat d'actuacions que no hagi estat sol·licitada en el mateix recurs, excepte si aprecia manca de jurisdicció o de competència objectiva o funcional, o si s'ha produït violència o intimidació.

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 39/2013, DE 6 DE FEBRER. Ponent: Sr. Gómez Martínez. CONTRACTE DE RESERVA DE PLACES HOTELERES AMB «RELEASE 0».

Resum dels fets: «Hotels X» i l'agència «Viatges Y» concertaren un contracte que van anomenar «de places reservades en règim de contingent» pels mesos de juny a octubre de 1999 que tenia per objecte 25 habitacions de l'hotel «Z» de l'Arenal de Llucmajor. Pels mesos de juny a setembre es va establir un *release* «0» i pel mes d'octubre un *release* de 7 dies. En el contracte hi figurava com a tour operador una empresa israeliana.

El 14 de juny l'agència de viatges va enviar un burofax a «Hotels X» en el qual insta «l'anul·lació del contracte».

Durant la temporada tan sols una família remesa pel tour operador israelià es va allotjar a l'hotel «Z».

«Hotels X» exercita acció de compliment del contracte i insta la condemna a l'agència de viatges que li pagui la quantitat establerta com a preu per la reserva de places.

L'agencia de viatges demandada hi va oposar l'excepció de falta de litisconsorci passiu necessari per no haver demandat al tour operador israelià; i, pel que fa al fons, va al·legar que l'actora havia incomplit el contracte perquè no havia reservat les places, que el contracte havia quedat resolt mitjançant el burofax de 14 de juny, i que el negoci acordat entre les parts ho era de reserva de places hoteleres amb garantia, la qual cosa vol dir, segons la demandada, que si les places no van ser ocupades, tampoc s'han de pagar.

La Sentència de primera instància, desestimatòria de la demanda, va ser apel·lada per la demandant.

Dels diferents motius d'apel·lació aquí en destacarem tan sols dos: el que fa referència a la legitimació passiva de l'agència de viatges i el que al·ludeix al sentit que ha s'ha de donar a l'establiment d'un «release 0».

Fonamentació jurídica: pel que fa a la falta de litisconsorci passiu necessari, el tribunal retreu a l'apel·lant no haver formulat correctament l'excepció ja que el que sostén la demandada és que la pretensió no s'hauria d'haver dirigit contra ella sinó contra el tour operador, i això no és un supòsit de falta de litisconsorci passiu necessari sinó de falta de legitimació passiva. Doncs bé, la Sala desestima aquesta pretensió tot entenent que l'agència de viatges si havia assumit algunes obligacions en el contracte de reserva de places hoteleres, així, en cas d'incompliment, l'hotel s'havia de dirigir contra ella, i únicament s'eximeix de responsabilitat en cas d'incompliment imputable a l'operador, de la qual cosa se'n deriva que hi poden haver incompliments que sí li son imputables a l'agència de viatges; a més a més fa aplicació de la doctrina de la Sentencia del TS de 27 de febrer de 1982 que declara la responsabilitat de l'agència de viatges via art. 246 del Codi de comerç de manera que si no s'expressa en el contracte una relació de comissió, el comissionista queda obligat de manera directa.

Pel que fa al fons de l'assumpte s'entén que la clàusula de «release 0» vol dir que no cal que l'agència envïi a l'hotel el «rooming list» la qual cosa implica que les habitacions reservades estan sempre a disposició de l'agència que, en conseqüència, les ha se pagar s'ocupin o no.

Comentari: en el contracte de reserva de places hoteleres en règim de contingent hi ha dos moments essencials. El primer, l'acord o contracte de reserva del cup de places i, el segon, la remissió de la llista d'habitacions que han de ser ocupades (*rooming list*). Doncs bé, si el termini de preavís o *release* és «0», això vol dir que no hi ha diferència temporal entre aquests dos moments.

3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 102/2013, DE 6 DE MARÇ. Ponent: Sr. Gómez Martínez. APLICACIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM SOBRE RESPONSABILITAT CIVIL EN COL·LISIONS RECÍPROQUES AMB DANYS MATERIALS.

Resum dels fets: el supòsit de fet és una col·lisió recíproca entre dos vehicles amb danys materials la indemnització dels quals el propietari d'un dels vehicles reclama al conductor de l'altre i a la seva asseguradora.

El conductor i companyia demandats es van oposar tot al·legant que havia estat l'actor qui havia conduit negligentment.

La Sentència de primera instància desestima la demanda per falta de prova de la culpa del sinistre; i la part actora interposa recurs d'apel·lació en base a la doctrina d'aquesta Audiència Provincial sobre responsabilitat quasi-objectiva d'ambdós conductors en cas de col·lisió recíproca amb danys materials.

Fonamentació jurídica: l'Audiència fa aplicació de la doctrina que les seccions 3a i 5a venen acollint des de la Sentència de 4 de març de 1991 de la Secció 3a, en virtut de la qual en la col·lisió reciproca entre vehicles amb danys materials, si no hi ha prova, responen els conductors d'ambdós cotxes.

La Secció 4a de l'Audiència anava mantenint una posició lleugerament distinta ja que considerava que en aquests supòsits hi concorria una compensació de culpes de manera que el conductor de cada vehicle responia del 50% del total dels danys causats.

La Sentència que comentem fa aplicació de la del TS de 10 de setembre de 2012, segons la qual: «[...] en el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación (una vez constatado que el accidente tuvo lugar en la circulación y, por consiguiente, es imputable al riesgo creado por uno y otro conductor que intervinieron en él), el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que sólo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado —excluyendo así la del otro conductor— o que no haya sido posible probar la

proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente —excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor— (cuando se discuta que sólo una de las conductas ha sido causalmente relevante o que ambas lo han sido en distinta proporción) no es razón que permita soslayar la aplicación de los referidos criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el *onus probandi* (carga de la prueba), características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia».

Comentari: l'aplicació d'aquesta jurisprudència al supòsit de col·lisió recíproca entre dos vehicles amb danys materials quan no és possible determinar qui va ser el conductor culpable, permet la unificació de criteris en l'Audiència Provincial de Balears en aquesta matèria, i es posa fi així a una situació de disparitat de criteris que havia produït una certa inseguretat jurídica.

4. ACTE RESOLUTORI DE LA SECCIÓ QUARTA NÚM. 123, DE 18 DE SETEMBRE DE 2013. Ponent: Sr. Aguiló Monjo. Vot particular: Sr. Artola Fernández. DECLINATÒRIA INTERNACIONAL. APLICACIÓ DEL REGLAMENT (CE) NÚM. 2201/2003 DEL CONSELL, DE 27 DE NOVEMBRE, BRUSSEL·LES II BIS.

Resum dels fets: els dos cònjuges son alemanys. L'home sol·licita mesures provisionalíssimes —o provisionals prèvies— davant el Jutjat de Palma, que fan referència tant a la custòdia del fill comú com a l'adjudicació dels dos habitatges que el matrimoni té a El Toro, Calvià. Però la demanda proposa declinatòria de competència internacional tot al·legant haver interposat demanda de divorci davant el jutjat de Schönberg, Alemanya.

Fonamentació jurídica: tant la resolució de primera instancia com la decisió majoritària en apel·lació estimen la declinatòria per aplicació del que disposa l'art.

3.1 del Reglament (CE) núm. 2201/2003 del Consell, de 27 de novembre, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental. Aquest precepte conté dos apartats per atribuir la competència als òrgans jurisdiccionals d'un Estat membre. En el primer apartat es recullen distints criteris basats en la residència d'ambdós o d'un dels cònjuges. Però el segon considera competents, sense més, els tribunals de l'Estat de la nacionalitat d'ambdós cònjuges. Com que en el cas en qüestió tant l'home com la dona son alemanys, el tribunal conclou que són competents el tribunals alemanys i com que ja hi ha una demanda de divorci interposada, no es poden sol·licitar mesures cautelars prèvies.

Pel redactor del vot particular el Reglament Brussel·les II bis estableix normes de competència internacional distintes segons la matèria sigui matrimonial o de responsabilitat parental. En el primer cas regeix la regla de l'art. 3.1, que és el que aplica l'opinió majoritària de la Sala. Però en matèria de responsabilitat parental l'art. 8 estableix una competència distinta basada en el criteri de proximitat al menor. Aquest precepte atorga competència als tribunals de l'Estat on resideixi habitualment el menor en el moment de presentar-se l'assumpte davant l'òrgan jurisdiccional.

Comentari: tal com s'indica en el vot particular, per decantar-se per una o una altra postura és necessari interpretar adequadament l'art. 12 del Reglament. Efectivament, el precepte esmentat preveu una pròrroga de competència per a decidir sobre responsabilitat parental a favor dels tribunals competents per conèixer de l'assumpte matrimonial (art. 3) si es donen tres circumstàncies. La primera és que un dels cònjuges exerciti la responsabilitat parental sobre el menor, la segona, que la competència hagi estat acceptada pels cònjuges o titulars de la responsabilitat del menor, i la tercera, que això respongui a l'interès superior del menor.

Doncs bé, pel redactor del vot particular tots tres requisits són cumulatius com ho demostraria la utilització de la conjunció «i» i com que en el cas no més es dóna el primer requisit —un dels cònjuges exerceix l'autoritat parental sobre el menor—, d'això en resultaria que és d'aplicació el criteri de la proximitat del menor i, per tant, són competents els tribunals espanyols.

5. ACTE RESOLUTORI DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 177, DEL PRIMER D'OCTUBRE DE 2013. Ponent: Sr. Sola Ruiz. ELS INTERESSOS DE L'ARTICLE 576 LEC SÓN ELS APLICABLES SI SÓN ABUSIUS ELS INTERESSOS MORATORIS ESTABLERTS EN EL TÍTOL DE L'EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA.

Resum dels fets: L'acte resolutori de primera instància declara abusiva la clàusula del títol executiu que estableix uns interessos moratoris del 24,25%.

En aplicació de la doctrina recollida en la Sentencia del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 de juny de 2012, la clàusula nul·la no es pot reintegrar.

La part apel·lant propugna que s'apliqui l'interès legal dels doblers, tal com disposa l'art. 1.108 Cc.

Fonamentació jurídica: partint del principi que l'ordenament jurídic no pot emparar el deutor que està incurs en mora, en l'alternativa de triar entre l'aplicació de l'art. 1.108 Cc o l'art. 576 LEC, el tribunal s'inclina per aquest segon precepte en base als següents arguments: a) Els interessos de l'art. 1.108 Cc tan sols es poden aplicar si així ho demana el creditor i, en canvi, els interessos processals de l'art. 576 LEC s'apliquen d'ofici; b) L'acte resolutori despatxant l'execució es pot assimilar a la resolució judicial a la qual fa referència l'art. 576 LEC com aquella a partir de la qual es produeixen els interessos processals; c) Els interessos processals tenen la funció d'estimular el pagament, finalitat que és vàlida tant per títols judicials com extrajudicials, i d) Seria un contrasentit que aquests interessos s'apliquessin en el cas del judici canviari (per la remissió que en fa l'art. 825 LEC) i no en l'execució de títol no judicial.

Comentari: aquesta resolució marca la postura de la nostra Audiència en un tema debatut. Als arguments que recull a favor de l'aplicació de l'art. 576 LEC es pot afegir un altre: que el supòsit d'aplicació de l'art. 1.108 Cc és l'omissió de pacte exprés de les parts sobre interessos i la seva finalitat és suplir l'omissió de la voluntat dels contractants. En canvi, quan es declara nul·la per abusiva una clàusula

d'interessos no hi ha omissió de la voluntat de les parts, sinó que aquesta s'ha manifestat però ho ha fet d'una manera no vàlida; no hi ha una voluntat presumpta de les parts sinó una voluntat inicialment existent però que no pot produir efectes després de l'apreciació del seu caràcter abusiu.

IV. Penal

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ SEGONA NÚM. 68/2013, DE 23 DE JULIOL. Ponent: Sr. Gómez-Reino Delgado. FRAU A L'ADMINISTRACIÓ.

Resum del fets: els acusats, funcionaris o càrrecs del Consell Insular uns i particulars altres, es varen concertar per alienar una finca de titularitat pública («Can Domenge») a favor d'una determinada societat mercantil i guiats per l'ànim de beneficiar-la de forma arbitrària.

En l'acord inicial no va participar ni va intervenir un dels acusats, que sí que ho va fer en els acords posteriors. Després es varen executar actuacions consistents en valorar l'immoble per sota del preu de mercat per conservar la competència, poder dirigir el procediment i afavorir a aquella empresa mitjançant l'alienació de l'immoble, al mateix temps que ocasionaven un quantiós perjudici econòmic a l'Administració..

Fonamentació jurídica: «(las defensas) […] trajeron a colación como precedente la STS del TS (199/2012, de 15 de marzo) que casó otra de esta Sala —la absolución del Alcalde de Llucmajor—. Dicha sentencia se aportó para salir al paso y negar que la condena […] se pudiera producir por autoría adhesiva, toda vez que según las manifestaciones efectuadas […] no habría estado presente en las reuniones o comidas en las que se habría decido el concierto […] Es verdad y nos remitimos al hecho probado que […] no estuvo presente en dichas reuniones, pero el matiz para apartarse del criterio que recoge la STS citada es que la adhesión de este al pacto con los otros tres se produjo antes de que se materializase el concierto con (la empresa). Con todo la comisión del delito de fraude se produce porque para defraudar a la administración se valieron, además del concierto con (la empresa), de otro artificio engañoso, el cual derivó en efectivo perjuicio a la administración al enajenarse un bien inmueble perteneciente al patrimonio público del suelo por la mitad de su valor, conducta esta que a nuestro juicio, si bien no era incardinable en el delito de malversación por no admitirse para bienes inmuebles, si pudo haberse subsumido en el delito de estafa del artículo 438 del CP.

El tipo penal de fraude a la administración del artículo 436, decíamos en la sentencia de esta Sala número 68/12, de 16 de julio a propósito del denominado caso Maquillaje (Ponente Ilma. Sra. De la Serna de Pedro), castiga a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidación de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o usare de cualquier otro artificio —referido o equivalente al despliegue de cualquier medio engañoso— para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. El bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas. Estamos ante una figura especial de conducta defraudadora del patrimonio público configurada como tipo de peligro abstracto, de mera actividad, porque la actividad y el resultado se producen simultáneamente —la producción efectiva del perjuicio patrimonial, que aquí sí existió, pertenece a la esfera del agotamiento del delito, no a la de su perfección—, no existiendo una distancia espacio-temporal entre la actividad y el resultado, y delimitada dicha figura legal a un campo concreto de la gestión pública: la contratación pública y la liquidación de efectos o haberes públicos. La conducta desleal del funcionario se orienta tanto hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos públicos —infringiéndose el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos de gasto público— como a la causación de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva lesión o puesta en peligro concreto del patrimonio público. En realidad lo que el Legislador tipifica es un acto preparatorio de conspiración cualificado por el propósito de defraudar a un ente público. Si llegara a producirse el resultado entraría en concurso ideal con la estafa por el carácter pluriofensivo del delito, conclusión que según algunos autores se estima más correcta que la del concurso de normas o considerarlo mero agotamiento. El sujeto activo se restringe a los funcionarios públicos o autoridades que intervengan por razón de su cargo, en el ejercicio de sus funciones, al menos genéricamente en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en las liquidaciones de efectos o haberes públicos. Siendo las operaciones públicas a que se refiere el precepto penal actos complejos, la

intervención del sujeto activo puede ser cualquiera que pueda determinar el resultado final del proceso en perjuicio del ente público. Tratándose de un delito especial propio, el extraneus debe ser castigado como inductor, cooperador necesario o cómplice, sin ruptura del título de imputación, con la atenuación de no ser funcionario. El sujeto pasivo lo es cualquier ente público. Y, la conducta típica consiste en concertarse el funcionario con los interesados en el negocio jurídico público o en la liquidación, o bien, usare de cualquier otro artificio. Por ello, la consumación del tipo se adelanta al momento del pacto o acuerdo, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo.»

Comentari: la Sentència s'analitza aquí exclusivament des de la perspectiva que ofereix el delicte de frau a l'Administració.

Per remissió al que prèviament s'havia consignat en la Sentència núm. 68/2012, de 16 de juliol, dictada per la mateixa Secció de l'Audiència a propòsit de l'anomenat «cas Maquillatge» s'afirma (en la que ara és objecte de comentari) que la figura penal de frau a l'Administració constitueix un «delito de peligro abstracto, de mera actividad, porque actividad y resultado se producen simultáneamente. La producción efectiva del perjuicio patrimonial, que aquí sí existió, pertenece a la esfera del agotamiento del delito, no a la de su perfección, no existiendo una distancia espacio-temporal entre la actividad y el resultado», encara que finalment s'al·ludeix que la defraudació o el perjudici queden fora dels tipus: «la consumación del tipo se adelanta al momento del pacto o acuerdo, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo […] sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva lesión o puesta en peligro concreto del patrimonio público».

Sembla doncs que la qualificació com a figura de «mera activitat» respon a la seva reunió simultània amb el resultat (el delicte és de mera activitat perquè activitat i resultat es produeixen simultàniament), tot i que seguidament s'atribueixin successivament: aquella a la fase de perfecció i aquest a la d'esgotament del delicte, però insistint que no hi ha distància espai-temporal (sinó simultàniament) entre ambdós elements (activitat i resultat), encara que també s'afirma que el frau o perjudici està exclòs del tipus i no resulta necessari per a la consumació ni per a la perfecció del delicte.

La contradicció, més que ambigüitat, respon a la vocació eclèctica de l'argument, davant una problemàtica complexa i de controvertida construcció dogmàtica, que en la Sentència analitzada s'exposa així: «En realidad lo que el Legislador tipifica es un acto preparatorio de conspiración cualificado por el propósito de defraudar a un ente público. Si llegara a producirse el resultado entraría en concurso ideal con la estafa por el carácter pluriofensivo del delito, conclusión que según algunos autores se estima más correcta que la del concurso de normas o considerarlo mero agotamiento.» És a dir, el tipificat seria un comportament preparatori de conspiració qualificat pel propòsit i quan la simple preparació d'una conspiració genera un resultat (sic) pot resoldre's aplicant el concurs de norma (amb absorció de tot l'injust en la més greu) o el de delictes (disgregació de l'injust en tipus penals distints que entren en concurs).

Però aquesta manera d'abordar el fenomen s'enfronta que, en general (tot i que a vegades des d'un pla purament teòric), els delictes de simple o mera activitat es lliguen a l'absència de resultat, de manera que la relació lògica entre ambdós sembla de naturalesa exactament alternativa i excloent: hi ha mera activitat o hi ha resultat, però no ambdues a la vegada (simultàniament), ni successivament (perfecció aquella i esgotament aquest) .

Per a certa vessant doctrinal, el resultat és la projecció efectiva de l'acció sobre el bé jurídic: hi ha mera activitat quan l'acció no projecta cap resultat sobre el bé jurídic, sempre que (de conformitat amb un judici de caràcter normatiu) pugui atribuir-se a l'acció un determinat desvalor (no un resultat) per resultar perniciosa en sí mateixa per al bé jurídic a protegir, encara que sense exigència de resultat. Això permetria parlar del desvalor de l'acció o del resultat, alternativament, incloent entre els delictes de mera activitat contra el que sembla apuntar la Sentència comentada: «Estamos ante una figura especial de conducta defraudadora del patrimonio público configurada como tipo de peligro abstracto, de mera actividad [...]».

A partir d'això, la generació d'un resultat, sigui de lesió o de perill, més enllà de la simple activitat punible, s'ha de resoldre o bé per concurs de normes, o bé per concurs de delictes.

Pel que fa al títol d'imputació, el dol es centraria en la verificació de la conducta típica (en lloc de sobre el resultat, que no existeix), sense que en general s'adverteixin especials dificultats per la seva comissió imprudent, excepte quan el tipus penal exigeix algun ànim tendencial concret i diferent del dol, que desembocaria en un delicte de resultat tallat.

Les formes imperfectes d'execució tampoc sofreixen, per als delictes de mera activitat, alteracions que les apartin de l'esquema general. No obstant això, que la pura acció o activitat quedi consumada amb l'últim acte executiu i no vagi seguida de resultat (sinó que afecti desfavorablement per sí mateixa al bé jurídic sense necessitat de resultat de lesió ni resultat de perill) dificulta la temptativa acabada (en no haver un nexe que pugui ser interromput per factors estranys); encara que per a alguns no l'impedeix absolutament, especialment qual la representació de l'autor no coincideixi amb la realitat.

Arestes esmolades apareixen també lligades als problemes d'autoria, i això en relació estreta amb els denominats «delictes de pròpia mà». Per uns existeix identitat, perquè són de mera activitat els delictes de pròpia mà, i viceversa; altres —escindint aquest binomi— consideren que els delictes de pròpia mà poden ser també delictes de resultat, encara que freqüentment siguin de mera activitat; i a més hi ha qui entén que els delictes de pròpia mà són sempre de mera activitat, encara que no tots els de mera activitat siguin de pròpia mà. La solidificació d'ambdós en un binomi dificulta l'autoria mediata, mentre que la seva disgregació l'afavoreix, perquè en realitat el problema de la coautoria i de l'autoria mediata és inherent als delictes de pròpia mà com a conseqüència natural de la seva controvertida estructura, inicialment vinculada (per un plantejament naturalista) a la necessitat d'una acció típica executada personalment per un subjecte de determinades característiques, i evolucionada (per l'actual plantejament normativista) cap a la infracció d'un deure altament personal, encara que en general se segueix negant la possibilitat d'una autoria mediata per comissió impròpia (atès que quan es tracta d'un autor mediat qui omet no domina la conducta obedient a un deure estrictament personal).

La Sentència que es comenta desplega una considerable energia en establir els fets provats, precisament perquè la connivència entre els acusats fou successivament assolida, i això és percebut com un obstacle en funció del que assenyala l'antecedent STS (Sala Segona), de 15 de març de 2012: «Dicha

sentencia se aportó para salir al paso y negar que la condena […] se pudiera producir por autoría adhesiva».

En aquest sentit, els fets provats reflecteixen ben clarament: a) la presència d'una connivència successiva, perquè hi va haver un concert inicial en què va mancar un dels acusats, i b) i també es va declarar provat que aquest últim acord va tenir lloc abans que l'empresa afavorida per l'alienació sabés que l'Administració actuant havia acceptat la seva proposta de col·laboració, i en conseqüència abans que es despleguessin els efectes dirigits a materialitzar la compravenda en condicions avantatjoses.

D'altra banda, la participació de tots els acusats és reflectida com un comportament de caràcter essencial: varen deliberar, traçar i executar el pla per rebaixar el valor de l'immoble i assegurar-se el control, conservar la competència sobre la decisió i establir les condicions de l'alienació.

A més, varen dur a terme aquest comportament quan pesava sobre cadascun d'ells —com a càrrecs de la institució— el deure especial de no afectar negativament aquest bé jurídic protegit.

Ara es tracta d'establir l'eventual valor de la STS (Sala Segona) de 15 de març de 2012 com a precedent, del criteri de la qual diu que s'aparta la STS de l'Audiència amb la justificació següent: «[…] el matiz para apartarse del criterio que recoge la STS citada, es que la adhesión de este al pacto con los otros tres se produjo antes de que se materializase el concierto con (la empresa).»

No obstant, la STS (Sala Segona) de 15 de març de 2012 no sembla que hagi absolt el batle del delicte de frau a l'Administració per haver estat absent del conciliàbul a pesar d'haver intervingut després en el seu desenvolupament amb actes executius essencials, sinó perquè aquest no va intervenir en el concert per defraudar a l'Administració (no en la subsegüent constitució de societats instrumentals que varen resultar afavorides per un acord municipal), sinó que es va limitar després donant eficàcia al pacte polític per afavorir als anteriors mitjançant un acord municipal sabent que resultaria perjudicat l'Ajuntament (malversació) però sense estar involucrat en una trama (frau a l'Administració) que simplement podia

haver conegut i no impedit: «Es claro que obviamente este apoyo (del Alcalde) advino con posterioridad a la urdidura. Siendo de destacar que la sentencia (casada) no proclama expresamente que el Alcalde y los con él acusados pactaran nada respecto a la creación de las sociedades ni previamente a su constitución. Antes bien, dice en su página 39 que: "es posible que no planease con el resto de los acusados el plan para lucrarse; quizás se enteró cuando ya estaba en marcha, se lo comunicaron y no lo impidió"».

Com es pot veure, el problema no està relacionat amb el moment ni la qualitat de l'adhesió a un pacte per defraudar l'Administració (perquè no va existir aquesta adhesió), sinó que la participació es va limitar a propiciar un acord perjudicial per a l'Ajuntament (malversació), després d'haver pogut conèixer i no haver impedit la trama (frau a l'Administració) articulada per altres.

Però és que, encara que estigués plenament acreditat el coneixement i no evitació d'aquella trama en la qual no es va participar, seguiria essent complicat exigir responsabilitat penal per un delicte de frau a l'Administració atribuïble en comissió per omissió ja que, segons l'art. 11 CP, la comissió per omissió només es produeix: a) en els delictes de «resultat» i b) quan l'omissió «equivalgui» a l'acció segons el text de la llei, requisit doble de premisses que obeeixen a concepcions ben diferents, amb una problemàtica que escapa aquest moment i lloc.

Resulta suficient apuntar que la comissió per omissió en els delictes de mera activitat dependrà de com i amb quin abast s'interpreti la referència al «resultat» que conté aquell precepte: si el resultat és de lesió o de perill (tal i com expressament es consignava en el Projecte de CP de 1992) sembla que la comissió per comissió no ha de caber en els de mera activitat.

A això pot apuntar l'equivalència —exigida en l'art. 11 CP— entre no evitació i causació d'un resultat i així ho entén la STS (Sala Segona) de 12 de gener de 1998: «La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión».

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 12/2013, DE 4 DE FEBRER. Ponent: Sr. Heredia Del Real.

3. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM, SALA SEGONA, NÚM. 5.677/2013, DE 7 D'OCTUBRE. Ponent: Sr. Del Moral García.

DRETS FONAMENTALS I LLIBERTATS PÚBLIQUES. DRET A UN JUDICI JUST AMB TOTES LES GARANTIES, DRET A LA INTIMITAT, NUL·LITAT DE LA PROVA PER IRREGULARITATS PROCESSALS DE TIPUS NO CONSTITUCIONAL. PRESA DE MOSTRES SENSE AUTORITZACIÓ JUDICIAL (LLOSCA DE CIGARRETA) PER A ANÀLISI D'ADN NO CODIFICANT.

Resum del fets: la defensa de l'acusat planteja la nul·litat de les proves biològiques que consten en les actuacions per haver-se obtingut el material genètic (recollida per part d'agents de la Guàrdia Civil de la llosca llançada pel seu client) que va permetre delimitar el perfil d'ADN del seu defensat i confrontar-ho amb les mostres «dubtoses» obtingudes després de la recollida de vestigis biològics en el domicili de la víctima i la peça de roba trobada en un contenidor pròxim, tot això sense l'existència de pressupost habilitant en no existir ni consentiment del sospitós, després imputat i ara acusat, ni autorització del jutge instructor de la causa. Es considera vulnerat en conseqüència el dret fonamental a la intimitat contemplat en l'art. 18 CE i el dret fonamental a la tutela judicial efectiva i a un procés amb totes les garanties que reconeix l'art. 24 CE, perquè ni tan sols el titular del Jutjat d'Instrucció, amb posterioritat a l'obtenció i anàlisi de les mostres del sospitós i la seva confrontació, va realitzar un judici *ex post* sobre la proporcionalitat i racionalitat de la mesura i, en definitiva, si procedia o no ratificar-la.

Fonamentació jurídica:

Sentència de la Secció Primera núm. 12/2013, de 4 de febrer: «La STS 1512/2003, de 5 de noviembre, dio validez a la obtención de sangre del acusado, bajo el fundamento que la obtención del material biológico no obedeció a una

intervención corporal en sentido estricto sino que se remitió a la Policía Científica un algodón impregnado de sangre tras la atención humanitaria de un detenido […].

La STS 501/2005, de 19 de abril, tras establecer la regla que las normas procesales imponen al Juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de muestras biológicas, cuando se requiere que el acto tenga valor probatorio, salvo supuestos que por razones de urgencia la policía tuviese que actuar directamente, llega a considerar que incluso en estos casos nos encontraríamos ante una prueba ilícita por otra razón de orden procesal: no existió resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la muestra biológica […].

La STS 1311/2005, de 14 de octubre, en otro supuesto en el que la Policía había recogido un esputo lanzado voluntariamente por un detenido al salir de la celda, sostuvo que: "no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal. En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. El único problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, circunstancia que en absoluto se discute por el propio recurrente, que sólo denuncia la ausencia de intervención judicial" […].

Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo […] en su reunión de fecha 31 de enero de 2006 que establecía que "La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".

Criterio extraído de la regulación contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 326, último párrafo, establece que "Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense, que adopte las medidas

necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282". Artículo que establece que "la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos —igualmente en relación a los delitos perseguibles a instancia de parte si son requeridos y sin perjuicio de la práctica de primeras diligencias de prevención y aseguramiento—, que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial" […].

[…] reiterando la validez de la prueba, se ha ido negando incidencia alguna a la previa autorización judicial por los riesgos de divulgación de informaciones personales sensibles, al ser "sabido que el ADN útil a efectos forenses resulta de ámbito no codificante, es decir, no aparecen en tal analítica ni se descubren enfermedades u otros datos sensibles para el individuo" (STS 179/2006, de 14 de febrero). Citándose al respecto el alto nivel de medidas de seguridad previstas en la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, de 13 de diciembre de 1999 y su desarrollo reglamentario, para este tipo de ficheros, así como la tutela establecida al efecto por los procedimientos cuyo conocimiento compete a la Agencia Española de Protección de Datos. Así, el auto nº 821/2006, de 8 de marzo […] ATS, de 31 de mayo de 2012 […].

[…] como pone de manifiesto el Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 685/2010, de 7 de julio, "esta interpretación jurisprudencial", forjada al amparo del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero de 2006, "que buscaba integrar la estricta literalidad de los artículos 326 y 363 LECRIM con los principios constitucionales que informan nuestro sistema de investigación y enjuiciamiento, se ha visto confirmada por la ya citada LO 10/2007, 8 de octubre" […] "Este precepto, pese a que deja sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes y decididamente abordadas en el Derecho comparado, tiene la virtud de clarificar, acogiendo el criterio ya proclamado por esta Sala, el régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN […]".

[…] se podría cuestionar si determinados artículos de la citada Ley Orgánica pudieran ser contrarios al derecho a "la intimidad personal" reconocido por el

Constituyente en el artículo 18.1, en tanto aún entendiendo que sin empleo de la fuerza para la toma de la muestra no se vulneraría la integridad física (art. 15 CE) ni, en su caso, la intimidad corporal, como expone la STC 25/2005, de 14 de febrero, "que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido". Y es que sin una reflexión forzada, aún con independencia que la LO 10/2007 oriente la obtención del perfil de ADN no codificante para la inscripción exclusiva de la información genética reveladora de la identidad de la persona y sexo necesaria para la investigación criminal —sin ofrecer características físicas de la persona— no hay que olvidar que la lesión de un derecho fundamental no tiene lugar exclusivamente cuando hay una lesión efectiva o quiebra material, sino inclusive cuando la lesión es meramente formal, como podría parecer el análisis del perfil del ADN por el potencial informativo que el mismo contiene atinente a la esfera más íntima de la persona. Ahora bien, se ha tenido presente que aunque la obtención, análisis y utilización del ADN —aunque sea no codificante y por tanto sin aportación de información sobre la herencia genética, enfermedades u otro dato— podría representar una restricción del derecho fundamental a la intimidad personal del sujeto. Esto no significa, que tal restricción suponga, en todo caso, una vulneración del derecho fundamental […].

Se plantea la necesidad de analizar, si como determina el Preámbulo de la LO 10/2007, se han tenido en cuenta los criterios sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN conformada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en especial, la STC 207/1996, de 16 de diciembre. Esta sentencia, alude a la clasificación de los actos de investigación o medios de prueba (en su caso anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o terceros, estableciéndose que pueden distinguirse dos clases: De un lado, las inspecciones o registros corporales, que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos…) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (exámenes ginecológicos…) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales), que en principio no afectan a la integridad física al no menoscabar el cuerpo humano, pero sí el derecho fundamental a la intimidad corporal si recayesen

sobre partes íntimas del cuerpo o en su faceta de la privacidad. De otro lado, las intervenciones corporales, consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, que inciden sobremanera además en derecho a la integridad física (art. 15 CE), al conllevar una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

El derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994). Cierto tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el hecho en sí de la intervención (que, como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

Siguiendo la pauta seguida desde mediados de la década de los noventa, el Tribunal Constitucional en esta sentencia, recurre a la utilización formal del "test alemán" de la proporcionalidad, esto es, la observancia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La STC 207/1996 otorga el amparo en el supuesto en cuestión, al entender que la extracción de cabellos a una persona en el marco de una Instrucción de unos hechos constitutivos de delito de cohecho había restringido de forma desproporcionada sus derechos a la integridad física y a la intimidad personal, al no existir cobertura legal, concluyendo el Tribunal que no se había cumplido el requisito de necesidad en tanto la diligencia no era imprescindible para acreditar la participación en un delito de cohecho, así

como tampoco el de proporcionalidad en sentido estricto, ya que la resolución judicial recurrida había ordenado que el informe pericial se remontase al tiempo en que el recurrente pudiese ser consumidor de drogas.

Conforma así el Tribunal Constitucional su doctrina para que las intervenciones corporales en una investigación penal sean conformes a Derecho, exigiéndose los siguientes requisitos:

Que persiga una finalidad constitucionalmente legítima, que en caso de la extracción, análisis y contraste del ADN será el interés público de averiguar hechos punibles y los sujetos criminalmente responsables.

Que su práctica se encuentre prevista legamente, como exige el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que expresamente establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista en la Ley […]". Teniendo presente que en nuestro Derecho al incidir en el desarrollo de derechos fundamentales existe una reserva material de Ley Orgánica a tenor del artículo 81 de la Constitución, y en consecuencia, esta ley habilitante no podrá ser de mínimos, sino que ha de prever de forma clara y precisa los casos y circunstancias, la finalidad y qué sujetos pueden ser sometidos a la intervención.

Que la intervención corporal sea acordada judicialmente mediante auto motivado.

Que se respete el principio de proporcionalidad en sentido amplio que determina el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al establecer que "constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Y que para el Tribunal Constitucional demanda el cumplimiento de tres requisitos:

- Idoneidad, en cuanto ha de ser conducente para comprobar y descubrir hechos relevantes del proceso.
- Necesidad, por cuanto su objetivo no pueda ser alcanzado a través de otra medida menos gravosa para el sujeto.
- Proporcionalidad en sentido estricto, que implica ponderar los intereses en juego, en este caso el derecho a la intimidad personal como derecho

> fundamental y el interés público de esclarecer hechos criminales e identificar a sus responsables. A tal efecto, el Tribunal Constitucional para formar el juicio de proporcionalidad considera que deben considerarse varios elementos como la gravedad del hecho investigado, el grado de imputación del sujeto intervenido o la probabilidad de éxito de la diligencia […].

Y en este sentido la Sala es consciente que la toma por parte de la Policía Judicial de muestras y fluidos de sospechosos, detenidos o imputados sin necesidad de intervención corporal, al objeto de ser analizados y extraer del ADN identificadores que proporcionen exclusivamente información genética relativa a la identidad y sexo de la persona, en el marco de una investigación de un delito especialmente grave, podría ser conforme con la Constitución. Especialmente si se tiene presente la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 142/2012, de 2 de julio de 2012 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012), que en su Fundamento Jurídico Tercero, dispone: "cabe recordar que este Tribunal ha señalado que si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en el art. 18.1 CE esa misma garantía de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad" (por todas, STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 9) […].

[…] debe tenerse presente que la toma de la muestra o saliva del sospechoso impregnada en la colilla, tiene lugar en cumplimiento de las funciones de la Policía Judicial de perseguir y averiguar los delitos públicos o semiprivados en caso de cumplirse el requisito de perseguibilidad de denuncia, en concreto de un delito de asesinato en grado de tentativa y al menos dos agresiones sexuales con acceso carnal, y la toma de la muestra de saliva del sospechoso se hace en un lugar público y sin intervención corporal directa. Motivo por el cual, la actuación ordenada a los agentes de la Guardia Civil por los mandos de la investigación tras la localización del sospechoso, se realizó con estricto respecto a la legalidad vigente, en cuanto en el momento de la obtención de la muestra, e incluso del hecho criminal, estaba en

vigor la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la Base de Datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Cuya Disposición Adicional Tercera, siguiendo la línea flexibilizadora de la intervención judicial, contempla que: "Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a del apartado 1 del artículo 3, la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Podría ser discutible, habida cuenta que la obtención de la colilla no tiene lugar en una inspección ocular en el lugar del delito, sino en el marco de una investigación policial y no concurrían razones estrictas de urgencia, si hubiera debido procederse con carácter previo a recabar la autorización judicial para la toma de la muestra. No para su análisis, en tanto una vez recogida la muestra, el análisis para la extracción de los identificadores relativos a la identificación del sujeto y sexo está preordenado legalmente por la LO 10/2007, sin requerir autorización judicial. Todo ello, a los efectos que el Juez de Instrucción valorase con arreglo a los indicios facilitados por la Policía Judicial la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y evitar la posibilidad de que se articulase en la práctica una inquisición general contra el ciudadano ante la toma masiva e indiscriminada de muestras biológicas por los funcionarios de la Policía Judicial, como así parece apuntar la voluntad del Legislador ante la redacción del anteproyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, aunque en este supuesto fuera discutible, en modo alguno con arreglo a la jurisprudencia habría nulidad de actuaciones. No hay que olvidar, que el hecho que la finalidad de las pruebas biológicas de ADN esté preordenado a la obtención de identificadores relativos a la información genética sobre la identidad y sexo, si no elimina toda vulneración al derecho a la intimidad personal, al menos la atenúa, en tanto será exclusivamente formal, ante un eventual mal uso de otras informaciones genéticas ajenas a la investigación criminal cuya tutela tiene lugar a través de otros procedimientos seguidos ante el Organismo competente, estatal o autonómico, resultando ajeno a la actividad probatoria en un proceso penal. Y en este sentido, no vulnerada intimidad corporal alguna en tanto la obtención de la colilla no precisó de intervención corporal, aún en el supuesto de considerarse —dado que la obtención de la muestra del sospechoso no tuvo lugar

en una inspección ocular— que fuese necesaria autorización judicial, dada la escasa incidencia en el derecho constitucional a la intimidad personal, a lo sumo formal, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no considera nula la prueba sino irregular. (De la misma manera, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado, al particular, diciendo que "la recogida de muestras se deberá hacer de ordinario por el Juez de instrucción, aunque en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también podrá actuar la Policía judicial sobre la base de los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluso en aquellos supuestos en que la Policía hubiera recogido el vestigio sin concurrir razones de urgencia o riesgo de desaparición, la prueba no sería nula, sin perjuicio de la devaluación garantista de su autenticidad, que podría llegar a la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofreciese garantía alguna" (STS de 14 de febrero de 2006). En conclusión, expuesta la evolución de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, debe desestimarse la nulidad de actuaciones interesada en relación a la obtención de "excrecencias" del acusado sin su consentimiento ni autorización judicial ni razones de urgencia, en tanto a lo sumo supondría una irregularidad procesal sin viciar de nulidad a la diligencia y, todo ello, sin perjuicio de las complicaciones de su valoración si existieran dudas en relación a la autenticidad de las muestras y, en definitiva, su correspondencia con el perfil de ADN del acusado que, a fin de cuentas, debe ser analizado en los Fundamentos relativos a la valoración de la prueba pericial, con especial valoración a la cuestión relativa a la cadena de custodia, junto con el resto de pruebas practicadas en el plenario. Teniendo presente que como determina el ATS 821/2006, de 8 de marzo, "constituyen pruebas válidas a valorar por el órgano enjuiciador"».

Comentari: la pormenoritzada i rigorosa Sentència que s'analitza ha estat confirmada per la STS (Sala Segona) de 7 d'octubre de 2013, on es discriminen els supòsits de rellevància dels no rellevants, juntament amb els requisits en cada cas, així com finalment el límit a partir del qual la regulació legal es mostra insuficient.

Només exigeixen autorització judicial les intervencions corporals i queda abandonada l'exegesi estricta de l'art. 363 LECrim, al qual la reforma va afegir un segon paràgraf congruent amb la disposició addicional tercera de la LO 10/2007, de

9 d'octubre, de manera que les inspeccions o els reconeixements no requereixen autorització judicial.

La presa de restes i mostres biològiques abandonades pel sospitós no requereix autorització judicial (SSTS 1190/2009, de 3 de desembre, 701/2006, de 27 de juny, 949/2006, de 4 d'octubre i 1267/2006, de 20 de desembre, Ple no jurisdiccional de 31 de gener de 2006 i disposició addicional tercera de la LO 10/2008, de 8 d'octubre), en consonància amb els art. 126 CE, 282 i 770 LECrim i 11.1.g) de la LO 2/1986, de 13 de març.

Qüestió distinta és la referent a una cadena de custòdia correcta sobre les mostres o restes obtingudes.

De la mateixa manera que cursa en paral·lel sobre la possible afectació del dret a la intimitat, lesió que va ser rebutjada en les SSTS 1311/2005, de 14 d'octubre i 1512/2003, de 5 de novembre, sobre la base que l'ADN no codificant incorpora exclusivament les dades necessàries per a la investigació criminal.

Aquest criteri contradeia l'assenyalat en la STS 501/2005, de 19 d'abril, i el Ple no jurisdiccional de 31 de gener de 2006 va resoldre la diferència a favor de la irrellevància lesiva per tractar-se d'ADN no codificat.

Impulsada pel debat resolt de l'al·ludida Sentència de l'Audiència Provincial de Palma, Secció Primera, de 13 de febrer de 2013 (que motiva aquest comentari), la STS 2ª de 7 d'octubre de 2013 va més enllà en la delimitació d'aquesta qüestió atenent a una possible afectació del dret fonamental a la intimitat per la recollida i emmagatzematge de dades sobre ADN no codificat:

«a) La recogida de muestras por parte de la policía con el fin de un examen biológico cuando se hace sin necesidad de intervención corporal no afecta por sí a derecho fundamental alguno, lo que hace que no sea imprescindible la autorización judicial. Constituye temática diferente las consecuencias que para garantizar la autenticidad de la prueba y la eventual incidencia en el derecho a un proceso con todas las garantías puedan arrastrar cuestiones como la ruptura de la cadena de custodia.

b) En lo que es el análisis de esa muestra a fin de identificar el ADN nos movemos en un plano superior en que podrían ser idealmente aconsejables mayores exigencias. Existe ya una cierta incidencia en la intimidad que tendrá un nivel inferior cuando el análisis, como es lo habitual, se limita a los indicadores meramente identificadores y muy agresivo si se extendiese a

todo el mapa genético (lo que en principio ha de considerarse contrario a la Constitución por violación del principio de proporcionalidad). ¿Es necesaria la autorización judicial? Hay razones para plantearse la conveniencia de ese requisito, pero ni de la Constitución puede deducirse necesariamente su exigencia, ni la ley ha optado, al menos de forma claramente perceptible, por imponerlo. Aunque extremando el escrúpulo quisiésemos inducir una regla normativa no explícita pero inherente a la regulación de esta materia a tenor de la cual debería exigirse esa habilitación jurisdiccional, en este caso, a la vista del estado de la cuestión en la ley y en la jurisprudencia, eso no podría determinar en modo alguno la nulidad de esa prueba en este caso (STC 22/2003, de 10 de febrero). La penumbra legal quería ser zanjada en el decaído Anteproyecto de LECrim de 2011 cuyo art. 263 imponía claramente como alternativa bien el consentimiento del afectado; bien el acuerdo del Juez de Garantías para la comparación de los perfiles de ADN obtenidos en el curso de una investigación con el perfil genético de un sospechoso. El articulado del Borrador de Código Procesal Penal de 2012, sin embargo, parece alentar otras conclusiones diferentes (arts. 287 y 288) a tenor de las cuales podría admitirse el análisis para obtención del perfil genético sin intervención judicial. Estas menciones se hacen solo para ejemplificar lo controvertida que puede ser la cuestión y la defendibilidad de conclusiones no coincidentes.

c) En un tercer escalón que ha de ser tratado con mayor rigor se sitúa lo que es la comparación de ese ADN meramente identificador no con una muestra obtenida de unos hechos respecto de los que el afectado aparece como sospechoso por existir determinados indicios frente a él, sino de forma indiscriminada (inclusión en la base de datos). En ese caso queda comprometido lo que en la jurisprudencia constitucional ha llegado a adquirir el rango de derecho fundamental autónomo: la autodeterminación informativa. En este nivel al ser mayor la incidencia en derechos fundamentales los condicionantes han de incrementarse. Habrá que optar por una interpretación más restrictiva y estar a lo dispuesto en la legislación de 2007 y a las pautas fijadas por la jurisprudencia internacional.»

És a dir que, a pesar de tractar-se de dades sobre ADN no codificant:

a) En la comparació de mostres indubtablement corresponents al mateix sospitós, la penombra legal encoratja conclusions discutibles sobre una qüestió tan controvertible, encara que en l'estat actual (legal i jurisprudencial) el Tribunal Suprem s'ha inclinat, en aquesta Sentència, per entendre que no resulta viciada la virtualitat del medi de prova a pesar de l'absència d'autorització judicial.

b) En la comparació denominada «un contra l'altre» (d'un individu identificat sobre una altra d'algú no identificat) la interpretació hauria de ser més restrictiva, i a aquests efectes s'invoquen tant la STEDH 2008/104 (Gran Sala), de 4 de desembre de 2008, en el cas S. Y Marper contra Regne Unit, com la Sentència del Tribunal Suprem d'Estats Units de 3 de juny de 2013 (cas Maryland *versus* Alonzo King) en matèria de bases de dades d'ADN.

V. Contenciosa administrativa

A. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 90, DE 4 DE FEBRER DE 2013. RECURS NÚM. 642/2011. Ponent: Sra. Frigola Castillón. PROCEDIMENT ADMINISTRATIU. OBTENCIÓ DE CÒPIES DE L'EXPEDIENT PER MITJANS DE L'INTERESSAT.

Resum dels fets: el recurrent va demanar a l'Administració poder obtenir còpies dels documents d'un expedient en el qual figurava com a interessat, per mitjans i instruments ofimàtics propis. Aquesta petició li va ser inadmesa per l'Administració, que no es nega a facilitar-li còpies i li reconeix la condició d'interessat per poder sol·licitar-les. El que nega és que amb l'ús de mitjans i instruments propis pugui aquest particular extreure còpies d'un determinat expedient, exigint-li l'Administració que l'interessat assenyali quins documents i folis d'un determinat expedient precisa i les hi facilitarà previ cobrament d'una taxa per aquest concret servei prestat.

El particular argumenta que el que no està expressament prohibit, està permès, i per això com no pot l'Administració citar una concreta norma que li prohibeixi al recurrent fer ús d'instruments ofimàtic portàtils que li permetin treure fotocòpies d'aquest expedient en les dependències de l'Administració, cal concloure que no se li pot prohibir aquesta utilització.

Fonamentació jurídica: «SEGUNDO: Los derechos reconocidos en el artículo 35 a) y h) de la Ley 30/1992 son derechos de configuración legal de forma que se tienen que ejercitar conforme el ordenamiento establece. En este sentido la posibilidad de extraer copias de un expediente ha de conciliarse por un lado con la normativa tributaria establecida relativa a los servicios públicos que la administración dispensa, y por otro con el principio de seguridad ya que la Administración no puede consentir que pudieran producirse manipulaciones fortuitas o fraudulentas en la tenencia de esos expedientes administrativos, debiendo asegurar el contenido de

estos expedientes, así como la absoluta coincidencia de las copias extraídas de los documentos obrantes en ese expediente.

Por ello es la Administración la responsable de facilitar esas copias a los interesados que por supuesto y de conformidad a lo establecido en el artículo 35 a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tienen todo el derecho a ellas. Pero que las han de obtener por conducto y cauce de la Administración, y no por su propia actividad ya sea a través del uso de instrumental ofimático propio o bien ajeno pero sin intervención o mediación de la Administración. Y así lo recogen expresamente los artículos 1 y 9 del RD 772/1999. Se tiene derecho a la expedición de copias auténticas, pero el ordenamiento no permite ni prevé la posibilidad de manipular los expedientes con la finalidad de extraer copias de ellos.»

Comentari: l'exigència de taxes per a l'expedició de còpies de l'expedient administratiu —que poden arribar a ser de quantia important en funció de l'extensió del requerit— unit al progrés de la tècnica que facilita al ciutadà la disponibilitat de mitjans informàtics simples per a l'obtenció de còpies de documents, condueix al fet que els interessats s'ofereixin a treure les seves pròpies còpies sense intermediació de l'Administració.

Encara que difícilment comprensible per al ciutadà —que ha de pagar per allò que pot fer per ell mateix sense treure l'expedient de les oficines administratives— la Sentència ara comentada rebutja aquesta possibilitat per considerar que han de contemplar-se també raons de seguretat en la custòdia d'aquests expedients administratius i evitar així possibles manipulacions del seu contingut. D'altra banda es valora que l'Administració ha de determinar quins documents són susceptibles de poder ser reproduïts i divulgats, perquè la manera d'expedició de les còpies caldrà respectar les referències a la intimitat de les persones que estableix també l'art. 37 LRJPAC. Es ressalta que l'art. 9 del RD 772/1999 diu com han de ser aquestes còpies autèntiques expedides, podent ser transcripció íntegra del document o una còpia realitzada per qualssevol mitjans informàtics, telemàtics o electrònics on figurarà l'autenticitat d'aquesta còpia a través de la identificació de l'òrgan, arxiu i organisme que l'expedeix i la persona responsable de tal expedició. Només així queda garantit que aquest document respon bé i fidelment al de l'expedient.

2. SENTÈNCIA NÚM. 273, DE 20 DE MARÇ DE 2013. RECURS NÚM. 818/2007. PONENT: Sr. Socías Fuster. PLANEJAMENT. EXIGÈNCIA D'ESTUDI ECONÒMIC I FINANCER.

Resum dels fets: es recorren unes normes subsidiàries de planejament d'un municipi per no incorporar estudi econòmic financer.

Fonamentació jurídica: «Que con independencia de si las NNSS lo son del "tipo a" o del "tipo b", la Jurisprudencia del TS vincula la consecuencia anulatoria de las normas por falta del estudio económico-financiero a que se acredite que era necesario dicho documento para la viabilidad de las determinaciones del planeamiento. Dicha prueba, en relación a la identificación de los concretos servicios que supuestamente se han de implantar o a las obras de urbanización correspondientes a la estructura general y orgánica del territorio —art. 42.1º del Reglamento de Planeamiento— así como en relación a que su supuesta implantación, ha de precisar del estudio, no aparece en el presente recurso contencioso-administrativo.

Las sentencias del TS en las que se exige el estudio económico financiero lo son en referencia a planeamientos con previsión de crecimiento del suelo urbano, a los que se exige el estudio económico para la correlativa implantación de las nuevas obras de urbanización y nuevos servicios que este crecimiento demandará. En las NNSS de Andratx/2007, y en relación al planeamiento anterior vigente, no hay previsión de crecimiento de suelo urbano y urbanizable, reduciéndose drásticamente dicho suelo ("apto para urbanizar" en el anterior PGOU). Son éstas las "circunstancias concurrentes" a las que alude la STS de 6 de abril de 2004 y que hacen del estudio económico financiero una necesidad "contingente".

No es argumento demostrativo de la necesidad de dicho informe lo ocurrido con la parcela de la recurrente —prevista como ELP dentro de sistema local integrado en el ámbito de la UA/2CM— ya que por las razones que luego analizaremos, dicha ordenación es ilegal. Así, no puede pretenderse la anulación de todo el plan por la ausencia de un informe que —al menos para la UA/2CM— no era necesario por ser de imposible elaboración para una ordenación como la propuesta. Como veremos

més adelante, con informe o sin él, la UA/2CM con la parcela de ELP, es del todo inviable.»

Comentari: en el resum de Jurisprudència del núm. 9 de la *Revista*, ja es va comentar la Sentència de la Sala núm. 758, de 22 de juliol de 2010 que, a diferència del supòsit aquí comentat, sí va apreciar il·legalitat de la norma de planejament per falta d'estudi econòmic i financer.

Malgrat que la Sentència ara analitzada «va salvar» la validesa de les NNSS d'Andratx, la falta d'unanimitat de la Sala (es van formular dos vots particulars) mostra que l'omissió d'aquest tràmit posa en greu risc la legalitat dels plans que no ho incloguin. En l'últim paràgraf del Fonament de Dret «Tercer» s'apunta una raó decisiva perquè la decisió majoritària no declarés la nul·litat de les NNSS d'Andratx: «no ha de ser indiferent la particular circumstància que les primeres aprovacions provisionals es produïssin en 1995, dotze anys abans de l'aprovació definitiva i que, en aquelles dates, la jurisprudència no estigués consolidada, que ho està en el present. És en el moment inicial de l'elaboració del planejament quan ha d'elaborar-se el referit estudi i, repetim, en aquell moment no estava consolidada la doctrina jurisprudencial esmentada». El que només pot interpretar-se com un advertiment que mancant aquestes molt particulars circumstàncies, la solució podria haver estat la mateixa que la de la Sentència de la mateixa Sala núm. 758, de 22 de juliol de 2010, per la qual cosa les administracions responsables de l'aprovació definitiva dels plans hauran de vigilar que no falti el referit informe.

L'actual incapacitat financera de molts municipis per atendre al pagament de les expropiacions derivades de l'aplicació de l'art. 69 TRLS/1976 mostra que en l'ordenació urbanística de sistemes generals i en particular dels espais lliures públics, no es va realitzar una correcta previsió econòmica i financera del desenvolupament del pla. Per aquest motiu l'exigència de l'estudi indicat no ho sigui per caprici.

3. SENTÈNCIA NÚM. 426, DE 24 DE MAIG DE 2013. RECURS NÚM. 100/2011. PONENT: Sr. Socías Fuster. CONTRACTES VERBALS PER L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA.

Resum dels fets: una empresa realitza determinats treballs per encàrrec —verbal— d'un cap de Gabinet d'una Conselleria. No és objecte de discrepància que els treballs es van realitzar de conformitat amb l'encàrrec.

Presentades les corresponents factures, sobre les mateixes es va segellar un «conforme» amb la signatura del cap de Gabinet que havia encarregat els treballs. Sol·licitat el pagament de les mateixes, i després de canvi de l'equip de Govern, l'Administració nega el pagament de les factures per «falta de qualsevol fonament per a la tramitació administrativa i econòmica» ja que es reclamen unes quantitats «sense que intervingués reserva de crèdit ni expedient de contractació algun en relació amb la pràctica totalitat de les factures»; perquè «de la documentació que consta en l'expedient administratiu es desprèn que no existeix cap relació contractual amb l'Administració, que legitimi la reclamació que s'exercita» i perquè «no apareix en l'expedient decisió, acord o manifestació de voluntat en el sentit de contractar els treballs reclamats per part de cap òrgan administratiu amb competències en matèria de contractació».

La Sentència ara comentada imposa el pagament d'aquelles factures conforme a la doctrina que tendeix a evitar l'enriquiment injust, però sempre que consti la realitat de l'encàrrec i de l'execució dels treballs segons aquest.

Fonamentació jurídica: «Como ya indicamos en la reciente sentencia de esta Sala nº 287 de 27 de abril de 2011, la ausencia de expediente de contratación o la falta de suscripción formal de contrato de suministro entre el Ayuntamiento y la recurrente, no son causas suficientes como para concluir que por tal razón la Administración no debe proceder al pago de sus proveedores. El principio de enriquecimiento injusto impide el que la administración contratista pueda escudarse en su propio incumplimiento —falta de tramitación de expediente de contratación— para eludir el pago de aquellas obras o suministros que encargó al margen del procedimiento establecido. En consecuencia, si la Administración ha encargado la

obra o suministro, se beneficia de los mismos y no se está en el caso de que tales suministros obedezcan a la iniciativa particular del suministrador ni se evidencia voluntad maliciosa del mismo, procederá el pago aunque no le preceda expediente de contratación tramitado en forma».

«[…] debe partirse de la premisa de que la ausencia de contrato documentado es imputable a la misma parte que invoca esta deficiencia en su defensa y por tanto una vez admitido que el compromiso puede resultar de acuerdo verbal, lo realmente relevante es acreditar: a) que dicho compromiso existió; b) que los trabajos se han realizado conforme a lo comprometido; y c) que el importe reclamado se corresponde con el pactado o con el real del mercado.»

Comentari: l'abús que suposa el desentendre's l'Administració d'obligacions contretes basant-se en la nul·litat per infraccions formals causades per ella mateixa, justifica la procedència del pagament de les quantitats reclamades conforme al principi d'evitar l'enriquiment sense causa.

No obstant això, no ha d'aplicar-se a supòsits en què ni tan sols se sap qui, en nom de l'administració, va realitzar l'encàrrec. Sense identificació de qui realitza l'encàrrec i sense que cap representant de l'Administració subscrigui conformitat amb els treballs facturats, pot arribar-se al cas que l'Administració es vegi obligada a pagar treballs realitzats per iniciativa del propi empresari. L'equació: els treballs s'han realitzat, l'Administració s'ha beneficiat d'ells, després ha d'abonar-los; pot conduir a un sistema pervers en el qual l'enriquiment injust el sigui de l'empresari que, aprofitant la relaxació dels controls administratius, facturi treballs realitzats però no encomanats realment o siguin merament complementaris dels contractats.

En definitiva, si els treballs els encarrega un empleat públic amb aparent capacitat per fer-ho i els treballs es fan de conformitat amb l'encàrrec, sorgeix el deure de pagar-los. Tot això sense perjudici que l'Administració pugui després derivar responsabilitat i reclamar econòmicament al seu empleat infidel.

4. SENTÈNCIA NÚM. 506, DE 7 DE JUNY DE 2013. RECURS DE APEL·LACIÓ NÚM. 88/2013. Ponent: Sr. Socías Fuster. IMPUGNACIÓ INDIRECTA DE DISPOSICIONS GENERALS.

Resum dels fets: davant el Jutjat Contenciós Administratiu s'interposa recurs contenciós administratiu contra el nomenament —pel sistema de lliure designació— d'un funcionari per ocupar un determinat lloc de feina. S'impugna el nomenament, invocant la il·legalitat de la Relació de Llocs de Treball que configurava l'indicat lloc.

El Jutjat d'instància va entendre que no era competent per resoldre sobre la legalitat de la indicada Relació de Llocs de Treball i es va abstenir de pronunciar-se sobre aquest motiu d'impugnació.

La Sentència d'apel·lació aquí comentada revoca el criteri i diu que el Jutjat sí és competent per valorar la legalitat de la norma reglamentària. Qüestió diferent és que si finalment aprecia que és il·legal, hagi de plantejar qüestió d'il·legalitat.

Fonamentació jurídica: «[…] el objeto del recurso no ha variado, lo sigue siendo el Decreto de 18.05.2011. Lo que se hace es impugnarlo con base a la ilegalidad de la disposición general, por lo que esta invocada ilegalidad se convierte no tanto en el objeto directo del recurso sino en un motivo o argumento de impugnación del acto.

Cuestión distinta es que el si el Juez de Instancia —que no es competente para declarar la ilegalidad de la disposición general— aprecia que es ilegal, deba plantear la "cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente" (art. 27.1º LRJCA) en lo que se convierte —esta sí— en una impugnación directa contra la disposición.

El art. 27.2º nos indica que "cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general", pero no era el caso que nos ocupa, en que el Juez de instancia no era competente para anular la RPT.

En definitiva, el Juez de Instancia podía abstenerse de declarar en el fallo de su sentencia la legalidad/ilegalidad de la disposición general, pero lo que no podía era abstenerse de valorar la legalidad de la misma como fundamento de impugnación del acto. Si a resultas de esta valoración apreciaba la legalidad de la disposición, no debía plantear cuestión de ilegalidad y en el eventual recurso de apelación podría

suscitarse de nuevo la controversia. Si a resultas de esta valoración apreciaba la ilegalidad de la disposición, tras no aplicarla debía plantear la cuestión de ilegalidad».

Comentari: davant el Jutjat Contenciós Administratiu no pot pretendre's la declaració de nul·litat d'una disposició general que sigui fonament de l'acte administratiu impugnat, ja que el Jutjat és incompetent per declarar la legalitat/il·legalitat d'aquesta disposició general, però sí pot pretendre's la nul·litat de l'acte per ser il·legal la disposició, obligant amb això a que el Jutge d'instància valori la conformitat o disconformitat a dret d'aquesta disposició.

Si d'aquest examen de la disposició general, el Jutjat aprecia que no és conforme a dret ha de plantejar qüestió d'il·legalitat (art. 27.1º LRJCA), però una vegada que la sentència sigui ferma. Si la sentència d'instància en què s'aprecia la il·legalitat de la disposició no és ferma perquè s'interposa recurs d'apel·lació davant el Tribunal Superior de Justícia —que sí és competent per declarar la il·legalitat de la disposició general— serà aquesta sentència d'apel·lació la que efectuï el pronunciament corresponent.

De la mateixa manera, si el Jutjat no va apreciar il·legalitat en la disposició impugnada indirectament, i la sentència es va apel·lar, el Tribunal Superior competent per examinar la legalitat de la disposició haurà de resoldre sobre la mateixa en sentència d'apel·lació.

En definitiva, si la Sala que resol en apel·lació és competent per conèixer de la legalitat de la disposició, en la suposada il·legalitat en la qual es fonamenta la impugnació directa de l'acte administratiu, ha de pronunciar-se amb la conseqüència de declarar la seva validesa o nul·litat, fins i tot en aquesta fase d'apel·lació.

La «qüestió d'il·legalitat» de l'art. 27.1º LRJCA queda així reservada per a aquells supòsits en què enfront de la sentència d'instància apreciant la il·legalitat no s'hagués interposat recurs davant la Sala competent per conèixer de la legalitat de la disposició general i per això hagués esdevingut ferma aquella sentència, ja que si s'interposa recurs, és en resoldre el mateix on ha de fer-se el pronunciament de l'art. 27.2º. En aquest sentit la STS de 26 de juny de 2012.

5. SENTÈNCIA NÚM. 605, DE 30 DE JULIOL DE 2013. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 145/2013. Ponent: Sra. Frigola Castillón. PERSONAL. CESSAMENT DE CÀRREC DE LLIURE DESIGNACIÓ PER MOTIUS POLÍTICS.

Resum dels fets: el funcionari recurrent ocupava un càrrec de lliure designació en l'Administració de la Comunitat Autònoma.

Després de les eleccions autonòmiques amb el consegüent canvi de govern, se li cessa per «pèrdua de confiança».

S'impugna el cessament argumentant que aquest obeeix pura i simplement a raons polítiques.

La Sentència li dóna la raó.

Fonamentació jurídica: «El nombramiento —y el cese— en un puesto de trabajo de libre designación no puede ser discriminatorio, ni en positivo ni en negativo, por motivos políticos.»

«[…] el art. 14 de la Constitución que consagra el principio de igualdad prohíbe toda discriminación, es decir la desigualdad de trato que sea injustificada por no ser razonable. Por lo tanto no es posible que en un puesto de libre designación se pueda producir un cese, que al fin, no tiene otra justificación que el cambio de signo político del Gobierno autonómico en el poder.

En efecto, el Estado, dirigido políticamente por el Gobierno democráticamente elegido, se sirve de la Administración pública como elemento esencial para la organización para la consecución de los poderes que le son encomendados. Obviamente, la estructuración política del Estado en Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios determina la existencia de un Gobierno político en esos distintos ámbitos de poder, que al fin también se sirven de unas Administraciones Públicas de ámbito Autonómico o local. Así la CE en su artículo 103 señala que "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". La Constitución diseña pues una Administración neutral, objetiva y profesional, que

garantice a través de los principios de eficacia la satisfacción de los intereses públicos en los distintos ámbitos a la que sirve, bien estatal, autonómica o local. Con ello se abandona el sistema de cesantías que regía a lo largo del Siglo XIX y que consistía en que cada cambio de Gobierno determinaba el cese inmediato de los servidores públicos por la sustitución de otros de corte político afín al gobierno entrante.

Siendo este el punto de partida, podemos afirmar que no ha de admitirse discriminación política alguna en el seno de la Administración, porque ello atenta directamente contra los derechos fundamentales del afectado.

Que la plaza sea una plaza de libre designación no significa que el funcionario que la cubre pueda ser cesado por pérdida de confianza si no existen razones o causas suficientes que justifiquen esa decisión, razones que han de ser explicadas en el momento del cese, porque lo contrario, y máxime cuando se trata de un cese producido con proximidad al cambio de gobierno, permite identificar y deducir que la causa del cese reside únicamente en razones de tipo político, y ello supone una discriminación por razones ideológicas.»

Comentari: de l'argumentació de la Sentència es desprèn que l'Administració ha de tenir cura en la motivació del cessament dels funcionaris en llocs de lliure designació quan, com en el cas, es pugui produir serioses sospites que el cessament és conseqüència immediata del canvi de govern.

El cessament per pèrdua de confiança sense més motivació i explicació únicament pot donar-se en el personal eventual que realitza funcions d'assessorament especial i de confiança de l'òrgan que, sense sotmetre's als procediments de mèrit i capacitat, lliurement ho ha nomenat.

Però en el supòsit de funcionari de carrera que cobreix una plaça pel sistema de lliure designació, l'Administració no pot cessar a aquest funcionari sense cap limitació, sinó que la decisió ha de basar-se en causes i raons objectives que aconsellen i justifiquen aquest cessament.

VI. Laboral

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA DE 22 DE JULIOL DE 2013, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE LA DOCTRINA NÚM. 1380/2012. Ponent: Sr. Desdentado Bonete. EXTINCIÓ DEL CONTRACTE INDEFINIT NO FIX DE PLANTILLA PER CESSAMENT DEL CENTRE EN QUÈ PRESTAVA SERVEIS LA TREBALLADORA. LA DENÚNCIA EXTINTIVA DE L'EMPLEADOR PÚBLIC POT BASAR-SE EN AQUEST FET (AMORTITZACIÓ), SENSE NECESSITAT DE RECÓRRER A LA VIA DE L'ACOMIADAMENT OBJECTIU O COL·LECTIU. VOT PARTICULAR.

Resum dels fets: l'actora en la demanda prestava serveis en el sector públic des de 1993. Donat el fet que la seva contractació era irregular i abusiva des del punt de vista de les modalitats ortodoxes de contractació a temps precari, quan va interposar demanda en discussió d'aquesta situació d'irregularitat va obtenir sentència ferma de 10 de juliol de 1995 per la qual fou declarada «treballadora indefinida». La Sentència que estem comentant dirà, com a premissa fonamental de tot el raonament esbrinat per l'Alt Tribunal, que és obligat entendre l'enunciat literal «treballadora indefinida» en el sentit de «treballadora indefinida no fixa». El cas que resol el TS se centra en el fet que l'entitat pública empleadora va comunicar el 6 d'octubre de 2009 a la demandant que cessava la relació laboral «por cese de la actividad del servicio al que se encontraba adscrita». Aquest cessament es presenta com una amortització lliure, a voluntat de l'ens públic, pura i dura, gratuïta. La treballadora posà demanda per acomiadament en contra de la determinació de cessar-la lliurament i fora indemnització, que el Jutjat d'instància va rebutjar. En canvi, la Sala Social de la Comunitat de Madrid va revocar la Sentència del Jutjat, tot declarant la «nul·litat» de l'acomiadament. Però el TS també revoca la Sentència de Suplicació i reposa la

bondat de la sentència d'instància. No hi ha acomiadament, segons el Tribunal, hi ha un supòsit, singularíssim, d'extinció gratuïta deguda a l'amortització lliure d'una plaça no obtinguda en concurs regular acreditatiu d'una oferta pública d'ocupació en deguda forma.

Fonamentació jurídica: «CUARTO. 1. […] consideraciones (que) son aplicables a los contratos indefinidos no fijos, pues, como ya se ha anticipado, se trata de contratos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de éste no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET y del art. 1.117 del Código Civil, pues desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue. Y en orden a esa extinción no opera la vía del art. 52.e) del ET —en el supuesto de que el cese del establecimiento tuviera encaje en este precepto y no en el art. 52.c) —, porque dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actúa de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de plaza su cobertura reglamentaria. Es lo mismo que ocurre en el caso del contrato de interinidad por vacante […] Las previsiones de la disposición adicional 20ª del estatuto de los Trabajadores y del art. 41 del Reglamento de regulación de empleo, aprobado por el Real Decreto 1483/2012 no (resultan) aplicables al presente caso [...]».

Comentari: ja hem dit en la introducció que el camí pel qual transita una extinció contractual lliure i gratuïta, *sui generis*, per a persones contractades que s'han deixat la seva joventut en una prestació activa dominada per una irregularitat de la qual no en són en absolut culpables —en la nostra Comunitat Autònoma es donen situacions d'irregularitat ininterrompuda que daten de més de 25 anys enrere— és un camí singularíssim. La Sentència no ha convençut en absolut a la càtedra, dominada per una anàlisi jurídica que repugna l'absoluta discrecionalitat atribuïda al sector públic per expulsar a voluntat a certs irregulars però també per retenir de forma

descontrolada i a voluntat als també irregulars «preferits» per raons d'oportunisme polític, no menys que dominada per un sentiment d'injustícia material innegable respecte de persones que han servit als interessos espuris de mantenir places «irregulars» a manta, i per un cert sentiment de pietat cap als perjudicats innocents. Tampoc les Sales Socials dels Tribunals Superiors de Justícia compartien en la seva majoria la tesi guanyadora al cap d'una controvèrsia jurídica aferrissada: Sentència votada per sis vots positius contra cinc dissidents (controvèrsia resistent a la seva liquidació, a les envistes de la nova regulació introduïda en la matèria pel Reial decret llei 3/2012, de 10 de febrer, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball (BOE núm. 36, d'11 de febrer) i per la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball (BOE núm. 162, de 7 de juliol). No sols és impenetrable de moment què decidirà el Tribunal Suprem en els supòsits incardinats temporalment en la nova regulació, sinó que també resten altres punts obscurs que la jurisprudència del tribunals superiors ha d'afrontar sense una sòlida àncora conceptual, que el TS no ha afonat; per exemple, què passa amb les entitats que materialment són del sector públic, però que són societats mercantils de règim estatutari privat controlades al 100% per les administracions públiques (la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia ja ha dictat alguna sentència que denega l'aplicació de la doctrina fabricada per la Sentència comentada, sobre aquesta base conceptual: es tracta d'entitats de dret privat controlades pel sector públic, però no es tracta d'entitats públiques; o què passa amb els constants problemes successoris, si es tracta, com és freqüent, d'institucions públiques que han capturat en temps passats a empreses pures del sector privat que havien reconegut la fixesa igualment «pura», indiscutida, dels seus treballadors. Tampoc aquesta caterva de gent havia superat una oposició o concurs formal. O què passa també amb la successió produïda des d'una entitat del sector públic a una altra quan es doni el cas que la primera havia reconegut formalment, en consell d'administració, la situació de fixesa, malgrat que no s'hagués produït en realitat un concurs de dotació de la plaça arranjat a les exigències de l'art. 103.3 CE. Tot això roman en suspens, i és molt.

2. SENTÈNCIA DE 25 DE MARÇ DE 2013, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE LA DOCTRINA NÚM. 1564/2012. Ponent: Sr. Agustí Julià. CONTRACTE DE TREBALL. CONCURRÈNCIA DE LES NOTES DE DEPENDÈNCIA I ALIENITAT EN LA RELACIÓ JURÍDICA MANTINGUDA ENTRE EL «CENTRO GALEGO DE ARTES DA IMAGE GALICIA» I QUI OSTENTA LA CONDICIÓ DE SOCI D'UNA SOCIETAT CIVIL CONSTITUÏDA DESPRÉS DE COMPTAR TRES ANYS DE PRESTACIÓ PERSONAL AMB EL CITAT CENTRE, SI CONCORREN LES NOTES EXPOSADES.

Resum dels fets: la qüestió que es planteja en el recurs de cassació unificadora consisteix en determinar, en base a les circumstàncies concurrents, la naturalesa de la relació jurídica que vincula al demandant amb el «Centro Galego de Artes da Imatge Galicia» (en endavant, CGAI). La dificultat resideix en el fet que el mateix demandant, amb la seva esposa que també treballa al mateix centre, forma part d'una societat civil constituïda després d'haver-se iniciat la prestació personal de serveis, que passa a emetre factures cap al CGAI pels treballs realitzats. La Sala Quarta del TS decideix que aquest fet, per sí sol, no pot desnaturalitzar el caràcter laboral de la relació.

Fonamentació jurídica: «TERCERO. 3. Enfatiza el recurrente, para negar la existencia de relación laboral, el hecho —acreditado— de que el demandante junto con su esposa que trabaja en el mismo Centro, constituyeron en febrero de 2003 una sociedad civil, y a partir del mes siguiente, dicha sociedad empezó a emitir facturas frente al CGAI por los trabajos realizados. Sin embargo, este hecho, por sí sólo, no puede desnaturalizar el carácter laboral de la relación. Cuando se constituyó la sociedad, el demandante ya llevaba tres años de prestación de servicios en la forma expuesta, a título personal a la demandada, sin que conste dato o elemento alguno respecto de que a partir de dicha constitución societaria hubiese el más mínimo cambio en la forma y condiciones en que el demandante efectuaba sus tareas en el Centro, ni que permita deducir una relación mercantil entre empresas —

el CGAI y la sociedad civil—. La circunstancia de que por los motivos o razones que fueran, las partes convinieran en que el demandante y su esposa constituyeran —formalmente— una sociedad civil, y que la remuneración de la prestación de sus servicios se efectuara a través de facturas emitidas por la sociedad frente al CGAI, no cambia de ninguna manera la realidad de las personas que son los verdaderos sujetos de aquella relación jurídica: el demandante a título personal de un lado y la demandada de otro. Adviértase, por otra parte, que como ya tuvo ocasión de señalar la sentencia de esta Sala de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1427) (rcud. 1093/1999), el no establecimiento de retribución o salario fijo, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET (RCL 1995, 997) comprensivo de "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo"».

Comentari: el cas que resol el TS constitueix una situació particular que en el passat trobaríem molt «especial» o retorçada, amb certa maquinació culposa, però que en el dia d'avui no és susceptible de crítica intel·lectual i social pel fet indiscutible que la gent ha passat a guanyar-se com bona o malament pot, incorrent en «voluntats de feina» que sovint són amagades darrere de telons aparents de societats civils o mercantils *ad hoc*, suggerides o imposades pels empleadors per tal de defugir una relació de dependència correcta i ortodoxa. Ha col·laborat en aquest objectiu adeleradament el propi legislador, tot afavorint situacions contractuals que en el terreny formal són mixtures de la relació i de la iniciativa autònoma («la lloança dels "emprenedors", calorosament reiterada pels agents econòmics i els poders polítics en constitueix la capa ideològica òbvia. El cas més significatiu el representen els TRADE, miríades d'aparents empresaris "emprenedors" que en realitat treballen per a un sol proveïdor de la seva activitat i la llei no sols ho consent sinó que ho estimula»). El cas analitzat és un dels paradigmes del que comentem: es conformen —a tort i a dret— tota mena de «societats» civils o mercantils constituïdes per la parella convivent en matrimoni o aliança de vida. Com és obvi el marit no pot ser «treballador depenent» de la pròpia societat que ha constituït amb la seva esposa,

per tal que té el «control» segons la «disposición adicional vigesimoséptima» de la Llei general de la Seguretat Social (en endavant, LGSS). De manera que hauria de ser «treballador autònom» per disposició de l'art. 7.2 de la pròpia LGSS. Enfrontats al cas, el magistrats del TS tampoc no han tingut en compte un article del Cc que en aquests casos pot ser traidorenc: aquell article (1.282 Cc) que pondera la naturalesa del pactes contractuals en virtut dels actes coetanis i «posteriors» del contractants. El Suprem va a cercar la materialitat de la relació de dependència i dicta el veredicte amb absoluta inherència a la relació material de supeditació.

B. Tribunal Superior de Justícia de Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 472/2013, DE 28 D'OCTUBRE, DICTADA EN EL RECURS DE SUPLICACIÓ NÚM. 279/2013. Ponent: Sr. Oliver Reus. PILOT DE LÍNIA AÈRIA REGULAR QUE, UNA VOLTA FOU DECLARAT EN SITUACIÓ D'INVALIDESA PERMANENT PER A LA PROFESSIÓ DE PILOT, QUE TAMBÉ HAVIA PERDUT, AMB CARÀCTER TEMPORAL O DEFINITIU, LA LLICÈNCIA DE VOL QUE AUTORITZA «L'AGÈNCIA ESTATAL DE SEGURETAT AÈRIA» EN FUNCIÓ DEL CERTIFICAT MÈDIC PRECEPTIU PER AL MANTENIMENT DE LA LLICÈNCIA, DEMANA EL REINGRÉS A LA COMPANYIA REGULAR PER REALITZAR «ACTIVITAT EN TERRA». CONDICIONS I LÍMITS DE LA POSSIBILITAT D'OPOSICIÓ A LA REINCORPORACIÓ DE PART DE L'EMPRESARI.

Resum dels fets: la part demandant, un pilot d'una companyia regular de transport aeri que ha perdut la llicència de vol després del Dictamen negatiu del Servei Mèdic Oficial que aplica les normes JAR (*Joint Aviation Requirements*) sobre qualificacions de «No Aptitud» en funció de determinades patologies, i que també ha obtingut qualificació d'invàlid permanent en grau de total per a la professió de pilot, quan demana la reincorporació a la Companyia «en terra», per aplicació de la norma específica del Conveni Col·lectiu d'Empresa que ho fa

pregon, es topa amb continuada i encrostonada resistència de la Companyia, la qual s'escuda en demanar la facilitació d'alguna mena de resolució administrativa formal de l'autoritat aeronàutica avaladora de la despossessió definitiva de la llicència. La Sentència d'instància resulta adversa a la Companyia, i també li resulta adversa la Sentència de Suplicació, per les raons que seran substancialment reproduïdes.

Fonamentació jurídica: «OCTAVO. La sala comparte la interpretación que el juez de instancia hace del artículo 30 del convenio colectivo de aplicación, pues quién es declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y además se le deniega el certificado médico de aptitud para la renovación de la licencia de vuelo, quedando privado del uso de las atribuciones de su licencia de vuelo se encuentra en la situación del mencionado artículo 30.

[…] y se le denegó el certificado médico de aptitud para hacer uso de las atribuciones de su licencia de vuelo, haciendo constar expresamente que no podía ejercer su trabajo habitual pero podría realizar otro tipo de trabajo en tierra, que no conllevase el riesgo de volar. La situación es de todo punto asimilable a la pérdida definitiva de la licencia de vuelo y debe llevar a la aplicación del artículo 30 del convenio con independencia de que se haya hecho efectivo o no el trámite administrativo de pérdida de licencia de vuelo.»

Comentari: la descripció de la Sentència és totalment expressiva de l'essència del debat, en el sentit que la certificació mèdica que denega l'aptitud per mantenir la llicència constitueix un fet absolutament definitori, ultra la circumstància addicional d'una declaració d'Incapacitat Permanent Total, que per sí sola és possible que no fos prou contundent respecte de la formalitat que la Companyia demandava respecte de la pèrdua de llicència. La Sentència també aborda una qüestió menor relativa als casos litigiosos que reclamarien una intervenció prèvia de la Comissió d'Interpretació i Vigilància del Conveni Col·lectiu. Estima la Sala que l'esbrinament del cas concret no contreu un problema d'interpretació abstracta del Conveni, i que no és necessari formalitzar la consulta prèvia a la Comissió interpretativa.

C. Jutjats socials

1. SENTÈNCIA NÚM. 416/2013, DE 19 DE DESEMBRE, DICTADA EN EL PROCÉS D'EXTINCIÓ DE LA RELACIÓ LABORAL 180/2012. Ponent: Sra. Fernández Prieto. EXTINCIÓ CONTRACTUAL DERIVADA D'UNA MESA MARC CREADA ALS EFECTES DE BASTIR UN PLA D'ADEQUACIÓ DE CONDICIONS LABORALS. PERSONAL DE CAIXES D'ESTALVI AGRUPADES VOLUNTÀRIAMENT EN EL PROCÉS D'INTEGRACIÓ EN UN SISTEMA INSTITUCIONAL DE PROTECCIÓ (SIP). EFICÀCIA IRREVOCABLE A VOLER EXCLUSIU D'UNA SOLA DE LES PARTS SIGNANTS DE L'EXTINCIÓ PACTADA DE CONTRACTE INDIVIDUAL A CANVI D'UNA INDEMNITZACIÓ PREFIXADA, POSPOSADA A DATA CERTA.

Resum dels fets: la Mesa Marc del Pla d'adequació de condicions laborals en el procés d'integració en un Sistema Institucional de Protecció (SIP), en data determinada acorda un pla de desvinculació, amb l'extinció d'un nombre determinat de contractes de treball estimat en un 25% del total per a l'any 2010, un 50% per a l'any 2011 i un 25% per a l'any 2012. Es fixen uns determinats requisits per a optar a la desvinculació, amb la particularitat que la iniciativa és doblement voluntària per a les dues parts. Així les coses proposades a la Mesa Marc, s'instrumenta un ERO davant la Direcció General d'Ocupació de Balears, que dicta resolució aprovatòria de les condicions pactades. I en ús de les facultats recíproques, l'actor havia sol·licitat la baixa a l'Entitat, que va contestar formalment tot acceptant la desvinculació condicionada a la percepció de la indemnització fixada, per cert sensiblement més elevada que les corresponents a una «regulació d'ocupació» acomodada a les quanties legalment previstes. L'entitat determina que la desvinculació es produirà a comoditat de la pròpia Empresa, però amb un límit temporal, clarament definit. Abans d'acomplir-se aquest límit temporal o termini màxim l'entitat es retracta del pacte de desvinculació i li comunica al treballador que —mutant circumstàncies i previsions anteriors— ja no serà desvinculat amb la indemnització pactada. El

treballador demana judicialment que es faci efectiva la resolució del contracte pactada. El Jutjat empara la seva pretensió.

Fonamentació jurídica: «QUINTO. SOBRE LA EXTINCIÓN [...] la empresa acepta la solicitud del trabajador, y lo que hace es ponerle un término (o un plazo) a la misma (junio 2012) o sea, el momento de llevarla a cabo.

Por tanto, y volviendo al estudio de las normas generales que rigen para los contratos, en primer lugar, el contrato de arrendamiento de servicios, o sea, el contrato de trabajo original, es un contrato de naturaleza consensual, y así pues, de la misma naturaleza son los pactos que el derivan. El art. 1.258 del CC establece que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" y el consentimiento, según el art. 1.262 del CC "se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato".

Así pues, en el momento de la comunicación al trabajador en fecha 26 de marzo de 2012, existía ya un acuerdo entre las partes para la extinción de la relación laboral, permitida por el art. 49 ET, en los términos de la disposición novena del acuerdo de fecha 14 de septiembre de 2010. Los requisitos que recoge dicha disposición, solicitud del trabajador y acuerdo de la empresa se habían cumplido, y expresamente la empresa dice que "ha decidido aceptar su solicitud de extinción del contrato de trabajo".

Por tanto, en ese momento, se ha perfeccionado la extinción. Ello no significa que los efectos de la misma no se llevaran a cabo en el acto, y que se pospusieran hasta el tope de junio de 2012, puesto que, como ya se ha dicho, se configuró como una obligación sometida a término, como recoge el art. 1.125.1 CC.»

Comentari: els fets parlen per sí sols i les raons jurídiques pareixen indiscutibles. Tot i així, l'empresa ha anunciat la interposició de recurs de Suplicació, possiblement per insistir en la seva tesi, que la Sentència no ha compartit en absolut, que tots els subjectes treballadors que abans del termini fixat a juny de 2012, i també els que més tard del susdit termini que hagin accedit a la desvinculació, devien ser demandats per la part actora, en situació de litisconsorci passiu necessari. També cal dir que, l'any

2014, el titular del Jutjat Social núm. 4 (aquí ha estat diriment un jutge «de reforç») ha dictat Sentència, igualment estimatòria, d'una pretensió calcada, així com desestimatòria d'una excepció de litisconsorci passiu necessari. I no es tracta d'una segona sentència «reproductiva» amb iguals paraules de la primera.

rjib12

ACTIVITAT REGISTRAL

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat (novembre 2012-octubre 2013)

Antoni Canals Prats
Registrador de la Propietat

1. RESOLUCIÓ DE 3 DE JULIOL DE 2013: PROPIETAT HORITZONTAL. ADJUDICACIÓ DERIVADA DE PROCEDIMENT EXECUTIU. TITULARITAT REGISTRAL DELS COMUNERS EN QUOTES INDIVISES.

Resum dels fets: la comunitat de propietaris B.R. insta un procediment d'execució contra la societat «S.I., SL» i mitjançant Interlocutòria de 31 de març de 2006, dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Marbella, es despatxa execució i s'acorda l'embargament de la finca urbana núm. 72. Una vegada emès el manament preceptiu al Registre, va donar lloc a l'anotació d'embargament lletra «A», sense constància de l'existència de creditors posteriors.

Per Resolució de 5 de juliol de 2010 va sortir a subhasta pública la finca embargada, que va tenir lloc el 9 de novembre del mateix any. La subhasta es va declarar deserta per manca de licitadors i es va concedir a la part executant el termini de 20 dies per sol·licitar l'adjudicació de l'immoble per la quantitat que se li devia per tots els conceptes, que ascendien a 3.069 euros.

Mitjançant Decret del Jutjat de 7 de febrer de 2011 es va adjudicar a la comunitat de propietaris, que era la part executant, la finca embargada i el secretari del Jutjat va lliurar el testimoni oportú en la mateixa data del Decret judicial, pel qual s'adjudica a la comunitat de propietaris del conjunt residencial B.R. la finca en qüestió.

La presentació del testimoni esmentat en el Registre competent va ser qualificat negativament i no es va admetre la seva inscripció perquè la comunitat de propietaris no tenia personalitat jurídica (Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat d'1 de setembre de 1981 i STS de 6 de novembre de 1995) per la qual cosa no es pot inscriure al seu favor cap bé o dret, d'acord amb l'art. 11 del Reglament hipotecari.

Fonamentació jurídica: la Llei de propietat horitzontal (LPH) distingeix en el seu art. 3 entre el dret singular i exclusiu de propietat sobre els pisos i locals, i la copropietat annexa i inseparable que es té sobre els elements comuns, juntament amb els altres copropietaris i, sobre aquesta base, la legislació hipotecària ha desenvolupat la forma d'accés al Registre de la Propietat d'aquest tipus de propietat, per permetre no només la inscripció de l'edifici en el seu conjunt amb la descripció dels diferents pisos i locals i els elements comuns que l'integren, sinó que també

autoritza que, prèviament a la constitució de l'edifici en règim de propietat horitzontal, es puguin inscriure per separat els diferents pisos i locals en els que es farà constar la seva participació en la copropietat comú.

Segons va declarar la Resolució de 15 de juny de 1973, no s'ha arribat a atribuir personalitat jurídica independent a la comunitat de propietaris distinta dels membres que la integren, malgrat les facultats que com a òrgan rector li competeixen d'acord amb l'art. 13 d'aquesta Llei. Però també aquest Centre Directiu ha dit que si bé la comunitat de propietaris no té personalitat jurídica, no per això pot entendre's que actua com una comunitat ordinària de béns sinó que se li ha de considerar com un ens de projecció jurídica pròpia que actua a través del seu representant.

És per aquest motiu que l'abundant jurisprudència que el recurrent menciona en el seu escrit de recurs admet certes actuacions de la comunitat en l'àmbit processal dels arrendaments i altres, sobretot donant-li capacitat per litigar, i, a més, en alguns assentaments registrals com l'anotació preventiva, són matèries en les quals la comunitat té reconeguda aquesta capacitat processal. Però això no significa que pugui ser titular registral, ni és possible que sense aquesta personalitat pugui ser propietària d'un bé i, per tant, ser titular registral de l'anotació corresponent.

En conclusió, que es reconeguin certes facultats de caràcter processal o altres, no significa que tingui personalitat jurídica i per tant que pugui ser titular d'un dret de propietat. Concretament, la STS de 6 de novembre de 1995 —al·legada pel recurrent— estableix que, d'acord amb l'art. 13 LPH, el president representa la comunitat en i fora de judici, sense que això impedeixi que es pugui configurar com un ens dotat de personalitat jurídica.

Aquest centre directiu ha declarat, en la Resolució de 16 d'octubre de 1992, que la comunitat de béns és una entitat sense personalitat jurídica, per la qual cosa l'adquisició per aquella d'algun bé implica en realitat una adquisició pels seus integrants de forma proindivisa entre ells. Aquesta informació no queda desvirtuada per l'existència d'un número d'identificació fiscal diferenciador entre la comunitat i els comuners, que produeix els seus efectes en l'àmbit fiscal. Però això no significa que s'alterin les normes substantives del Codi civil. Amb aquesta doctrina assentada, el centre directiu ha entès, per exemple, que no hi ha doble transmissió en el cas d'adjudicació derivada d'un procediment executiu a favor d'una comunitat de

propietaris sinó només a favor dels comuners i en quotes indivises d'acord amb la seva participació en la comunitat.

Així doncs, les comunitats de propietaris no tenen personalitat jurídica i per tant no poden ostentar la titularitat registral de béns. Certament, no s'hagués assenyalat el defecte pel registrador en el cas que el Decret d'adjudicació ho fes a favor dels copropietaris en proporció a les seves quotes en la comunitat, però no és aquest cas.

Comentari: la comunitat de propietaris d'un edifici o complex immobiliari constituït en propietat horitzontal atorga als titulars o copartíceps d'aquesta dos drets: un dret de propietat singular, exclusiu i privatiu sobre el seu departament, sigui vivenda, local, aparcament o de qualsevol altre tipus i una participació proindivisa sobre els elements comuns, que per la seva pròpia naturalesa o per destinació sustenten o donen servei a l'edifici o complex.

Aquesta comunitat de propietaris en principi participa de la mateixa naturalesa que totes les comunitats de béns i drets, salvant algunes especialitats, com són l'absència d'acció de divisió a favor dels comuners i drets de retracte per alienació de pisos o parts privatives i el sotmetiment de la presa de decisions i administració de la comunitat a un règim d'òrgans comunitaris (junta general, administrador, president de la comunitat), a algun dels quals, com aquest últim, se li concedeix legitimació processal.

Tot i així, la comunitat de propietaris en règim de propietat horitzontal no té personalitat jurídica com la copropietat ordinària. No és argument en contra la legitimació del president per a la interposició d'accions en nom de la comunitat ni la contestació de demandes, atès que en la copropietat ordinària també vinculen, segons constant jurisprudència, a tots els copropietaris, les accions exercitades per qualsevol comuner en benefici de tots. Sembla ser una mesura d'economia processal per evitar haver de citar tots els comuners als processos judicials. El mateix s'ha de dir quant als efectes fiscals associats a les comunitats de propietaris de finques.

En aquest cas, es va anotar el manament d'embargament a favor de la comunitat de propietaris, atès que era l'actor en el procediment executiu, però la Direcció General li nega la possibilitat d'ostentar la titularitat registral de finques registrals. La resolució és coherent amb el principi que les entitats a les quals l'ordenament civil no

reconeix personalitat no la tenen i, per tant, no poden ser titulars de drets. El que succeeix és que sembla una certa contradicció que la comunitat de propietaris pugui interposar accions executives i anotar el seu embargament i, això no obstant, en cas de manca de licitadors i, per tant, amb subhasta deserta, no pugui adjudicar-se els béns. La interpretació ha d'estar en la línea que, quan el president d'una comunitat de propietaris acciona, ho fa en representació legal de tota la comunitat, és a dir, de tots els copropietaris, així els que exerciten l'acció i els qui anoten realment són ells i han de ser també els adjudicataris dels béns subhastats en cas de manca de licitadors.

2. RESOLUCIÓ DE 28 D'AGOST DE 2013. SENTÈNCIA JUDICIAL: NECESSITAT DE FERMESA.

Resum dels fets: mitjançant Sentència del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 1 de Luarca, de 27 de novembre de 2012, es va dictar la resolució d'un contracte de compravenda d'una finca rústica, feta per la Sra. M.C.F.M. —demandant— a favor de l'entitat «P. del N.E., SL»

El dia 28 de desembre de 2012 el demandant va presentar recurs d'apel·lació contra la Sentència dictada, que es refereix a alguns dels aspectes de la resolució judicial, concretament pel que fa a la cancel·lació de la hipoteca que grava la finca objecte del contracte a favor de la Caja Rural d'Astúries S.S.C. El dia 22 de gener de 2013 es fa contestació al recurs d'apel·lació per part de la Caja Rural d'Astúries S.S.C. El 5 de febrer de 2013 es va admetre el recurs a tràmit i es va remetre a l'Audiència Provincial d'Oviedo.

La certificació de 19 de març de 2013 presentada en el Registre de la Propietat, expedida per la secretària judicial de l'Audiència Provincial d'Oviedo, relativa al testimoni expedit el dia 27 de novembre de 2012 pel secretari del Jutjat abans citat, en la qual consta la interposició de recurs contra la Sentència dictada en primera instància, fou qualificada negativament, amb la qual cosa es va suspendre la inscripció en no acreditar-se la resolució del recurs esmentat per aplicació dels art. 3 i 18 de la Llei hipotecària (LH) i l'art. 100 del seu Reglament i de l'art. 207 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC).

Fonamentació jurídica: de l'art. 3 LH resulta que els títols que continguin actes o contracte susceptibles d'inscripció hauran de ser consignats en escriptura pública, executòria o document autèntic expedit per l'autoritat judicial o pel Govern o els seus agents, en la forma que estableixin els reglaments. Per la seva banda, segons l'art. 524.4 LEC, en disposar que mentre no siguin fermes, o encara que ho siguin, no hagin transcorregut els terminis indicats per aquesta Llei per exercitar l'acció de rescissió de la sentència dictada en rebel·lia, només procedirà l'anotació preventiva de les sentències que disposin o permetin la inscripció o cancel·lació d'assentaments en Registres públics. I, d'acord amb l'art. 207.2 d'aquesta mateixa Llei, són resolucions fermes aquelles contra les quals no es pot interposar cap recurs perquè no ho preveu la Llei o bé perquè ha transcorregut el termini legalment fixat sense que les parts l'hagi presentat. Per aquest motiu és doctrina reiterada d'aquest Centre Directiu la necessitat de fermesa de les sentències judicials per a la pràctica d'assentaments d'inscripció o cancel·lació en el Registre.

En conseqüència, de la documentació presentada no resulta la fermesa de la resolució judicial i aquesta circumstància no s'acredita amb la fotocòpia que s'acompanya a l'escrit del recurs, sinó que es requereix una nova presentació del document autèntic que acrediti la fermesa de la Sentència.

Comentari: en el cas de la resolució comentada es planteja la cancel·lació d'un contracte de compravenda inscrit en haver-se dictat la resolució judicial d'aquest per sentència no ferma. Segons l'art. 40 d) LH, quan la inexactitud procedeixi de qualsevol causa no especificada anteriorment, la rectificació precisarà el consentiment del titular o, en defecte de consentiment, resolució judicial. En aquest cas, s'ha procedit judicialment per part del venedor a instar la resolució judicial de la venda i s'ha dictat resolució estimatòria que ha estat apel·lada i que, per tant, no és ferma. Es planteja, per tant, quin és el tipus d'accés o publicitat registral de les resolucions judicials no fermes.

Tenint en compte que d'acord amb l'art. 76 LH les instruccions no s'extingeixen pel que fa a tercers, més que per la seva cancel·lació o la inscripció de la transferència del domini o dret real inscrit a favor d'una altra persona, la fermesa de la sentència o resolució judicial que s'ha de publicar, ja sigui per via d'inscripció o cancel·lació, és decisiva perquè garanteix que els drets declarats en les mateixes són definitius judicialment parlant.

Si s'adoptés una solució contrària, resultaria que drets declarats en resolució no ferma, i per tant amb possibilitat de revocació, accedirien al Registre, sense possibilitat de cancel·lació posterior en cas de revocació de la resolució esmentada, sobretot en el cas de l'aparició d'un tercer protegit tal i com ho manifesta el precepte esmentat. I així es manifesta l'art. 3 LH quan exigeix que els títols que esmenta en l'art. 2 constin entre altres títols formals, en executòria, que és la definició tradicional de sentència ferma.

I l'art. 524.4 LEC permet l'anotació preventiva com a únic tipus d'assentament per accedir a la publicitat registral de les resolucions judicials no fermes. La raó és que les anotacions preventives són assentaments transitoris, provisionals i subjectes a un termini de caducitat, a diferència de les inscripcions que són assentaments definitius amb vocació de permanència.

3. RESOLUCIÓ DE 27 DE JUNY DE 2013. IMMATRICULACIÓ PER TÍTOL PÚBLIC: TÍTOLS CREATS «AD HOC».

Resum dels fets: mitjançant escriptura autoritzada el 18 de febrer de 2013, els cònjuges Sr. A.M.R. i Sra. M.R.C.M. varen vendre a la Sra. M.ª A. i Sra. M.ª J.G.P. una edificació situada a Benferri. Juntament amb aquesta escriptura s'acompanya com a títol previ una escriptura autoritzada davant la mateixa notaria, el 6 de febrer de 2013, amb el núm. 133 de protocol, per la que el Sr. A.M.R i la Sra. M.R.C.M. varen aportar a la seva societat conjugal aquesta edificació.

Els documents presentats varen ser qualificats negativament, per tractar-se d'una documentació creada *ad hoc* per possibilitar la immatriculació, ja que existeix una diferència entre ambdues escriptures de dotze dies amb un cost tributari mínim, amb absència de funció econòmica, la qual cosa du a no practicar la inscripció sol·licitada de conformitat amb el criteri establert per la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 25 de juny de 2012, que afirma que per fer possible la immatriculació cal que «de les circumstàncies concurrents no resulti que la documentació s'hagi creat artificialment amb l'objectiu de produir immatriculació. Un extrem que pot i ha d'apreciar el registrador, amb el suport d'una pluralitat de factors (com la simultaneïtat de dates dels títol, transmissions circulars, absència de funció

econòmica, neutralitat o baix cost fiscal dels negocis translatius...) que ofereixin indicis suficients que la documentació ha estat creada o concebuda *ad hoc*».

Fonamentació jurídica: és doctrina reiterada d'aquest Centre Directiu (entre d'altres, l'esmentada Resolució de 25 de juny de 2012) que amb l'objecte de garantir l'objectivitat i publicitat del procediment immatriculador, aquest no ha de ser merament declaratiu, incorporar certificació cadastral descriptiva i gràfica de les finques en termes absolutament coincidents amb la descripció d'aquestes en el títol, de la que resulti que, a més, la finca estigui cadastrada a favor del transmitent o adquirent: complimentar els edictes corresponents, publicant el negoci que justifica la immatriculació i també que de les circumstàncies no resulta que la documentació s'hagi creat artificialment amb l'objectiu de produir la immatriculació.

La immatriculació de finques per la via del doble títol exigeix l'encadenament de dos adquisicions successives o directament coordinades amb la finalitat d'assolir la certesa que l'immatriculant és el veritable propietari. Es cerquen així dues transmissions efectives i reals. Per això, encara que la funció registral no pugui equiparar-se a la judicial, no s'exclou que el registrador pugui apreciar frau quan de la documentació presentada resulti objectivament un resultat antijurídic, en relació amb el context que resulta d'allò declarat pel qui fa la presentació i dels llibres del Registre, atès que la tasca de qualificació no es limita a una pura operació mecànica d'aplicació formal de determinats preceptes, ni està vetat per al registrador acudir a l'hermenèutica i a la interpretació contextual. D'aquesta manera, aquest Centre ha reiterat que pot detenir la immatriculació quan estimi la instrumentalitat dels títols, sempre que no resulti de simples sospites, sinó d'indicis fundats.

Per això, el control de la immatriculació per títol públic exigeix que quan s'efectuï la qualificació registral s'extremin les precaucions per evitar la immatriculació de títols elaborats *ad hoc* amb l'única finalitat d'aconseguir-la, per així evitar la consolidació del frau de llei a través de la creació instrumental de títols i que es burlin les prevencions que el legislador ha instituït per a la immatriculació per títol públic.

Es considera titulació creada *ad hoc* una escriptura de venda d'un immoble acompanyada d'una altra escriptura prèvia d'aportació a la societat conjugal dels venedors, que s'infereix en aquest cas, en què l'aportant a la societat conjugal no

expressa el seu títol d'adquisició, limitant-se a l'expressió «per compra privada i amistosa, sense recordar el nom del venedor i sense títol inscrit». Aquell concepte es manifesta en aquest cas perquè ambdós negocis són coetanis, per la inexistència de títol original d'adquisició i pel cost fiscal nul de l'operació, com reconeix el recurrent, en estar exempta l'aportació.

Comentari: l'art. 199 LH estableix tres títols d'immatriculació de finques: l'expedient de domini i acta de notorietat, la certificació administrativa de domini i el títol públic d'adquisició.

L'expedient de domini i acta de notorietat té la garantia de la seva tramitació davant el jutge i del notari respectivament competents, amb un tràmit especial de prova del domini del sol·licitant, amb citació a aquells que, d'acord amb la certificació registral, tinguin algun dret real sobre la finca i a aquells dels qui procedeixin els béns o als seus drethavents, a qui tingui la finca cadastrada o amirallada al seu favor i a possibles tercers interessats mitjançant edictes i trasllat de l'expedient al Ministeri Fiscal. En la certificació administrativa de domini la seva força resideix en l'aparició de domini de la finca en qüestió en un inventari o registre públic a aquest efecte, que certifica aquest fet.

Però la immatriculació per títol públic regulat en l'art. 205 LH no té aquestes garanties, per la qual cosa s'estableix l'exigència d'acreditació fefaent del títol d'adquisició del transmitent quan disposa que es podran inscriure, sense necessitat d'inscripció prèvia, els títols atorgats per persones que acreditin de manera fefaent haver adquirit el dret amb anterioritat a la data d'aquests títols. Per tant, per a la immatriculació d'una finca han d'acreditar-se dues transmissions, una a favor de l'immatriculant i una altra a favor de qui li ha fet la transmissió. S'entén que en ambdós casos són transmissions reals no fictícies o simulades.

En aquesta resolució el tema que es planteja és la creació d'un títol de transmissió, purament fictici a favor de qui transmet a l'immatriculant, que és l'aportació a la societat de guanys per aconseguir el requisit de la doble transmissió. La importància de la resolució és la confirmació del criteri de qualificació de doble transmissió fictícia, basada en els criteris indiciaris següents: la coetaneïtat de títols, el nul cost fiscal, la no acreditació del títol a favor del transmitent... És a dir, la proximitat temporal dels atorgaments dels títols purament instrumentals, la seva

neutralitat fiscal als efectes dels costs d'aquesta naturalesa que estimulin el seu atorgament i la manca d'acreditació i a vegades ni tant sols menció del títol d'adquisició del transmetent.

rjib12

ACTIVITAT NORMATIVA

(novembre 2012-octubre 2013)

Lluís Isern Estela
Lletrat oficial major del Parlament
de les Illes Balears

I. Illes Balears

1. Lleis i decrets lleis

Les setze normes amb rang de llei aprovades a les Illes Balears (de les quals, sis en forma de decret llei) regulen matèries ben diverses. Les més nombroses fan referència, directament o indirecta, a l'urbanisme. Així, la **Llei 14/2012, de 19 de desembre, d'ordenació urbanística de la Universitat de les Illes Balears** (BOIB núm. 195), té per objecte establir una normativa específica aplicable al campus de la UIB, situat a la carretera de Valldemossa. Aquesta ordenació es duu a terme mitjançant un pla especial que ha de definir els grans àmbits de l'ordenació i les alteracions, com també els instruments per al seu desenvolupament i execució. Aquests instruments han de ser formulats per la UIB i aprovats definitivament pel Consell de Govern, prèvia la tramitació d'una informació pública i sengles informes del Consell de Mallorca i l'Ajuntament de Palma. Respecte als paràmetres urbanístics que es fixen en la norma, amb caràcter general, la tipologia de les edificacions serà aïllada i les condicions i paràmetres d'aplicació a aquestes seran els necessaris en funció de les característiques i necessitats de l'ús a què es destinin, sense que puguin superar la seva altura la de PB+3 i 18 metres. Com a curiositat, s'ha de destacar l'ocurrència de la Llei 14/2012 que mitjançant una disposició addicional, autoritza, per ministeri de la llei, la construcció de l'edifici Centre d'Estudis de Postgrau de la UIB, d'acord amb les característiques que es concreten en un annex. La **Llei 1/2013, de 24 de maig, per la qual es modifica la Llei 5/2012, de 23 de maig, de mesures urbanístiques per a l'execució del Centre Internacional de Tennis Rafael Nadal** (BOIB núm. 76), suposa l'aprovació d'un nou procediment més àgil que possibiliti fer modificacions que afecten elements menors que facilitin l'execució del dit Centre Internacional, sempre dins el marc dels paràmetres bàsics i els usos que va fixar la Llei 5/2012, de 23 de maig. Es tracta d'un procediment de modificació del Master Pla, que s'ha de tramitar per la conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori, i és el Consell de Govern el competent per a l'aprovació, garantint el dret de participació mitjançant un tràmit d'informació pública, així com la participació de l'Ajuntament de Manacor, mitjançant l'emissió d'un informe preceptiu. Per la seva banda, la **Llei 2/2013, de 29 de maig, de modificació de la disposició addicional novena de la Llei 7/2012, de 13 de juny, de mesures urgents per a l'ordenació urbanística sostenible** (BOIB núm.

81), té el seu origen en una proposició de llei del Consell Insular de Menorca i es tracta d'una norma d'article únic. La disposició addicional 9a de la Llei 7/2012 establia excepcionalment la facultat del Consell de Menorca per aprovar una norma territorial transitòria que desplaçàs la regulació del Pla Territorial Insular i vinculàs el planejament urbanístic de l'illa. Aquesta facultat s'havia d'exercir en el termini d'un any des de l'entrada en vigor de la Llei 7/2012. Ara, la Llei 2/2013 suprimeix aquest requisit atès que, segons la seva exposició de motius, s'ha demostrat que el termini d'un any «pot tenir efectes perversos en no donar temps suficient per a una anàlisi acurada de la situació i l'estudi de les mesures adients que es vulguin adoptar». Així mateix, la Llei introdueix una modificació amb relació a la legitimació d'actuacions de transformació urbanística, previstes a la dita norma territorial transitòria. També hem d'incloure entre les normes amb incidència urbanística, el **Decret llei 1/2013, de 7 de juny, de mesures urgents de caràcter turístic i d'impuls de les zones madures** (BOIB núm. 82; validació BOIB núm. 95), que té per objecte impulsar urgentment l'activitat econòmica, la desestacionalització de l'oferta turística, el foment de la qualitat i la millora general de l'àmbit de les zones turístiques declarades madures, i expressament la zona de la Platja de Palma. Ara bé, el Decret llei també estableix un conjunt de normes aplicables a tot l'àmbit territorial de les Illes Balears, amb independència de la declaració de zones turístiques madures, com tendrem ocasió d'advertir. Pel que fa a la Platja de Palma i altres zones turístiques madures, es modifica la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, per tal d'establir que la seva declaració com a tal suposa, *ope legis*, la declaració d'interès autonòmic de tots aquells plans, projectes o actuacions que tendeixin a la millora, la qualificació, la revaloració, la rehabilitació o la reconversió d'aquesta zona; es dóna una nova redacció a la norma relativa a les sol·licituds de modernització d'establiments turístics existents, situats en sòl urbà o rústic, que tenguin per objecte la millora dels serveis i les instal·lacions, respecte de les quals, amb determinats requisits, es preveu que quedin excloses dels paràmetres de planejament territorial, urbanístics i turístics; també es regula de bell nou la disposició addicional 6a de la Llei esmentada, relativa a plans de modernització i qualitat d'establiments turístics. Altres modificacions fan referència a reduccions o augment de terminis prevists a la normativa turística, sense canviar el sentit de fons de la regulació. Pel que fa a les normes aplicables a qualsevol indret de les Illes Balears, aquestes afecten a

diversos articles de la Llei de turisme, relatius al principi d'ús exclusiu aplicable a les empreses turístiques d'allotjament, a la classificació i categories dels establiments d'allotjament de turisme rural, a la reconversió i canvi d'ús dels establiments d'allotjament turístic o determinades parcel·les d'ús turístic, al règim sancionador de la dita Llei i al procediment de caràcter extraordinari per a la regularització de places turístiques. Així mateix, el Decret llei introdueix noves disposicions addicionals i transitòries en la Llei de turisme. Per últim, el **Decret llei 4/2013, de 21 de juny, de regulació provisional de les noves edificacions en nuclis residencials sense xarxa de sanejament** (BOIB núm. 88; validació BOIB núm. 101), seguint el camí obert per la Llei 10/2010, de 27 de juliol, de mesures urgents relatives a determinades infraestructures i equipaments d'interès general en matèria d'ordenació territorial, urbanisme i d'impuls a la inversió i el Decret llei 3/2011, de 29 de juliol, de modificació dels terminis prevists en la Llei 10/2010, de 27 de juliol, possibilita, mentre s'elabora la futura normativa reguladora de l'ordenació i l'ús del sòl que ha de fixar els serveis urbanístics bàsics per als nuclis de població, possibilita, deiem, la construcció d'habitatges en els sòls urbans d'ús predominantment residencial ja existents i que no disposin de xarxa de sanejament, sempre que siguin edificis unifamiliars i que es garanteixi un tractament correcte de les aigües residuals, però només en cas que el promotor garanteixi el cost de les obres necessàries per a la futura connexió de l'edifici a la xarxa, quan aquesta estigui en funcionament. S'imposa també com a requisit que la llicència s'atorgui dins els tres anys des de l'entrada en vigor del Decret llei.

La caça i la pesca han estat objecte de dues lleis. En primer lloc, la **Llei 3/2013, de 17 de juliol, de modificació de la Llei 6/2006, de 12 d'abril, balear de caça i pesca fluvial, i modificada per la Llei 6/2007, de 27 de desembre, de mesures tributàries i economicoadministratives** (BOIB núm. 106; correcció d'errades de la versió castellana BOIB núm. 127), és deguda a la iniciativa legislativa del Consell Insular de Mallorca, tot i que el seu àmbit d'aplicació s'estén a tot l'arxipèlag. L'exposició de motius justifica la seva aprovació en el fet que és convenient adaptar la Llei modificada al nou marc legal sorgit de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears de 2007 i al traspàs de competències en matèria de caça i pesca fluvial als consells insulars. Amb una sistemàtica obscura i confusa, la Llei incideix sobre nombrosos aspectes de la Llei 6/2006. Així, es dóna una nova redacció a determinades definicions legals (com ara, abeurada, primera sang, arruix, pesca

fluvial, puu, etc.); redefineix el concepte de caçador i regula el règim dels requisits exigits a aquest en funció de la seva edat, com també els drets i deures que afecten els caçadors. La Llei estableix també un conjunt de noves disposicions amb relació als vedats de caça, ja siguin particulars o de societats locals, i a les zones de seguretat i refugis de caça. La norma fa especial incidència amb la llicència de caça, la concessió de la qual requereix la superació d'una prova d'aptitud i la seva expedició correspon al consell insular on tengui la seva residència l'aspirant i habilita per caçar a totes les Illes Balears. D'altra banda, s'estableixen determinades prohibicions noves relatives al tipus d'arma o estris per a l'exercici de la caça, a determinades modalitats de caça i es regula la protecció de cultius i la responsabilitat per danys. La matèria pròpia de la caça es completa amb una extensa regulació del règim sancionador que li és aplicable. La pesca fluvial, és a dir, l'activitat esportiva o professional que té com a objectiu capturar, de forma activa o passiva, els animals que habiten de manera permanent o transitòria les aigües insulars no marines, públiques o privades, és objecte de modificació pel que fa a les peces objecte de captura, a les llicències de pesca, als procediments prohibits per a la captura d'animals de pesca, a l'ús de la canya i a les èpoques de veda. En segon lloc, trobam la **Llei 6/2013, de 7 de novembre, de pesca marítima, marisqueig i aqüicultura a les Illes Balears** (BOIB núm. 156), que aclareix que el dret comunitari i, per tant, la política pesquera comuna han passat a formar part de l'ordenament intern i, com a conseqüència d'això, la pròpia Llei beu de tot un conjunt de reglaments comunitaris al respecte. L'objecte de la Llei és regular la protecció i la conservació dels recursos marins vius; l'exercici de la pesca, el marisqueig i l'aqüicultura marina, l'ordenació del sector pesquer; la comercialització, la promoció, la manipulació, la transformació i la conservació dels productes pesquers; la formació, la investigació i el desenvolupament tecnològic en matèria maritimopesquera; la inspecció i el règim sancionador en la matèria i, a més, les activitats subaquàtiques professionals a les Illes Balears, excloent-ne el busseig militar. Amb aquesta idea, la Llei s'estructura en dotze títols; el relatiu a les disposicions generals (objecte, finalitat i àmbit d'aplicació de la llei); el relatiu a la conservació i la gestió dels recursos marins vius (on s'ha de destacar la regulació dels plans de gestió insulars o pluriinsulars, anuals o pluriennals, els plans de recuperació per a espècies en situació de conservació desfavorable, o plans

experimentals. També s'hi reforça la figura de la reserva marina); el relatiu a l'activitat pesquera professional; el relatiu a l'ordenació del sector pesquer, que comprèn tot el procés econòmic de l'activitat pesquera, des de l'extracció fins a la comercialització completa dels productes, així com l'organització dels productors i dels agents econòmics; el relatiu a la comercialització i la transformació dels productes pesquers i se'n prioritza la traçabilitat i la sostenibilitat. Un altre títol està dedicat a la pesca marítima recreativa. El marisqueig i l'aqüicultura marina són objecte de la regulació de sengles títols. La recerca, el desenvolupament tecnològic, la innovació, el busseig professional, el control i la inspecció i un exhaustiu règim sancionador completen els temes regulats per la Llei.

Un altre conjunt de normes inclou aquelles que, d'alguna manera, justifiquen la seva aprovació en la crisi econòmica i financera. La **Llei 13/2012, de 20 de novembre, de mesures urgents per a l'activació econòmica en matèria d'indústria i energia, noves tecnologies, residus, aigües, altres activitats i mesures tributàries** (BOIB núm. 177), té el seu origen en el Decret llei 7/2012, de 15 de juny, del mateix nom, tota vegada que un cop aquest fou validat, el Parlament n'acordà també la seva tramitació com a projecte de llei pel procediment d'urgència. Atès que a l'anterior número de la *RJIB* ja vàrem donar notícia de la dita norma, ara només destacarem allò que hi ha de novedós a la Llei 13/2012. S'introdueix un capítol relatiu a noves tecnologies, on s'estableixen normes relatives a la construcció de noves instal·lacions de telecomunicacions i a la declaració d'interès general prevista en la Llei 6/1997, de 8 de juliol, del sòl rústic de les Illes Balears. També incorpora un nou capítol sobre tractament de residus, que conté mesures sobre les deixalles d'origen animal i determinats residus sanitaris que es poden tractar a les plantes de residus sòlids de Mallorca, sobre l'establiment d'una tarifa específica per al tractament dels llots procedents de les estacions depuradores d'aigües residuals, sobre el trasllat i tractament a Mallorca de combustible derivat de residus que provenen de la Unió Europea, sobre la fiança única anual que han de constituir els productors de residus de construcció i demolició i d'altres mesures més específiques com, per exemple, la possibilitat de bonificar determinades taxes de residus. En fi, la Llei incorpora així mateix un capítol relatiu a l'atorgament de concessions d'aigües subterrànies per a usos agrícoles i ramaders. **La Llei 15/2012, de 27 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears per a l'any 2013** (BOIB núm. 195), s'estructura en sis títols, com és habitual: aprovació

dels pressuposts i de les seves modificacions, gestió del pressupost de despeses, les despeses de personal, gestió del pressupost d'ingressos, tancament dels pressuposts i, per últim, relacions institucionals. L'exposició de motius de la pròpia Llei destaca que en aquesta es restringeixen, encara més, les condicions per a la tramitació d'expedients de despesa susceptibles de generar dèficit; també que s'impulsa l'obtenció d'ingressos derivats de la prestació de serveis públics de caràcter divisible, mitjançant la modificació de determinades taxes, i que es reforcen les normes que fan referència a les obligacions de subministrament d'informació que resulta de la Llei orgànica d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera. En matèria impositiva s'estableixen algunes disposicions relatives a l'ITP i AJD, a la taxa fiscal sobre el joc, el cànon de sanejament d'aigües. Però és en l'àmbit de la imposició directa on hi ha les novetats més importants: se suprimeix la bonificació autonòmica del 100% en l'impost sobre el patrimoni, sens perjudici d'augmentar el mínim exempt de tributació, fins l'import de 700.000 euros, amb caràcter general. D'altra banda, se suprimeix el tram autonòmic de la deducció per inversió en habitatge habitual per a les inversions que tenguin lloc a partir de l'1 de gener de 2013. Així mateix, podem incloure entre aquest grup, la **Llei 16/2012, de 27 de desembre, per la qual se suspenen la vigència de la Llei 10/2000, de 30 de novembre, del Consell Econòmic i Social de les Illes Balears, i el seu funcionament** (BOIB núm. 195). Aquesta és una norma de gran simplicitat, atès que es tracta d'una llei d'article únic, però d'enorme transcendència per a la configuració del sistema jurídic institucional previst en l'Estatut d'autonomia, ja que suposa la suspensió amb caràcter indefinit d'un dels òrgans de consulta i assessorament previstos a aquest. L'exposició de motius de la Llei justifica l'adopció d'aquesta mesura exclusivament en la necessitat de reduir el dèficit públic de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. Aquesta norma es completa amb una sèrie de disposicions necessàries per suspendre el funcionament del CES, com ara les relatives al personal funcionari de carrera, les despeses de personal, la subrogació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en tots els drets i obligacions del CES, etc. La Llei no reassigna les funcions desenvolupades pel CES fins a la suspensió del seu funcionament a cap altra instància autonòmica, la qual cosa fa pensar que no existia duplicitat amb altres institucions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. Per últim, també el **Decret llei 2/2013, de 14 de juny,**

de mesures urgents en matèria de mobilitat intraadministrativa temporal de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 85; validació BOIB núm. 95), el qual té per objecte fer les modificacions necessàries en la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears, a fi de disposar de sistemes de mobilitat intraadministrativa temporal més àgils per poder assignar en cada moment els recursos humans de manera eficient segons les necessitats dels serveis que es produeixen de forma puntual o cíclica. El Decret llei es justifica en el fet que l'aplicació d'algunes normes d'ordre pressupostari i de funció pública dictades com a conseqüència de la crisi econòmica, han produït una reducció important dels efectius de què disposa l'Administració per dur a terme les seves funcions, per la qual cosa és necessari, més que mai, la planificació adequada dels recursos humans. Les principals novetats introduïdes són les següents. En primer lloc, s'estableix la possibilitat de nomenar provisionalment personal funcionari de carrera que tengui la titulació per acomplir un lloc de treball d'un grup o d'un subgrup superior, quan la vacant no s'ha pogut cobrir amb comissió de serveis voluntària. En segon lloc, s'introdueixen també novetats en l'atribució temporal de funcions, amb la previsió d'una primera fase més transparent, amb una convocatòria per oferir l'oportunitat que s'hi presenti personal que voluntàriament vulgui dur a terme les funcions que s'han de desenvolupar, i amb la regulació dels efectes d'aquesta atribució temporal, com ara la valoració del temps que hi estigui com a mèrit general de consideració necessària en les convocatòries de provisió temporal o definitiva de llocs de treball. D'altra banda, es modifica l'excedència voluntària per prestació de serveis en el sector públic, per superar el problema existent en la normativa que impedia al personal funcionari de carrera demanar aquesta situació administrativa en els casos de ser nomenat funcionari interí en un altre cos. En fi, d'altres novetats consisteixen en la creació d'una unitat permanent per donar suport conjuntural a altres unitats de qualsevol conselleria o ens, quan es justifiqui la necessitat de reforçar el personal existent en un moment determinat per dur a terme alguna tasca concreta i urgent. Com també la creació d'una comissió de seguiment de l'execució correcta de les mesures de mobilitat forçosa previstes.

La resta de normes amb rang de llei aprovades durant el període de temps a què es refereix aquesta crònica, són les següents. El **Decret llei 3/2013, de 14 de juny, de creació de la Xarxa Hospitalària Pública de les Illes Balears i el procediment de vinculació de centres privats d'atenció especialitzada** (BOIB núm. 85;

validació BOIB núm. 95), té per finalitat la regulació de la dita xarxa com un instrument funcional que amplia les formes de col·laboració amb el sector sanitari privat, d'acord amb els principis d'igualtat, subsidiarietat, complementarietat, optimització i coordinació adequada en la utilització dels recursos públics i privats. Així, el Decret llei defineix la Xarxa Hospitalària Pública de les Illes Balears com un instrument funcional del Servei de Salut de les Illes Balears que inclou tots els centres públics d'atenció especialitzada adscrits orgànicament al Servei de Salut de les Illes Balears i tots els centres privats de la mateixa modalitat assistencial que es vinculin a aquest organisme autònom mitjançant un conveni singular. La norma permet, alhora, establir una vinculació amb determinats centres privats mitjançant la figura del conveni singular de vinculació, de manera que els centres (privats però sense ànim de lucre) quedin pràcticament integrats com un recurs més dins la Xarxa Hospitalària Pública, subjecte a un règim de control financer, de gestió, de sistema d'admissió i d'activitat assistencial molt més intens que el que deriva d'un simple concert, de manera que mitjançant una publificació d'un recurs privat s'atén la finalitat de subvenir a la consecució de l'objectiu de l'interès públic de prestar de manera correcta i a tots els que tenen dret a una prestació gratuïta, el conjunt de prestacions que s'integren en la cartera bàsica comuna de serveis. Així, en el Decret llei es recullen els requisits substantius i procedimentals que són necessaris per a la subscripció del conveni. També s'hi regulen el contingut i el règim econòmic, així com la durada, els efectes i l'extinció. Per últim, i a banda d'això, el Decret llei conté la modificació d'algunes normes en matèria d'ordenació farmacèutica, bàsicament per adaptar la legislació balear a la més recent jurisprudència del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i del propi Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears. La **Llei 4/2013, de 17 de juliol, de coordinació de les policies locals de les Illes Balears** (BOIB núm. 106; correcció d'errades BOIB núm. 127), supera la Llei 6/2005, de 3 de juny, del mateix nom, a la qual deroga, amb la voluntat declarada de fer possible l'homogeneïtzació de mitjans, recursos tècnics i estatutaris, i també l'actuació envers la unificació de criteris i les accions harmonitzades que ajudin en el disseny de polítiques comunes de seguretat que potenciïn el suport i la col·laboració interpolicial, l'impuls de la prevenció davant fets rellevants, l'anàlisi de les actuacions o la planificació de futurs objectius, tot això amb respecte a l'autonomia municipal. Amb aquesta finalitat, la Llei, un cop

determinats els principis generals de la seva aplicació, regula els cossos de policia local (tot suprimint la figura del policia auxiliar) i la coordinació de les policies locals a les Illes Balears: als òrgans ja existents en la normativa anterior, incorpora els consells de coordinació de les policies locals amb funcions de consulta i assessorament. Així mateix, la Llei defineix l'estructura i el règim de funcionament dels cossos de policia local: pel que fa a l'estructura, es preveu l'existència de grups, subgrups, escales i categories, sense perjudici de la facultat dels ajuntaments de crear les especialitats que considerin oportunes; pel que fa al funcionament, es regulen les qüestions relatives a l'armament, el carnet professional i la uniformitat. D'altra banda, algunes de les principals novetats de la Llei les trobam amb relació a la formació, la selecció, la mobilitat, la permuta i el reingrés. Així, podem destacar el fet que el sistema de selecció de policies serà sempre el de concurs-oposició, la creació de borses de treball per part dels ajuntaments per proveir llocs de treball de manera urgent i temporal, amb determinats requisits i supòsits o la possibilitat que els municipis puguin subscriure convenis entre ells quan, per circumstàncies especials o per causes extraordinàries, tenguin sobrecàrrega de serveis policials en determinades èpoques de l'any que no requereixin augment permanent de plantilla. La Llei també duu a terme la regulació del règim estatutari dels membres dels cossos de policia local i dels policies dels ajuntaments que no tenguin constituït cos de policia local: els drets col·lectius i individuals, les incompatibilitats, la interdicció del dret de vaga, les retribucions, els premis i distincions, els deures, la segona activitat i la jubilació són els aspectes regulats a la Llei. Lògicament, la Llei es completa amb una exhaustiva normació del règim disciplinari. El **Decret llei 5/2013, de 6 de setembre, pel qual s'adopten determinades mesures urgents en relació amb la implantació, per al curs 2013-2014, del sistema de tractament integrat de les llengües als centres docents no universitaris de les Illes Balears** (BOIB núm. 124; validació BOIB núm. 134), suposa la reacció del Govern de les Illes Balears per obviar o eludir, temporalment, una resolució judicial que suspenia cautelarment l'efectivitat de part del Decret que implantava el TIL (el Decret 15/2013, de 19 d'abril). Així és, davant el fet que una interlocutòria de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears decidí suspendre l'efectivitat de l'annex del Decret 15/2013 i la vigència d'unes instruccions per a l'execució del dit Decret que a la pràctica suposaven la impossibilitat d'implantar el TIL amb caràcter immediat, basant-se en suposats vicis de nul·litat en el seu procés

d'elaboració, el Govern, en qüestió d'hores, aprovà una norma amb rang de llei i, per tant, inatacable en la jurisdicció contenciosa administrativa que obviava o desvirtuava la decisió dels magistrats. Ara bé, l'esmentat Decret llei ha estat objecte de recurs d'inconstitucionalitat davant el Tribunal Constitucional i es troba pendent de resolució a hores d'ara. Així, doncs, la regulació continguda en el Decret llei, tot i tenir, per tant, rang de llei, és pròpiament matèria reglamentària. D'una banda, s'estableix l'obligatorietat del sistema de tractament integrat de llengües durant el curs escolar 2013-2014, com a mínim a determinats cursos de cada etapa educativa. D'altra banda, deroga l'art. 20 del Decret 15/2013 i s'aprova un nou precepte que estableix els requisits que han de regir l'elaboració i aprovació d'altres projectes en els casos de centres educatius que requereixin una distribució horària de les llengües diferent del previst en el Decret 15/2003 i, per últim, es regulen els projectes transitoris en els supòsits que un centre hagi aprovat un projecte de tractament integrat de llengües que no s'ajusti a la normativa vigent o que l'equip directiu del centre no n'hagi aprovat cap. La **Llei 5/2013, d'1 d'octubre, audiovisual de les Illes Balears** (BOIB núm. 136), desenvolupa la normativa estatal bàsica en aquesta matèria en l'àmbit de la nostra comunitat autònoma, alhora que duu a terme una regulació integral de la dita activitat audiovisual mitjançant l'articulació de tot un seguit d'accions institucionals i mesures de foment, com també establint una organització administrativa en matèria audiovisual com a via a través de la qual la Comunitat Autònoma ha de desenvolupar les competències que té atribuïdes en aquesta matèria. Seguint l'estructura de la pròpia norma, que s'ordena en deu títols, en podem destacar els següents aspectes: pel que fa a la comunicació audiovisual, s'estableix un catàleg dels drets que corresponen als usuaris (v. gr., dret a la diversitat lingüística i cultural, drets del menor com a usuari dels serveis de comunicació audiovisual, dret a una comunicació audiovisual transparent, etc.) i dels que corresponen als prestadors del servei (dret a l'autoregulació, dret a crear canals de comunicació comercial i anuncis d'autopromoció, dret a emetre missatges publicitaris i televenda, dret al patrocini, dret a contractar l'emissió en exclusiva de continguts audiovisuals, etc.). Un segon aspecte remarcable és el relatiu a la regulació del mercat de comunicació audiovisual on, d'acord amb la legislació estatal bàsica, diferencia els serveis de comunicació audiovisual per a la prestació, dels quals només es necessita la comunicació prèvia, d'aquells altres que utilitzen ones

hertzianes terrestres, respecte dels quals es requereix la llicència prèvia atorgada mitjançant un concurs per l'autoritat audiovisual autonòmica competent. D'altra banda, la regulació que la Llei fa del servei públic audiovisual a les Illes Balears es concreta en la definició i abast de l'esmentat servei públic, els principis inspiradors, l'explotació dels canals digitals, la gestió del servei públic, els límits per als prestadors del servei públic audiovisual de titularitat pública i les mesures d'estabilitat pressupostària que afecten el dit servei. Pel que fa a l'organització administrativa, la Llei atribueix l'exercici de les competències en la matèria a la Conselleria, al Registre de prestadors del servei audiovisual, al Registre general d'empreses audiovisuals, a la Filmoteca de les Illes Balears i a l'Illes Balears Film Commission. Altres qüestions que regula la Llei es refereixen al règim sancionador, a les línies d'acció institucional, atenent el caràcter estratègic del sector audiovisual a les Illes Balears, a diverses mesures de foment, etc. Per últim, hem de destacar que la Llei modifica determinats aspectes de la Llei 15/2010, de 22 de desembre, de l'Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears, entre les quals volem esmentar la regulació de la vacant en el càrrec de director general de l'Ens. En darrer lloc, també ens hem de referir al **Decret llei 6/2013, de 22 de novembre, pel qual es modifica l'article 52 de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears** (BOIB núm. 166; correcció d'errades BOIB núm. 169; validació BOIB núm. 177). L'article modificat estableix la tipologia dels habitatges en els quals es permet comercialitzar estades turístiques. La modificació que opera el Decret llei afecta únicament al territori de l'illa de Menorca i consisteix en ampliar la tipologia dels habitatges esmentats, ampliació que es farà reglamentàriament. Aclareix l'exposició de motius del Decret llei que «la modificació esmentada no suposa, en cap cas, que es pugui dur a terme la comercialització d'estades turístiques en edificis plurifamiliars i adossats sotmesos al règim de propietat horitzontal».

2. Decrets

No hi ha cap dubte que d'entre tota la normativa d'àmbit reglamentari aprovada pel Govern, el Decret que major ressò ha tengut i el que ha condicionat pràcticament la vida pública de la comunitat autònoma durant el període que abasta aquesta crònica és el Decret 15/2013, de 19 d'abril, pel qual es regula el tractament integrat de les llengües als centres docents no universitaris de les Illes Balears (BOIB núm.

53), o sigui, el Decret del **TIL**, contra la implantació del qual es desenvolupà la més gran manifestació ocorreguda mai a les Illes Balears. La contestació a aquest Decret fou liderada pels propis professionals de l'educació, mestres i professors. Si bé l'objectiu del Decret del TIL coincideix bàsicament amb el que vigia fins aleshores, és a dir, que els alumnes adquireixin el domini de les dues llengües oficials i les competències adequades en una llengua estrangera, normalment l'anglès, es canvia el mètode utilitzat, atès que ara totes tres llengües han de ser objecte d'ensenyament i d'aprenentatge en les àrees lingüístiques corresponents i, a la vegada, una eina per impartir matèries no lingüístiques. També en l'àmbit **educatiu**, però amb molta menys transcendència podem esmentar el Decret 91/2012, de 23 de novembre, pel qual s'estableix l'ordenació general de la formació professional del sistema educatiu en el sistema integrat de formació professional a les Illes Balears (BOIB núm. 177). Des d'un altre punt de vista, s'ha de destacar tot un conjunt de normes que tenen el seu origen en la **conselleria d'Administracions Públiques**: Decret 13/2013, de 5 d'abril, pel qual es regula el Fons de Seguretat Pública (BOIB núm. 47), modificat pel Decret 42/2013, de 6 de setembre (BOIB núm. 124); el Decret 100/2012, de 7 de desembre, pel qual s'estableixen els criteris de revalidació i actualització dels diplomes de cursos d'aptitud dels policies locals (BOIB núm. 183); el Decret 103/2012, de 21 de desembre, de modificació del Decret 85/1990, de 20 de setembre, pel qual es regula el règim retributiu dels funcionaris al servei de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 192), i, entre d'altres, el Decret 36/2013, de 28 de juny, pel qual es regula la modalitat de prestació de serveis mitjançant teletreball a l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 91), el Decret 4/2013, de 25 de gener, del parc mòbil de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 13), i el Decret 6/2013, de 8 de febrer, de mesures de simplificació documental dels procediments administratius (BOIB núm. 21). Els **serveis socials** han estat objecte de dos decrets: el Decret 10/2013, de 28 de febrer, pel qual es fixen els principis generals del Registre Unificat de Serveis Socials i se'n regulen determinats procediments (BOIB núm. 30) i el Decret 11/2013, de 22 de març, pel qual es regulen els requisits i el procediment per emetre informes relatius als programes de desplaçament temporal de menors estrangers (BOIB núm. 40). Pel que fa al **català**, hem d'esmentar el Decret 87/2012, de 16 de novembre, d'avaluació i certificació de coneixements de

llengua catalana (BOIB núm. 170). **Altres matèries** que han merescut l'atenció del Govern han estat la contractació administrativa, mitjançant el Decret 45/2013, de 4 d'octubre (BOIB núm. 139), la Pesca amb Arts de Tirada Tradicionals en Aigües de les Illes Balears pel Decret 46/2013, de 4 d'octubre (BOIB núm. 137) i el Servei de Prevenció de Riscs Laborals del Servei de Salut de les Illes Balears pel Decret 49/2013, de 25 d'octubre (BOIB núm. 150).

II. Estat

La crisi econòmica i financera que encara pateix Espanya i la senda de la consolidació fiscal ha estat objecte de l'atenció del legislador estatal des de diversos punts de vista. En primer lloc, des de la perspectiva de la **creació d'ocupació**, podem destacar la Llei 13/2012, de 26 de desembre, de lluita contra l'ocupació irregular i el frau a la Seguretat Social (BOE núm. 311), el RDL 1/2013, de 29 de novembre, pel qual es prorroga el programa de requalificació professional de les persones que esgotin la seva protecció per desocupació i s'adopten d'altres mesures urgents per a l'ocupació i la protecció social de les persones desocupades (BOE núm. 23) i la Llei 11/2013, de mesures de suport a l'emprenedor i d'estímul del creixement i de la creació d'ocupació (BOE núm. 179). En segon lloc, des del punt de vista **tributari o fiscal**, hem d'esmentar la Llei 16/2012, de 27 de desembre, per la qual s'adopten diverses mesures tributàries dirigides a la consolidació de les finances públiques i a l'impuls de l'activitat econòmica (BOE núm. 312), el RDL 7/2013, de 28 de juny, de mesures urgents de naturalesa tributària, pressupostària i de foment de la investigació, el desenvolupament i la innovació (BOE núm. 155) i la Llei 16/2013, de 29 d'octubre, per la qual s'estableixen determinades mesures en matèria de fiscalitat mediambiental i s'adopten altres mesures tributàries i financeres (BOE núm. 260). En tercer lloc, des de l'òptica **creditícia**, ens hem de referir a la Llei 9/2012, de 14 de novembre, de reestructuració i resolució d'entitats de crèdit (BOE núm. 275), al RDL 6/2013, de 22 de març, de protecció als titulars de determinats productes d'estalvi i inversió i altres mesures de caràcter financer (BOE núm. 71), i, per últim, la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social (BOE núm. 116). A banda de la consolidació fiscal, però sense estar desconnectat d'ella, **l'energia** també ha merescut la consideració del legislador: la Llei 15/2012, de 27 de

desembre, de mesures fiscals per a la sostenibilitat energètica (BOE núm. 312), el RDL 2/2013, d'1 de febrer, de mesures urgents en el sistema elèctric i en el sistema financer (BOE núm. 29), el RDL 9/2013, de 12 de juliol, pel qual s'adopten mesures urgents per a garantir l'estabilitat financera del sistema elèctric (BOE núm. 167), i la Llei 17/2013, de 29 d'octubre, per a la garantia del subministrament i l'increment de la competència en els sistemes elèctrics insulars i extrapeninsulars (BOE núm. 260).

En un altre sentit, la **Llei orgànica 8/1985, d'1 de juliol, del poder judicial** (LOPJ), ha sofert fins a tres modificacions durant el temps a què aquesta crònica es refereix: per la LO 8/2012, de 27 de desembre, de mesures d'eficiència pressupostària en l'Administració de justícia, per la qual es modifica la LOPJ (BOE núm. 312); per la LO 1/2013, d'11 d'abril, sobre el procés de renovació del Consell General del Poder Judicial, per la qual se suspèn la vigència de l'article 112 i parcialment la del 114 de la LOPJ (BOE núm. 88), i per la LO 4/2013, de 28 de juny, de reforma del Consell General del Poder Judicial, per la qual es modifica la LOPJ (BOE núm. 155). Per últim, no podem deixar de referir-nos a les normes següents: Llei 12/2012, de 26 de desembre, de mesures urgents de liberalització del comerç i de determinats serveis (BOE núm. 311); LO 7/2012, de 27 de desembre, per la qual es modifica la Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal, en matèria de transparència i lluita contra el frau fiscal i en la Seguretat Social (BOE núm. 312); Llei 2/2013, de 29 de maig, de protecció i ús sostenible del litoral i de modificació de la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de costes, particularment important per a Formentera la seva disposició addicional 4a (BOE núm. 129); Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i foment del mercat del lloguer d'habitatges (BOE núm. 134), i Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització (BOE núm. 233).

rjib12

LLIBRES

Sandra Lacosta Suñer
Lletrada de la Comunitat Autònoma
de les Illes Balears
(Manual de dret públic de les Illes Balears)

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano
Professora ajudant de dret penal
de la Universitat de les Illes Balears
**(La libertad religiosa en España
y la comunidad judía balear)**

Ximena Lazo Vitoria
Professora de dret administratiu
de la Universitat d'Alcalà
**(Manual para la Utilización de los Acuerdos Marco
y Figuras Relacionadas. Guía Práctica)**

Jaume Munar Fullana
Doctor en dret
(Els drets lingüístics en el sistema educatiu)

MANUAL DE DRET PÚBLIC DE LES ILLES BALEARS. A. BLASCO ESTEVE (dir.). Palma: Institut d'Estudis Autonòmics, 2012.

I

El profesor LATORRE SEGURA[1] definía el Derecho Público como aquella rama del Derecho que, en contraposición al Derecho Privado, se caracteriza porque en él existe un poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones, como tales entes públicos, con los particulares.

No obstante, dicha distinción fue perdiendo fuerza en la misma medida que iba en aumento la intervención del Estado en ámbitos que antes se consideraban ajenos a su competencia. Además, en la sociedad actual también existen ámbitos en que la acción del Estado no se ejerce de forma directa y que pueden considerarse de Derecho Privado. Por ello, podemos afirmar que el Derecho Privado y el Derecho Público no son compartimentos estancos sino que son principios y criterios que se encuentran combinados en las distintas ramas del Derecho.

Desde los inicios del proceso autonómico la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se convierte en el motor del derecho público balear el cual se inserta en el ordenamiento jurídico de todo el Estado como una parte fundamental.

II

La obra se compone de once bloques, elaborados por especialistas en la materia, dirigidos por el catedrático Avel·lí BLASCO, que adopta la estructura clásica de los manuales de derecho permitiendo a los lectores obtener una visión global y sistemática de los temas más importantes que se suscitan en relación al derecho público balear.

En el resultado final se aprecia claramente una gran labor de coordinación, de tal manera que los distintos bloques de la obra tienen una serie de características comunes que le confieren la homogeneidad propia de un manual. Así, prácticamente todos los autores analizan no sólo la regulación contenida en el actual Estatuto de Autonomía sino también la contenida en los Estatutos predecesores así como la solución adoptada en otras comunidades autónomas. También es constante la

[1] LATORRE SEGURA, Á. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel, 1993.

remisión a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en particular, a la Sentencia 31/2010, dictada con ocasión de la impugnación del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

III

El *Manual* comienza con una introducción histórica, realizada por Bartomeu COLOM PASTOR, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de las Illes Balears, en la que, con gran capacidad de síntesis, analiza los antecedentes de la autonomía balear y la evolución del proceso de autogobierno que arranca en la Edad Media, con el Consell General de cada isla, y culmina en el Estatuto de Autonomía de 1983. Mención especial merece la reforma del Estatuto de Autonomía del año 2007, a la que el autor dedica un apartado en el que se ponen de manifiesto las principales novedades introducidas en la última revisión del texto estatutario de entre las que destaca la configuración de los consells insulars como instituciones propias de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de mantener su autonomía y naturaleza de corporación local y el compromiso de inversión estatal previsto en la Disposición Transitoria novena.

En el siguiente capítulo, Maria BALLESTER CARDELL, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de las Illes Balears, repasa los elementos distintivos de la autonomía balear. En primer lugar, la autora diserta sobre qué concepto define mejor la voluntad de autonomía política de las Illes y la opción adoptada en el Estatuto de Autonomía de 1983 y sus posteriores revisiones. Continúa su estudio con los símbolos de nuestra Comunidad Autónoma: la bandera, la diada de las Illes Balears y el escudo.

El territorio, el hecho insular y las peculiaridades de la organización territorial de las Illes es justo que aparezcan en este capítulo toda vez que suponen un elemento diferencial de nuestra Comunidad en relación con el resto del Estado.

El segundo bloque lo cierra el apartado dedicado al régimen lingüístico, realizado por Lluís J. SEGURA GINARD, letrado de la Comunidad Autónoma, donde de manera didáctica realiza un repaso de las principales normas que desde el comienzo de la autonomía han regulado el uso de las lenguas oficiales, las políticas de normalización y la interpretación que el Alto Tribunal ha realizado a través de sus

sentencias y, en particular, la Sentencia 31/2010 con ocasión de la impugnación del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El profesor Bartomeu COLOM PASTOR, en el capítulo III, disecciona la condición de ciudadano de las Illes Balears. El autor, en primer lugar, analiza la condición política de los ciudadanos de nuestra Comunidad Autónoma para luego profundizar, a través de una visión crítica, pero no por ello menos didáctica, en el catálogo de libertades, derechos y deberes que, desde el año 2007, se contienen en el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

En un manual de derecho público no podía faltar un capítulo dedicado al estudio exhaustivo del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico balear. En el capítulo IV, Avel·lí BLASCO ESTEVE y Lluís J. SEGURA GINARD repasan las principales normas que integran el Derecho Público balear: el Estatuto de Autonomía, las leyes del Parlamento, las normas del Gobierno con rango de Ley y los reglamentos que pueden dictar tanto la Administración de la Comunidad Autónoma y los Consejos Insulares y las relaciones entre las normas del Derecho balear y, entre éstas, las normas estatales.

Jaume MUNAR FULLANA, profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de las Illes Balears, en el capítulo V, realiza un estudio sobre el sistema de distribución de competencias previsto en la Constitución y el papel del Estatuto de Autonomía en la determinación del nivel competencial. El autor, después de analizar la diferencia entre los conceptos de competencia, materia y funciones, profundiza en la clasificación de las competencias autonómicas: exclusivas, de desarrollo legislativo y de ejecución, así como en la distribución de competencias entre el Estado y entre los Consejos Insulares.

La ordenación de los órganos de autogobierno forma parte del contenido mínimo y necesario de los estatutos de autonomía, como norma institucional básica de cada comunidad autónoma. Por ello, era del todo necesario que una parte importante del *Manual*, los capítulos VI, VII y VIII, esté dedicada a explicar la estructura organizativa de la Comunidad. En esta parte los autores, de manera pormenorizada, analizan el Parlamento balear, el poder legislativo; después, el estudio se centra en el poder ejecutivo compuesto por el Govern, la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo la administración instrumental, los Consejos Insulares, los municipios y el resto de órganos estatutarios: el Consejo Consultivo, el Consejo Económico y Social,

la Sindicatura de Greuges, la Sindicatura de Cuentas y el Consejo Audiovisual de las Illes Balears.

En el capítulo noveno, la profesora Maria CARDELL BALLESTER examina las cuestiones más importantes relativas al Poder Judicial en las Illes Balears como cuáles son las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de justicia, el Tribunal Superior de Justicia, que se sitúa en la cúspide de la organización jurisdiccional en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, y el Consejo de Justicia.

El penúltimo capítulo, que lleva por título «Les relacions institucionals», elaborado por Vicenç CALAFELL FERRÀ, Técnico superior de la Administración de la Comunidad Autónoma y profesor asociado de la Universidad de las Illes Balears, versa sobre las relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma con el Estado central, con otras comunidades autónomas y con la Unión Europea. En el presente bloque también tiene lugar el análisis de la solución de los conflictos que traen causa de la coexistencia de diferentes centros de gobierno dotados de competencias propias y capacidad de decisión política.

El *Manual* finaliza con el bloque en el que la profesora Carmen FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de las Illes Balears, examina el marco constitucional y estatutario de la Hacienda autonómica. En el presente capítulo la autora, de manera resumida, pero no por ello menos pedagógica, estudia los principales temas relacionados con la autonomía financiera de nuestra Comunidad como los principios generales de la financiación, los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, los ingresos tributarios y no tributarios, la Agencia Tributaria de las Illes Balears y la Hacienda de los Consejos Insulares.

III

La obra que se comenta consigue alcanzar la meta para la que fue concebida al convertirse en un manual de referencia para todos aquellos que se aproximen al estudio del Derecho Público balear en su conjunto. A ello hay que unir el mérito de convertirse en la primera obra que, a pesar de la importancia cualitativa y cuantitativa del Derecho Público balear, analiza de manera sistemática y didáctica el Derecho Público producido en y por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

S.L.S.

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA Y LA COMUNIDAD JUDÍA BALEAR. C. PONS-ESTEL TUGORES (Coord.). Madrid: Delta Publicaciones, 2013.

I

La libertad religiosa en España y la Comunidad Judía Balear nos presenta un interesante recorrido histórico y jurídico sobre la religión judía en España y, muy especialmente, en las Islas Baleares. El libro puede dividirse en dos partes. En la primera parte, integrada por los estudios de corte jurídico de los profesores MARTÍN SÁNCHEZ y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, se efectúa un análisis histórico-jurídico de las distintas etapas de la libertad religiosa hasta la Constitución Española de 1978, así como de la posición jurídica de las distintas confesiones religiosas presentes en el Estado español. La segunda parte contiene un estudio histórico de la presencia judía en Baleares, a cargo del profesor MAÍZ CHACÓN, que es completado por el artículo del profesor DE MONTANER dedicado al análisis del fenómeno de los judíos conversos, los llamados chuetas, y de un estudio socio-jurídico en el que se recogen los principales hitos de la recuperación histórico-legal de la religión judía en nuestro territorio, realizado por el abogado BARCHILÓN GABIZÓN.

Así, en coherencia con la estructura expuesta, MARTÍN SÁNCHEZ inicia su exposición con un interesante recorrido histórico-jurídico por el constitucionalismo español para ponernos en situación sobre cuál ha sido el protagonismo que ha tenido el principio de libertad religiosa. Destaca, al efecto, la escasa efectividad que se le ha atribuido en la medida en que ya el texto constitucional liberal de Cádiz de 1812 declaraba la religión católica como la única y verdadera, prohibiendo expresamente el uso de cualquier otra, y añadiendo a ello la Constitución de 1837 la obligación del Estado de dotar económicamente al culto y al clero católico. De este modo, el autor explica que tan sólo, tímidamente, la Constitución de 1869 y la *non nata* Constitución federal de 1873 reconocieron en cierta medida dicho principio y que la Constitución de 1876 estableció la tolerancia de los cultos no católicos siempre que no llevaran a cabo ninguna manifestación pública. Y es que incluso la Constitución republicana de 1931, que reconocía el principio de aconfesionalidad y libertad religiosa, sometió a importantes restricciones su ejercicio y a un exhaustivo control a las restantes religiones a las que, no obstante, permitió adquirir personalidad jurídica para el ejercicio de sus actividades de culto bajo la forma de asociaciones.

II

Centrado, pues, el punto de partida, el autor examina la configuración actual del principio de libertad religiosa, poniendo de relieve que no ha sido hasta la vigente Constitución cuando ha adquirido entidad propia en el artículo 16, que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha definido su contenido concibiéndola como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo que tienen tanto las personas físicas como las jurídicas con independencia de su nacionalidad, sean españolas o extranjeras. En consecuencia, como indica el profesor MARTÍN SÁNCHEZ, la libertad religiosa tan sólo tiene un límite en su ejercicio: el respeto del orden público. A ello une, además, su desarrollo en el marco de los principios generales en los cuales se cimientan las actuales bases del Estado: la libertad, el pluralismo y la igualdad, y, en materia religiosa, la inmunidad de coerción del Estado tanto a los individuos como a las distintas confesiones, laicidad —separación Iglesia-Estado—, neutralidad religiosa e ideológica del Estado y actitud abstencionista pero colaboradora del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el autor hace fijar la atención en un dato muy significativo, que impone el artículo 16, y es la obligación de colaboración con las distintas confesiones religiosas presentes en el territorio español. Aunque se cite expresamente a la Iglesia católica, tal mención no es más que el reconocimiento de su implantación en España como un hecho derivado de la tradición y no para privilegiar a esta confesión por encima de las demás. Sin embargo, a pesar de que la pretensión de la Constitución y de la Ley Orgánica 7/1980 era establecer un régimen en aplicación general a todas las confesiones, esta finalidad no se ha conseguido, de un lado, porque los acuerdos con la Santa Sede no son equiparables a los que se han firmado con las demás confesiones y, de otro, porque la Iglesia católica goza de derechos que no tienen las demás confesiones, empezando por la exención que dicha mención expresa ha supuesto del reconocimiento del notorio arraigo para demostrar la presencia de la confesión en el territorio español a efectos de poder firmar un acuerdo de colaboración con el Estado.

De acuerdo con los márgenes anteriores, MARTÍN SÁNCHEZ establece una gradación piramidal de tres niveles en atención a la distinta posición jurídica que

ocupan las confesiones en el Estado español. Sitúa en primer lugar a la Iglesia católica que se encontraría en la cúspide de la pirámide, y que goza específicamente de los siguientes derechos: personalidad jurídica de carácter internacional y sin necesidad de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas; oferta obligatoria de religión católica en centros docentes públicos y privados concertados; asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas; reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas, y financiación conforme a la asignación tributaria. Todo ello, recogido en cuatro Acuerdos internacionales entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos y sobre Asuntos Económicos.

III

En segundo lugar, existe un reducido grupo privilegiado de confesiones con una notoria presencia en el territorio español, a las cuales el artículo 16 viabiliza recabar la colaboración del Estado mediante la firma de un Acuerdo de cooperación: la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica española, que celebraron sus respectivos acuerdos en el año 1992. Manifiesta al respecto el autor que, aunque la naturaleza de dichos acuerdos es discutida, su celebración ha situado a estas confesiones en una mejor posición legal que las restantes, puesto que, entre otros derechos, resulta muy destacable el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado en alguna de las formas de dichas religiones y algunos beneficios fiscales, en ningún caso comparables —incide MARTÍN SÁNCHEZ— a los que tiene la Iglesia católica. Por el contrario, las confesiones sin acuerdo disponen de autonomía pero se les aplica la legislación común en el ejercicio de sus actividades.

En la base de la pirámide se encuentran las confesiones que no se hallan inscritas en el Registro que ostentan los derechos que reconocen la Constitución y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa a todas las confesiones. Concretamente, desde una perspectiva individual, derecho: a profesar creencias; a practicar actividades de culto; a recibir e impartir enseñanza religiosa y reunirse; a manifestar e impartir enseñanza. Y en su dimensión comunitaria: al establecimiento de lugares de culto y reunión; a designar y formar ministros de culto; a divulgar y propugnar su propias

creencias y mantener relaciones con las demás confesiones religiosas, así como el derecho de prestación de asistencia religiosa.

Al respecto, el profesor GONZÁLEZ SÁNCHEZ destaca que la existencia de una confesión religiosa es independiente de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, pues lo será toda aquella comunidad de la que puedan predicarse las siguientes notas definitorias: estabilidad, organización y formación propia, así como vinculación a una idea de Dios y del concepto de universo.

De este modo, en el seno del marco fijado por el profesor MARTÍN SÁNCHEZ, GONZÁLEZ SÁNCHEZ nos aproxima a la realidad de la confesión judía y nos ofrece un panorama detallado de la realidad normativa vigente de dicha confesión religiosa y de aquellas cuestiones que debieran haberse desarrollado en estos 20 años de aplicación de su marco pactado. El autor nos explica que la Federación de Comunidades Judías de España es el instrumento del que las comunidades judías se dotan para articular la cooperación con el Estado. Tras analizar los Estatutos de la Federación, el autor efectúa un minucioso análisis de una serie de cuestiones del Acuerdo de 1992 que constituyen asuntos necesitados de revisión para el desarrollo armónico de la vida judía en España —que resultarían aplicables a todas las confesiones con Acuerdo—, así como cuál ha sido el desarrollo efectivo del Acuerdo por parte de los poderes públicos.

IV

Los asuntos que requieren ser revisados en el Acuerdo pueden dividirse en tres bloques: en el primero apunta medidas fiscales y propone modificar el sistema de financiación para ofrecer a la comunidad judía un régimen de asignación tributaria vinculado al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tal y como se prevé para la Iglesia católica. En el segundo bloque, vinculado al ejercicio de la libertad religiosa, plantea la previsión de reservas de suelo para el establecimiento de lugares de culto y cementerios así como mejorar la regulación de la asistencia religiosa en establecimientos públicos, revisar las normas de descanso semanal y las festividades. Por último, diseña un conjunto de medidas favorables a la eliminación del racismo y a la creación de un consenso histórico en la sociedad, mediante actividades dirigidas al reconocimiento del Holocausto y la previsión penal de tipos que contemplen como castigo específico la discriminación religiosa.

En relación con el desarrollo de los Acuerdos, el autor efectúa un exhaustivo análisis de los distintos acuerdos que se han celebrado entre las entidades judías y las administraciones autonómicas y locales. GONZÁLEZ SÁNCHEZ incide al respecto en el hecho de que tales convenios no constituyen un desarrollo global del Acuerdo de 1992, sino que se trata de pactos en materias concretas, con un contenido reducido. De entre todos los convenios que recoge, cabe resaltar el realizado por la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno de las Illes Balears y la Comunidad Judía de las Illes Balears en 2006 para desarrollar un programa de promoción educativa para todos los centros de enseñanza de las Islas, que incluye visita guiada a la sinagoga de Palma y al Call para dar a conocer la religión judía.

El trabajo del profesor GONZÁLEZ SÁNCHEZ constituye un estudio de balance de las virtudes, puntos débiles y posibles mejoras del texto normativo vigente del Acuerdo de cooperación de 1992, y deja preparado el camino para adentrarse en la parte histórica del libro, integrada por los estudios de los profesores MAÍZ CHACÓN y DE MONTANER, y el abogado BARCHILÓN GABIZÓN.

Así pues, MAÍZ CHACÓN ofrece una línea histórica completa que ayuda a comprender los vaivenes de esta comunidad religiosa llenos de exilios y diásporas desde la llegada de los primeros judíos hasta la conversión obligada que se produce en el año 1435, a través de un apasionante recorrido por los hallazgos de la arqueología, distintas fuentes documentales y la toponimia.

En este sentido, el autor nos explica que aunque se ha afirmado que la llegada de los judíos a las Baleares se debe, o al menos está relacionada, a la destrucción del templo de Jerusalén por los romanos comandados por Tito en el año 70 d. C., existen fuentes que afirman que su presencia es anterior, hecho que según el autor se ve confirmado por el hallazgo de un ánfora en apariencia Dessel 1 Itálica en Ibiza con características hebreas fechada en el s. I d. C.

La presencia de judíos en las Islas se confirma en el siglo V con el hallazgo de la *Epistola Severi Episcopi*, una carta del obispo de Menorca que hace referencia a una gran comunidad judía que residía en Menorca y también a ciertos asentamientos en Mallorca. Del s. VI d. C., en una época en que los datos son escasos, se conserva una carta en Ibiza de la que se desprenden diversas interrelaciones y simbiosis entre cristianos y judíos que pueden interpretarse como el fruto de la convivencia entre ambas religiones. Posteriormente, durante la dominación musulmana, indica el autor que se tiene constancia de la persecución que la comunidad judía sufre durante los

s. XI y XII como consecuencia de la llegada de grupos almorávides y almohades, que manifiestan nula tolerancia hacia la población judía —por diversos textos escritos por Abraham Ibn Ezra, judío de Tudela, y por el *Liber Miolichi nos de Gestis Pisanorum Illustribus*, documento que hace referencia a la rendición y a la audiencia pública que hacen los judíos moradores de Mallorca ante las tropas comandadas por Ramón Berenguer III.

MAÍZ CHACÓN también nos explica como Jaume I vino acompañado en la expedición en la que conquistaría Mallorca de un «trujamán» o un traductor judío así como de varios judíos, a quienes les concede tierras en el *Llibre del Codex del Repartiment*. Además, los distintos monarcas establecerán una política de consolidación de privilegios hacia la comunidad judía, de tal manera que en los s. XIII y XIV la comunidad judía de Mallorca no sólo se encuentra plenamente consolidada sino que también consolida sus posiciones en determinados ámbitos económicos y sociales.

No obstante, el autor narra como ya en el s. XIV se inician todo un conjunto de enfrentamientos y disputas entre judíos y cristianos, cuyo punto álgido tendrá lugar en el verano de 1391 cuando campesinos y otros grupos asaltan desde la *part forana* la judería de Inca recientemente emancipada de la palmesana y, con posterioridad, saquean la judería de Palma. La predicación contra los judíos de Vicente Ferrer y la publicación de la bula del Papa Benedicto XIII *Contra judazos* tras agitar las controversias entre judíos y cristianos con la denominada «Disputa de Tortosa» genera en el s. XV conversiones en masa y huidas de nuevos pobladores judíos de las zonas comentadas. De este modo, se cierra la sinagoga existente y se produce la última conversión de los judíos dando por finalizada de manera formal la presencia de la comunidad judía en la Isla de Mallorca.

V

Después de esa conversión, DE MONTANER nos pone sobre la pista de qué sucede a continuación con los judíos conversos de las Islas, llamados por la población chuetas, y de cómo eran vigilados por los cristianos que no se fiaban de su conversión. Así, indica que tras esta primera conversión judía de 1391 ya no quedaban judíos formalmente reconocidos como tales en las Islas, de tal forma que no afectaría en nada a nuestro territorio la expulsión de los judíos que los Reyes

Católicos efectuaron en 1492 del territorio español, pues únicamente podía identificarse a los descendientes de judíos conversos por su apellido. Concretamente, por quince apellidos cuyos portadores reciben la denominación de «chuetas» en la población cristiana balear: Aguiló, Bonnín, Cortés, Forteza, Fuster, Martí, Miró, Picó, Pinya, Pomar, Segura, Tarongí, Valentí, Valleriola y Valls.

El autor advierte de las buenas relaciones que los judíos conversos mantenían con la aristocracia, si bien con ciertas limitaciones: no podían casarse con ellos, exclusión gremial y cripto-judaísmo. Sin embargo, la creación en 1431 de la Cofradía de conversos de San Miguel es interpretada por los cristianos como la primera manifestación legal de su separatismo social. Algunas publicaciones de los s. XVII y XVIII alimentan este resentimiento hacia la comunidad judía cuyo máximo exponente es el libro del s. XIX titulado *La sinagoga*.

Ante esta encrucijada, el abogado BARCHILÓN GABIZÓN con profunda rotundidad en sus palabras explica como ninguna de las normas de conversión ha conseguido erradicar las creencias del pueblo judío, que ha seguido siempre fiel a sus creencias y profesando su fe. Resulta impactante la lectura del texto en la que el autor nos cuenta como habrá que esperar hasta el año 1960 para ver el primer intento de legalizar el culto judío en Mallorca, a través de la primera solicitud de apertura de una sinagoga en Palma.

VI

Posteriormente, BARCHILÓN GABIZÓN nos enuncia como tímidamente los judíos luchan por recuperar las manifestaciones públicas de su religión hasta que al fin su esfuerzo se traduce en la fundación de la asociación confesional denominada Comunidad Israelita de Palma de Mallorca, los días 19 y 26 de julio de 1970 —que supone la efectiva recuperación legal del judaísmo en Palma y su engarce con el judaísmo español en general después de su adscripción a la Federación de Comunidades Judías de España. A partir de este momento, la Comunidad puede llevar a cabo actos jurídicos como la loable invitación a cincuenta niños acogidos en la Casa de la Misericordia en 1973 y la solicitud y consecución de un espacio destinado a cementerio en Santa Eugenia, cuyo primer entierro tuvo lugar en 1977.

Pero el mayor logro, nos especifica el autor, ha sido la adquisición e inauguración del centro comunal judío y la creación de la primera sinagoga que se consagra el 21 de junio de 1987. Y, finalmente, el colofón a esta historia lo pone la recepción del

Rey a todos los representantes de todas las Comunidades Judías de España en 1991, coincidiendo con el aniversario de los 500 años del Decreto de expulsión.

Leído el último de los interesantes artículos que conforman la obra, no cabe más que concluir que integrado plenamente el pueblo judío en la historia cotidiana, los tristes capítulos de su dura supervivencia y férrea resistencia han pasado a ser la admiración y el objeto de estudio de un interesante capítulo de nuestra historia del que es ejemplo hoy este libro. Una obra que aúna perfecta armonía entre título, contenido y estructura y que ofrece al lector un interesante recorrido de lo general a lo particular del fenómeno religioso judío, algo que, sin duda, resultará de gran atractivo tanto para los profesionales del Derecho y de la Historia, como para todas aquellas personas que estén interesadas en el hecho religioso judío.

VII

Por último, destacar que la obra se ha realizado en el marco del proyecto de investigación L4-2012 de la Fundación Pluralismo y Convivencia del Ministerio de Justicia y viene avalada por el prestigioso Institut d'Estudis Autonòmics de las Illes Balears, la Vicepresidència de Cultura, Patrimoni i Esports del Consell de Mallorca, la FCJE y el Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico del Estado.

M.I.M.S-E.

MANUAL PARA LA UTILIZACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO Y FIGURAS RELACIONADAS. GUÍA PRÁCTICA. T. MOREO MARROIG. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014 (*Colección Guías Prácticas*).

I

Acaba de ver la luz este trabajo que tiene una eminente vocación práctica —«guía», en ocasiones, desliza la autora— porque su objetivo es ayudar al correcto entendimiento y aplicación de las nuevas figuras (centrales de compras, acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación) incorporadas hace poco tiempo al ordenamiento jurídico español. Por ello la cita bibliográfica es muy contenida, la estructura de los diversos capítulos se muestra desnuda de florituras innecesarias y, en fin, el lenguaje es claro y conciso. Hay que agradecer a Teresa MOREO este voluntario *self restrain* porque ha hecho de una realidad compleja (y ello no sólo en razón de su novedad) algo ordenado y aprehensible. Y es que ciertamente una de las características del Derecho de la contratación pública es su «movilidad y complejidad sistemática» (GIMENO FELIU) por lo que esfuerzos de simplificación y, si se me permite la expresión, de traducción de la realidad jurídica a códigos más comprensibles, deben ser especialmente aplaudidas y aprovechados.

Otro aspecto que debe ser destacado al inicio es el acierto en la elección de la temática estudiada. En efecto, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y la centralización de la contratación son técnicas de racionalización de la contratación pública —véase Capítulo II, especialmente, núm. 2 «Objetivo: menos precio, menos personal y menos tiempo»— orientadas a reducir el nivel de gasto público o, más precisamente, a lograr que su aplicación se realice del modo más eficiente posible. La oportunidad del trabajo es innegable: la crisis económica y los consiguientes recortes en las partidas presupuestarias hacen ahora más que nunca necesario aplicar medidas de ahorro y de máximo rendimiento en los siempre escasos recursos disponibles. Pero más allá de ello, no hay que olvidar que la eficacia en la actuación administrativa y la eficiencia en la asignación de los recursos públicos son mandatos constitucionales (*ex* arts. 31.2 y 103 de la Carta Fundamental de 1978) y como tales, de obligado cumplimiento por parte de todas las Administraciones Públicas. Además, estas medidas de ahorro resultan particularmente relevantes en un sector (contratación pública) que representa nada

menos que el 18% del PIB a nivel europeo. Teresa MOREO conoce en profundidad estas coordenadas y es que desde su atalaya de Interventora atesora una vasta experiencia en la fiscalización de expedientes de contratación y del gasto público que los mismos comportan. Esa particular *expertise* de la autora luce en todo el texto a modo de observaciones, consejos y recomendaciones para el mejor acierto de las decisiones así como de la tramitación ordinaria de los expedientes (*vid*., por ejemplo, el expresivo título 7 «Luces rojas: indicadores a tener en cuenta en la presentación y en la adjudicación de las ofertas» del Capítulo IX (págs. 171 y siguientes).

El grueso de la obra, ya está dicho, está dedicado al estudio especifico de los acuerdos marco, centrales de contratación y de los sistemas dinámicos de contratación. Dicho análisis, sin embargo, va precedido de una exposición de los principios de la contratación del sector público (Capítulo I, págs. 29 a 64) donde la autora realiza un muy encomiable esfuerzo pedagógico para explicar el contenido de los citados principios y para subrayar y ejemplificar su conexión con situaciones reales.

La autora se ocupa de deslindar nítidamente aquellos negocios de naturaleza normativa o precontractual (acuerdos marcos y sistemas dinámicos de contratación) de las entidades de derecho público cuya finalidad es cooperativista (centrales de contratación). Respecto de ambas categorías resalta sus rasgos singulares (v. gr. un análisis comparativo de las dos figuras incluidas en la primera categoría se contiene en las págs. 158 a 160) pero también alerta de los peligros de su inadecuada o abusiva utilización: sin perjuicio de otras referencias puntuales, resulta muy interesante la lectura del Capítulo IX «La colusión en la contratación derivada» (págs. 161 a 172).

Merece la pena destacar también la acertada crítica de MOREO MARROIG en relación al insuficiente tratamiento de los acuerdos marco en las Directivas comunitarias. La Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, señala la autora, «no ha concretado adecuadamente esta figura, incluyendo en un mismo término negocios jurídicos diferentes» (pág. 77) y la misma crítica se hace extensiva también a la regulación contenida en la muy reciente Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (el texto que aquí se recensiona también tiene en cuenta el nuevo

marco normativo comunitario). Por ello, el estudio de esta materia se realiza a la luz de la «Ficha explicativa sobre acuerdos marco de las Directivas, documento CC/2005/03», elaborada por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, cuyo texto la autora se ha encargado de traducir y de incorporar como Anexo en el libro.

II

En el caso de los acuerdos marco, la autora subraya sus rasgos caracterizadores (flexibilidad y escalibilidad), analizando detenidamente, además, la tipología derivada de los mismos: abiertos individuales, abiertos múltiples, cerrados individuales, cerrados múltiples y el caso del suministro de tracto sucesivo regulado en el art. 9.3. a) TRLCSP. Respecto de esta última figura, como es sabido, el legislador establece que su adjudicación deberá efectuarse de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario. Una remisión que, tal y como subraya MOREO MARROIG, suscita una serie de interrogantes (su carácter contractual o de figura precontractual; dificultades en la aplicación práctica, garantías, etc.) que la autora solventa convenientemente (págs. 80 a 88). Muy útiles resultan las páginas dedicadas a explicar el contenido del Valor Máximo Estimado (VME), el importe de la licitación así como lo que se refiere a la consignación del respectivo crédito presupuestario (págs. 98 a 99). Y lo mismo puede decirse del Capítulo V «Procedimiento. Expediente» (págs. 101 a 116) orientado a iluminar la tramitación del respectivo expediente (autorizaciones, documentación preparatoria, fiscalización previa, solvencia de los licitadores, etc.).

III

Los sistemas dinámicos de contratación son objeto de estudio particular en el Capítulo VIII (págs. 155 a 160) donde la autora expone el funcionamiento general del sistema (ordenado en dos Fases sucesivas «La llamada al mercado» y «La compra») así como los rasgos diferenciadores de esta figura como son, entre otros, la posibilidad de que se vayan incorporando nuevas empresas hasta la conclusión del sistema; la necesidad de emplear medios electrónicos; su implementación mediante normas del procedimiento abierto; posibilidad de formalizar inmediatamente el contrato específico, etc.

IV

De la contratación centralizada se ocupa la autora en el Capítulo X (págs. 175 a 191) caracterizándolo como el modelo de contratación específico para los bienes, obras y servicios «de utilización común», atribuyéndose, por lo mismo, la competencia de contratación a un órgano centralizado que actúa a modo de central de compras o de central de contratación. La autora define varios aspectos que ayudan a la correcta implementación de las centrales de compra (progresividad) o, en su caso, a obtener un máximo rendimiento de esta figura (universalidad; flexibilidad, simplificación, agregación de la demanda, etc.) y formula una muy sugerente propuesta de constituir en el seno de la propia Central de Contratación un Observatorio, con el objeto de mejorar la «buena gestión de economías, transparencia y concurrencia» en relación con los contratos celebrados (pág. 183).

V

Estas son apenas unas pocas ideas entresacadas de este muy interesante y útil *Manual*, cuya publicación debemos celebrar ya que sin duda ayudará a la adecuada aplicación de las nuevas técnicas de racionalización de la contratación pública.

X.L.V.

ELS DRETS LINGÜÍSTICS EN EL SISTEMA EDUCATIU. ELS MODELS DE CATALUNYA I LES ILLES BALEARS. AA.VV. Barcelona: Generalitat de Catalunya – Institut d'Estudis Autonòmics, 2013 (Col·lecció *Institut d'Estudis Autonòmics*; 84).

I

Com destaca la presentació que en fa MILIAN I MASSANA, aquest llibre constitueix un recopilatori, actualitzat al moment de la seva edició, de les ponències presentades en el seminari «Drets lingüístics i dret a l'educació» que, organitzat per l'Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat, es va celebrar l'octubre de 2012, amb l'objectiu essencial d'aprofundir en l'anàlisi dels pronunciaments judicials que s'han dictat aquests darrers anys en relació amb els models lingüístics.

Són així objecte d'examen els models de conjunció lingüística en l'ensenyament en les modalitats que ha estat vigents en aquestes dues comunitats autònomes, amb l'aval reiterat dels Tribunals. Tanmateix, la coneguda Sentència del Tribunal Constitucional núm. 31/2010, de 28 de juny, introdueix alguns matisos en la seva doctrina anterior i això ha dut, d'una banda, a noves interpretacions respecte dels models per part dels òrgans de la jurisdicció ordinària que posen en qüestió els sistemes de protecció dels drets lingüístics individuals, afegit d'altra banda, a la més recent modificació en la nostra Comunitat Autònoma del model lingüístic de l'ensenyament en uns termes que també tenen conseqüències per a la protecció dels drets lingüístics.

L'obra, dividida formalment en quatre parts i que es corresponen a l'objecte de cadascuna de les ponències actualitzades amb els més recents canvis normatius, escomet amb una gran exhaustivitat, visió de conjunt i també de grau de detall, la temàtica concreta del drets lingüístics dels sistemes educatius no universitaris d'aquestes dues comunitats autònomes, tant des de la perspectiva de la càtedra com des dels qualificats àmbits professionals dels respectius autors i autores participants.

Tanmateix, la pauta amb què s'articulen les tres primeres parts és la d'una extensa anàlisi jurisprudencial, per contraposició a la darrera part, més centrada en la regulació de la matèria d'acord amb l'ordenament autonòmic propi, sense que això però sigui impediment per posar de relleu i comentar particularment algunes

concretes resolucions judicials del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de més interès en la qüestió.

II

El primer dels blocs que conformen l'obra és el dedicat a l'estudi del marc internacional, constitucional i estatutari dels drets lingüístics en l'ensenyament no universitari, a càrrec de MILIAN I MASSANA, al seu torn coordinador del seminari que dóna peu a l'edició posterior de l'obra. Parteix d'oferir unes primeres aproximacions al contingut lingüístic del dret a l'educació en el dret internacional, d'acord amb diversos tractats i acords, passant per les previsions de la CE i el seu desplegament mitjançant una extensa varietat de models lingüístics escolars actualment existents, concretant igualment els límits constitucionals i estatutaris de la matèria d'acord amb la doctrina del TC.

El plantejament d'aquesta part de l'obra no pretén tant davallar a l'anàlisi minuciosa de tota la normativa, com destacar-ne la gran varietat de sistemes i models lingüístics escolars possibles per les escasses constriccions constitucionals sobre la matèria, i per la varietat de situacions sociolingüístiques existents a Espanya, que justifiquen l'adopció de sistemes i models diferents en cada cas.

Sigui com sigui, com no podia ser d'altra manera d'acord amb l'objecte de l'obra, es destaquen les modificacions successives del model lingüístic escolar català des de la seva primera estructuració fins a la reforma operada d'acord amb l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, i, com faran tota la resta d'aportacions, la valoració sobre el pronunciament vers la llengua vehicular en la STC núm. 31/2010, de 28 de juny.

Destacam, d'entre les seves conclusions, la discussió de l'existència d'una pretesa premissa de la jurisprudència ordinària consistent en creure que la Constitució només admet, en una situació de cooficialitat equilibrada, el model de conjunció lingüística que tracta de manera paritària les dues llengües oficials, factor que, com reiteren després altres autors i autores, parteix d'una falsa percepció que el grau de normalització del català és molt alt, i per això el Tribunal Suprem estima que la presència vehicular del castellà hagi de ser realment elevada.

Igualment, amb relació a la jurisprudència constitucional, s'indica que hauria de decidir amb contenció els litigis que resten pendents i admetre un ventall ampli

d'opcions, evitant un activisme excessiu en un camp com aquest en què les decisions no depenen només de criteris jurídics, més en una matèria sobre la qual la Constitució no recull una regulació expressa.

III

La segona de les ponències, referida al tractament de la llengua de l'ensenyament en la jurisprudència del TC i del Tribunal Suprem, efectuada per PONS PARERA, se centra singularment en la del darrer d'aquests òrgans, bàsicament a partir de la interpretació que en fa de la doctrina constitucional en la seva projecció amb la llengua vehicular en el model educatiu català.

En aquest sentit, a banda de la necessària reiteració de la doctrina assentada sobre els articles de l'Estatut d'autonomia català més directament vinculats amb la matèria, aquesta part de l'obra incideix especialment en la posició interpretativa del Tribunal Suprem respecte del model precedent.

Altrament, es posen de manifest interessants qüestions a partir de la construcció jurisprudencial, com la pretensió del legislador estatal, mitjançant diverses iniciatives, d'intentar consolidar un determinat sentit de la proporcionalitat en el canvi d'ús en les llengües vehiculars de l'ensenyament, que tanmateix no vendria imposat des de la jurisprudència del TC. En aquest sentit, es donen arguments d'acord amb els quals aquesta pretensió comportaria la lesió dels títols competencials estatutaris autonòmics que es projecten en la configuració del model lingüístic educatiu, tant de caràcter exclusiu en matèria de llengua i ensenyament, com compartits, doncs implicaria la imposició a la comunitat autònoma de l'aplicació d'un model o sistema determinat, front a la llibertat d'elecció autonòmica d'un sistema distint sempre que asseguri el coneixement adequat d'ambdues llengües a cada nivell educatiu.

IV

Seguidament, amb el títol de «Els drets lingüístics en el model educatiu vigent a Catalunya», s'incidirà més específicament en el cos jurisprudencial del Tribunal Superior de Justícia de dita comunitat autònoma, dins el marc del que s'ha conformat per part del Tribunal Suprem. Aquesta anàlisi es duu a terme per part de CORRETJA I TORRENS, abordant, a partir del model de conjunció, determinades especificitats com puguin ser l'exercici del dret dels pares que els seus fills rebin

l'ensenyament en la llengua habitual i el seu abast, o el dret d'opció dels pares amb les comunicacions amb els òrgans de l'administració educativa i els centres, entre d'altres qüestions més puntuals.

Així mateix, transposant com és la línia comuna amb les dues ponències anteriors, la incidència de la doctrina de la STC núm. 31/2010 als concrets àmbits estudiats en aquesta tercera ponència, es conclou que projectada la reinterpretació del concepte de llengua pròpia sobre el precepte estatutari més directament relacionat amb l'ensenyament, no ha d'afectar a la consideració d'un model fonamentat que el català sigui la llengua docent d'ús normal d'acord amb els mandats de la legislació de política lingüística autonòmica i l'article 35 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

Resulten d'interès igualment algunes dades que, més enllà dels aspectes estrictament jurídics que són tractats en el gruix d'aquesta ponència, s'exposen en forma d'epíleg per tal de posar de manifest el grau d'eficàcia del model pedagògic d'ensenyament de les dues llengües oficials, i que venen a expressar que els resultats globals en coneixement en llengua castellana en aquella comunitat autònoma són pràcticament idèntics als de la resta d'Espanya, per tal de descartar, amb la realitat de les dades empíriques, que el model educatiu no ofereix l'assoliment d'una suficiència de coneixement d'aquesta altra llengua oficial.

V

La darrera de les aportacions és la relativa a l'acurat i exhaustiu estudi del règim jurídic de la llengua catalana en el sistema educatiu de les Illes Balears, dut a terme per part de SEGURA GINARD i òbviament la de més directe interès a la nostra Comunitat Autònoma.

Així, aquesta ponència ja resulta de per sí prou interessant des d'una mera perspectiva evolutiva del marc jurídic del català en l'ensenyament a les Illes Balears, permetent adquirir un coneixement bàsic dels seus trets definidors, que exposa l'autor a partir del contingut dels articles 4 i 35 del nostre Estatut d'autonomia: català com a llengua pròpia, cooficialitat que comporta reconeixement de drets lingüístics amb possibilitat de lliure elecció; ensenyament de la llengua catalana en el sistema educatiu balear com a garantia del seu coneixement, entre els més significatius; efectuant igualment una oportuna connexió amb la doctrina jurisprudencial que

reconeix l'existència de deures lingüístics de caràcter específic en l'àmbit de l'ensenyament no universitari.

Es parteix d'exposar les bases estatutàries que, relatades igualment en alguna de la resta de ponències de l'obra, comporten que no s'hagi predeterminat en aquest nivell cap model, donant així cabuda a qualsevol dels que siguin constitucionalment admissibles i que, per tant, prescriguin l'ensenyament de les dues llengües oficials i afavoreixin la normalització de l'ús del català.

Dins aquesta llibertat de configuració, s'ofereix així una aproximació prou didàctica al model assumit a Balears de conjunció lingüística o de bilingüisme integral, basat essencialment en les determinacions de la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística a les Illes Balears, i del Decret 92/1997, de 4 de juliol, que regula l'ús i l'ensenyament de i en llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, en els centres docents no universitaris.

El model obeiria així a assignar al català la condició de llengua pròpia de l'ensenyament, per tal d'afavorir la seva recuperació com a llengua d'ús normal i, en conseqüència llengua vehicular i de comunicació, tot respectant els drets lingüístics dels alumnes, model avalat expressament a partir de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 12 de maig de 1998. Igualment, com hem avançant en l'apartat preliminar d'aquest comentari, s'efectuen referències a altres sentències d'interès del Tribunal Superior, particularment a la de 22 de novembre de 2011, en la qual s'anul·len diversos preceptes del Decret 67/2008, de 6 de juny, pel qual s'estableix l'ordenació general dels ensenyaments de l'educació infantil, l'educació primària i l'educació secundària obligatòria a les Illes Balears.

L'estudi del règim jurídic de les llengües oficials a les Illes Balears en aquest sector material, i que conté aquesta part de l'obra, arriba fins als més recents canvis, factor que ha implicat una tasca d'actualització de la ponència que constitueix potser un dels primers estudis acurats sobre el Decret 15/2013, de 19 d'abril, pel qual es regula el tractament integrat de les llengües als centres docents no universitaris de les Illes Balears, i que a criteri de l'autor s'insereix dins un procés de canvis orientats a una revisió dels principis i les regles fonamentals de l'ordenació lingüística vigent fins fa poc.

Es plantegen així alguns interrogants sobre l'impacte de la nova regulació en el model de conjunció lingüística o de bilingüisme integral tal com l'havia configurat el Decret 92/1997, de 4 de juliol, i altres disposicions reglamentàries, atès que el nou

Decret no es limitarà a ordenar l'ensenyament de i en llengua estrangera, sinó que també reformula aspectes rellevants de l'ensenyament de i en les llengües oficials de la comunitat autònoma, circumstància que afecta els processos d'implantació progressiva de la llengua catalana com a llengua docent que s'havien impulsat, de manera generalitzada, amb el Decret 92/1997, tot considerant que en tot cas, d'acord amb els mandats estatutaris, el model trilingüe ha de mantenir la destinació d'accions positives de reforç en favor de la llengua catalana.

Altres qüestions són igualment apuntades com a impactes de la nova ordenació del model lingüístic educatiu, com és l'afectació al dret d'opció lingüística en el primer ensenyament, no perquè s'hagi modificat en profunditat el règim fins ara vigent, com més aviat pel fet d'un desplegament tècnicament deficient de les disposicions de la Llei de normalització lingüística i dels problemes interpretatius que podrà ocasionar.

VI

Finalment, en el nivell de valoració de conjunt d'aquesta obra, que suposa la cinquena de les que l'Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat ha dedicat genèricament als drets lingüístics, entenem que ofereix certament una anàlisi més que rigorosa, precisa i en profunditat des d'una perspectiva jurídica de la projecció d'aquest dret en els models educatius de dues comunitats autònomes, que recopila d'una banda l'extens cos de jurisprudència de tots els nivells i aporta així mateix unes referències bàsiques i útils igualment en el camp educatiu en general i no només en el del dret.

J.M.F.